

Mika Viljanen

VAHINGON- KORVAUKSEN MÄÄRÄ

V A H I N G O N K O R V A U K S E N M Ä Ä R Ä



SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 287

Mika Viljanen

Vahingonkorvauksen määrä

Tutkimus vahingoista ja rahoista

Yliopistollinen väitöskirja, joka Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan suostumuksella esitetään julkisesti tarkastettavaksi Calonian luentosalissa 1 lauantaina 18. lokakuuta 2008 kello 12.

WITH AN ENGLISH SUMMARY

Tilausosoite

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki

p. (09) 6120 300

f. (09) 604 668

sly@lakimies.org

www.lakimies.org

Verkkokirjan ISBN 978-951-855-500-4

© 2008 Suomalainen Lakimiesyhdistys ja Mika Viljanen

ISSN 0356-7206

ISBN 978-951-855-283-6

Vammalan Kirjapaino Oy, Vammala 2008

Alkusanat

”Hei, olen Mika ja olen kiinnostunut rahasta”. Tuolla lauseella tapasin esitellä itseni erinäisissä seminaareissa, kun aloittelin väitöskirjan tekemistä. Pakko-mielle rahaan oli sen verran voimakas, että se on oikeastaan tämän kirjan kansien väliin päätynyt osa alkuperäisiä suunnitelmia. Kuten useimmiten kai käy, päädyin kulkemaan ennakoimattomia sivupolkuja. Alkuperäisen aiheen kannalta suhteellisen vähäpätöinen kysymys – mitä ihmettä tarkoittaa täysi korvaus? – nousi hiljalleen keskiöön. Esikysymyksestä tuli koko väitöskirjan lähtökohta.

Tutkimukseni nyt valmistuessa on aika kiittää kaikkia, jotka ovat olleet siihen osallisia. Heitä on paljon. Olin onnekas, kun satuin valitsemaan velvoiteoikeudellisen väitöskirja-aiheen. Professori *Ari Saarnilehto* on jatko-opintojeni ohjaajana ja sittemmin myös esimiehenäni vaikuttanut aivan ratkaisevasti siihen, että minulla on jatkuvasti ollut erinomaiset mahdollisuudet tutkimustyöhön. Hän on monin neuvoin, rohkaisuin ja erinäisin käytännön toimenpitein auttanut väitöskirjan valmistumista ja helpottanut elämäni muutoinkin. Olen erittäin kiitollinen hänen tuestaan ja kannustuksestaan tämän oman juttuni tekemiseen.

Onni potki myös saadessani professori *Juha Karhun* ja rehtori *Thomas Wilhelmssonin* työni esitarkastajiksi. He tekivät esikuvallisen ripeää ja asiantuntevaa työtä ja antoivat vähintään kolminumeroisen määrän hyödyllisiä – ja työläitä – huomautuksia käsikirjoituksestani. Eritoten Juha, joka suostui ystävällisesti toimimaan myös vastaväittäjänä, on ollut koko akateemisen matkani ajan jopa tulenaran innoittava esikuva tutkimuksen tekemiseen. Juhan juridinen mielikuvitus, liekkiä lähestyvä seteli sekä eräs toscanalainen viinitila ovat jättäneet jälkensä niin minuun kuin toivon mukaan tähän tutkimukseenkin.

Joku on joskus väittänyt, että lapsen kasvattamiseen tarvitaan kokonainen kylä. Oltiinpa tuosta viisaudesta mitä mieltä hyvänsä, analogia tähän työhön on kaukaa haettu mutta osuva. Saan olla kiitollinen tässä mainittavaksi liian lukuisen colonialaisten ja matthiaslaisten avusta, opastuksesta, kannustuksesta ja ystävyydestä.

Professori *Lars Björne* luki tutkimuksen ensimmäisen osan ja auttoi asemoimaan ajatuksiani suhteessa pohjoismaisen oikeustieteen historiaan. Professori *Anne Kumpulán* ja professori *Jukka Mähösen*, jotka molemmat lukivat koko käsikirjoituksen, kanssa vietin kaksi iltapäivää keskustellen käsikirjoituksesta. Juhan jopa Juhan saavutusta yksityiskohtaisempi kommenttimuistio oli korvaamaton apu, kun muokkasin käsikirjoitusta. Valitettavasti en onnistunut senkään avulla nostamaan laskentakorkokantatäitä tervasta. Professori *Elina Pirjatan-*

niemi on sen lisäksi, että luki käsikirjoituksen ja teki erinomaisen osuvia huomautuksia, aina osannut ja jaksanut kannustaa omalla hyväntuulisen tyylikkäällä tavallaan miestä mäessä. Siitä Elinalle vähintään parikymmentä papukaijamerkkiä. Professori *Jyrki Tala* luki ensimmäisen osan varhaisen version ja professori *Jarmo Tuomisto* koko käsikirjoituksen. Molempien huomioista olen kiitollinen.

Monien nuorempien tieteenharjoittajien osa on ollut ehkä edellä mainittujen kohtaloa karumpi. Kirjoitin kotona, joten kun kävin töissä, kulutin aikaani pääasiassa häiritsemällä parhaani mukaan ystäväni työntekoa. Pelkään, että OTK *Matti Urpilainen* on – kaiken muun ohella – saanut kuunnella eniten harhaisia mietteitäni rahoista ja oikeuksista. Matti ei hevillä uskonut minua ja jaksoi väittää vastaan pitkään ja perusteellisesti vielä käsikirjoituksen luettuaankin, mistä olen kiusallisen suuressa kiitollisuudenvelassa. OTT *Mia Hoffrénin* tutkimusvankkurien pyörien pienoihin yritin salakavalasti työntää kapuloita antamalla hyvän tavan vastaisen laajan käsikirjoitukseni hänen luettavakseen. Epäonnistuini luonnollisesti hankkeessani. Mia ehti, paitsi lukemaan koko puntan ja kommentoimaan sitä, myös saattamaan oman työnsä loppuun ennen minua. Lisäksi hän istui aika paljon kanssani kahvilla. OTK, KTM *Jari Murto* ja OTK, VTM *Veikko Vahtera* lukivat hekin erinäisiä osia käsikirjoituksesta ja esittivät omalle tiedekäsitykselleen ominaisia huomioita. OTK *Jenny Antila* ei koskaan – tietääkseni – lukenut käsikirjoitusta, vaikka aina lupasi. En ole siitä hänelle lainkaan katkera. Jennyllä oli tarjota mukava nojatuoli, jossa istua, hyviä neuvoja ja kärsivällisyyttä kuunnella kaiken maailman murheita ja palopuheita.

Exlegpos-tutkimusryhmä, josta on sittemmin tullut Suomen Akatemian rahoittama *The Legal Construction of Reality* -tutkimusprojekti, on ollut viime vuodet tärkeä osa akateemista olemassaoloani. Keskustelut, joita ryhmässä on käyty, ovat olleet paitsi erinomaisen viihdyttäviä myös äärimmäisen tärkeitä oman (itse)ymmärrykseni kannalta.

Olen saanut nauttia vakaasta ja ennustettavasta toimeentulosta lähes koko tutkijanurani ajan, mistä on kiittäminen sekä *Oikeustiede muuttuvassa yhteiskunnassa II* -tutkijakoulua että *Turun yliopiston oikeustieteellistä tiedekuntaa*. Anteliaista apurahoista kiitän *TOP-säätiötä*, *Maaliskuun 25. päivän rahastoa*, *Heldtin stipendisäätiötä* ja *Turun yliopiston oikeustieteellistä tiedekuntaa*.

Suomalainen Lakimiesyhdistys hyväksyi ystävällisesti tutkimukseni julkaisusarjaansa. FM *Anssi Sinnemäki* teki hermoja kiristäneen odottelun jälkeen ripeää ja tarkkaa työtä saattaakseen tuotokseni painokelpoiseksi. Harmikseni Anssi tietää, että en vielä elokuun lopussa tuntenut lainkaan ainakaan yhdysmerkkien ja muiden erilaatuisten viivojen käytösääntöjä. Vammalan Kirjapaino Oy hoiti taittotyön ja myös painotyön – tai mistäpä sitä vielä tietää – nopeasti ja luotettavasti.

Äitini *Veera* ja isäni *Ismo Viljanen* ovat kannustaneet minua johdonmukaisesti opintielle. Yhtä säännönmukaisesti he ovat kieltäytyneet vaivaamasta minua lu-

kujeni aikana, vaikka olen heitä siihen usein kehottanut. Nyt olisi viimeistään korkea aika aloittaa.

Ihmettelen jatkuvasti puolisoni *Essin* kärsivällisyyttä. Hän on hämmästyttävän lempeästi jaksanut ymmärtää outoa tuhtaamistani. Ilman *Essin* tukea ja rakkautta nämä noin 180 000 sanaa olisivat jääneet kirjoittamatta. Entinen maahan asukki on hieman *Essiä* myöhäisempi ihastukseni. Hän syntyi eilen.

TYKS:ssa Aatoksen tuhistessa,
puolen päivän aikaan perjantaina 12. syyskuuta 2008,

Mika Viljanen

P.S. Sain oikovedoksen käsiini kolmisen tuntia ennen Aatoksen syntymää, kun kätilö kyllästyi kysymyksiini ja osoitti minut hetkeksi jäähyille, syömään. Vedoksen palautuspäiväksi paljastui tänään neljän jälkeen ensi viikon tiistai, mitä luulin aluksi huonoksi vitsiksi. Hakemistot ja englanninkielisen tiivistelmän runnon sitten kasaan miten pystyn.

P.P.S. OTK Antti-Jussi Lankinen ehti mahdottomasta aikataulusta huolimatta kohtuuttomalla varoitussajalla katsomaan englanninkielistä tiivistelmää. A-J:n elektronisen punakynän merkinnät olivat erinomaisen hyviä. Kiitän ja kumarran.

Sisällys

ALKUSANAT	V
LÄHTEET	XIII

JOHDANTO

1. LUKU TUTKIMUKSEN TEEMASTA JA RAJAUKSISTA	3
1. Vahingonkorvauksen määrän laskemisen sietämätön vaikeus ...	3
2. Tutkimuksen teema	4
3. (H)aavekuva	7
4. Vahingot, tekniikat ja tavoitteet	12
5. Raha	15
6. Suhde aikaisempaan tutkimukseen	16
7. Rajauksista	17

ENSIMMÄINEN OSA (H)AAVEKUVA

2. LUKU VAIN TALOUDELLINEN VAHINKO ON KORVATTAVA.	21
1. Vaatimus vahingon taloudellisuudesta	22
2. Hermann Scheel ja rahateoria	26
3. E. Hagerup Bull ja arvo	33
4. Henry Ussing ja objektiiviset mittapuut	38
5. Mistä taloudellisessa vahingossa on lopulta kysymys?	44
6. Porvarillinen talous	49
7. Varallisuusosoikeuden sääntelylogiikka	55
8. Minne varallisuusosoikeus ei saa ulottua?	62
9. Hengetön talous ja rahan kieli	68

3. LUKU VAHINGONKORVAUKSEN MÄÄRÄ ON VAHINGON TALOUDELLINEN ARVO	75
1. Arvon merkitykset	76
2. Vaihtoarvo	82
3. Käyttöarvon kaksi merkitystä	91
4. Intressi	96
5. Differenssioppi	103
6. Kirjanpidon tekniikat	110

SISÄLLYS

7.	Miten hypoteettinen maailma luodaan?	122
8.	Normaali liiketoiminta	131
9.	Elävä talous	139
4. LUKU	KAIKKI TAI EI MITÄÄN	142
1.	Taloudellisen arvon siirtäminen ja moraalinen neutraalisuus	143
2.	Alles oder Nichts	145
3.	Siviilioikeudellisen sanktion preventiiviset vaikutukset	150
4.	Korvaaminen, rankaiseminen ja syyllisyyden aste	158
5.	Rangaistus ja varallisuus oikeuden sääntelylogiikka	162
6.	Kurinpidon kauhu	168

TOINEN OSA

VAHINKOJEN KORVAAMISEN TEKNIIKAT JA TAVOITTEET

5. LUKU	FYYSINEN TODELLISUUS JA SEN ENNALLISTAMINEN	179
1.	Arvosta ennallistamiseen	180
2.	Esineiden korjaaminen ja uudelleen hankkiminen	192
3.	Ennallistamisen kustannukset	205
4.	Ennallistamisen epäonnistuminen	218
5.	Esineestä tulee parempi	221
6.	Esineestä tulee huonompi	226
7.	Kehojen korjaaminen	228
8.	Sairaanhoido	230
9.	Toimintakyvyn ennallistamisen muut kulut	240
10.	Fyysinen palauttaminen ja sen rajat	243
6. LUKU	LASKENNALLINEN KORVAAMINEN	250
1.	Ajan ja menetettyjen mahdollisuuksien korvaaminen	251
2.	Kirjanpito, laskentainformaatio ja vahinko	257
3.	Laskentainformaation katvealueet	265
4.	Ennakoitavuus	281
5.	Ennakoitavat liiketoiminnan muodot	289
6.	Kauppaliike ja jakeluliiketoiminta	292
7.	Tehdas ja tuotantotoiminta	298
8.	Ansio työ	303
9.	Ennakoitava uusi talous?	313
10.	Ansaintalogiikka ennakoitavuuden uutena polttopisteenä	328
11.	Mallintaminen ja ansaintalogiikat	342
12.	Epävarmuuden kerrostuminen	349
13.	Epävarmuuden oikeudellinen hallitseminen	364
14.	Binaarinen logiikka, verkostot ja kohtuus	372

7. LUKU	VAKUUTUKSELLINEN KORVAAMINEN	385
1.	Taulukot ja niiden arvoitus	386
2.	Kivun ja säryn ongelma	388
3.	Objektiivisuus, lääketiede ja legitimaatio	393
4.	Kivun ja säryn mittaaminen	402
5.	Taulukoiden historian opetukset	409
6.	Vakuutuslaitoskytös	416
7.	Vakuutuksellinen korvaaminen	417
8.	Tilapäisen haitan insurantal imaginary	425
9.	Henkilövahinkoasiain neuvottelukunta ja vakuutuksellisuus	432
10.	Tilapäisen haitan korvaamisen funktiot	446
11.	Substituuttiargumentti	449
12.	Rankaiseminen	455
13.	Preventio	460
14.	Tunnistaminen ja tunnustaminen	470
8. LUKU	EETTINEN JA MORAALINEN KORVAAMINEN	480
1.	Kärsimyksen ongelma	481
2.	Vapaus, rauha ja kunnia	492
3.	Tasa-arvo ja yhdenvertaisuus	499
4.	Ruumiillinen ja henkinen koskemattomuus	501
5.	Vakava ihmisarvon loukkaus	507
6.	Teon ja kokemuksen jännite	512
7.	Kärsimyksen tarkoitus	529
8.	Henkilövahinkoasian neuvottelukunta ja kärsimyksen skaala ..	540
9.	Korvaako kärsimyskorvaus?	548
LOPUKSI		
9. LUKU	HAAVE	553
1.	Rahan aave	553
2.	Haave vahinkojen korvaamisesta	556
3.	... ja rahoista	561
SUMMARY		569
OIKEUSTAPAUSHAKEMISTO		579
ASIAHAKEMISTO		582

Lähteet

- Aarnio, Aulis, *Laintulkinnan teoria*. Helsinki: WSOY, 1989.
- Aarnio, Aulis, *Mitä lainoppi on?* Helsinki: Tammi, 1978.
- Aarnio, Aulis, *Tulkinnan taito*. Helsinki: WSOY, 2006.
- Abel, Richard L., A Critique of Torts. 37 *UCLA Law Review* 1990, s. 785–831.
- Abel, Richard L., General Damages Are Incoherent, Incalculable, Incommensurable, and Inegalitarian (But Otherwise a Great Idea). 55 *DePaul Law Review* 2006, s. 253–329.
- Abel, Richard L., Judges Write the Darndest Things: Judicial Mystification of Limitations of Tort Liability. 80 *Texas Law Review* 2002, s. 1547–1575.
- Abrams, Roger I. – Welsch, Donald – Jonas, Bruce, Stillborn Enterprises: Calculating Expectation Damages Using Forensic Economics. 57 *Ohio State Law Journal* 1996, s. 809–834.
- Adler, Barry, The Questionable Ascent of Hadley v. Baxendale. 51 *Stanford Law Review* 1999, s. 1547–1589.
- Airaksinen, Timo, *Tekniikan suuret kertomukset. Filosofinen raportti*. Helsinki: Otava, 2003.
- Alanen, Aatos, Immateriaalisen vahingon korvaamisesta. *Lakimies* 1941, s. 9–17.
- Alessandri, Todd M. et al., Managing Risk and Uncertainty in Complex Capital Projects. 44 *The Quarterly Review of Economics and Finance* 2004, s. 751–767.
- Allen, David K. – Hartshorne, John T. – Martin, Robyn M., *Damages in Tort*. London: Sweet & Maxwell, 2000.
- Allen, P. Geoffrey – Fildes, Robert, *Econometric Forecasting* julkaisussa Armstrong, J. Scott (ed.), *Principles of Forecasting: A Handbook for Researchers and Practitioners*. New York: Kluwer Academic Publishers, s. 303–362, 2002.
- Allen, Ronald J. – Brunet, Alexia – Roth, Susan Spies, An External Perspective on the Nature of Non-Economic Compensatory Damages and Their Regulation. *DePaul Law Review* 2007, s. 1249–1277.
- Allmendinger, Glen – Lombreglia, Ralph, Four Strategies for the Age of Smart Services. 83 *Harvard Business Review* 2005, s. 131–145.
- Almén, Tore, *Om köp och byte av lös egendom. Kommentar till lagen den 20 Juni 1905. Tredje delvis omarbetade upplagan*. Stockholm: P. A. Norstedt & Söners förlag, 1934.
- Amit, Raphael – Zott, Christoph, Value creation in e-business. 22 *Strategic Management Journal* 2001, s. 493–520.
- Amram, Martha – Kulatilaka, Nalin, *Real Options. Managing Strategic Investment in an Uncertain World*. Boston: Harvard Business School Press, 1999.
- Andersen, Kristen, *Erstatningsrett*. Oslo: Forlagt av Johan Grundt Tanum, 1959.
- Andersen, Mads Bryde, *Grundlæggende aftaleret. 2. omarbejdede udgave*. 2. omarbejdede udgave. København: Gjellerup, 2002.
- Anderson, Roy Ryden, Incidental and Consequential Damages. 7 *Journal of Law and Commerce* 1987, s. 327–468.
- Anderson, Roy Ryden, Of Hidden Agendas, Naked Emperors, and A Few Good Soldiers: The Conference’s Breach of Promise... Regarding Article 2 Damage Remedies. 54 *SMU Law Review* 2001, s. 795–866.
- Anderson, Roy Ryden, Of Mack Trucks, Road Bugs, Gilmore and Danzig: Happy Birthday Hadley v. Baxendale. 11 *Texas Wesleyan Law Review* 2005, s. 431–454.

- Andersson, Håkan, *Beviskravet vid ersättning av inkomstförlust – hypotetiska prognosers sannolikhet*, 2007a. (Saatavilla osoitteesta http://www.pointlex.se/pub/standard.asp?art_id=136264.)
- Andersson, Håkan, *Europakonventionen som parallell respektive fristående skadeståndsgrund*, 2005a. (Saatavilla osoitteesta http://www.pointlex.se/pub/standard.asp?art_id=118573.)
- Andersson, Håkan, *Europeisk och svensk standard vid skadeståndskrav*, 2005b. (Saatavilla osoitteesta http://www.pointlex.se/pub/standard.asp?art_id=95739.)
- Andersson, Håkan, *Gräns för Europakonventionens direkttillämpning vid horisontell skadeståndstalan*, 2007b. (Saatavilla osoitteesta http://www.pointlex.se/pub/standard.asp?art_id=145021.)
- Andersson, Håkan, *Principiella respektive kasuistiska skadeståndsprinciper utifrån Europakonventionen*, 2007c. (Saatavilla osoitteesta http://www.pointlex.se/pub/standard.asp?art_id=134420.)
- Andersson, Håkan, *Schablonersättningar – objektiverade bedömningsgrunder samt kraven på underlag för individualiserade avvikelser*, 2006. (Saatavilla osoitteesta http://www.pointlex.se/pub/standard.asp?art_id=99749.)
- Andersson, Håkan, *Skyddsändamål och adekvans. Om skadeståndsansvarets gränser*. Uppsala: Iustus Förlag, 1993.
- Andersson, Håkan, *Trepartsrelationer i skadeståndsrätten*. Uppsala: Iustus Förlag, 1997.
- Armstrong, Chris, Equality, risk and responsibility: Dworkin on the insurance market. 34 *Economy and Society* 2005, s. 451–473.
- Armstrong, J. Scott, *Introduction* julkaisussa Armstrong, J. Scott (ed.), *Principles of Forecasting: A Handbook for Researchers and Practitioners*. New York: Kluwer Academic Publishers, s. 1–12, 2002a.
- Armstrong, J. Scott, *Standards and Practices for Forecasting* julkaisussa Armstrong, J. Scott (ed.), *Principles of Forecasting: A Handbook for Researchers and Practitioners*. New York: Kluwer Academic Publishers, s. 679–732, 2002b.
- Arndts von Arnesberg, Karl Ludwig, *Lehrbuch der Pandekten*. Fünfte vermehrte Auflage. München: Literarisch-artistische Anstalt der J. G. Gotta'schen Buchhandlung, 1865.
- Arnoldi, Jacob, Derivatives – Virtual Values and Real Risks. 21 *Theory, Culture & Society* 2004, s. 23–42.
- Arnoldi, Jakob, Frames and screens: the reduction of uncertainty in electronic derivatives trading. 35 *Economy and Society* 2006, s. 381 – 399.
- Arti, Armas, *Liikennevahinkojen korvaaminen liikennevakuutuslain mukaan*. Porvoo: Werner Söderström Osakeyhtiö, 1965.
- Arti, Armas, *Vahingonkorvauslaki*. Hämeenlinna: Arvi A. Karisto Oy, 1981.
- Atiyah, P. S., *The Damages Lottery*. Oxford: Hart Publishing, 1997.
- Atiyah, P. S., *The Rise and Fall of Freedom of Contract*. Oxford: Oxford University Press, 1979.
- Augdahl, Per, *Den norske obligasjonsretts almindelige del*. Oslo: Akademisk Forlag, 1955.
- Avraham, Ronen, Putting a Price on Pain-and-Suffering Damages: A Critique of the Current Approaches and a Preliminary Proposal for Change. 100 *Northwestern University Law Review* 2006, s. 87–119.
- Avraham, Ronen, Should Pain-And-Suffering Damages Be Abolished from Tort Law?: More Experimental Evidence. 55 *University of Toronto Law Journal* 2005, s. 941–979.
- Ayal, Adi, Can We Compensate for Incompensable Harms. 40 *San Diego Law Review* 2003, s. 1123–1134.
- Aydede, Murat – Güzeldere, Güven, Some Foundational Problems in the Scientific Study of Pain. 69 (Supplement) *Philosophy of Science* 2002, s. 265–283.
- Bagdasarian, Narbeh, A Prescription for Mental Distress: The Principles of Psychosomatic Medicine with the Physical Manifestation Requirement in N.I.E.D Cases. 26 *American Journal of Law and Medicine* 2000, s. 402–438.

- Baker, Ronald, *Pricing on Purpose. Creating and Capturing Value*. Hoboken: John Wiley & Sons, 2006.
- Baker, Tom, Blood Money, New Money, and The Moral Economy of Tort Law in Action. 35 *Law and Society Review* 2001, s. 275–319.
- Baker, Tom, *Insurance and social construction of responsibility* julkaisussa Baker, Tom – Simon, Jonathan (eds.), *Embracing Risk. The Changing Culture of Insurance and Responsibility*. Chicago: Chicago University Press, s. 33–51, 2002.
- Baker, Tom, Insuring Morality. 29 *Economy and Society* 2000, s. 559–577.
- Baker, Tom, On the Genealogy of Moral Hazard. 75 *Texas Law Review* 1996, s. 237–292.
- Bar, Car Ludvig von *Die Lehre vom Kausalzusammenhang im Recht, besonders im Strafrechte*. Leipzig: Bernhard Tauschnitz, 1871.
- Barnes, David W., The Meaning of Value in Contract Damages and Contract Theory. 46 *American University Law Review* 1996, s. 1–36.
- Baron, Julius, *Pandekten*. Fünfte Auflage. Leipzig: Duncker & Humblot, 1885.
- Bartezzaghi, Emilio, The evolution of production models: is a new paradigm emerging? 19 *International Journal of Operations & Production Management* 1999, s. 229–250.
- Bebchuk, Lucien Arye – Shavell, Steven, Information and the Scope of Liability for Breach of Contract: the Hadley v. Baxendale. 7 *Journal of Law, Economics & Organization* 1991, s. 284–312.
- Becker, Gary, *A Treatise on Family*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1991.
- Becker, Gary, *Social Economics*. Cambridge, MA: Belknap Press, 2003.
- Becker, William E. – Stout, Richard A., The Utility of Death and Wrongful Death Compensation. 5 *Journal of Forensic Economics* 1992, s. 197–208.
- Behr, Volker, Punitive Damages in American and German Law – Tendencies Towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts. 78 *Chicago-Kent Law Review* 2003, s. 105–161.
- Bekker, Ernst Immanuel, *System des heutigen Pandektenrechts. Erster Band*. Weimar: Hermann Böhlau, 1886.
- Ben-Shahar, Omri – Bernstein, Lisa, The Secrecy Interest in Contract Law. 109 *Yale Law Journal* 2000, s. 1885–1925.
- Ben-Shahar, Omri – White, James J., Boilerplate and Economic Power in Auto Manufacturing Contracts. 104 *Michigan Law Review* 2006, s. 953–982.
- Bengtsson, Bertil – Nordenson, Ulf K. – Strömbäck, Erland, *Skadestånd: lagstiftning och praxis med kommentarer*. Trede omarbetade upplagan. Stockholm: Liber Förlag, 1985.
- Bengtsson, Bertil – Strömbäck, Erland, *Skadeståndslagen. En kommentar*. Stockholm: Norstedts Juridik, 2002.
- Bengtsson, Bertil – Strömbäck, Erland, *Skadeståndslagen. En kommentar*. Andra upplagan. Stockholm: Nordstedts Juridik, 2006.
- Bengtsson, Bertil, *Om jämkning av skadestånd*. Stockholm: Norstedts, 1982.
- Bengtsson, Bertil, *Om personskadenämndernas verksamhet – en försök till värdering Festskrift till Ivar Agge*. Stockholm: Norstedts, s. 49–66, 1970.
- Bengtsson, Bertil, *Skadestandsfrågor vid kränkning. Ds. 2007:10*. Stockholm: Justitiedepartementet, 2007.
- Benkler, Yochai, *The Wealth of Networks. How Social Production Transforms Markets and Freedom*. New Haven: Yale University Press, 2006.
- Bennett, Robert B. Jr., Just-In-Time Purchasing and the Problem of Consequential Damages. 26 *U.C.C. Law Journal* 1994, s. 332–.
- Bennich, Lars, *Ersättning för sveda och värk samt framtida men enligt rättspraxis*. Stockholm: Föreningen för gemensamt lagenligt trafikförsäkringsansvar, 1935.

- Bentham, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Oxford: Clarendon Press, 1907.
- Berla, Edward P. – Brookshire, Michael L. – Smith, Stan V., Hedonic Damages and Personal Injury: A Conceptual Approach. 3 *Journal of Forensic Economics* 1990, s. 1–8.
- Bernstein, Peter L., *Against the Gods. The Remarkable Story of Risk*. New York: John Wiley & Sons, 1996.
- Bishop, Mary – Boden, Rebecca, Disabling accounting. 19 *Critical Perspectives on Accounting* 2008, s. 1–16.
- Bishop, W., Economic Loss in Tort. 2 *Oxford Journal of Legal Studies* 1982, s. 1–29.
- Bitter, Georg, Wertverlust durch Nutzungsausfall. 205 *Archiv für die civilistische Praxis* 2005, s. 744–793.
- Björne, Lars, *Den konstruktiva riktningen. Den nordiska rättsvetenskapens historia. Del III. 1871–1910*. Lund: Institutet för rätthistorisk forskning, 2002.
- Björne, Lars, *Den nordiska rättsvetenskapens historia. Del 4: Realism och skandinavisk realism: 1911–1950*. Stockholm: Institutet för rätthistorisk forskning, 2007.
- Björne, Lars, *Deutsche Rechtssysteme im 18. und 19. Jahrhundert*. Ebelsbach: Rolf Gremer, 1984.
- Björne, Lars, Yksityisoikeus ja julkisoikeus – jaon historiasta. *Lakimies* 2006, s. 1093–1103.
- Blair, Roger D. – Esquibel, Amanda Kay, Yardstick Damages in Lost Profit Cases: An Econometric Approach. 72 *Denver University Law Review* 1994, s. 113–136.
- Blair, Roger D. – Page, William H., Speculative Antitrust Damages. 70 *Washington Law Review* 1995, s. 423–463.
- Blomquist, Robert F., Re-enchancing Torts. 56 *South Carolina Law Review* 2005, s. 481–507.
- Blumenthal, Jeremy A., The Law and the Emotions: The Problems of Affective Forecasting. 80 *Indiana Law Journal* 2005, s. 155–238.
- Blumstein, James F., Beyond Tort Reform: Developing Better Tools for Assessing Damages for Personal Injury. 8 *Yale Journal on Regulation* 1991, s. 171–212.
- Blumstein, James F., Making the System Work Better: Improving the Process for Determination of Noneconomic Loss. 35 *New Mexico Law Review* 2005, s. 401–417.
- Boggs, William S. – Laske, Tim L. – Sarnecky, James M., Economic loss doctrine in information age disputes involving electronic data storage products. 73 *Defence Counsel Journal* 2006, s. 129–140.
- Bollas, Bernadette J., The New Business Rule and the Denial of Lost Profits: [M]en Keep Their Promises When Neither Side Can Get Anything By the Breaking of Them. 48 *Ohio State Law Journal* 1987, s. 855–881.
- Bonanomi, Laura – Gaughan, Patrick A. – Taylor, Larry W., A Statistical Methodology for Measuring Lost Profit Resulting From A Loss of Customers. 11 *Journal of Forensic Economics* 1998, s. 103–113.
- Borgonovo, E. – Peccati, L., The importance of assumptions in investment evaluation. 101 *International Journal of Production Economic* 2006, s. 298–311.
- Borgonovo, E. – Peccati, L. Sensitivity analysis in investment project evaluation. 90 *International journal of production economics* 2004, s. 17–25.
- Boswell, Mark V. – Cole, B. Eliot (eds.), *Weiner's Pain Management: A Practical Guide for Clinicians*: Informa Healthcare, 2006.
- Bovjberg, Randall R. – Sloan, Frank A. – Blumstein, James F., Valuing Life and Limb in Tort: Scheduling “Pain and Suffering”. 83 *Northwestern University Law Review* 1989, s. 908–975.
- Bowles, Tyler J. – Lewis, W. Cris, Unsettled Issues in Measuring Lost Profits. 9 *Winter Journal of Legal Economics* 2000, s. 19–32.

- Boyns, Trevor – Edwards, John Richard – Nikitin, Marc, The development of industrial accounting in Britain and France before 1880: a comparative study of accounting literature and practice. 6 *European Accounting Review* 1998, s. 393–437.
- Brady, Ali M., The Measure of Life. Determining the Value of Lost Years After Durham v. Marberry. 59 *Arkansas Law Review* 2006, s. 125–145.
- Braudel, Fernand, *Civilization and Capitalism 15th – 18th Century. Volume 1. The Structures of Everyday Life. The Limits of the Possible*. London: William Collins Sons & Co Ltd., 1988.
- Breen, John M., The Lost Volume Seller and Lost Profits Under U.C.C. S 2-708(2): A Conceptual and Linguistic Critique. 50 *University of Miami Law Review* 1996, s. 779–917.
- Broekman, Jan M., *Legal Subjectivity as a Precondition for the Intertwinement of Law and the Welfare State* julkaisussa Teubner, Gunther (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlin: Walter de Gruyter & Co., s. 76–109, 1986.
- Brusiin, Otto, *Aineettoman vahingon korvaamisesta. Siviilioikeudellinen tutkimus*. Helsinki: Suomen lakimiesliitto, 1953.
- Brusiin, Otto, *Zum Problem des Immateriellen Schadens*. Turku: Turun yliopisto, 1966.
- Bryan, Dick – Rafferty, Michael, Financial derivatives and the theory of money. 36 *Economy and Society* 2007, s. 134–158.
- Bryer, R. A., Double-Entry Bookkeeping and the Birth of Capitalism: Accounting for the Commercial Revolution in Medieval Northern Italy. 4 *Critical Perspectives on Accounting* 1993, s. 113–140.
- Burchell, Graham, *Liberal government and techniques of the self* julkaisussa Barry, Andrew – Osborne, Thomas – Rose, Nikolas (eds.), *Foucault and Political Reason. Liberalism, neoliberalism and rationalities of government*. London: UCL Press, s. 19–37, 1991a.
- Burchell, Graham, *Peculiar Interests: Civil Society and Governing ‘The System of Natural Liberty’* julkaisussa Burchell, Graham – Gordon, Colin – Miller, Peter (eds.), *The Foucault Effect: Studies in Governmental Rationality*. Chicago: University of Chicago Press, s. 119–150, 1991b.
- Burchill, Scott, *The National Interest in International Relations Theory*. Houndmills: Palgrave MacMillan, 2005.
- Burckhard, Max Eugen, *Die Elemente des Privatrechtes*. Wien: Manz, 1884.
- Burrows, Andrew, *Remedies for Torts and Breach of Contract. Second edition*. Oxford: Oxford University Press, 1993.
- Burrows, Andrew, *Remedies for Torts and Breach of Contract. Third edition*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- Böcking, Eduard, *Institutionen. Ein Lehrbuch des römischen Privatrechts aus dem Standpunkte unseres heutigen Rechtssystems. Erster Band. Die Einleitung und die Lehre von den Voraussetzungen der Privatrechte*. Bonn: Adolph Marcus, 1843.
- Böhm-Bawerk, Eugen von, *Rechte und Verhältnisse vom Standpunkte der volkswirtschaftlichen Güterlehre. Kritische Studie*. Innsbruck: Wagner, 1881.
- Calabresi, Guido, *The Cost of Accidents*. New Haven: Yale University Press, 1970.
- Callon, Michel, *Introduction: The Embeddedness of Economic Markets in Economics* julkaisussa Callon, Michel (ed.), *The Laws of the Markets*. Oxford: Blackwell Publishers, s. 1–57, 1998.
- Cameron, Iain, Skadestånd och Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna. *Svensk jurist-tidning* 2006, s. 553–588.
- Cane, Peter, *Atiyah’s Accidents, Compensation and the Law. Seventh Edition*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- Cane, Peter, *The Anatomy of Tort Law*. Oxford: Hart Publishing, 1997.
- Cardi, Jonathan W., Reconstructing Foreseeability. 46 *Boston College Law Review* 2005, s. 921–988.

- Carruthers, Bruce G. – Nelson Espeland, Wendy, Accounting for Rationality: Double-Entry Book-keeping and the Rhetoric of Economic Rationality. 97 *American Journal of Sociology* 1991, s. 31–69.
- Case, Paula, Secondary Iatrogenic Harm: Claims for Psychiatric Damage Following a Death Caused by Medical Error. 67 *Modern Law Review* 2004, s. 561–587.
- Cassel, Eric A., *Nature of Suffering and the Goals of Medicine*. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- Castells, Manuel, *The Rise of the Network Society. Second edition*. Malden: Blackwell Publishing, 2000.
- Chamallas, Martha, The Architecture of Bias: Deep Structures in Tort Law. 61 *University of Pennsylvania Law Review* 1998, s. 463–531.
- Chandler, Adrian – Devenney, James, Breach of Contract and the expectation deficit: inconvenience and disappointment. 27 *Legal Studies. The Journal of the Society of Legal Scholars* 2007, s. 126–154.
- Chapman, Bruce – Trebilcock, Michael, Punitive Damages: Divergence in Search of a Rationale. 40 *Alabama Law Review* 1989, s. 741–829.
- Chapman, Bruce, *Wrongdoing, Welfare, and Damages: Recovery for Non-Pecuniary Loss in Corrective Justice* julkaisussa Owen, David G. (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*. Oxford: Clarendon Press, s. 409–427, 1995.
- Chapman, Nathan Seth, Punishment by People: Rethinking the Jury's Political Role in Assigning Punitive Damages. 56 *Duke Law Journal* 2007, s. 1119–1157.
- Chesbrough, Henry – Rosenbloom, Richard S., The Role of the Business Model in Capturing Value from Innovation: Evidence from Xerox Corporation's Technology Spin-off Companies. 11 *Industrial and Corporate Change* 2002, s. 529–555.
- Chestnut, Lauraine G. – Violette, Daniel M., Relevancy of Willingness-To-Pay Estimates of the Value of a Statistical Life in Determining Wrongful Death Awards. 3 *Journal of Forensic Economics* 1990, s. 75–89.
- Chiapello, Eve – Fairclough, Norman L., Understanding the new management ideology: a transdisciplinary contribution from critical discourse analysis and new sociology of capitalism. 13 *Discourse Society* 2002, s. 185–208.
- Chiapello, Eve, Accounting and the Birth of the Notion of Capitalism. 18 *Critical Perspectives on Accounting* 2007, s. 263–296.
- Chu, C. Y. Cyrus – Huang, Che-Ying, On the definition and efficiency of punitive damages. 24 *International Review of Law and Economics* 2004, s. 241–254.
- Coase, Ronald, The Nature of the Firm. 4 *Economica* 1937, s. 386–405.
- Coase, Ronald, The Problem of Social Cost. 3 *Journal of Law and Economics* 1960, s. 1–44.
- Cohen, Morris A. – Agrawal, Narendra – Agrawal, Vipul, Winning in the Aftermarket. 84 *Harvard Business Review* 2006, s. 129–138.
- Cohen, Patricia Cline, *A Calculating People. The Spread of Numeracy in Early America*. Chicago: The University of Chicago Press, 1982.
- Cohnfeldt, Richard, *Die Lehre vom Interesse nach Römischen Recht mit Rücksicht auf neuere Gesetzgebung*. Leipzig: Bernhard Tauchnitz, 1865.
- Coing, Helmut, *Europäisches Privatrecht. Band II. 19. Jahrhundert. Überblick über die Entwicklung des Privatrechts in den ehemals gemeinrechtlichen Ländern*. München: C.H. Beck, 1989.
- Coleman, James, *Foundations of Social Theory*. Cambridge, MA: Belknap Press, 1990.
- Coleman, Jules L., The Costs of Costs of Accidents. 64 *Maryland Law Review* 2005, s. 337–354.
- Coleman, Jules L., *The Practice of Corrective Justice* julkaisussa Owen, David G. (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*. Oxford: Clarendon Press, s. 53–73, 1995.

- Coleman, Jules L., Tort Law and the Demands of Corrective Justice. 67 *Indiana Law Journal* 1992, s. 349–379.
- Collier, Jane F. – Maurer, Bill – Suárez-Navaz, Liliana, Sanctioned Identities: The Legal Constructions of Modern Personhood. 2 *Identities* 1997, s. 1–28.
- Conradi, Erland, Skadeståndsrätt och verklighet. *Svensk juristtidning* 1969, s. 316–332.
- Cook, Philip J. – Graham, Daniel A., The Demand for Insurance and Protection: The Case of Irreplaceable Commodities. 91 *Quarterly Journal of Economics* 1977, s. 143–156.
- Cooney, Richard, Is “lean” a universal production system? Batch production in the automotive industry. 22 *International Journal of Operations & Production Management*, 2002, s. 1130–1147.
- Cooter, Robert D., Economic Analysis of Punitive Damages. 56 *Southern California Law Review* 1982, s. 79–100.
- Cooter, Robert D., Punitive Damages, Social Norms, and Economic Analysis. 3 – Summer *Law & Contemporary Problems* 1997, s. 73–89.
- Cooter, Robert, Hand Rule Damages for Incompensable Losses. 40 *San Diego Law Review* 2003, s. 1097–1120.
- Cox, Benita, Accountability Lost: The Rise and Fall of Double Entry. 31 *Omega* 2003, s. 303–310.
- Craswell, Richard, Contract Remedies, Renegotiation, and the Theory of Efficient Breach. 61 *Southern California Law Review* 1988, s. 629–670.
- Craswell, Richard, Instrumental Theories of Compensation: A Survey. 40 *San Diego Law Review* 2003, s. 1135–1180.
- Croley, Steven P. – Hanson, Jon D., The Nonpecuniary Costs of Accidents: Pain-and-Suffering Damages in Tort Law. 108 *Harvard Law Review* 1995, s. 1787–1917.
- Dahlstrand, Karl, *Den anomiska rätten. Om undantagskonstruktionen av de rent ideella kränkingsersättningarna*. Lund: Media-Tryck Sociologen, 2007.
- Dalton, Clare, An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine. 94 *Yale Law Journal* 1985, s. 997–1114.
- Danzig, Richard, Hadley v. Baxendale: A Study in the Industrialization of the Law. 4 *The Journal of Legal Studies* 1975, s. 249–284.
- Deleuze, Gilles – Guattari, Félix, *A thousand plateaus. Capitalism and schizofrenia*. London: Continuum, 2000.
- Deleuze, Gilles – Guattari, Félix, *Anti-Oedipus. Kapitalismi ja skitsofrenia*. Helsinki: Tutkijaliitto, 2007.
- Dernburg, Heinrich, *Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens. Zweiter Band. Erste Abteilung: Allgemeine Lehren*. Vierte Auflage. Halle: Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses, 1909.
- Dernburg, Heinrich, *Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens. Zweiter Band. Zweite Abteilung: Einzelne Obligationen*. Vierte Auflage. Halle: Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses, 1915.
- Dernburg, Heinrich, *Pandekten. Ersten Bandes erste Abtheilung. Allgemeiner Theil*. Sechste, verbesserte Auflage. Berlin: Verlag von H.W. Müller, 1900.
- Desan, Christine, The Market as a Matter of Money: Denaturalizing Economic Currency in American Constitutional History. 30 *Law & Social Inquiry* 2005, s. 1–60.
- Deutsch, Erwin, *Haftungsrecht. Erster Band: Allgemeine Lehren*. Köln: Carl Heymanns Verlag, 1976.
- Deutschmann, Christoph, The Promise of Absolute Wealth: Capitalism as Religion. Number 66 *Thesis Eleven* 2001, s. 32–56.
- Diamond, Peter, Integrating Punishment and Efficiency Concerns in Punitive Damages for Reckless Disregard of Risks to Others. 18 *Journal of Law, Economics & Organization* 2002, s. 117–134.

- Diamond, Thomas A. – Foss, Howard, Consequential Damages for Commercial Loss: An Alternative to Hadley v Baxendale. 63 *Fordham Law Review* 1994, s. 665–714.
- Dixit, Avinash K. – Pindyck, Robert S., *Investment Under Uncertainty*. Princeton: Princeton University Press, 1994.
- Dobbs, Dan B., Ending Punishment in “Punitive” Damages: Deterrence-Measured Remedies. *Alabama Law Review* 1989, s. 834–917.
- Dobbs, Dan B., *The Law of Remedies: Damages – Equity – Restitution*. St. Paul, Minn.: West Publishing Company, 1993.
- Dodd, Nigel, *The Sociology of Money: Economics, Reason and Contemporary Society*. New York: Continuum, 1994.
- Donzelot, Jacques, Michel Foucault and liberal intelligence. 37 *Economy and Society* 2008, s. 115–134.
- Douglas, Mary – Isherwood, Baron, *The World of Goods. Towards an anthropology of consumption. With a new introduction*. London: Routledge, 1996.
- Dreier, Thomas, *Kompensation und Prävention. Rechtsfolgen unerlaubter Handlung im Bürgerlichen, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002.
- Duckler, Geordie, The Economic Value of Companion Animals: A Legal and Anthropological Argument for Special Valuation. 8 *Animal Law* 2002, s. 199–221.
- Dufwa, Bill W., *Ideell ersättning vid personskada i ett europeiskt perspektiv Festschrift till Gösta Walin*. Stockholm: Norstedts Juridik, s. 75–88, 2002.
- Dufwa, Bill W., *Rättsstridighet och det europeiska harmoniseringsarbetet i skadeståndsrätt Festschrift till Ulf K. Nordenson*. Stockholm: Carlsson Law Network, s. 75–94, 1999.
- Duggan, Anthony, Exemplary Damages in Equity: A Law and Economics Perspective. 26 *Oxford Journal of Legal Studies* 2006, s. 303–326.
- Ebert, Ina, *Pönale Elemente im deutschen Privatrecht. Von der Renaissance der Privatstrafe im deutschen Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.
- Eisenberg, Melvin A., Actual and Virtual Specific Performance. The Theory of Efficient Breach and the Indifference Principle in Contract Law. 93 *California Law Review* 2005, s. 975–1050.
- Eisenberg, Melvin A., Probability and Chance in Contract Law. 45 *UCLA Law Review* 1998, s. 1005–1076.
- Eisenberg, Melvin A., The Principle of Hadley v. Baxendale. 80 *California Law Review* 1992, s. 563–613.
- Eisenberg, Theodore – Rachlinski, Jeffrey J. – Wells, Martin T., Reconciling Experimental Incoherence with Real-world Coherence in Punitive Damages. *Stanford Law Review* 2002, s. 1239–1271.
- Eisenberg, Theodore et al., The Predictability of Punitive Damages. 26 *The Journal of Legal Studies* 1997, s. 623–660.
- Ekelöf, Per Olof, *Valda skrifter 1942–1990*. Uppsala: Iustus förlag 1991.
- Ekstedt, Olle, *Ideellt skadestånd för personskada*. Lund: Juridiska föreningen i Lund 1977.
- Ekström, F. W., *Privaträttens allmänna läror*. Helsingfors: Söderströms, 1921–24.
- Ekström, Karin M. – Brembeck, Helene (eds.), *Elusive Consumption*. Oxford: Berg, 2004.
- Endemann, Friedrich, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Erster Band. Einleitung. Allgemeiner Teil. Recht der Schuldverhältnisse*. Sechste Auflage. Berlin: Carl Heymann, 1899.
- Endres, A.M., *Neoclassical Microeconomic Theory. The Founding Austrian Version*. London: Routledge, 1997.
- Englard, Izhak, Law and Economics in American Tort Cases: A Critical Assessment of the Theory’s Impact on Courts. 41 *University of Toronto Law Journal* 1991, s. 359–430.
- Enonchong, Nelson, Breach of Contract and Damages for Mental Distress. 16 *Oxford Journal of Legal Studies* 1996, s. 617–640.

- Ericson, Richard – Barry, Dean – Doyle, Aaron, The Moral Hazards of Neoliberalism. 29 *Economy and Society* 2000, s. 532–558.
- Eriksson, Kai, *Verkostot* julkaisussa Jakonen, Mikko – Peltokoski, Jukka – Virtanen, Akseli (toim.), *Uuden työn sanakirja*. Helsinki: Tutkijaliitto, s. 84–93, 2006.
- Eriksson, Peter, Var är värdet av nuvärde. 2005/06 *Juridisk Tidskrift* 2005, s. 249–260.
- Eriksson, Peter, Är tid pengar? Några reflektioner kring pengars tidsvärde i anledning av ett hovrättsavgörande. 2004/05 *Juridisk Tidskrift* 2004, s. 404–421.
- Esser, John P., Institutionalizing Industry: The Changing Forms of Contract. 21 *Law & Social Inquiry* 1996, s. 593–626.
- European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*. Wien: Springer, 2005.
- Ewald, François, *A Concept of Social Law* julkaisussa Teubner, Gunther (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlin: Walter de Gruyter & Co., s. 40–75, 1986.
- Ewald, François, *Der Vorsorgestaad*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1993.
- Ewald, François, *Insurance and Risk* julkaisussa Burchell, Graham – Gordon, Colin – Miller, Peter (eds.), *The Foucault Effect: Studies in Governmental Rationality*. Hemel Hempstead: Harvester Wheatsheaf, s. 197–210, 1991.
- Ewald, François, *Normi yhteisen mittapuun käytäntönä*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 2003.
- Ewald, François, Norms, Discipline, and the Law. *Representations* 1990, s. 138–161.
- Ewald, François, The Return of the Crafty Genius: An Outline of a Philosophy of Precaution. 6 *Connecticut Insurance Law Journal* 1999, s. 47–79.
- Ewald, William, Comparative Jurisprudence (I): What Was It Like to Try a Rat? 143 *University of Pennsylvania Law Review* 1995, s. 1889–2149.
- Eyben, Bo von – Nørgaard, Jørgen – Vagner, Hans Henrik, *Lærobok i erstatningsret. 3. udgave*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1995.
- Fekete, László, The Ethics of Economic Interactions in the Network Economy. 9 *Information, Communication & Society* 2006, s. 737–760.
- Feldman, Allan M. – Kim, Jeonghyun, The Hand Rule and United States v. Carrol Towing Co. Reconsidered. 7 *American Law & Economics Review* 2006, s. 523–543.
- Feldman, Heidi Li, Loss. 35 *New Mexico Law Review* 2005, s. 375–390.
- Feng, Hengyi et al., A new business model? The capital market and the new economy. 30 *Economy and Society* 2001, s. 467–503.
- Financial Accounting Standards Board, *Statement of Financial Accounting Concepts No. 1. Objectives of Financial Reporting by Business Enterprises*. Norwalk: Financial Accounting Foundation, 1978.
- Fine, Ben – Lapavistas, Costas, Markets and Money in Social Theory: What Role for Economics. 29 *Economy and Society* 2000, s. 357–382.
- Fine, Ben, “Economic imperialism”: a view from the periphery. 34 *Review of Radical Political Economics* 2002a, s. 187–201.
- Fine, Ben, *From Political Economy to Consumption* julkaisussa Miller, Daniel (ed.), *Acknowledging Consumption. A Review of New Studies*. London: Routledge, s. 127–163, 1995.
- Fine, Ben, *The World of Consumption: The Material and Cultural Revisited*. London: Routledge, 2002b.
- Firat, A. Fuat – Dholakia, Nikhilesh, *Consuming People. From Political Economy to Theaters of Consumption*. London: Routledge, 1998.
- Fischer, Hans Albert, *Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*. Jena: Gustaf Fischer, 1903.
- Fisher, Franklin M., Janis Joplin’s Yearbook and the Theory of Damages. 5 *Journal of Accounting, Auditing & Finance* 1990, s. 145–157.

- Fitzgibbons, Athol, *Adam Smith's System of Liberty, Wealth, and Virtue. The Moral and Political Foundations of The Wealth of Nations*. Oxford: Oxford University Press, 1997.
- Fitzpatrick, Peter, *The Mythology of Modern Law*. London: Routledge, 1992.
- Fletcher, George P., Fairness and Utility in Tort Theory. 85 *Harvard Law Review* 1972, s. 537–573.
- Forsman, Jaakko, *Bidrag till läran om skadestånd i brottmål enligt finsk rätt*. Helsingfors: Finska Litteratur-sällskap, 1893.
- Forza, Cipriano, Work organization in lean production and traditional plants. What are the differences? 16 *International Journal of Operations & Production Management* 1996, s. 42–62.
- Foster, Carrol B. – Trout, Robert B., Computing Losses in Business Interruption Cases. 3 *Journal of Forensic Economics* 1990, s. 9–22.
- Foucault, Michel, *Die Wahrheit und die Juristischen Formen. Mit eine Nachwort von Martin Saar*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2002a.
- Foucault, Michel, *Governmentality* julkaisussa Burchell, Graham – Gordon, Colin – Miller, Peter (eds.), *The Foucault Effect: Studies in Governmental Rationality*. Hemel Hempstead: Harvester Wheatsheaf, s. 87–104, 1991.
- Foucault, Michel, *Seksuaalisuuden historia*. Helsinki: Gaudeamus, 1998.
- Foucault, Michel, *Tarkkailla ja rangaista*. Helsinki: Otava, 2001.
- Foucault, Michel, *The Birth of Biopolitics. Lectures at the Collège de France, 1978–1979. Edited by Michel Senellart*. Basingstoke: Palgrave MacMillan, 2008.
- Foucault, Michel, *The Dangerous Individual* julkaisussa Foucault, Michel (ed.), *Politics, Philosophy, Culture. Interviews and Other Writings 1977–1984. With an Introduction by Lawrence D. Kritzman*. New York: Routledge, s. 125–151, 1988.
- Foucault, Michel, *The Order of Things. An Archaeology of the Human Sciences*. London: Routledge, 2002b.
- Foucault, Michel, *Tiedon arkeologia*. Tampere: Vastapaino, 2005.
- Foucault, Michel, *Two Lectures* julkaisussa Gordon, Colin (ed.), *Power/Knowledge: Selected Interviews and other writings 1972–1977*. New York: Pantheon Books, s. 78–108, 1980.
- Frankel, Marvin – Linke, Charles M., The Value of Life and Hedonic Damages: Some Unresolved Issues. 3 *Journal of Forensic Economics* 1992, s. 233–247.
- Fraser, Nancy, *Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy* julkaisussa Calhoun, Craig (ed.), *Habermas and the Public Sphere*. Cambridge, MA: MIT Press, s. 109–142, 1992.
- Fraser, Nancy, What's Critical about Critical Theory? The Case of Habermas and Gender. *New German Critique*. 1985, s. 97–131.
- Freiherr von Loeffelholz, Bernhard, *Wert oder Tauschwert – kann der Markt alles leisten?* julkaisussa Müller, Florian – Müller, Michael (Hrsgs.), *Markt und Sinn – Dominiert der Markt unsere Werte*. Frankfurt am Main: Campus Verlag, s. 75–89, 1996.
- Friberg, Sandra, Kränkingsersättning vid sexuellt utnyttjande av barn – ”Das Ding an sich”. 2007/08 *Juridisk Tidskrift* 2007, s. 117–129.
- Friedman, Daniel, The Performance Interest in Contract Damages. 111 *Law Quarterly Review* 1995, s. 628–654.
- Frände, Dan et al., *Keskeiset rikokset*. Helsinki: Edita, 2006.
- Fuller, Lon L. – Perdue, William, The Reliance Interest in Contract Damages: 1. 46 *Yale Law Journal* 1936, s. 52–96.
- Fuller, Lon L. – Perdue, William, The Reliance Interest in Contract Damages: 2. 46 *Yale Law Journal* 1937, s. 373–420.
- Furmston, Michael, *Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract*. Fourteenth Edition. London: Butterworths, 2001.

- Gabler, Daniel J., Conscious Pain and Suffering Is Not a Matter of Degree. 74 *Marquette Law Review* 1991, s. 289–323.
- Galanter, Marc – Luban, David, Poetic Justice: Punitive Damages and Legal Pluralism. 42 *American University Law Review* 1993, s. 1393–1461.
- Galligan, Thomas C. Jr., The Risks of and Reactions to Underdeterrence in Torts. 70 *Missouri Law Review* 2005, s. 691–721.
- Garland, David, *Punishment and Modern Society. A Study in Social Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1990.
- Gaughan, Patrick A. – Fuentes, Henry – Bonanomi, Laura, Cash Flow vs. Net Income in Commercial Operation. 1 *Litigation Economics Digest* 1995, s. 13–23.
- Gaughan, Patrick A., *Measuring Business Interruption Losses and Other Commercial Damages*. Hoboken: John Wiley & Sons, 2004.
- Geisinger, Alex, Nothing But Fear Itself: A Social-Psychological Model of Stigma Harm and its Legal Implications. 76 *Nebraska Law Review* 1997, s. 452–496.
- Geistfeld, Mark, Due Process and the Determination of Pain and Suffering Tort Damages. 55 *DePaul Law Review* 2006, s. 331–358.
- Geistfeld, Mark, Negligence, Compensation, and the Coherence of Tort Law. 91 *Georgetown Law Journal* 2003, s. 585–631.
- Geistfeld, Mark, Placing a Price on Pain and Suffering: A Method for Helping Juries Determine Tort Damages for Nonmonetary Injuries. 83 *California Law Review* 1995, s. 775–843.
- Geistfeld, Mark, Reconciling Cost-Benefit Analysis with the Principle that Safety Matters More than Money. 76 *New York University Law Review* 2001, s. 114–189.
- Gerber, David J., Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the “New” Europe. 42 *The American Journal of Comparative Law* 1994, s. 25–84.
- Ghaziani, Amin – Ventresca, Marc J., Keywords and Cultural Change: Frame Analysis of Business Model Public Talk. 20 *Sociological Forum* 2005, s. 523–559.
- Gierke, Otto von, *Deutsches Privatrecht. Dritter Band. Schuldrecht*. München: Duncker & Humblot, 1917.
- Gierke, Otto von, *Deutsches Privatrecht. Erster Band. Allgemeiner Teil und Personenrecht*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1895.
- Gierke, Otto von, *Deutsches Privatrecht. Zweiter Band. Sachenrecht*. München: Duncker & Humblot, 1905.
- Gierke, Otto von, *Die Soziale Aufgabe des Privatrechts*. 2. Aufgabe. Frankfurt am Main: Klostermann, 1948.
- Gilbert, Emily – Helleiner, Eric, *Introduction: Nation-States and Money: Historical Contexts, Interdisciplinary perspectives* julkaisussa Gilbert, Emily – Helleiner, Eric (eds.), *Nation-States and Money: The Past, Present and Future of National Currencies*. Florence, KY: Routledge, s. 1–19, 1999.
- Gilbert, Emily, Common cents: situating money in time and place. 34 *Economy and Society* 2005, s. 357–388.
- Gilliam, Dean – Taylor-Jones, Steve, *The Quantum Leap: Next Generation. The Manufacturing Strategy for Business. Based on the Original Work by John R. Constanza. Foreword by Carol Ptak*. Boca Raton: JCIT International, 2004.
- Glick, Mark – Kalay, Avner, How to Value a Lost Opportunity: A Real Options Approach. 11 *George Mason Law Review* 2003, s. 673–694.
- Glover, Jonathan – Ijiri, Yuji, “Revenue Accounting” in the Age of E-Commerce: A Framework for Conceptual, Analytical, and Exchange Rate Considerations. 13 *Journal of International Financial Management & Accounting* 2002, s. 32–72.
- Godenhjelm, Berndt, *Inlägg Forhandlingar på det 25. nordiske juristmötet i Oslo 1969*. Oslo, s. 413–423, 1969.

- Goldschmidt, Levin, *System des Handelsrechts mit Einschluss des Wechsel-, See- und Versicherungsrechts im Grundriss. Vierte, verbreitete und durch Einzelausführungen vermehrte Auflage.* Stuttgart: Verlag von Ferdinand Enke, 1892.
- Gomard, Bernhard, Hadley v. Baxendale og adækvans. 123 *Ugeskrift for retsvæsen* 1989, s. 417–422.
- Gordley, James, *Foundations of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment.* Oxford: Oxford University Press, 2006.
- Gordon, Colin, *Governmental Rationality. An Introduction* julkaisussa Burchell, Graham – Gordon, Colin – Miller, Peter (eds.), *The Foucault Effect: Studies in Governmental Rationality.* Hemel Hempstead: Harvester Wheatsheaf, s. 1–53, 1991.
- Graber, Christoph Beat – Teubner, Gunther, Art and Money: Constitutional Rights in the Private Sphere? 18 *Oxford Journal of Legal Studies* 1998, s. 61–73.
- Granström, Görel – Mannelqvist, Ruth, Rättsvetenskap och viktologi. 2007/08 *Juridisk Tidskrift* 2007, s. 28–43.
- Greenspan, Patricia, *Practical Reasoning and Emotion* julkaisussa Mele, Alfred R. – Rawlings, Piers (eds.), *The Oxford Handbook of Rationality.* Oxford: Oxford University Press, s. 206–222, 2004.
- Grenig, Jay E. – Kinsler, Jeffrey S., *Handbook of Federal Discovery and Disclosure. Second Edition. Current through the 2008 Update.* St. Paul: West Group, 2008.
- Grierson, Philip, *The Origins of Money.* London: Athlone Press, 1977.
- Gronow, Jukka, *Valistusfilosofia ja poliittinen taloustiede: yhteiskunta omalakisena järjestelmänä* julkaisussa Gronow, Jukka – Noro, Arto – Töttö, Pertti (toim.), *Sosiologian klassikot.* Helsinki: Gaudeamus, s. 31–60, 1997.
- Großerichter, Helge, *Hypothetischer Geschehensverlauf und Schadensfeststellung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung vor dem Hintergrund der perte d'une chance.* München: Verlag C.H. Beck, 2001.
- Grotenfelt, Julius, *Kommentar till strafflagen. Allmänna delen. Tredje häftet.* Helsingfors: G. W. Edlund, 1913.
- Grönfors, Kurt, Om rättskydd för skönhetsvärden. *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland* 1973, s. 151–167.
- Grönfors, Kurt, Om rättsskydd för affektionsvärden. *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1963, s. 597–605.
- Grönfors, Kurt, *Skadelidandes medverkan.* Stockholm: Försäkringsjuridiska föreningen, 1954.
- Gustafsson, Håkan, *Rättens polyvalens. En rättsvetenskaplig studie av sociala rättigheter och rättssäkerhet* Lund: Lunds Universitet, 2002.
- Göthel, Stephan R., Zu den Funktionen des Schmerzensgeldes im 19. Jahrhundert. 205 *Archiv für die civilistische Praxis* 2005, s. 36–66.
- Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy.* Cambridge: Polity Press, 1996.
- Habermas, Jürgen, *Julkaisuuden rakennemuutos. Tutkimus yhdestä kansalaisyhteiskunnan kategoriasta.* Tampere: Vastapaino, 2004.
- Habermas, Jürgen, *The Theory of Communicative Action. Volume 2: Lifeworld and System: A Critique of Functionalist Reason.* Boston: Beacon Press, 1987.
- Hacking, Ian, *The Taming of Chance.* Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- Hackney, James R. Jr., Law and Neoclassical Economics: Science, Politics, and the Reconfiguration of American Tort Law Theory. 15 *Law and History Review* 1997, s. 275–322.
- Hagan, Eero, Kivun ja säryn korvaaminen. *Lakimies* 1957, s. 374–387.
- Hager, Richard, *Värderingsrätt. Särskilt om ersättning och värdering vid expropriation.* Stockholm: Stiftelsen Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, 1998.

- Hager, Richard, Ämnet värderingsrätt och förhållandet mellan juridik och ekonomi – en grundläggande frågeställning. Om förutsättningar brister. *Svensk juristtidning* 2007, s. 277–296.
- Hagerup Bull, E., Den økonomiske skade. *Tidsskrift for Retsvidenskab* 1920, s. 155–205.
- Hahn, Otto, *Das Handelsrecht nach dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch*. Stuttgart: Julius Maier, 1869–1875.
- Hahto, Vilja, *Uhrin myötävaikutus ja rikoksenteikijän vastuu. Rikos- ja vahingonkorvausoikeudellinen tutkimus tekoa edeltävästä uhrikäyttäytymisestä fyysistä koskemattomuutta loukkaavissa rikoksissa*. Helsinki: Edita, 2004.
- Hakalehto-Wainio, Suvanna, Kohti ihmisoikeusmyönteisempää vahingonkorvausoikeutta? *Lakimies* 2005, s. 859–883.
- Hakulinen, Y. J., *Velvoiteoikeus I. Yleiset opit*. Helsinki: Pellervo-seura, 1958.
- Halila, Jouko, *Todistustaakan jaosta silmällä pitäen erityisesti varallisuus oikeudellisia suhteita*. Porvoo: WSOY, 1955.
- Halila, Jouko, Vahingonkorvauksen suuruuden todistelusta. *Lakimies* 1961, s. 291–303.
- Hallituksen esitys 109/2005 vp Eduskunnalle uudeksi osakeyhtiölainsäädännöksi.
- Hallituksen esitys 167/2003 vp Eduskunnalle vahingonkorvauslain muuttamiseksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.
- Hallituksen esitys 173/1973 vp Eduskunnalle vahingonkorvauslaiksi.
- Hallituksen esitys 232/2001 vp Eduskunnalle viivästyskorkoa koskevan lainsäädännön muuttamisesta.
- Hallituksen esitys 237/1992 vp Eduskunnalle valmismatkalaiksi.
- Hallituksen esitys 241/2005 vp Eduskunnalle viestintämarkkinalain ja eräiden markkinaoikeudellisten asioiden käsittelystä annetun lain muuttamisesta.
- Hallituksen esitys 33/1994 vp Eduskunnalle terveydenhuollon ammattihenkilöitä koskevaksi lainsäädännöksi.
- Hallituksen esitys 6/1997 vp Eduskunnalle oikeudenkäyttöä, viranomaisia ja yleistä järjestystä vastaan kohdistuvia rikoksia sekä seksuaalirikoksia koskevien säännösten uudistamiseksi.
- Hallituksen esitys 93/1986 vp Eduskunnalle kauppalaiksi.
- Hallituksen esitys HE 116/1998 vp Eduskunnalle laiksi vahingonkorvauslain muuttamisesta.
- Hamel, Gary, *Vallankumouksen kärjessä*. Helsinki: WSOY, 2001.
- Hampton, Jean, Correcting Harms Versus Righting Wrongs: The Goal of Retribution. 39 *UCLA Law Review* 1992, s. 1659–1702.
- Hanke, John E. – Wichern, Dean W., *Business Forecasting*. Upper Saddle River: Prentice Hall, 1998.
- Hannuniemi, Anja, Skadestånd för kränkningar av patienters självbestämmanderätt. *Tidsskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland* 2004, s. 324–339.
- Hardt, Michael – Negri, Antonio, *Empire*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2000.
- Harré, Rom (ed.), *The Social Construction of Emotions*. Oxford: Blackwell, 1986.
- Harris, Donald – Ogun, Anthony – Phillips, Jennifer, Contract Remedies and the Consumer Surplus. 95 *Law Quarterly Review* 1979, s. 581–610.
- Harris, Robert J., A Radical Restatement of the Law of Seller's Damages: Sales Act and Commercial Code Results Compared. 18 *Stanford Law Review* 1965, s. 66–109.
- Harrison, Bennett, *Lean and Mean. The Changing Landscape of Corporate Power in the Age of Flexibility*. New York: BasicBooks, 1994.
- Hartmann, Gustav *Ueber den rechtlichen Begriff des Geldes und den Inhalt von Geldschulden*. Braunschweig: Eduard Leibrock, 1868.
- Harvey, David, *The Condition of Postmodernity. An enquiry into the origins of cultural change*. Oxford: Blackwell, 1989.
- Heffernan, Nick, *Capital, Class and Technology in Contemporary American Culture: Projecting Post-Fordism*. London: Pluto Press, 2000.

- Heikkilä, Jussi – Ketokivi, Mikko, *Tuotanto murroksessa. Strategisen johtamisen uusi haaste*. Helsinki: Talentum, 2005.
- Heikonen, A.R., *Avoin yhtiö Suomen oikeuden mukaan*. Porvoo: Werner Söderström Osakeyhtiö, 1948.
- Heilbron, Johan, *Interest: History of the Concept* julkaisussa Neil, J. Smelser – Paul, B. Baltes (eds.), *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences. Volume 11*. Amsterdam: Elsevier, s. 7708–7712, 2001.
- Heilfron, Eduard, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. I. Abteilung: Allgemeiner Teil. Dritte, neu bearbeitete Auflage* Berlin: Speyer & Peters, 1904.
- Helén, Ilpo *Hyvinvointi, vapaus ja elämän politiikka: foucaltilainen hallinnan analytiikka* julkaisussa Rahkonen, Keijo (toim.), *Sosiologisia nykykeskusteluja*. Helsinki: Gaudeamus, s. 206–236, 2004.
- Helin, Markku, Kieli oikeustodellisuuden rakentajana. *Lakimies* 1998, s. 1027–1036.
- Helin, Markku, *Käsitteistä päätelemisestä Juhlajulkaisu Simo Zitting 1915 – 14/2 – 1985*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, s. 82–92, 1985.
- Helin, Markku, *Lainoppi ja metafysiikka. Tutkimus skandinaavisen oikeusrealismin tieteenkuvasta ja sen vaikutuksesta Suomen siviilioikeuden tutkimuksessa vuosina 1920–1960* Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1988.
- Helin, Markku, Perheoikeuden siveellinen luonne. *Lakimies* 2005, s. 1244–1266.
- Hellner, Jan – Johansson, Svante, *Skadeståndsrätt*. Sjätte upplagan. Stockholm: Norstedts Juridik, 2000.
- Hellner, Jan – Radetzki, Marcus, *Skadeståndsrätt*. Sjunde upplagan. Stockholm: Nordstedts Juridik, 2006.
- Hellner, Jan, Beräkning och begränsning av skadestånd vid köp. *Tidskrift for Rettsvitenskap* 1966, s. 290–344.
- Hellner, Jan, Ersättning för psykiska besvär. *Svensk juristtidning* 1993, s. 449–458.
- Hellner, Jan, *Försäkringsrätt*. Stockholm: Försäkringsjuridiska föreningen, 1959.
- Hellner, Jan, Skadeståndsrätt och rättsekonomi. *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1998, s. 357–388.
- Hellner, Jan, *Skadeståndsrätt*. Andra upplagan. Stockholm: Juristförlaget, 1973.
- Hellner, Jan, *Värderingar i skadeståndsrätten Festskrift till Per Olof Ekelöf*. Stockholm, s. 290–335, 1972.
- Hemmo, Mika, *KKO 1999:121. Aiheettoman palohälytyksen perusteella korvattava vahinko* julkaisussa Timonen, Pekka (toim.), *KKO:n ratkaisut kommentein 1999. II*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, s. 281–286, 2000.
- Hemmo, Mika, *Sopimus ja delikti. Tutkimus vahingonkorvausoikeuden vastuumuodoista*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 1998.
- Hemmo, Mika, *Sopimusoikeus II*. Helsinki: Talentum, 2003.
- Hemmo, Mika, *Sopimusoikeus III*. Helsinki: Talentum, 2005a.
- Hemmo, Mika, *Vahingonkorvauksen määrittymisestä sopimussuhteissa*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1994.
- Hemmo, Mika, *Vahingonkorvauksen sovittelu ja moderni korvausoikeus*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1996.
- Hemmo, Mika, *Vahingonkorvausoikeus*. Helsinki: WSOYPro, 2005b.
- Hemmo, Mika, *Vahinkojen korvaaminen* julkaisussa Saarnilehto, Ari – Kartio, Leena – Hemmo, Mika (toim.), *Oikeuden perusteokset. Varallisuus oikeus*. Helsinki: WSOY Lakitieto, s. 459–612, 2001.
- Henkilövahinkoasiain neuvottelukunnan suosituksia vahingonkorvauslain 5 luvun säännösten nojalla kivusta ja säystä sekä muusta tilapäisestä haitasta, pysyvästä haitasta sekä kärsimyksestä suoritettavien korvausten määristä. Helsinki: Henkilövahinkoasiain neuvottelukunta, 2008.

- Hensler, Deborah R., *Money Talks: Searching for Justice Through Compensation for Personal Injury and Death*. 53 *DePaul Law Review* 2003, s. 417–455.
- Hernberg, Alarik, *Yleissiviilioikeus Suomen lain mukaan*. Helsinki, 1927.
- Hernesniemi, Janne, *Kulutus* julkaisussa Jakonen, Mikko – Peltokoski, Jukka – Aleksi, Virtanen (toim.), *Uuden työn sanakirja*. Tampere: Vastapaino, 2006.
- Herre, Johnny, *Ersättingar i köprätten. Särskilt om skadeståndsberäkning*. Stockholm: Handelshögskolan i Stockholm, 1996.
- Hetemaa, Tiina – Vuorenkoski, Lauri – Keskimäki, Ilmo, *Priorisointi ja jonoasettamisindikaattiot – kirjallisuuskatsaus. Sosiaali- ja terveysministeriön monisteita 2003:6*. Helsinki: Sosiaali- ja terveysministeriö, 2003.
- Hirsch, Dennis D., *Lean and Green? Environmental Law and Policy and the Flexible Production Economy*. 79 *Indiana Law Journal* 2004, s. 611–666.
- Hirschman, Albert O., *Exit, Voice, and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1970.
- Hirschman, Albert O., *The Passions and the Interests. Political Arguments for Capitalism before its Triumph*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1977.
- Hoel, Astrup, *Risiko og ansvar. Utviklingslinjer i forsikrings- og erstatningsret* Oslo: Gyldendal, 1929.
- Hofer, Sibylle, *Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.
- Holdcroft, Anita – Jaggar, Sian, *Core Topics in Pain*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- Holgerson, Gudrun, *Standardisert erstatning ved personskaade – lik erstatning for olik tap. Lov og rett* 1991, s. 515–536.
- Holm, Anders, *Den avtalsgrundade lojalitetsplikten – en allmän rättsprincip*. Linköping: Uni-Tryck, 2004.
- Honka, Hannu, *Amerikaniseras den finska skadeståndsrätten. Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland* 2000, s. 49–86.
- Hoppu, Esko – Hemmo, Mika, *Vakuutusoiikeus*. Helsinki: WSOYpro, 2006.
- Hoppu, Esko, *Vahingonkorvauksen kehityslinjoja. Lakimies* 1998, s. 1048–1056.
- Hoppu, Esko, *Vahingonkorvauksvastuusta kauppalaan mukaan. Lakimies* 1988, s. 51–65.
- Horngren, Charles T. et al., *Management and Cost Accounting*. New Jersey: Prentice Hall Inc., 1999.
- Horwitz, Morton J., *The Transformation of American Law 1870–1960. The Crisis of Legal Orthodoxy*. New York: Oxford University Press, 1992.
- Hubbell, Kenneth, *Compensation for Pecuniary Losses in Breach of Contract Cases*. 1 *Journal of Forensic Economics* 1988, s. 27–36.
- Hubman, Heinrich, *Das Menschenbild unserer Rechtsordnung* julkaisussa Dietz, Rolf – Hübner, Heinz (Hrgs.), *Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag 21. Januar 1965*. München: Beck, s. 37–55, 1965.
- Huhtamäki, Ari, *Kuka määrää kivun, vamman ja kärsimyksen hinnan? julkaisussa Saarnilehto, Ari (toim.), Heikomman suojasta*. Turku: Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, s. 47–69, 1995.
- Hunt, Alan – Wickham, Gary, *Foucault and Law: Towards a Sociology of Law as Governance*. London: Pluto Press, 1994.
- Hunt, Alan, *Foucault's Expulsion of Law: Toward a Retrieval*. 17 *Law & Social Inquiry* 1992, s. 1–38.
- Hunt, Alan, *Governing Morals: A Social History of Moral Regulation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

- Hutchins, David, *Just in Time*. Aldershot: Gower Technical Press, 1990.
- Häyhä, Juha, *Sopimus, laki ja vakuutustoiminta*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1996.
- Ijiri, Yuji, *The Foundations of Accounting Measurement*. Englewood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall, 1967.
- Ilmonen, Kaj, *Johan on markkinat. Kulutuksen sosiologista tarkastelua*. Tampere: Vastapaino, 2007.
- Ingber, Stanley, Rethinking Intangible Injuries: A Focus on Remedy. 73 *California Law Review* 1985, s. 772–856.
- Ingham, Geoffrey, On the Underdevelopment of the Sociology of Money. 41 *Acta Sociologica* 1999, s. 3–18.
- International Association for the Study of Pain, Pain terms. A current list with definitions and notes on usage. *Pain* 1986, s. 215–221.
- Ireland, Thomas R. – Gilbert, Roy, Supramonetary Values, the Value of Life, and the Utility Theory Meanings of Tort Recovery. 11 *Journal of Forensic Economics* 1998, s. 189–201.
- Iversen, Torsten, *Erstatningsberegning i kontraktsforhold. Et bidrag til undersøgelsen af de i dansk ret gældende principper for erstatningsberegning i kontraktsforhold med særligt henblik på ikke-opfyldelse af aftaler om køb, leje og entreprise*. København: Thomson Gadjury, 2000.
- Jacques, François M., Even Commodities Have Customers. 85 *Harvard Business Review* 2007, s. 110–119.
- Jaffe, Louis L., Damages for Personal Injury: The Impact of Insurance. 18 *Law & Contemporary Problems* 1953, s. 219–240.
- Jakob, Olivere, *Ersatz fiktiver Kosten nach Allgemeinem Schadensrecht? Ein Untersuchung zu § 249 Satz 2 BGB*. Berlin: Duncker & Humblot, 1998.
- Jameson, Fredric, *Postmodernism or, The Cultural Logic of Late Capitalism*. Durham: Duke University Press, 1991.
- Jansen, Nils, §§ 249-253. *Schadensrecht* julkaisussa Zimmermann, Reinhard (ed.), *Historisch-kritischer Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch. Band II. Schuldrecht: Allgemeiner Teil §§ 241-432. 1. Teilband: vor §241-304*. Tübingen: Mohr Siebeck, s. 517–654, 2007.
- Jansen, Nils, *Die Struktur des Haftungsrechts. Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.
- Jansen, Nils, Duties and Rights in Negligence: A Comparative and Historical Perspective on the European Law of Extracontractual Liability. 24 *Oxford Journal of Legal Studies* 2004, s. 443–469.
- Jansen, Nils, The Idea of a Lost Chance. 19 *Oxford Journal of Legal Studies* 1999, s. 271–296.
- Jhering, Rudolf, *Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht: eine Festschrift*. Giessen: Emil Roth, 1867.
- Jokela, Antti, Asiantuntijaedustuksesta tuomioistuimen kokoonpanossa. *Lakimies* 2000, s. 1124–1137.
- Jørgensen, Stig, *Erstatning for personskade og tab af forsørger*. 3. udgave. København: Juristforbundets Forlag, 1972.
- Jørgensen, Stig, *Svie og smerte*. Aarhus: Universitetsforlaget, 1960.
- Kahn, Kenneth B., *New Product Forecasting. An Applied Approach*. Armonk, N.Y.: M.E. Sharpe, 2006.
- Kairinen, Martti, *Perussuhdeteoriasta työoikeuden yleisten oppien osana*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1979.
- Kaivola, Juhani, Joitakin huomioita järkytyksen ja henkisen järkytyksen korvaamisesta. *Defensor Legis* 1988, s. 295–313.
- Kaivola, Juhani, KKO 1990:107: Vahingonkorvaus, korvattava vahinko. *Lakimies* 1991, s. 430–437.

- Kangas, Risto, *Yhteiskunta. Tutkielmia yhteiskunnasta, yhteiskunnan käsitteestä ja sosiologiasta*. Helsinki: Tutkijaliitto, 2006.
- Kanniainen, Vesa – Saraste, Tuomas – Tammelin, Katja, Kartellivahingon ja sen määrän toteentäyttäminen vahingonkorvausoikeudenkäynnissä. *Defensor Legis* 2005, s. 419–440.
- Kaplan, Robert S. – Norton, David P., *Strategy Maps: Converting Intangible Assets into Tangible Outcomes*. Boston, MA.: Harvard Business School Press, 2004.
- Karhu, Juha, *Legalityteettiperiaate varallisuus oikeudessa* julkaisussa *Juhla julkaisu Juhani Wirilander 1935 – 30/11 – 2005*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, s. 164–174, 2005.
- Karhu, Juha, *Paranoidinen skitsofrenia modernin juristin identiteettinä* julkaisussa Hirvonen, Ari – Sivenius, Pia (toim.), *Laki ja rakkaus. Panu Minkkisen 50-vuotisjuhlakirja*. Helsinki: Lokerijätkä, s. 147–153, 2007.
- Karhu, Juha, Perusoikeudet ja oikeuslähteoppi. *Lakimies* 2003, s. 789–807.
- Karlsgren, Hjalmar, *Skadeståndsläran*. Lund: Gleerup, 1943.
- Karlsgren, Hjalmar, *Skadeståndsrätt*. Femte upplagan. Stockholm: Norstedt, 1972.
- Karlsson, Christer – Sköld, Martin, The manufacturing extraprise: an emerging production network paradigm. 18 *Journal of Manufacturing Technology Management* 2007, s. 912–932.
- Karner, Ernst, *Der Ersatz ideeller Schäden bei Körperverletzung*. Wien: Springer, 1999.
- Karp, Adam P. – Fershtman, Julie I., Recent Developments in Animal Tort and Insurance Law. *Tort Trial & Insurance Practice Law Journal* 2007, s. 251–277.
- Kass, Nancy – Medley, Amy, Genetic Screening and Disability Insurance: What Can We Learn from the Health Insurance Experience? 35 *Journal of Law, Medicine and Ethics* 2007, s. 66–72.
- Kaufmann, Ekkehard, Dogmatische und Rechtspolitische Grundlagen des § 253 BGB. 162 *Archiv für das bürgerliche Recht* 1963, s. 421–439.
- Kaye, Joel, *Economy and Nature in the Fourteenth Century: Money, Market Exchange and the Emergence of Scientific Thought*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- Keating, Gregory C., Distributive and Corrective Justice in the Tort Law of Accidents. 74 *Southern California Law Review* 2000, s. 193–224.
- Keating, Gregory, Reasonableness and Rationality in Negligence Theory. 48 *Stanford Law Review* 1996, s. 311–384.
- Keller, Friedrich Ludwig von, *Pandekten. Erster Band*. Zweite Auflage. Leipzig: Bernhard Tauschitz, 1867.
- Kennedy, Duncan, Form and Substance in Private Law Adjudication. 89 *Harvard Law Review* 1976, s. 1685–1778.
- Kennedy, Duncan, The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's Sociology in the Genealogy of the Contemporary Mode of Western Legal Thought. 55 *Hastings Law Journal* 2004, s. 1031–1076.
- Kennedy, Duncan, The Role of Law in Economic Thought: Essays on the Fetishism of Commodities. 34 *American University Law Review* 1985, s. 939–1001.
- Kennedy, Duncan, Two Globalizations of Law & Legal Thought: 1850–1968. 36 *Suffolk University Law Review* 2003, s. 631–679.
- Kenney, Martin – Florida, Richard, *Beyond Mass Production. The Japanese System and its Transfer to the U.S.* New York: Oxford University Press, 1993.
- Kern, Berndt-Rüdiger, Die Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes. 191 *Archiv für die civilistische Praxis* 1991, s. 247–272.
- Keuk, Brigitte, *Vermögensschaden und Interesse*. Bonn: Ludwig Röhrscheid Verlag, 1972.
- Kihlström, John A. et al., *The Emotional Unconscious* julkaisussa Eich, Erich (ed.), *Cognition and Emotion*. Oxford, s. 30–85, 2000.

- Kim, W. Chan – Marbourgne, Renee, *Blue Ocean Strategy. How to Create Uncontested Market Space and Make the Competition Irrelevant*. Boston, MA.: Harvard Business School Press, 2005.
- Kimel, Dori, The Choice of Paradigm for Theory of Contract: Reflections on the Relational Model. 27 *Oxford Journal of Legal Studies* 2007, s. 233–255.
- Kindermann, Harald, Die Antwort des bürgerlichen Gesetzbuchs auf die soziale Frage. 12 *Rechtstheorie* 1981, s. 209–225.
- King, Joseph H. Jr., “Reduction of Likelihood” Reformulation and Other Retrofitting of the Loss-of-a-Chance Doctrine. 28 *University of Memphis Law Review* 1998, s. 491–560.
- King, Joseph H. Jr., Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences. 90 *Yale Law Journal* 1981, s. 1353–1397.
- King, Joseph H. Jr., Counting Angels and Weighing Anchors: Per Diem Arguments for Noneconomic Personal Injury Tort Damages. 71 *Tennessee Law Review* 2004a, s. 1–50.
- King, Joseph H. Jr., Pain and Suffering, Noneconomic damages, and the Goals of Tort Law. 57 *Southern Methodist University Law Review* 2004b, s. 163–209.
- Kirchner, John J. – Wiseman, Christine M., *Punitive Damages: Law and Practice*. St. Paul: West Group, 2007.
- Kivimäki, T. M. – Ylöstalo, Matti, *Suomen siviilioikeuden oppikirja. Yleinen osa*. Kolmas, uudistettu painos. Porvoo: Werner Söderström Osakeyhtiö, 1973.
- Kivimäki, T. M., *Siviilioikeuden yleiset opit pääpiirteittäin*. Porvoo: Werner Söderström Osakeyhtiö, 1946.
- Kivuori, Antti, *Suomen vahingonkorvauslainsäädännön kehitys. I. Rikoslainsäädäntö 1809–1975*. Helsinki: Helsingin yliopiston yksityisoikeuden laitos, 1969.
- Kleinman, Jan, *Ren förmögenhetsskada. Särskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart*. Stockholm: Juristförlaget, 1987.
- Klimchuk, Dennis, On the Autonomy of Corrective Justice. 23 *Oxford Journal of Legal Studies* 2003, s. 49–64.
- Klumpp, Steffen, *Die Privatstrafe – eine Untersuchung privater Strafzwecke. Zivilrechtlicher Schutz vor Zwangskommerzialisierung*. Berlin: Duncker & Humblot, 2002.
- Knieper, Rolf, Die Freiheiten des Willens, der Person und des Eigentums in der Metaphysik des Zivilrechts. 40 *Kritische Justiz* 2007, s. 156–166.
- Knorr Cetina, Karin, The Market. 23 *Theory, Culture & Society* 2006, s. 551–556.
- Kobayashi, Ichiro, Private Contracting and Business Models of Electronic Commerce. 13 *University of Miami Business Law Review* 2005, s. 161–216.
- Koivisto, Ida, Laki ja normi – normatiivisuuden kaksi muotoa. *Oikeus* 2008, s. 5–22.
- Kolaski, Kenneth M. – Kuga, Mark, Measuring Commercial Damages via Lost Profits or Loss of Business Value: Are These Measures Redundant or Distinguishable? 18 *Journal of Law and Commerce* 1998, s. 1–24.
- Kotkas, Toomas, *Michel Foucault'n käsitys oikeuden ja liberaalin poliittisen rationaliteetin välisestä suhteesta* julkaisussa Nuotio, Kimmo – Gylling, Heta (toim.), *Oikeus ja politiikka: filosofia esseitä*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, s. 57–78, 2007.
- Kreitner, Roy, *Multiplicity in contract remedies* julkaisussa Cohen, Nili – McKendrick, Ewan (eds.), *Comparative Remedies for Breach of Contract*. Oxford: Hart Publishing, s. 19–50, 2005.
- Krook, Ingvar, Har företag eller myndighet rätt till skadestånd för lön till personal som utrett brott eller reparerat skada till följd av brottet. *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland* 1989, s. 221–240.
- Kruger, Lawrence (ed.), *Methods in Pain Research. Methods and New Frontiers in Neuroscience*: CRC Press, 2001.

- Kruger, Lawrence (ed.), *Pain and Touch. Handbook Of Perception And Cognition*: Elsevier Science & Technology, 1996.
- Kuehnle, Hermann, Post mass production paradigm (PMPP) trajectories. 18 *Journal of Manufacturing Technology Management* 2007, s. 1022–1037.
- Kumar, Krishan, *From Post-Industrial to Post-Modern Society. New Theories of the Contemporary World*. Oxford: Blackwell Publishers, 1995.
- Kungl. Maj:ts proposition nr 5 år 1972 med förslag till skadeståndslag m. m.
- Kämäräinen, Mikko, Kunnianloukkauksen ja väärän ilmiannon aiheuttaman henkisen kärsimyksen korvaamisesta. *Defensor Legis* 1962, s. 460–476.
- Köngden, Johannes, Ökonomische Aspekte des Schadensproblems. 177 *Archiv für die civilistische Praxis* 1977, s. 1–34.
- Lacey, Nicola, In Search of the Responsible Subject: History, Philosophy and Social Sciences in Criminal Law Theory. 64 *The Modern Law Review* 2001, s. 350–371.
- Lagerspetz, Eerik, *The Opposite Mirrors. An Essay on the Conventionalist Theory of Institutions*. Dordrecht: Kluwer, 1995.
- Lakivaliokunnan mietintö 1/2004 vp.
- Landes, William M. – Posner, Richard A., *The Economic Structure of Tort Law*. Cambridge, MA.: Harvard University Press, 1987.
- Landsberg, Ernst, *Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches vom 18. August 1896. Ein dogmatische Lehrbuch. Erster Band*. Berlin: J. Guttentag, 1904.
- Lange, Hermann – Schiemann, Gottfried, *Schadensersatz*. 3. neubearbeitete Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.
- Langstaff, Brian et al., *Personal Injury Schedules. Calculating Damages. 2nd Edition*. Haywards Heath: Tottel, 2005.
- Lappalainen, Juha, *Siviiliprosessioikeus II*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 2001.
- Lappi-Seppälä, Tapio, *Rangaistuksen määräämisestä I. Teoria ja yleinen osa*. Helsinki: Suomalaisen Lakimiesyhdistys, 1987.
- Lappi-Seppälä, Tapio, *Rikokseen perustuva vahingonkorvaus* julkaisussa Heinonen, Olavi et al. (toim.), *Rikosoikeus*. Helsinki: WSOY, s. 479–504, 2002a.
- Lappi-Seppälä, Tapio, *Yhteisösakko ja oikeushenkilön rangaistusvastuu* julkaisussa Heinonen, Olavi et al. (toim.), *Rikosoikeus*. Helsinki: WSOY, s. 433–441, 2002b.
- Larenz, Karl, *Der Vermögensbegriff in Schadenersatzrecht* julkaisussa Dietz, Rolf – Hübner, Hinz (Hrsg.), *Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag 21. Januar 1965*. München: Beck, s. 489–507, 1965.
- Larenz, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts. Erster Band. Allgemeiner Teil*. Vierzehnte, neubearbeitete Auflage. München: Beck, 1987.
- Larenz, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin: Springer Verlag, 1960.
- Larsson, Marie-Louise, *Law of Environmental Damage. Liability and Reparation*. The Hague: Kluwer Law International, 1999.
- Lassen, Jul., *Haandbog i obligationsretten. Almindelig del*. Tredie tildes omarbejdede udgave. København: G. E. C. Gad, 1917–1920.
- Lassen, N., Om skadeerstatning for ubestemmelige Formuetab og for paaførte legemlige Onder eller sjælige Lidelser. *Tidsskrift for Retsvidenskab* 1892, s. 115–130.
- Latour, Bruno, *Emme ole koskaan olleet moderneja*. Tampere: Vastapaino, 2006.
- Latour, Bruno, Morality and Technology. The End of the Means. 19 *Theory, Culture & Society* 2002, s. 247–260.
- Latour, Bruno, *Science in Action. How to Follow Scientists and Engineers Through Society*. London: Open University Press, 1987.

- Latour, Bruno, *Scientific Objects and Legal Objectivity* julkaisussa Pottage, Alain – Mundy (eds.), *Law, Anthropology, and the Constitution of the Social. Making Persons and Things*. Cambridge: Cambridge University Press, s. 73–113, 2004.
- Law, John – Urry, John, Enacting the social. 33 *Economy and Society* 2004, s. 390–410.
- Law, John, *Making a Mess with Method*, 2003. (Saatavilla osoitteesta <http://www.lancs.ac.uk/fass/sociology/research/resalph.htm>).
- Lavapuro, Juha, KKO 2005:72. *Lakimies* 2005, s. 955–971.
- Lazear, Economic Imperialism. 115 *Quarterly Journal of Economics* 2000, s. 99–146.
- Lazzarato, Maurizio, *Kapitalismin vallankumoukset*. Helsinki: Tutkijaliitto, 2006.
- Lech, Halvar, Ersättningsfrågor inom skadeståndsrätten. *Svensk juristtidning* 1968, s. 433–459.
- Lech, Halvar, *Skadeersättning för personskada*. Stockholm: Norstedts, 1973.
- Lee, Benjamin – LiPuma, Edward, Cultures of Circulation: The Imaginations of Modernity. 14 *Public Culture* 2002, s. 191–203.
- Leebron, David W., Final Moments: Damages for Pain and Suffering Prior to Death. 64 *New York University Law Review* 1989, s. 256–360.
- Lehtinen, Tuomas, *Kansainvälisen kaupan liikesopimus ja remburssi*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 2006.
- Lehtola, Pentti, Liikennevahinkolautakunnan suosituksista ja normeista. *Lakimies* 1987, s. 585–591.
- Lehtola, Pentti, Liikennevahinkolautakunta Korkeimmassa oikeudessa. *Lakimies* 1980, s. 8–20.
- Lehtonen, Turo-Kimmo, *Rahan vallassa: ostoksilla käyminen ja markkinatalouden arki*. Helsinki: Tutkijaliitto, 1999.
- Lemke, Thomas, ‘The birth of bio-politics’: Michel Foucault’s lecture at the Collège de France on neo-liberal governmentality. 30 *Economy and Society* 2001, s. 190–207.
- Lemke, Thomas, *Eine Kritik der politischen Vernunft. Foucaults Analyse der modernen Gouvernementalität*. Hamburg: Argument, 1997.
- Leppiniemi, Jarmo – Leppiniemi, Raili, *Oikeat ja riittävät kirjaukset*. Helsinki: WSOYPro, 2007.
- Levi, Stuart D., Assessing, Minimizing and Allocating Risk in Outsourcing Transactions. 880 *Practising Law Institute. Patents, Copyrights, Trademarks, and Literary Property Course Handbook Series* 2006, s. 199–217.
- Levit, Nancy, Ethereal Torts. 61 *Georgetown Law Journal* 1992, s. 136–192.
- Levmore, Saul, Self-Assessed Valuation Systems for Tort and Other Law. 68 *Virginia Law Review* 1982, s. 771–861.
- Li, Feng – Whalley, Jason, Deconstruction of the telecommunications industry: from value chains to value networks. 26 *Telecommunications Policy* 2002, s. 451–472.
- Lie, John, Visualizing the Invisible Hand: The Social Origins of “Market Society” in England, 1550–1750. 21 *Politics & Society* 1993, s. 275–305.
- Liikennevahinkolautakunnan normit ja ohjeet: Alle 18-vuotiaana pysyvästi työkyvyttömäksi tulleen ansionmenetyksen korvaaminen, julkaistu 16.1.2008. (Saatavilla osoitteesta <http://www.liikennevahinkolautakunta.fi/quideline.asp?id=610>.)
- Liikennevahinkolautakunnan normit ja ohjeet: Seisonta-ajan korvaukset ja linja-autojen siirtokustannukset, julkaistu 7.4.2008. (Saatavilla osoitteesta <http://www.liikennevahinkolautakunta.fi/quideline.asp?id=668>).
- Liikennevahinkolautakunnan normit ja ohjeet: Seisonta-ajan korvaukset ja linja-autojen siirtokustannukset, julkaistu 7.4.2008. (Saatavilla osoitteesta <http://www.liikennevahinkolautakunta.fi/quideline.asp?id=668>.)
- Liikennevahinkolautakunnan normit ja ohjeet: Tilapäinen haitta, julkaistu 17.1.2008. (Saatavilla osoitteesta <http://www.liikennevahinkolautakunta.fi/quideline.asp?id=614>.)
- Liikennevahinkolautakunnan suosituksia ja normeja. Helsinki: Liikennevahinkolautakunta, 1968.

- Liker, Jeffrey K. – Choi, Thomas Y., Building Deep Supplier Relationships. 82 *Harvard Business Review* 2004, s. 104–113.
- Lind, JoEllen, The End of Trial on Damages? Intangible Loss and Comparability Review. 51 *Buffalo Law Review* 2003, s. 251–336.
- Lindblom, Henrik, *Tradition, precision och schablon – om förenklad beräkning av skadestånd i process Festschrift till Bertil Bengtsson*. Stockholm: Nordstedts, s. 319–349, 1993.
- LiPuma, Edward – Lee, Benjamin, Financial derivatives and the rise of circulation. 34 *Economy and Society* 2005, s. 404–427.
- Liszt, Franz von, *Die Deliktobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Kritische und Dogmatische Randbemerkungen*. Berlin: J. Guttentag, 1898.
- Livingstone, Margit, The Calculus of Animal Valuation: Crafting a Viable Remedy. 82 *Nebraska Law Review* 2004, s. 783–848.
- Lloyd, Robert M., Proving Lost Profits After Daubert: Five Questions Every Court Should Ask Before Admitting Expert Testimony. 41 *University of Richmond Law Review* 2007, s. 379–424.
- Lookofsky, Joseph M., *Consequential Damages in Comparative Context. From Breach of Promise to Monetary Remedy in the American, Scandinavian and International Law of Contracts and Sales*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1989.
- Lopatka, John E. – Page, William H., Economic Authority and the Limits of Expertise in Antitrust Cases. 90 *Cornell Law Review* 2005, s. 617–703.
- Lord, Richard, *Williston on Contracts*. Denver: Lawyers' Cooperative, 1990.
- Luhmann, Niklas, Interesse und Interessenjurisprudenz im Spannungsfeld von Gesetzgebung und Rechtsprechung. 12 *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 1990, s. 1–13.
- Lukka, Kari, Ontology and Accounting: The Concept of Profit. 1 *Critical Perspectives on Accounting* 1990, s. 239–261.
- Lundberg, Konrad, Några ytterligare reflektioner kring pengars tidsvärde. 2004/05 *Juridisk Tidskrift* 2005, s. 972–976.
- Lundstedt, A.V., *Föreläsningar över valda delar av obligationsrätten. IV. Grundlinjer i skadeståndsrätten. Senare Delen. Strikt Ansvar. Band II:1*. Uppsala: A.-B. L. Nordblads Bokhandel, 1948.
- Lundstedt, A.V., Kritik av nordiska skadeståndsläror. *Tidsskrift for Retsvitenskap* 1923, s. 55–154.
- Lyotard, Jean-François, *The Postmodern Condition: A Report on Knowledge*. Minnesota: University of Minnesota Press, 1984.
- Lødrup, Peter, *Lærebok i erstatningsrett*. 5. utgave. Oslo: Gyldendal Akademisk, 2006.
- Macaulay, Stewart, Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study. 28 *American Sociological Review* 1963, s. 1–19.
- Macaulay, Stuart, The Real and the Paper Deal: Empirical Pictures of Relationships, Complexity and the Urge for Transparent Simple Rules. 66 *Modern Law Review* 2003, s. 44–79.
- Macintosh, Norman B. et al., Accounting as simulacrum and hyperreality: perspectives on income and capital. 25 *Accounting, Organizations and Society* 2000, s. 13–50.
- MacKenzie, Donald, The material production of virtuality: innovation, cultural geography and facticity in derivatives markets. 36 *Economy and Society* 2007, s. 355–376.
- Madeira, Jody Lyneé, Recognizing Odysseus' Scar: Reconceptualizing Pain and Its Emphatic Role in Civil Adjudication. 34 *Florida State University Law Review* 2006a, s. 41–97.
- Madeira, Jody Lyneé, Regarding Pained Sympathy and Sympathy Pains: Reason, Morality, and Empathy in the Civil Adjudication of Pain. 58 *South Carolina Law Review* 2006b, s. 415–442.
- Magnus, Ulrich, *Schaden und Ersatz. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Ersatzfähigkeit von Einbussen*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1987.

- Maltby, Josephine, Accounting and the soul of the middle class: Gustav Freytag's *Soll und Haben*. 22 *Accounting, Organizations and Society* 1996, s. 69–87.
- Mandl, Vladimir, *Zivilistischer Aufbau des Schadenersatzrechtes. Ein rechtstheoretischer Versuch*. Breslau: M. & H. Marcus, 1932.
- Mannelqvist, Ruth, Brottoffers möjlighet till upprättelse och kompensation vid kränkning. 2005/06 *Juridisk Tidskrift* 2006, s. 790–808.
- Marazzi, Christian, *Pääoma ja kieli. Uudesta taloudesta sotatalouteen*. Helsinki: Tutkijaliitto, 2006.
- Markenisis, B. S. – Deakin, S. F., *Tort Law. Third Edition*. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- Marshall, Alfred, *Principles of Economics*. Eighth edition. London: Macmillan and Co., 1920.
- Marx, Karl, *Kapital. Band I. Kritik der politischen Ökonomie* julkaisussa Marx, Karl – Engels, Friedrich, *Werke, Band 23*. Berlin: Dietz Verlag, 1962.
- Mataja, Victor, *Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1888.
- Mataja, Victor, Der Ersatzrecht im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 1 *Archiv für das bürgerliche Recht* 1889, s. 267–282.
- Mattelart, Armand, *Informaatioyhteiskunnan historia*. Tampere: Vastapaino, 2003.
- May, Christopher, *The Information Society: A Sceptical View*. Malden: Polity Press, 2002.
- McClausland, Allan S. – Sedgley, Norman H. III, Regressions, lags and business lost income: A case study. 4 *Litigation Economics Digest* 1999, s.
- McClurg, Andrew Jay, It's a Wonderful Life: The Case for Hedonic Damages in Wrongful Death Cases. 57 *Notre Dame Law Review* 1990, s. 57–116.
- McCluskey, Martha, *Rhetoric of risk and the redistribution of social insurance* julkaisussa Baker, Tom – Simon, Jonathan (eds.), *Embracing Risk. The Changing Culture of Insurance and Responsibility*. Chicago: Chicago University Press, s. 147–170, 2002.
- McGrath, Rita Gunther – Keil, Thomas, The Value Captor's Process Getting the Most out of Your New Business Ventures. May 2007 *Harvard Business Review* 2007, s. 128–136.
- McGregor, Harvey, *McGregor on Damages*. Seventeenth Edition. London: Sweet & Maxwell, 2003.
- McKendrick, Ewan, *Damages for nonpecuniary loss* julkaisussa Cohen, Nili – McKendrick, Ewan (eds.), *Comparative Remedies for Breach of Contract*. Oxford: Hart Publishing, s. 287–322, 2005.
- McSweeney, Brendan, The Unbearable Ambiguity of Accounting. 22 *Accounting, Organizations and Society* 1997, s. 691–712.
- Meder, Stephan, *Schadenersatz als Enttäuschungsverarbeitung. Zur erkenntnistheoretischen Grundlegung eines modernen Schadensbegriffs*. Berlin: Duncker & Humblot, 1989.
- Medicus, Dieter, Geld muß man haben. Unvermögen und Schuldnerverzug bei Geldmangel. 188 *Archiv für die civilistische Praxis* 1988, s. 490–510.
- Medicus, Dieter, *Id Quod Interest. Studien zum römischen Recht des Schadenersatzes*. Köln: Böhlau Verlag, 1962.
- Melander, Sakari, Ihmisarvon muuttuva oikeudellinen merkitys – erityisesti rikosoikeudessa. *Oikeus* 2008, s. 181–199.
- Menger, Carl, *Principles of Economics*. Foreword by Peter Klein. Introduction by F.A. Hayek. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2007.
- Merkel, Philip L., Pain and Suffering Damages at the Mid-Twentieth Century: A Retrospective View of the Problem and the Legal Academy's First Responses. 34 *Capital University Law Review* 2006, s. 545–580.
- Mertens, Hans-Joachim, §§ 249-255 julkaisussa Soergel, Th. (ed.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 2. Schuldrecht I (§§ 241-432)*. Stuttgart: W. Kohlhammer, s. 195–433, 1990.

- Mertens, Hans-Joachim, *Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht*. Stuttgart: W. Kohlhammer, 1967.
- Meuret, Denis, *A Political Genealogy of Political Economy* julkaisussa Gane, Mike – Johnsson, Terry (eds.), *Foucault's New Domains*. London: Routledge, s. 49–75, 1993.
- Mielityinen, Sampo, *Vahingonkorvausoikeuden periaatteet*. Helsinki: Edita, 2006.
- Miller, P. – O'Leary, T., Finding things out. 23 *Accounting, Organizations and Society* 1998, s. 709–714.
- Miller, Peter – Hopper, Trevor – Laughlin, Richard, The new accounting history: An introduction. 16 *Accounting, Organizations and Society* 1991, s. 395–403.
- Miller, Peter – Kurunmaki, Liisa – O'Leary, Ted, Accounting, hybrids and the management of risk. In Press, Corrected Proof, doi: 10.1016 *Accounting, Organizations and Society* 2007, s. 734.
- Miller, Peter – Napier, Christopher, Genealogies of calculation. 18 *Accounting, Organizations and Society* 1993, s. 631–647.
- Miller, Peter – O'Leary, Ted, Accounting expertise and the politics of the product: Economic citizenship and modes of corporate governance. 18 *Accounting, Organizations and Society* 1993, s. 187–206.
- Miller, Peter – O'Leary, Ted, Rethinking the Factory. Caterpillar Inc. 6 *Cultural Values* 2002, s. 91–117.
- Miller, Peter, Accounting innovation beyond the enterprise: Problematising investment decisions and programming economic growth in the U.K. in the 1960s. 16 *Accounting, Organizations and Society* 1991, s. 733–762.
- Miller, Peter, Governing by Numbers: Why Calculative Practices Matter. 68 *Social Research* 2001, s. 379–396.
- Mol, Annemarie, *Ontological politics: a word and some questions* julkaisussa Law, John – Has-sard, John (eds.), *Actor Network Theory and After*. Oxford: Blackwell, s. 74–89, 1999.
- Mommsen, Friedrich, *Zur Lehre von dem Interesse*. Braunschweig: C.A. Schwetschka und Sohn, 1855.
- Mononen, Marko, *Sopimusoikeuden materiaalisuudesta*. Helsinki: Linarni, 2001.
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Band II. Recht der Schuldverhältnisse. Amtliche Ausgabe. (EBGB)
- Munukka, Jori, *Kontraktuell lojalitetsplikt*. Stockholm: Jure, 2007.
- Mähönen, Jukka, Onko laskettavaisuus yhä kauppaoikeuden perustunnusmerkki? *Lakimies* 2003, s. 449–453.
- Mähönen, Jukka, *Tulo ja pääoma*. Helsinki: Edita, 2001.
- Männistö, Jarkko, Oikeudenkäyntikulut kannustimena: taloustieteellinen analyysi oikeudenkäyntikulujen korvausvelvollisuuden vaikutuksista. *Lakimies* 2004, s. 79–97.
- Nehlsen-von Stryk, Karin, Schmerzensgeld ohne Genugtuung. 3/1987 *Juristenzeitung* 1987, s. 119–127.
- Neilimo, Kari – Uusi-Rauva, Erkki, *Johdon laskentatoimi*. 6. uudistettu painos. Helsinki: Edita, 2005.
- Neuner, Georg Karl, *Wesen und Arten der Privatrechtverhältnisse. Eine civilistische Ausführung*. Kiel: Schwesche Buchhandlung, 1866.
- Neuner, Robert, Interesse und Vermögensschaden. 131 *Archiv für die civilistische Praxis* 1931, s. 277–314.
- Niemeyer, Paul V., Awards for Pain and Suffering: The Irrational Centerpiece of Our Tort System. 90 *Virginia Law Review* 2004, s. 1401–1421.
- Nieminen, Liisa, Ihmisarvon loukkaamattomuus perus- ja ihmisoikeussuojan lähtökohtana. *Lakimies* 2005, s. 49–78.
- Nimmer, Raymond T., Images and contract law – What law applies to transactions in information. 36 *Houston Law Review* 1999, s. 1–59.

- Niskanen, Jyrki – Niskanen, Mervi, *Yritysrahoitus*. Helsinki: Edita, 2000.
- Nordenson, Ulf K., *Ideell ersättning och kostnadsersättning vid personskada Festschrift till Jan Hellner*. Stockholm: Nordstedts, 1984.
- Nordenson, Ulf K., *Trafikskadeersättning. Kommentar till trafikskadelagstiftningen*. Stockholm: LiberFörlag, 1977.
- Norell, Leif, Skälig eller ”objektiv” expropriationsersättning? *Svensk juristtidning* 2007, s. 297–310.
- Norros, Olli, Asiantuntijan vastuu sivullista kohtaan. *Defensor Legis* 2007a, s. 699–719.
- Norros, Olli, Sopimusoikeudellisten periaatekokoelmien oikeuslähdearvo. *Lakimies* 2007b, s. 25–42.
- Norros, Olli, *Vastuu sopimusetjussa*. Helsinki: WSOYpro, 2007c.
- Novas, Carlos – Rose, Nikolas, Genetic risk and the birth of the somatic individual. 29 *Economy and Society* 2000, s. 485–513.
- Nuutila, Ari-Matti, *Petos ja muu epärehellisyys* julkaisussa Heinonen, Olavi et al. (toim.), *Rikosoi-keus*. Helsinki: WSOY, s. 1153–1184, 2002a.
- Nuutila, Ari-Matti, *Rikoslain yleinen osa*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 1997.
- Nuutila, Ari-Matti, *Vapauteen kohdistuvat rikokset* julkaisussa Heinonen, Olavi et al. (toim.), *Ri-kosoikeus*. Helsinki: WSOY, s. 929–950, 2002b.
- Nuutila, Ari-Matti, *Yksityisyyden, rauhan ja kunnian loukkaamisrikokset* julkaisussa Heinonen, Olavi et al. (toim.), *Rikosoi-keus*. Helsinki: WSOY, s. 879–928, 2002c.
- Nybergh, Björn, Värdeförändring och skadeståndsberäkning i brottmål. *Tidskrift utgiven av Juri-diska Föreningen i Finland* 1956, s. 139–145.
- Nybergh, Gunnar, Ersättning för Ideell skada. *Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland* 1951, s. 163–172.
- Nygaard, Nils, *Skade og ansvar*. 5. utgåve. Oslo: Universitetsforlaget, 2000.
- Nystén-Haarala, Soili, *The Long-Term Contract. Contract Law and Contracting*. Helsinki: Finnish Lawyers’ Publishing, 1998.
- Oertmann, *Recht der Schuldverhältnisse*. Dritte und vierte umgearbeitete Auflage. Berlin: Carl Heymanns Verlag, 1910.
- Ogus, Anthony I., Damages for Lost Amenities: For a Foot, A Feeling or A Function. 35 *The Mod-ern Law Review* 1972, s. 1–17.
- Ohno, Taiichi, *Toyota Production System. Beyond Large-Scale Production*. Portland, Oregon: Pro-ductivity Press, 1988.
- Osterwalder, Alexander, *The Business Model Ontology. A Proposition in a Design Science Ap-proach*. Lausanne: Univesité de Lausanne, 2004.
- Paasto, Päivi, Onko vapaus menettänyt merkityksensä varallisuusoi-keuden perustana. *Oikeus* 2001, s. 340–346.
- Palme, W.A., Kan skadestånd i brottmål utdömas, ehuru straffpåståendet förkastas? *Tidskrift utgi-ven av Juridiska Föreningen i Finland* 1947, s. 295–312.
- Parkin, Michael, *Economics*. Fourth Edition. Reading, MA.: Addison Wesley, 1998.
- Pasquino, Pascale, *Criminology: The Birth of a Special Knowledge* julkaisussa Burchell, Graham – Gordon, Colin – Miller, Peter (eds.), *The Foucault Effect: Studies in Governmental Rational-ity*. Hemel Hempstead: Harversted Wheatsheaf, s. 235–250, 1991.
- Pateman, Carole, Women and Consent. 8 *Political Theory* 1980, s. 149–168.
- Pearce, David – Halson, Roger, Damages for Breach of Contract: Compensation, Restitution and Vindication. 28 *Oxford Journal of Legal Studies* 2008, s. 73–98.
- Peller, Gary, The Classical Theory of Law. 73 *Cornell Law Review* 1988, s. 300–309.
- Peller, Gary, The Metaphysics of American Law. 73 *California Law Review* 1985, s. 1151–1290.
- Peltokoski, Jukka, *Postfordismi* julkaisussa Jakonen, Mikko – Peltokoski, Jukka – Virtanen, Akseli (toim.), *Uuden työn sanakirja*. Helsinki: Tutkijaliitto, s. 113–124, 2006.

- Peppard, Joe – Rylander, Anna, From Value Chain to Value Network: Insights for Mobile Operators. 24 *European Management Journal* 2006, s. 128–141.
- Persson, Ulf, *Skada och värde*. Lund: CWK Gleerup, 1953.
- Pine, B. Joseph II – Peppers, Don – Rogers, Martha, Do You Want to Keep Your Customers Forever? 73 *Harvard Business Review* 1995, s. 103–114.
- Pineau, Lois, Date Rape: A Feminist Analysis. 8 *Law and Philosophy* 1989, s. 217–243.
- Platou, Oscar, Bemærkninger til Skadeserstatningsreglerne i (Norsk) Udkast til Lov om den almindelige borgerlige Straffelovs Ikrafttræden (1896). *Tidsskrift for Retsvitenskap* 1897, s. 257–297.
- Platou, Oscar, *Førelæsnings over udvalgte Emner av Privatrettens Almindelige Del*. Kristiania: T. O. Brøgger, 1914.
- Plummer, James – McGowin, Gerald, Key Issues in Measuring Lost Profits. 6 *Journal of Forensic Economics* 1993, s. 231–239.
- Polinsky, A. Mitchell – Shavell, Steven, Punitive Damages: An Economic Analysis. 111 *Harvard Law Review* 1998, s. 869–962.
- Polinsky, A. Mitchell, Are Punitive Damages Really Insignificant, Predictable, and Rational? A Comment on Eisenberg et al. 26 *The Journal of Legal Studies* 1997, s. 663–677.
- Poole, Jill, Damages for Breach of Contract. Compensation and ‘Personal Preferences’: Ruxley Electronics and Construction Ltd v Forsyth. 59 *The Modern Law Review* 1996, s. 272–285.
- Poovey, Mary, *A History of the Modern Fact. Problems of Knowledge in the Sciences of Wealth and Society*. Chicago: Chicago University Press, 1998.
- Poovey, Mary, For Everything Else, There’s... 68 *Social Research* 2001, s. 397–426.
- Popp-Madsen, Carl, *Bod. Bidrag til læren om retshaandhævelsens midler*. København: Gads, 1933.
- Porter, Michael, *Competitive Advantage: Creating and Sustaining Superior Performance*. New York: Free Press, 1985.
- Posner, Eric A. – Sunstein, Cass R., Dollars and Death. 72 *University of Chicago Law Review* 2005, s. 537–598.
- Posner, Eric A., The Jurisprudence of Greed. 151 *University of Pennsylvania Law Review* 2003, s. 1097–1133.
- Posner, Richard A., A Theory of Negligence. 1 *The Journal of Legal Studies* 1972, s. 29–96.
- Price, Douglas L., Hedonic Damages: To Value a Life or Not to Value a Life? 95 *West Virginia Law Review* 1993, s. 1055–1090.
- Priest, George L., The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law. 96 *Yale Law Journal* 1987, s. 1521–1590.
- Pryor, Ellen Smith, Compensation and the Ineradicable Problems of Pain. 59 *George Washington Law Review* 1991, s. 239–306.
- Pryor, Ellen Smith, Rehabilitating Tort Compensation. 91 *Georgetown Law Journal* 2003, s. 659–693.
- Pryor, Ellen Smith, The Tort Law Debate, Efficiency, and the Kingdom of the Ill: A Critique of the Insurance Theory of Compensation. 79 *Virginia Law Review* 1992, s. 91–152.
- Pryor, Jeremy L., Lost Profit or Lost Chance: Reconsidering the Measure of Recovery for Lost Profits in Breach of Contract Actions. 19 *Regent University Law Review* 2007, s. 561–580.
- Puchta, Georg Friedrich, *Lehrbuch der Pandekten*. Neunte vermehrte Auflage. Leipzig: Johan Ambrosius Barth, 1863.
- Puchta, Georg Friedrich, *Vorlesungen über das heutige römische Recht. Erster Band*. Vierte und vermehrte und verbesserte Auflage. Leipzig: Bernhard Tauchnitz, 1854.
- Puchta, Georg Friedrich, *Vorlesungen über das heutige römische Recht. Zweiter Band*. Vierte und vermehrte und verbesserte Auflage. Leipzig: Bernhard Tauchnitz, 1855.

- Pöyhönen, Juha – Korhonen, Petteri, Kolmannelle aiheutuneiden vahinkojen korvaaminen osana vahingonkorvausoikeuden yleisiä oppeja. XXIX *Oikeustiede–Jurisprudentia* 1996, s. 207–295.
- Pöyhönen, Juha, Korvausmallit vahingonkorvausoikeudessa. XXXII *Oikeustiede–Jurisprudentia* 1999, s. 297–372.
- Pöyhönen, Juha, Oikeustieteen ajanmukaisuus. *Lakimies* 1997, s. 357–375.
- Pöyhönen, Juha, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1988.
- Pöyhönen, Juha, *Uusi varallisuus oikeus*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus 2000.
- Rabin, Robert L., Pain and Suffering and Beyond: Some Thoughts on Recovery for Intangible Loss. 55 *DePaul Law Review* 2006, s. 359–377.
- Radetzki, Marcus, Berikandeförbudet vid skadeförsäkring har upphävts: Innebörd – Motiv – Konsekvenser. 2007/08 *Juridisk Tidskrift* 2007, s. 66–80.
- Radetzki, Marcus, *En konkret fråga om skadevärdering i rättsvetenskaplig belysning Essays on Tort, Insurance, Law and Society in Honour of Bill W. Dufwa. Volume II*. Stockholm: Jure Förlag, s. 917–926, 2006.
- Radetzki, Marcus, *Skadeståndsberäkning vid sakskada*. Stockholm: Svenska Försäkringsföreningen, 2004.
- Radin, Margaret Jane, Compensation and Commensurability. 43 *Duke Law Journal* 1993, s. 56–86.
- Radin, Margaret Jane, Market-Inalienability. 100 *Harvard Law Review* 1987, s. 1849–1937.
- Radin, Margaret Jane, On the Domain of Market Rhetoric. 15 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 1992, s. 711–731.
- Radin, Margaret Jane, Reflections on Objectification. 65 *Southern California Law Review* 1991, s. 341–354.
- Ramberg, Jan, Banks skadeståndsskyldighet vid försenad utbetalning till bankkund. 1991–92 *Juridisk Tidskrift* 1991, s. 99–104.
- Ramberg, Jan, *Köplagen*. Göteborg: Fritzes, 1995.
- Rantala, Jukka – Pentikäinen, Teivo, *Vakuutusoppi*. Helsinki: Suomen vakuutusalan koulutus ja kustannus Oy, 2003.
- Rautio, Ilkka, *Seksuaalirikokset* julkaisussa Heinonen, Olavi et al. (toim.), *Rikosoikeus*, s. 709–740, 2002.
- Redmayne, Mike, Appeals to Reason. 65 *Modern Law Review* 2002, s. 19–35.
- Regelsberger, Ferdinand, *Pandekten. Erster Band*. Leipzig Duncker & Humblot, 1893.
- Regeringens proposition 2000/01:68. Ersättning för ideell skada.
- Regeringens proposition 2005/06:166. Barn som bevittnat våld.
- Remus, William – O’Connor, Marcus, *Neural Networks for Time-Series Forecasting* julkaisussa Armstrong, J. Scott (ed.), *Principles of Forecasting: A Handbook for Researchers and Practitioners*. New York: Kluwer Academic Publishers, s. 245–256, 2002.
- Rikoslakivaliokunnan mietintö N:o 1 vp 1888 Keisarillisen Majesteetin esityksen johdosta, jossa Suomen säädyille hyväksyttäväksi on jätetty 1:ksi yleinen rikoslaki Suomen Suuriruhtinaanmaalle, 2:ksi asetus rangaistusten täytäntöönpanosta sekä 3:ksi asetus rikoslain voimaansaattamisesta ja siitä mitä sen suhteen on vaarinoitettavaa.
- Ripstein, Arthur, As If It Had Never Happened. 48 *William and Mary Law Review* 2007, s. 1957–1997.
- Roach, George P., Correcting Uncertain Prophecies: An Analysis of Business Consequential Damages. 22 *Review of Litigation* 2003, s. 1–68.
- Rodhe, Knut, *Obligationsrätt*. Stockholm: Nordstedts, 1984.
- Rohe, Mathias, *Netzverträge. Rechtsprobleme komplexer Vertragsverbindungen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998.

- Roos, Carl Martin, *Ersättningsrätt och ersättningssystem. En lärobok och idébok om ersättning vid personskada och sakskada*. Stockholm: Nordstedt, 1990.
- Rose, Nikolas S. – Valverde, Mariana, *Governed by Law? 7 Social & Legal Studies* 1998, s. 541–551.
- Rose, Nikolas S., *The Powers of Freedom. Reframing Political Thought*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- Routamo, Eero – Hoppu, Esko, *Suomen vahingonkorvausoikeus*. Vaasa: Econlaw-Kustannusyhtiö, 1977.
- Routamo, Eero – Ramberg, Jan, *Kauppalain kommentaari*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus 1997.
- Routamo, Eero – Ståhlberg, Pauli – Karhu, Juha, *Suomen vahingonkorvausoikeus*. Viides, uudistettu painos. Helsinki: Talentum, 2006.
- Routamo, Eero – Ståhlberg, Pauli, *Suomen vahingonkorvausoikeus*. Kolmas, uudistettu painos. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 1995.
- Routamo, Eero, *Itse määritelty tappio tai muu syy korvausvaatimuksen perusteena. Luokitteluongelmia "korvausoikeudessa" Juhlakirja Esko Hoppu 1935 – 15/1 – 2005*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, s. 331–337, 2005.
- Routamo, Eero, Vakuutusyhtiöiden noudattamat korvauksen määrittäisperusteet ja niiden sitovuus tuomioistuimessa. *Defensor Legis* 1969, s. 274–288.
- Rückert, Joachim, *Das BGB und seine Prinzipien: Aufgabe, Lösung, Erfolg* julkaisussa Schmoedel, Mathias (ed.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB. Band I. Allgemeiner Teil. §§ 1–240*. Tübingen: Mohr Siebeck, s. 34–122, 2003.
- Rückert, Joachim, Friedrich Carl von Savigny, the Legal Method, and the Modernity of Law. XI *Juridica International* 2006, s. 55–67.
- Rückert, Joachim, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*. Edelsbach: Gremer, 1984.
- Saarikoski, Michael, Syy-yhteys ja vahingonkorvauksen määrän arviointi henkilövahingoissa, erityisesti tuotevastuussa. *Lakimies* 2002, s. 227–247.
- Saarnilehto, Ari, Korvattava vahinko (KKO:1982-II-117, KKO:1999:121, KKO:1990:107). *Oikeustieto* 6/1999, s. 4–5.
- Saarnilehto, Ari, *Om medicinsk forskning i rättsvetenskapen* julkaisussa Gräns, Minna – Westerlund, Staffan (red.), *Interaktiv rättsvetenskap. En antologi*. Uppsala: Uppsala Universitetet, s. 114–137, 2006.
- Saarnilehto, Ari, *Pääasiat velvoitteesta*. Helsinki: WSOY, 2005.
- Saarnilehto, Ari, *Sopimusten sitovuus* julkaisussa Saarnilehto, Ari – Kartio, Leena – Hemmo, Mika (toim.), *Oikeuden perusteokset. Varallisuus oikeus*. Helsinki: WSOY Lakitieto, s. 425–457, 2001.
- Saarnilehto, Ari, *Vahingonkorvauslaki. Käytännön kommentaari*. Helsinki: Edita, 2007.
- Sandvik, Björn, Ekonomisk eller icke ekonomisk skada? Allmänna läror i kritisk granskning. *Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland* 2007, s. 431–458.
- Sandvik, Björn, *Miljöskadeansvar. En skadeståndsrättslig studie med särskild hänsyn till ansvarsmotiv, miljöskadebegreppet och ersättning för skada på miljön*. Åbo: Åbo Akademis förlag, 2002.
- Sandvik, Björn, Skadeståndsinstitutets preventiva betydelse – särskilt om strikt ansvar och ekonomisk prevention. *Retfærd* 1999, s. 22–40.
- Sandvik, Björn, *Säljarens kontrollansvar*. Åbo: Åbo Akademi, 2004.
- Santos, Boaventura de Sousa, *Toward a New Legal Common Sense. Law, Globalization, and Emancipation*. London: Butterworths, 2002.
- Saranpää, Timo, Whiplash-vammat vahingonkorvaus- ja todistus oikeudellisena ongelmana. *Defensor Legis* 2006, s. 811–830.

- Saroyan, Zaven T., The Current Injustice of the Loss of Chance Doctrine: An Argument for a New Approach to Damages. 33 *Cumberland Law Review* 2002, s. 15–42.
- Sassatelli, Roberta, Kiistanalaiset tavarat. Tavaraistumisen ja tavaran statuksesta luopumisen rajoista. *Tiede & edistys* 2006, s. 7–26.
- Savigny, Friedrich Carl von, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts. Erster Band*. Berlin: Deit und Comp., 1851.
- Savigny, Friedrich Carl von, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts. Zweiter Band*. Berlin: Deit und Comp., 1853.
- Savigny, Friedrich Carl von, *System des heutigen römischen Rechts. Erster Band*. Berlin: Deit und Comp., 1840.
- Saxén, Hans, *Adekvans och skada*. Åbo: Åbo Akademi, 1962.
- Saxén, Hans, *Skadestånd vid avtalsbrott. HD Praxis i Finland*. Stockholm: Juristförlaget, 1995.
- Saxén, Hans, *Skadeståndsrätt*. Åbo: Åbo Akademi, 1975.
- Scheel, Hermann, Om Erstatning for ikke økonomisk Skade. *Tidsskrift for Retsvitenskap* 1893, s. 432–461.
- Scheinin, Martin, *Suomen valtiosäännön peruseriaatteet* julkaisussa Hallberg, Pekka et al. (toim.), *Oikeuden perusteokset. Perusoikeudet*. Helsinki: Werner Söderström Lakitieto, 1999.
- Schlag, Pierre, The Aesthetics of American Law. 115 *Harvard Law Review* 2002, s. 1047–1115.
- Schlanger, Margo, Second Best Damage Action Deterrence. 55 *DePaul Law Review* 2006, s. 517–537.
- Schlechtriem, Peter – Schmidt-Kessel, Martin, *Schuldrecht: allgemeiner Teil*. Sechste, neubearbeitete Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.
- Schofield, Pat (ed.), *Beyond Pain*: John Wiley & Sons, 2006.
- Schroeder, Eduard August, *Das Recht der Wirtschaft. Kritisch, systematisch und kodifiziert*. Leipzig: Friedrich Fleischer, 1896.
- Schultz, Mårten, *Kausalitet. Studier i skadeståndsrättslig argumentation*. Stockholm: Jure Förlag, 2007.
- Schultz, Mårten, Kritik mot kränkingsbegreppet. *Svensk juristidning* 2008, s. 37–56.
- Schwab, Dieter, Das BGB und seine Kritiker. 22 *Zeitschrift für die Neuere Rechtsgeschichte* 2000, s. 325–257.
- Schwartz, Andreas, Zur Entstehung des modernen Pandektensystems. 42 *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* 1921, s. 578–610.
- Schwartz, Gary T., Deterrence and Punishment in the Common Law of Punitive Damages: A Comment. 56 *Southern California Law Review* 1982, s. 133–153.
- Schwartz, Gary T., Mixed Theories of Tort Law: Affirming Both Deterrence and Corrective Justice. 75 *Texas Law Review* 1997, s. 1801–1834.
- Schwartz, Gary T., Reality in the Economic Analysis of Tort Law: Does Tort Law Really Deter? 42 *UCLA Law Review* 1994, s. 377–444.
- Schwartz, Victor E. – Lorber, Leah, Twisting the Purpose of Pain and Suffering Awards: Turning Compensation into “Punishment”. 54 *South Carolina Law Review* 2002, s. 47–74.
- Schwartz, Victor E. – Silverman, Cary, The Draining of Daubert and the Recidivism of Junk Science in Federal and State Courts. 35 *Hofstra Law Review* 2006, s. 217–273.
- Sebok, Anthony J., Punitive Damages: From Myth to Theory. 92 *Iowa Law Review* 2007, s. 957–1036.
- Sennett, Richard, *Työn uusi järjestyks: miten uusi kapitalismi kuluttaa ihmisen luonnetta*. Tampere: Vastapaino, 2002.
- Serlachius, Allan, *Straff och skadestånd*. Helsingfors: Akademiska bokhandeln, 1901.
- Serlachius, Julius, *Suomen yleisen obligatiooikeuden oppikirja*. Toinen painos. Helsinki: Suomalaisen Kirjallisuuden Seura, 1927.

- Shafer, Scott M. – Smith, H. Jeff – Linder, Jane C., The power of business models. 48 *Business Horizons* 2005, s. 199–207.
- Shamir, Ronen, The age of responsabilization: on market-embedded morality. 37 *Economy and Society* 2008, s. 1–19.
- Shapiro, Brian P., Objectivity, relativism, and truth in external financial reporting: What's really at stake in the disputes? 22 *Accounting, Organizations and Society* 1997, s. 165–185.
- Shapiro, Carl – Varian, Hal R., *Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy*. Boston: Harvard Business School Press, 1998.
- Sharkey, Catherine M., Punitive Damages as Societal Damages. 113 *Yale Law Journal* 2003, s. 347–453.
- Shavell, Steven, *The Economic Analysis of Accident Law*. Cambridge, MA.: Harvard University Press, 1987.
- Shell, Marc, *Money, Language, and Thought. Literary and Philosophic Economies from the Medieval to the Modern Era*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1993.
- Shelley, Louise, Trafficking in Women: The Business Model Approach. 10 *The Brown Journal of World Affairs* 2003, s. 119–131.
- Sherwin, Emily, Compensation and Revenge. 40 *San Diego Law Review* 2003, s. 1387–1413.
- Shuman, Daniel W., The Psychology of Compensation on Tort Law. 43 *University of Kansas Law Review* 1994, s. 39–77.
- Shuman, Daniel W., The Psychology of Deterrence in Tort Law. 42 *University of Kansas Law Review* 1993, s. 115–168.
- Siebenhaar, Eduard, *Lehrbuch des Sächsischen Privatrechts*. Leipzig: Roßberg, 1872.
- Siltala, Juha, *Työelämän huonontumisen lyhyt historia. Muutokset hyvinvointivalttioiden ajasta globaaliin hyperkilpailuun*. Helsinki: Otava, 2004.
- Silverstein, Eileen, On Recovery in Tort for Pure Economic Loss. 32 *University of Michigan Journal of Law Reform* 1999, s. 403–439.
- Simmel, Georg, *The Philosophy of Money. Second enlarged edition*. London: Routledge, 1990.
- Simon, Jonathan, The Ideological Effects of Actuarial Practices. 22 *Law and Society Review* 1988, s. 771–798.
- Simons, Jon, *Foucault & the Political*. London: Routledge, 1995.
- Sintenien, Carl Friedrich Ferdinand, *Das practische gemeine Civilrecht. Zweiter Band: Das Obligationenrecht*. Leipzig: Carl Focke, 1847.
- Sipilä, Arvo, *Deliktiperusteisen vahingonvastuun teoreettinen rakenne Suomen varallisuus-oikeutta silmälläpitäen*. Helsinki: Otava, 1936.
- Sisula-Tulokas, Lena, *Hundarna skäller, men karavanen drar vidare. Kritiken och köplagens indelning i direkta och indirekta förluster Festschrift till Gunnar Karnell*. Stockholm: Nordstedts Juridik, s. 721–730, 1999.
- Sisula-Tulokas, Lena, Rena ekonomiska skador i skuggan av sakskadorna. *Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland* 2007, s. 415–430.
- Sisula-Tulokas, Lena, *Sveda, värk och annat lidande*. Helsingfors: Juristförbundets Förlag, 1995.
- Sitte, Catharine, Straffvärdebegreppet – sett utifrån ett behandlingsideologiskt och ett nyklassiskt perspektiv. 1994/95 *Juridisk Tidskrift* 1995, s. 682–700.
- Sitton, John F., Disembodied Capitalism: Habermas' Conception of the Economy. 13 *Sociological Forum* 1998, s. 61–83.
- Skogh, Göran, *Priser, skadestånd och straff*. Lund: LiberLäromedel, 1977.
- Slesinger, Reuben E., The Demise of Hedonistic Damages Claims in Tort Litigation. 6-Fall *Journal of Legal Economics* 1996, s. 17–28.
- Slywotzky, Adrian J. – Morrison, David J. – Andelman, Bob, *The Profit Zone. How Strategic Business Design Will Lead You to Tomorrow's Profits*. Chichester: John Wiley & Sons, 1998.

- Smith, Adam, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. 5. Edition. London: Methuen & Co., 1907.
- Smyth, Todd R., Annotation, Recovery of Anticipated Lost Profits of New Business: Post-1965 Cases. 55 *American Law Reports* 1987, s. 536–540.
- Solomon, Robert C., *Not Passion's Slave*. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- Sparlund, Kim – Terkildsen, Dan, Erstatning for drifts- og avancetab. *Justitia* 1987, s. 1–62.
- Stang, Fredrik, *Erstatningsansvar*. Ny uforandret utgave. Oslo: H. Aschiehoug & Co, 1927.
- Stapleton, Jane, The Normal Expectations Measure in Contract Damages. *Law Quarterly Review* 1997, s. 257–293.
- Stapleton, Jane, Tort, Insurance and Ideology. 58 *The Modern Law Review* 1995, s. 820–845.
- Statens offentliga utredningar 1957:36. Trafikförsäkring. Bilskadautredningens betänkande.
- Statens offentliga utredningar 1974:87. Trafikskadeersättning. Betänkande av trafikskadeutredningen.
- Statens offentliga utredningar 1995:33. Ersättning för ideell skada vid personskada. Slutbetänkande av Kommittén om ideell skada.
- Stoll, Hans – Gruber, Georg, *Chapter V. Provisions Common to the Obligations of the Seller and of the Buyer. Section II. Damages* julkaisussa Schlechtriem, Peter – Schwenzer, Ingeborg (eds.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG). Second (English) Edition*. Oxford: Oxford University Press, s. 745–793, 2005.
- Strahl, Ivar, *On rekvisiten skada och vinning vid förmögensbrotten*. Stockholm: P.A. Nordstedt & Söner, 1948.
- Strandberg, Magne, *Skadelidtes hypotetiske inntekt - om erstatningsutmåling og bevis*. Bergen: Fagbokforlaget, 2005.
- Strangways, Raymond S. – Zugelder, Michael, General versus the Specific: Forecasting Wage Growth in Injury and Death Cases. 8-Fall *Journal of Legal Economics* 1998, s. 1–24.
- Strassfeld, Robert N., If...: Counterfactuals in the Law. 60 *George Washington Law Review* 1992, s. 339–416.
- Strömbäck, Erland, *Immateriell skada Essays on Tort, Insurance, Law and Society in Honour of Bill W. Dufwa. Volume II*. Stockholm: Jure Förlag, s. 1091–1105, 2006.
- Sudarsanam, Sudi – Sorwar, Ghulam – Marr, Bernard, Real Options and the Impact of Intellectual Capital on Corporate Value. 7 *Journal of Intellectual Capital* 2005, s. 291–308.
- Sugarman, Stephen D., Doing Away With Tort Law. 73 *California Law Review* 1985, s. 555–664.
- Sunstein, Cass R. – Kahneman, Daniel – Schkade, David, Assessing Punitive Damages (With Notes on Cognition and Valuation in Law). 107 *Yale Law Journal* 1998, s. 2071–2153.
- Sunstein, Cass R. et al., Predictably Incoherent Judgments. 54 *Stanford Law Review* 2002, s. 1153–1214.
- Sunstein, Cass R., Group Judgments: Statistical Means, Deliberation and Information Markets. 80 *New York University Law Review* 2005, s. 962–1049.
- Sunstein, Cass R., Probability Neglect: Emotions, Worst Cases, and Law. 112 *Yale Law Journal* 2002, s. 61–107.
- Sunstein, Cass R., Valuing Life: A Plea for Disaggregation. 54 *Duke Law Journal* 2004, s. 385–445.
- Surowiecki, James, *The Wisdom of the Crowds*. New York: Random House, 2004.
- Taalas, Saara – Rehn, Alf, *Tekijänoikeus ja jälkiteollisen talouden omistamisen murros* julkaisussa Mylly, Tuomas – Lavapuro, Juha – Karo, Marko (toim.), *Tekemisen vapaus. Luovuuden ehdot ja tekijänoikeus*. Helsinki: Gaudeamus, s. 59–79, 2007.
- Tadros, Victor, Between Governance and Discipline: The Law and Michel Foucault. 18 *Oxford Journal of Legal Studies* 1998, s. 75–103.
- Takatera, Sadao – Savabe, Norio, Time and space in income accounting. 25 *Accounting, Organizations and Society* 2000, s. 787–798.

- Taleb, Nassim Nicholas, *The Black Swan: The Impact of the Highly Improbable*. London: Penguin, 2007.
- Tapani, Jussi, *Petos liikesuhteessa. Talousrikosoikeudellinen tutkimus*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 2004.
- Taxell, Lars Erik, *Avtal och rättskydd*. Åbo: Åbo Akademi Förlag, 1972.
- Taylor, Charles, Modern Social Imaginaries. 14 *Public Culture* 2002, s. 91–124.
- Taylor, Frederick Winslow, *The Principles of Scientific Management*. New York: W.W. Norton & Company, 1964.
- Teittinen, Sampo, Oikeudenmukaisuus ja identiteetti vahingonkorvausoikeudessa. *Oikeus* 1997, s. 115–134.
- Teubner, Gunther (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlin: Walter de Gruyter, 1986.
- Teubner, Gunther, *Coincidentia oppositorum: Hybrid Networks Beyond Contract and Organization* julkaisussa Gordon, Robert – Horwitz, Mort (eds.), *Festschrift in Honour of Lawrence Friedman*. Stanford: Stanford University Press, 2006.
- Teubner, Gunther, In the Blind Spot: The Hybridization of Contracting. 8 *Theoretical Inquiries in Law* 2007, s. 51–71.
- Teubner, Gunther, *Netzwerk als Vertragsverbund. Virtuelle Unternehmen, Franchising, Just-in-time in sozialwissenschaftlicher und juristischer Sicht*. Baden-Baden: Nomos, 2004.
- The Law Commission. Damages for Personal Injury: Non-pecuniary Loss. Law Com No 257.
- Thrift, Nigel, *Knowing Capitalism*. London: Sage Publications, 2005.
- Tiilikka, Päivi, *Yksityisyyden suoja ja sananvapaus. Lehtiartikkelin aiheuttaman kärsimyksen korvaaminen*. Helsinki: WSOYPro, 2007.
- Tikkanen, Henriikki et al., Managerial cognition, action and the business model of the firm. 43 *Management Decision* 2005, s. 789–909.
- Tilman, Reppen, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.
- Tirkkonen, *Suomen siviiliprosessioikeus II*. Helsinki: WSOY, 1977.
- Tolonen, Hannu, *Korko, raha ja sopimus. Korkokielto ja sen häviäminen rahan sekä pääoman syntyamisen ongelmana*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 1992.
- Tolonen, Juha, *Oikeudenvastaisuudesta vahingonkorvausoikeudellisena käsitteenä Rikosoikeudellisia kirjoitelmia III. Niilo Kullervo Salovaaralle 13.10.1972 omistettu*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, s. 121–137, 1972.
- Tomlin, Jonathan T. – Merrel, David R., The Accuracy and Manipulability of Lost Profit Damages Calculations: Should the Trier of Fact be "Reasonably Certain"? 7 *Transactions: Tennessee Journal of Business Law* 2006, s. 295–321.
- Totaro, Martin V., Modernizing the Critique of Per Diem Pain and Suffering Damages. 92 *Virginia Law Review* 2006, s. 289–325.
- Trafikförsäkringsföreningens circular A 15/1966.
- Triantis, Alexander, Realizing the Potential of Real Options: Does Theory Meet Practice. 17 *Journal of Applied Corporate Finance* 2005, s. 8–17.
- Trigeorgis, Lenos, *Real Options: Managerial Flexibility and Strategy in Resource Allocation* Cambridge: MIT Press, 1996.
- Tuori, Kaarlo, *Kriittinen oikeuspositivismi*. Helsinki: Werner Söderström Lakitieto, 2000.
- Tuori, Kaarlo, *Oikeuden ratio ja voluntas*. Helsinki: WSOYpro, 2007.
- Tuori, Kaarlo, Oikeudenalajaotus: strategista valtapeliä vai normatiivista argumentaatiota? *Lakimies* 2004, s. 1196–1224.
- Tuori, Kaarlo, *Sosiaalisen oikeuden arkeologia* julkaisussa Ewald, François (toim.), *Normi yhteisen mittapuun käytäntönä*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, s. 77– 112, 2003.

- Turunen, Santtu, *Välitystuomioiden julkisuudesta ja hyödyntämisestä* julkaisussa Turunen, Santtu (toim.), *Välimiesmenettely lainkäytössä ja lainkäytössä 2007*. Helsinki: COMI, s. 45–62, 2007.
- Unger, Joseph, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Erster Band*. Fünfte unveränderte Auflage. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1892.
- Unger, Roberto Mangabeira, Legal Analysis as Institutional Imagination. 59 *The Modern Law Review* 1996, s. 1–23.
- Ussing, Henry, *Dansk obligationsret. Almindelig del. Tredie udgave*. København: G. E. C. Gad, 1946.
- Ussing, Henry, *Erstatningsret*. Nyt optryk. København: G. E. C. Gad, 1947.
- Ussing, Henry, Hvilke arter av skade skall erstattes. *Svensk juristtidning* 1941, s. 741–768.
- Ussing, Henry, *Skyld og skade. Bør erstatningspligt udenfor kontraktsforhold være betinget af culpa?* København: G. E. C. Gad, 1914.
- Usunoff, Kamen G. et al., *Functional Neuroanatomy of Pain. Advances in Anatomy Embryology and Cell Biology, Volume 184*. Berlin: Springer, 2006.
- Wagner, Gerhard, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe. 206 *Archiv für die civilistische Praxis* 2006, s. 352–476.
- Wallerstein, Immanuel, *Historiallinen kapitalismi*. Tampere: Vastapaino, 1987.
- Walters, David, A Business Model for the New Economy. 34 *International Journal of Physical Distribution & Logistics Management* 2004, s. 346–357.
- Webb, Charlie, Performance and Compensation: An Analysis of Contract Damages and Contractual Obligation. 26 *Oxford Journal of Legal Studies* 2006, s. 41–71.
- Weber, Max, *Economy and Society. An Outline of Interpretive Sociology. Volume One*. Berkeley: University of California Press, 1978.
- Weill, Peter et al., *Do Some Business Models Perform Better than Others? A Study of the 1000 Largest US Firms. MIT Center for Coordination Science Working Paper. No. 226*. Cambridge, MA: MITSLon, 2005.
- Weinrib, Ernest J., Correlativity, Personality, and the Emerging Consensus on Corrective Justice. 2 *Theoretical Inquiries in Law* 2001, s. 107–159.
- Weinrib, Ernest J., *The Idea of Private Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1995.
- Weinrich, Alfred von, *Die Haftpflicht wegen Körperverletzung und Tötung eines Menschen nach den im Deutschen Reiche geltenden Rechten*. Zweite umgearbeitete Auflage. Berlin: Carl Heymann, 1902.
- Weir, Tony, All or Nothing. 78 *Tulane Law Review* 2004, s. 511–552.
- Weisman, Michael D. – Clements, Ben T., Protecting Reasonable Expectations: Proof of Lost Profits for New Businesses. 76 *Massachusetts Law Review* 1991, s. 186–197.
- Wendehorst, Christiane, *Anspruch und Ausgleich. Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999.
- Wendt, Otto Heinrich, *Lehrbuch der Pandekten*. Jena: Gustaf Fischer, 1888.
- Vergau, Hans-Joachim, *Der Ersatz immateriellen Schadens in der Rechtsprechung des 19. Jahrhunderts zum französischen und zum deutschen Deliktsrecht*. Potsdam: Universitätsverlag Potsdam, 2006.
- Werin, Lars, *Ekonomi och rättssystem*. Lund: Liber Läromedel, 1979.
- Wetlaufer, Gerald B., Systems of Belief in Modern American Law: A View from Century's End. 49 *American University Law Review* 1999, s. 1–80.
- White, G. Edward, *Tort Law in America: An Intellectual History*. Expanded edition. New York: Oxford University Press, 2003.
- Whiteley, Richard C., *The Customer Driven Company*. London: Business Books Limited, 1991.
- Whitman, James Q., At the Origins of Law and the State: Supervision of Violence, Mutilation of Bodies, or Setting of Prices. 71 *Chicago-Kent Law Review* 1995, s. 41–84.

- Wickham, Gary, Foucault, Law, and Power: A Reassessment. 33 *Journal of Law and Society* 2006, s. 596–614.
- Victorin, Anders – Hager, Richard, En ohållbar position? Tre teser om värdering av rörelseskada och obefogad uppsägning av lokalhyresavtal. *Svensk juristtidning* 2006, s. 794–812.
- Wieacker, Franz, *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*. Karlsruhe: Müller, 1953.
- Wieacker, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*. 2., neubearbeitete Auflage. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967.
- Wijck, Peter van – Winters, Jan Kees, The Principle of Full Compensation in Tort Law. 11 *European Journal of Law and Economics* 2001, s. 319–332.
- Wilhelm, Walter, *Zur Juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1958.
- Wilhelmsson, Thomas – Sevón, Leif – Koskelo, Pauliine, *Kauppalain pääkohdat*. Helsinki: Talentum, 2006.
- Wilhelmsson, Thomas, (Media)julkinen oikeudenkäynti moraalikeskustelun tilana. *Oikeus* 2002, s. 252–264.
- Wilhelmsson, Thomas, *Senmodern ansvarsrätt. Privaträtt som redskap för mikropolitik*. Helsingfors: Lakimiesliiton kustannus, 2001.
- Wilhelmsson, Thomas, *Social civilrätt. Om behovsorienterade element i kontraktsrättens allmänna läror*. Helsingfors: Juristförbundets förlag, 1987.
- Wilhelmsson, Thomas, *Standardavtal. Om avtalsbundenhet och oskälige avtalsvillkor*. 2. upplagan. Helsingfors: Juristförbundets förlag, 1995.
- Wilhelmsson, Thomas, Vastuu ja yksityisoikeuden Systeme. *Lakimies* 1997, s. 1180–1205.
- Wilhelmsson, Thomas, Yleiset opit ja pienet kertomukset ennakoitavuuden ja yhdenvertaisuuden näkökulmasta. *Lakimies* 2004, s. 199–227.
- Wilk, Burkhard, *Die Erkenntnis des Schadens und seines Ersatzes*. Berlin: Duncker & Humblot, 1983.
- Williams, Colin C., *A Commodified World? Mapping the Limits of Capitalism*. London: Zed Books, 2005.
- Williams, John Burr, *The Theory of Investment Value*. Cambridge: Harvard University Press, 1938.
- Williamson, Oliver E., *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: Free Press, 1985.
- Wilson, H. T., Use Value and Substantive Rationality in the Work of Marx and Weber. 4 *Journal of Classical Sociology* 2004, s. 5–30.
- Vinding Kruse, Anders, *Erstatningsansvarets grænser Festschrift till Jan Hellner*. Stockholm: Nordstedt, s. 787–802, 1984.
- Vinding Kruse, Anders, *Erstatningretten. II Del. Fællesregler om Erstatningsansvar*. København: Juristforbundets forlag, 1965.
- Vinding Kruse, Anders, *Erstatningsretten*. 5. udgave. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1989.
- Windscheid, Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrechts. Erster Band*. Sechste verbesserte und vermehrte Auflage. Frankfurt a.M.: Rütten und Loening, 1887a.
- Windscheid, Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrechts. Zweiter Band. Erste Abtheilung*. Düsseldorf: Julius Hubbens, 1865.
- Windscheid, Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrechts. Zweiter Band*. Sechste verbesserte und vermehrte Auflage. Frankfurt a.M.: Rütten und Loening, 1887b.
- Winter, Sidney G. – Szulanski, Gabriel, Replication as Strategy. 12 *Organization Science* 2001, s. 730–743.

- Virtanen, Aila, Kauppamiehen käytännöstä kansainväliseen kirjanpitoon. *Liiketaloudellinen aika-kauskirja* 2007, s. 116–122.
- Virtanen, Akseli, *Biopoliittisen talouden kritiikki*. Helsinki: Tutkijaliitto, 2006a.
- Virtanen, Akseli, *Taloudellinen elämä* julkaisussa Jakonen, Mikko – Peltokoski, Jukka – Virtanen, Akseli (toim.), *Uuden työn sanakirja*. Helsinki: Tutkijaliitto, s. 113–124, 2006b.
- Virtanen, Jenny, KKO 2004:2, KKO 2004:3. *Lakimies* 2004, s. 706–738.
- Viscusi, W. Kip, Jurors, Judges, and the Mistreatment of Risk by the Courts. 30 *The Journal of Legal Studies* 2001b, s. 107–141.
- Viscusi, W. Kip, Pain and Suffering: Damages in Search of a Sounder Rationale. 1 *Michigan Law & Policy Review* 1996, s. 141–177.
- Viscusi, W. Kip, The Challenge of Punitive Damages Mathematics. 30 *The Journal of Legal Studies* 2001a, s. 313–350.
- Viscusi, W. Kip, The Value of Life: Has Voodoo Economics Come to the Courts. 3 *Journal of Forensic Economics* 1990, s. 1–15.
- Viscusi, W. Kip, The Value of Risks to Life and Health. 31 *Journal of Economic Literature* 1993, s. 1912–1946.
- Wolf, Susan M. – Kahn, Jeffrey P., Genetic Testing and the Future of Disability Insurance: Ethics, Law and Policy. 35 *Journal of Law, Medicine and Ethics* 2007, s. 6–25.
- Wolter, Udo, *Das Prinzip der Naturalrestitution in § 249 BGB. Herkunft, historische Entwicklung und Bedeutung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1985.
- Womack, James P. – Jones, Daniel T. – Roos, Daniel, *The Machine That Changed the World*. New York: Rawson Associates, 1990.
- Womack, James P. – Jones, Daniel T., *Lean Thinking. Banish Waste and Create Wealth in Your Corporation*. New York: Simon & Schuster, 1996.
- Woolley, Simon – Cannizzo, Fabio, Taking Real Option Beyond Black Box. 17 *Journal of Applied Corporate Finance* 2005, s. 94–99.
- Votinius, Sacharius, *Varandra som vänner och fiender. En idékritisk undersökning om kontraktet och dess grund*. Stockholm: Brutus Östlings Bokförlag Symposion, 2004.
- Wrede, R. A., *Anteckningar enligt Professor R.A. Wredes föreläsningar över obligationsrättens allmänna del*. Fjärde upplagan. Helsingfors: Juridiska fakultetens förlagsrörelse, 1942.
- Wren, Daniel A. – Greenwood, Ronald G., *Management Innovators. The People and Ideas That Have Shaped Modern Business*. New York: Oxford University Press, 1998.
- Wright, Richard W., Hand, Posner and the Myth of the “Hand Formula”. 4 *Theoretical Inquiries in Law* 2003b, s. 145–274.
- Wright, Richard W., Justice and Reasonable Care in Negligence Law. 47 *American Journal of Jurisprudence* 2002, s.
- Wright, Richard W., The Grounds and Extent of Legal Responsibility. 40 *San Diego Law Review* 2003a, s. 1425–1531.
- Vuorenpää, Mikko, *Syyttäjän tehtävät. Erityisesti silmällä pitäen rikoslain yleisestävää vaikutusta*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 2007.
- Würthwein, Susanne, *Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile? Zur Dogmatik des Schadensersatzrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.
- Wächter, Karl Georg von, *Pandekten. I. Allgemeiner Theil*. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1880.
- Vähämäki, Jussi, *Aivotyö* julkaisussa Jakonen, Mikko – Peltokoski, Jukka – Virtanen, Akseli (toim.), *Uuden työn sanakirja*. Helsinki: Tutkijaliitto, s. 146–152, 2006a.
- Vähämäki, Jussi, *Fetisismistä*, 2006b. (Saatavilla osoitteesta <http://megafoni.kulma.net/index.php?art=99>.)

- Wölky, Guido, *Roscher, Waitz, Bluntschli und Treitschke als Politikwissenschaftler. Spätblüte und Untergang eines klassischen Universitätsfaches in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts*. Bochum: Dissertation, Ruhr Universität Bochum, 2006.
- Yankelovich, Daniel – Meer, David, Rediscovering market segmentation. 84 *Harvard Business Review* 2006, s. 122–131.
- Ylöstalo, Matti, *Täyden korvauksen periaate ja uusi vahingonkorvauslaki* julkaisussa *Juhlaulkaisu Urho Kaleva Kekkonen 1900 – 3/9 – 1975*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, s. 375–382, 1975.
- Young, Jennifer L., Stigma Damages: Defining the Appropriate Balance Between Full Compensation and Reasonable Certainty. 52 *South Carolina Law Review* 2001, s. 409–426.
- Zelizer, Viviana A., Human Values and the Market: The Case of Life Insurance and Death in 19th-Century America. 84 *The American Journal of Sociology* 1978, s. 591–610.
- Zelizer, Viviana A., The Price and Value of Children: The Case of Children’s Insurance. 86 *American Journal of Sociology* 1981, s. 1036–1056.
- Zelizer, Viviana A., *The Proliferation of Social Currencies* julkaisussa Callon, Michel (ed.), *The Laws of the Markets*. Oxford: Blackwell Publishers / The Sociological Review, s. 58–68, 1998.
- Zelizer, Viviana A., *The Purchase of Intimacy*. Princeton: Princeton University Press, 2005.
- Zelizer, Viviana A., *The Social Meaning of Money: Pin Money, Paychecks, Poor Relief, and Other Currencies*. Princeton: Princeton University Press, 1997.
- Zeuner, Albrecht, Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschaden. 163 *Archiv für die civilistische Praxis* 1963, s. 380–400.
- Zhang, Peter G., *Neural Networks in Business Forecasting*. Hershey: Idea Group Publishing, 2003.
- Zipursky, Benjamin C., A Theory of Punitive Damages. 84 *Texas Law Review* 2005, s. 105–171.
- Zipursky, Benjamin C., Civil Recourse, Not Corrective Justice. 91 *Georgetown Law Journal* 2003, s. 695–756.
- Zipursky, Benjamin C., Sleight of Hand. 48 *William and Mary Law Review* 2007, s. 1999–2041.
- Zott, Christoph – Amit, Raphael, The fit between product market strategy and business model: implications for firm performance. *Strategic Management Journal* 2007, s. 1–26.
- Zwier, Paul J., The utility of a consequencessequentialist rationale for civil-jury-awarded punitive damages. 54 *University of Kansas Law Review* 2006, s. 403–447.
- Åhman, Karin, Skadestånd på grund av konventionsbrott – eller har HD blivit naturrättare? 2005/06 *Juridisk Tidskrift* 2005, s. 424–430.
- Øvergaard, J., *Norsk erstatningsrett*. Annen utgave. Oslo: Olaf Norlis Forlag, 1951.

JOHDANTO

1. LUKU

Tutkimuksen teemasta ja rajauksista

1 VAHINGONKORVAUKSEN MÄÄRÄN LASKEMISEN SIETÄMÄTÖN VAIKEUS

Vahingonkorvauksen määrän laskemisen yleisten oppien suuret linjat ovat suomalaisessa ja pohjoismaisessa kirjallisuudessa varsin selväpiirteiset. Täysi korvaus on johtava normatiivinen peruseriaate. Jos vastuuperuste on olemassa, vahingonaiheuttajan on korvattava aiheuttamansa vahinko kokonaisuudessaan. Vastaus kysymykseen, mitä täydellä korvauksella tarkoitetaan, rakentuu differenssiopin varaan. Vahingon korvaamisen tavoitteena on asettaa vahingonkärsijä sellaiseen taloudelliseen asemaan, jossa hän olisi ollut, jos vahinkotapahtumaa ei olisi koskaan tapahtunut. Täysi korvaus ja differenssioppi ovat vahinkojen korvaamisen ytimessä. Ne määrittävät käsitystä siitä, mitä vahingon korvaaminen *aidosti ja oikeasti* on ja voi olla. Idea on sinällään selväpiirteinen ja itseensä viittaava. Vahinkojen korvaamisen on oltava korvaamista. Korvaamista on differenssiopin mukaan laskettavan vahingon täysi korvaaminen taloudellisessa mielessä.

Selväpiirteisen kuvan yksityiskohdat ovat kuitenkin sameita ja muuten kau- niissa kuvassa on kuolleita pisteitä. Reunoiltaankin se on epämääräinen ja suttui- nen. Esimerkiksi Mika Hemmo on tutkimuksessaan *Vahingonkorvauksen sovit- telu ja moderni korvausoikeus* esittänyt, että täyden korvauksen periaatteen joh- toasema on tosiasiaa jo aikoja sitten pahasti murentunut. Vahingonkorvauslain (412/1974) yleinen sovittelusäännös on johtanut siihen, että merkittävässä osissa vahingonkorvausoikeutta *kohtuullisen korvauksen* periaate ohjaa korvauksen määrän harkintaa täyden korvauksen periaatteen sijasta. Koko vahingon korvaa- minen ei ole enää tavoitteena. Vahingonaiheuttajan tulee suorittaa ainoastaan kohtuullinen korvaus aiheuttamastaan vahingosta.¹ Differenssioppia on niin ikään jo lähes sadan vuoden ajan kritisoitu ankarasti. Sen on todettu olevan lähes käyttökelvottoman epämääräinen konkreettisten ongelmien ratkaisemisessa. Sen on niin ikään havaittu tuottavan enemmän ongelmia kuin se ratkaisee. Samoin on ajateltu, että differenssioppi monimutkaistaa turhaan vahingonkorvauksen mää- rän arviointia. Viime vuosisadan pohjoismaisen vahingonkorvausoikeuden grand

¹ Ks. Hemmo 1996 s. 319–322.

old man Jan Hellner oli jopa sitä mieltä, että differenssiopin käyttäminen pedagogisena apuvälineenäkin oli kyseenalaista.²

Yhtä kipukohtaa on pyritty korjaamaan lainsäädäntötoimin. Aineettomien vahinkojen korvaaminen sopii tavattoman huonosti yhteen täyden korvauksen periaatteen ja differenssiopin keskeisten normatiivisten vaateiden kanssa. Perinteisen katsantokannan mukaan aineettomiin vahinkoihin ei voida vaikuttaa tehokkaasti rahamääräisellä korvaamisella. Tästä on joskus tehty se johtopäätös, että niitä ei tästä syystä pitäisi ylipäättään korvata. Viimeistään vuoden 2006 henkilövahinkouudistuksen (Laki vahingonkorvauslain muuttamisesta, 509/2004) jälkeen on selvää, että aineettomien vahinkojen korvaus on muuttunut olennaiseksi, keskeiseksi ja erottamaksi osaksi voimassa olevaa suomalaista vahingonkorvausjärjestelmää. Enää aineettoman vahingon korvaamiseen ei voida suhtautua vähättelevästi. Muutoksen suhde differenssioppiin on jäänyt kuitenkin epäselväksi. Miten aineettomat vahingot, täysi korvaus ja differenssioppi sovitetaan yhteen, on kiusallisen vaikea kysymys.

Kirjallisuudessa esiintyviä vahinkojen korvaamisen yleisiä oppeja ja teoreettista taustaa koskevia kannanottoja voisi siis kuvata parhaiten adjektiiveilla risti-riitainen, tapaileva ja hämmentynyt. Lähes kaikki kirjoittajat ovat sitä mieltä, että perinteinen periaatteisto ja käsitteistö kuvaavat sääntöjen normatiivista suuntaa. Samaan hengenvetoon kuitenkin lisätään, että mahdollisuudet ratkaista käytännön tulkintaongelmia nojautumalla perinteisiin normatiivisiin perusperiaatteisiin ovat varsin heikot. Lopputulos on outo ja hämmentävä: keskeisiksi hahmotettavien periaatteiden ongelmanratkaisukyky on selkeästi rappeutunut ja kyseenalainen. Periaatteet eivät oikeastaan tarjoa käyttökelpoista tapaa lähestyä normistoa. Niiden systemaattisesta asemasta halutaan silti pitää kiinni.

2 TUTKIMUKSEN TEEMA

On pakko esittää jälleen kerran iänikuinen ja jo kulunut diagnoosi: vielä yhden uuden oikeudenalan yleiset opit ovat kriisissä. Vahingonkorvausoikeudessa ruumiinvammat, psyykkiset henkilövahingot, esinevahingot, varallisuusvahingot, puhdas varallisuusvahinko, menetetty voitto, kipu, särky ja muu tilapäinen haitta, pysyvä haitta ja kärsimys kieppuvat villisti ympäriinsä. Niistä ei saa otetta. Vahinkolajien ja niiden korvaamiseen käytettävien menetelmien keskinäiset suhteet ovat vähintäänkin epäselviä. Mikä vahinkolajeja yhdistää? Mikä niitä erottaa? Miten niistä voitaisiin muodostaa edes jokseenkin johdonmukainen koko-

² Ks. esim. Hellner 1973 s. 243–244; Hellner – Radetzki 2006 s. 355–356. Vrt. esim. Hemmo 2005b s. 144; Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006 s. 29–31 ja 367–369.

naisuus? Emme tiedä, koska kirjallisuudessa vallitsee epätietoisuus siitä, miten vahinkoja pitäisi käsitteellistää ja miten niitä pitäisi korvata.

Tutkimuksessa tavoitteenani on ymmärtää, *miten vahingonkorvauksen määrä lasketaan eli mistä vahinkojen korvaamisessa on kysymys, jos sitä tarkastelee vahingon määrän näkökulmasta*. Tutkimuksessa on kolme kantavaa teemaa, jotka liittyvät kiinteästi toisiinsa:

- 1) Miten vahinkoja käsitteellistetään?
- 2) Miten vahinkoja korvataan rahalla?
- 3) Mitkä ovat vahinkojen korvaamisen tavoitteet?

Ensimmäinen kysymys – perinteisessä muodossaan – on varmasti vahingonkorvausoikeuden vanhimpia. Oikeusoppineet ovat kiistelleet iät ajat siitä, mikä on vahinkoa. Perusesityksissä on esimerkiksi esitetty, että ”vahingolla on ymmärrettävä jokaista haittaa (*men, olägenhet, Nachteil*), jonka joku kärsii oikeushyödykkeittensä, so. oikeudellisesti suojattujen elämänhyödykkeittensä suhteen”³ Toinen määritelmä on, että ”i regeln omfattar skada en ekonomisk förlust eller minskning i förmögenhet, som någon lider genom en viss händelse”⁴. Mahdollista on myös sanoa, että ”vahinko on ulkoisen tapahtuman aiheuttama odottamaton muutos, jota on pidettävä vahingonkärsijän kannalta epäedullisena”⁵. Määritelmät ovat tietysti yksinkertaistuksia, joissa monimutkaista ja moniulotteista oikeusilmiötä pyritään tiivistämään. Ne ovat myös äkkinäisesti tarkastellen kovin erilaisia. Niillä on kuitenkin yksi yhteinen piirre. Kaikissa puhutaan vahingosta *yksikössä, ei monikossa*. Vahinko on yksi ilmiö. Kaikilla vahingoilla on ydin, jonka ne jakavat toisten vahinkotapahtumien kanssa. Epäilen, että näin ei lopulta ole: vahinkotapahtumat poikkeavat toisistaan radikaalisti. Siksi ne käsitteellistetään – tehdään *näkyviksi* ja *olevaisiksi* – erilaisin keinoin ja mielikuvin. Vasta mielikuvien verkostot tekevät tapahtumasarjoista merkityksellisiä eli vahinkoja.

Lähtökohtani on ajatus, että eri vahinkolajeissa vahinkotapahtumat poikkeavat aidosti toisistaan. Menetetyllä voitolla ja kärsimyksellä, tilapäisellä haitalla ja esineen korjauskustannuksilla, pysyvällä ja tilapäisellä haitalla ja esineen arvon menettämisellä ei ole muuta yhteistä kuin se, että ne ovat vahingonkorvauslain mukaan korvattavia vahinkolajeja. Vastinpareja ei tarvitse hakea edes *aineellinen/aineeton vahinko* -vastinparin vastakkaisista päistä. Menetetyllä voitolla ja esineen arvon menettämisellä ei – ilman taloudellisen arvon selittävää mallia – ole mitään tekemistä keskenään.

Kun pyrin selvittämään, miten vahinkoja käsitteellistetään, tutkimuksen keskiössä ovat erilaiset *mielikuvien ja assosiaatioiden verkostot*. Lähtökohtanani on, että vasta nämä monimutkaiset verkostot tekevät mahdolliseksi jonkin tapah-

³ Kivimäki – Ylöstalo 1973 s. 486.

⁴ Wrede 1942 s. 35.

⁵ Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006 s. 30.

tuman tai tapahtumakulun tunnistamisen vahingonkorvausoikeudellisesti relevantiksi vahingoksi. Kivimäen nyt jo germaanisen jylhältä ja koukeroiselta kalskahtavassa määritelmässä syntyy yhteys elämänhyödykkeisiin (saksaksi *Lebensgut*), haittaan ja johonkin oikeudellisesti suojattuun hyödykkeiden eli kaiketi tavaroiden piiriin. Wrede puhuu varsin selvällä ruotsilla taloudesta, tappiosta ja varallisuuden vähentymisestä. Routamo, Ståhlberg ja Karhu luovat esiin epä-määräisen, mutta ensi sijassa fyysiseltä vaikuttavan maailman, jossa on ulkoisia, hallitsemattomia tapahtumia, joita vahingonkärsijä voi pitää ”epäedullisina”. Yksi käsite, kolme määritelmää, kolme täysin toisistaan poikkeavaa ympäristöä ja kolme täysin erilaista *vahingon ontologiaa*, joissa merkityksenannon viittekeykset poikkeavat tyystin toisistaan.

Vaikka tietäisimme, mikä on vahinkoa, miten eri vahingot käsitteellistetään ja mikä kulloisenkin vahingon ontologia on, olisimme vasta puolimatassa kohti vahingon korvaamista. Tunnistaminen ei riitä: vahingolle täytyy tehdä jotain. Tarvitaankin jokin keino, jolla vahinko voidaan korvata. Yksi asia voidaan jo tässä lyödä lukkoon. Se on raha. Useimmissa länsimaisissa oikeusjärjestyksissä vahinkoja korvataan rahalla, enkä lähde tässä tutkimuksessa repimään auki tuota sitoumusta.⁶ Vahinkojen korvaamisen väline on raha, ja sillä hyvä.

Raha on vahinkojen korvaamisen tekninen väline. Raha on puolestaan se *tekniikka*, jonka avulla vahinko pyritään korvaamaan. Törmäämme tekniikan, välineen ja tavoitteiden traagiseen kohtalonyhteyteen. Kuten Timo Airaksinen asian oivasti ilmaisee,

”Alkeellisen tekniikkakäsityksen mukaan ihmisellä on toiminnan päämäärä, joka on tiedostettu ja perusteltu. Hän ei kuitenkaan pysty tavoittamaan päämäärää siinä tilanteessa, jossa hän alun perin on. Lähtötilanne sisältää päämäärän, johon on tiekartta. Lisäksi tarvitaan erityinen väline, tekninen laite, joka kulkee reititetyn polun aina päämäärään saakka. [...] Tekninen väline on laite, jonka avulla kukin asetettu päämäärä saavutetaan. Miksi tällainen käsitys olisi nimenomaan alkeellinen? Se on alkeellinen rajoittuneisuudessaan ja yksinkertaisuudessaan, joka pakottaa hyväksymään liikaa sokeita olettamuksia. [...] Välineellä on sivuvaikutuksia.”⁷

Bruno Latour tiivistää asian vielä Airaksistakin osuvammin. Välineellä, tekniikalla, ei ole vain sivuvaikutuksia, vaan tekniikka ohjaa Latourin mukaan aina kiertotielle. Latour kirjoittaaakin, että

⁶ Ks. James Gordleyn esitystä (Gordley 2006 s. 222–225) kunnianloukkauskorvausten historiasta eli siitä, miksi kunniaa korvataan vain rahalla.

⁷ Airaksinen 2003 s. 47–48.

”this famous ‘planc’ which is supposed to stand in for the programme materialized by the simple implementation of technology, has definitely mutated. [...] *We have changed the end in changing the means.*”⁸

Uskon, että tavoitteiden, välineiden ja tekniikkojen tragedia on vain harvoin kourin tuntuvammin käsillä kuin vahinkojen korvaamisessa. Ajatellaan itsemme kuvitteelliseen yhteisöön, joka on muutoin samanlainen kuin omamme, mutta siellä vahinkoja ei lain mukaan lainkaan korvata. Nyt lakia halutaan muuttaa. Koko yhteisö on yksimielinen: vahingot täytyy korvata! Käsissä on perustava mutta lopulta käytännöllinen ongelma. Miten korvata vahinko? Joku ehdottaa ratkaisua: ”Käytetään rahaa, maksetaan vahingonkorvausta”. ”Nerokas ratkaisu”, kekseliästä ystävää kiitellään. ”Odottakaas hetki, katsotaanpas hiukan”, ystävä sanoo. ”Joo, meidän täytyy määritellä tuo vahinko uudestaan, kun tällä rahalla ei noista vahingoista oikein muuten tahdo saada otetta”, kekseliäs ystävä sanoo. Ja jatkaa: ”Kai se on kaikille ihan ok, että sovitaan, että tuo vahingon korvaaminen tarkoittaa sitä, että...” Neljä sanaa, viatonta pohdintaa, ja koko tilanne on kääntynyt pääläelleen. Tekniikka on rekonfiguroinut sekä lähtökohdan että tavoitteen. Samalla korvaamisen idea on muuttunut. Sitä, mikä aikaisemmin oli vahinkoa, ei ole enää. Oli vahinko alun perin mitä tahansa, nyt sen tilalla on jo jotain muuta. Sama koskee korvaamisen tavoitetta. Sekään ei ole entisensä.

Korvaamme vahinkoja rahalla, emmekä näytä pääsevän rahasta eroon. Tuskin siihen olisi mitään syytäkään. Tuleekin aiheelliseksi kysyä muutama tarkentava kysymys: Mitkä ovat rahan käyttämiselle perustuvat vahinkojen korvaamisen tekniikat? Miten rahaa käytetään? Mitä vahinkoja korvattaessa tavoitellaan? Ja miten vahingot käsitteellistetään? Mistä kaikki nämä käsitteellistykset, tekniikat ja tavoitteet tulevat? Tavoitteeni ovat selvät: kysymyksiin on vastattava. Aivan, arvasitte oikein. Kiertotie häämöttää.

3 (H)AAVEKUVA

Puhuminen differenssiopin ja täyden korvauksen periaatteen varaan rakentuvasta vahingonkorvausoikeudesta ja sen kriisistä ei ole erityisen informatiivista. On sinällään täysin selvää, että täysi korvaus järjestää entistä vähäisemmän osan säännöstöstä. Kriisillä on syynsä. Syyt ovatkin kaikkein mielenkiintoisimpia: mikä tekee täyden korvauksen periaatteesta ongelmallisen? Miksi siinä tavassa, jolla vahinkoja kirjallisuudessa esitettyjen kantojen mukaan käsitteellistetään ja korvataan, tuntuu olevan jotain vialla?

⁸ Latour 2002 s. 252.

Perinnäistä doktriinia on tarkasteltava huolella, jotta voitaisiin tietää, minkälainen käsitys aidosta ja oikeasta vahinkojen korvaamisesta edelleen hallitsee normistoa. Tämä on tutkimuksen ensimmäisen osan, (H)aavekuvan tehtävä. Luon perinteisestä lähestymistavasta eräänlaisen ideaalimalli, jossa ajattelutavan peruspiirteet voivat saada ilmauksen. Tutkimuksen ensimmäisessä osassa vastaan kysymykseen, mitä täysi korvaus oikeastaan tarkoittaa tai pikemminkin tarkoitti. Mitkä ovat perinteiset vahinkojen korvaamisen tavat, tekniikat ja tavoitteet?

Lähtökohtanani on saksalainen ja pohjoismainen kirjallisuus 1800-luvun ja 1900-luvun taitteessa⁹. Ajankohta on tärkeä, koska silloin muotoutuivat modernin tuottamusperiaatteelle ja täydelle korvaukselle perustuvan vahingonkorvaus-oikeuden peruspiirteet.

Käytän usein perinteinen termiä. Saatan esimerkiksi puhua perinteisestä siviilioikeudesta tai yksityisoikeudesta, perinteisestä vahingonkorvausoikeudesta. Viittaan näillä termeillä siihen alun perin historiallisen lainopin ja käsitelainopin tuottamaan oikeudelliseen järjestelmään, jonka analyttinen siviilioikeus tuli metafysiikan pelossaan ja käsitteitä neutralisoidessaan ja demystifioidessaan kodifioineeksi oikeudellisen ajattelun peruspiirteiksi. Perinteinen siviilioikeutena on Juha Karhun vapaudelle ja abstraktioperiaatteelle perustuvaa ”vanhaa” varallisuus-oikeutta.¹⁰ Se on samalla tunnusomaisesti *modernia* vahingonkorvausoikeutta, jota leimaa vahva usko rationaalisuuteen¹¹.

(H)aavekuvan kirjoitusasu on pikkunäppärä, mutta sen käyttämiselle on syynsä. Uudissanan kaksijakaisuus kuvaa paradoksaalista tilannetta, jossa kriisiytynyt vahingonkorvausoikeus tällä hetkellä on. (H)aavekuvan asema menneisyyden ja nykyisyyden välissä on hankala. (H)aavekuva on yhtäältä *haave*, jota kohti – syystä tai toisesta – edelleen pyritään. Haaveen merkityksessä siinä kuvastuu käsitys *hyvistä* perinteisen *modernin* vahingonkorvauksen määrän harkinnan *si-*

⁹ Noin vuodesta 1850 aina vuoteen 1950 kattava aikajänne merkitsee sitä, että oikeustieteen tiedekäsitys ja myös oikeuden ontologian peruspiirteitä koskevat käsitykset ovat ehtineet aineistossa muuttua moneen kertaan. Historiallisesta koulusta siirryttiin konstruktiviseen (käsite)lainoppiin, intressilainoppiin, (esi)realismiin ja lopulta Pohjoismaissa skandinaaviseen realismiin. Silti käsitelien eri teoreettisiin traditioihin sijoittuvia kirjoittajia saman diskurssin osanottajina, ikään kuin ajanjaksoon sijoittuvat kirjoittajat muodostaisivat kiinteän ja yhtenäisen jatkumon. Tällaista lähestymistapaa voisi useimmissa asiayhteyksissä pitää hyvin ongelmallisena. Nyt ei kuitenkaan ole niin. Tosiasia on, että vahinkojen korvaamisen *peruskysymyksissä*, joita ensimmäisessä osassa käsitellen, metodiset eroavaisuudet ja eri tieteelliset traditiot eivät juurikaan lyö läpi. Peruslähtökohdat ovat lähes kaikilla ajanjaksoon osuvilla kirjoittajilla samat.

¹⁰ Ks. Pöyhönen 2000 erityisesti s. 9–23.

¹¹ Käytän tässä yhteydessä *moderni*-sanaa pitkälle samassa mielessä kuin Peter Fitzpatrick modernin oikeuden myyjä luotaavassa kirjassaan (Fitzpatrick 1992 s. ix–xi). Haluan samalla etäännyttää oman vahingonkorvausoikeuden nykyisyyden lukutapani modernista. Siinä on lukuisia moderninvastaisia piirteitä.

viilioikeudellisista peruslähtökohdista, vahingonkorvauksen määrää koskevien sääntöjen perinteisistä yleisistä opeista. Haaveena nämä perinnäiset käsitykset määrittelevät, minkälainen vahinkojen korvaaminen on ongelmatonta, helppoa vahinkoja korvaamista.

Toisaalta (h)aavekuva on jo mennyttä oikeutta, edellisen vahinkojen korvaamisen paradigman jäännös. Sellaisena se on *aave*. Se kertoo tarinan eräästä yksityisoikeudellisesta projektista, joka on saavuttanut jo tiensä päähän. (H)aavekuva ei ole enää mielekäs kuvaus vahinkojen korvaamisen vahingon määrän arvioinnin todellisista yleisistä opeista. Se on muuttunut kammottavaksi jäänteeksi, joka pelottelee tutkijoita.

Paradoksaalinen lopputulos on, että vaikka hahmottaisimme – kuten useat tutkijat jo tekevät – (h)aavekuvan aaveeksi, perinnäiset käsitykset ovat kuitenkin olemassa ja ne ovat samalla haaveita. Ne rajoittavat ja estävät vahingonkorvausoikeuden normatiivista kehitystä. Ne määrittävät erään ideaalin ja samalla tradition voimasta kieltävät hahmottamasta asioita uusilla tavoin. Tutkimukseni kanalta (h)aavekuva onkin erittäin jännitteisessä asemassa. Sitä *ei* saa ymmärtää käsitykseksi vahingon määrän arvioinnin yleisistä opeista. Sitä *ei* saa pitää kuvauksena nykytilasta. Pikemminkin (h)aavekuva on ymmärrettävä kuvaukseksi eräistä merkityksellisistä menneisyyden ilmiöistä, joiden jäljet näkyvät nykyisyydessä edelleen. Se kuvaa – ei täydellisesti, ei hyvin eikä missään nimessä ilman katvealueita – eräitä vahingonkorvausoikeudelliseen diskurssiin vihkiytymisten ja vahingonkorvausoikeutta tutkineiden keskeisiä teoreettisia perussitoumuksia. Se on kuvaus puhetavasta, joka edelleen hallitsee – ei täydellisesti, ei hyvin eikä missään nimessä ilman katvealueita – vahingonkorvausoikeuden asiantuntijoiden normatiivista mielikuvitusta. Kuvasuhde sekä menneisyyteen että nykyisyyteen puuttuu. Mitä jää jäljelle, on eräänlainen nykyisyyden historia: kertomus nykyisyyden ja sen ongelmien taustoista ja genealogiasta.

Milloin (h)aavekuvan peruspiirteiden voi sanoa vakiintuneen ja kiinteytyneen, on kysymys, johon on erittäin vaikea vastata. Yksi vastaus on: ei koskaan. Toinen ajanmääritys voisi olla, että käsitykset vakiintuivat Saksassa vuoden 1853 jälkeen. Tuona vuonna Friedrich Carl von Savigny tuli siihen lopputulokseen, että ”die Privatstrafen des Römischen Rechts, mit der einzigen Ausnahme der Injurieklage, im heutigen Recht nicht mehr anwendbar sind. Damit hat denn auch den größeren Theil der Römischen Lehre von dem Delictsobligationen für das heutige Recht seine Bedeutung verloren.”¹² Havainnon jälkeen oli pakko miettiä uudelleen tätä nykyä funktionaalisesti vahingonkorvausoikeudeksi tunnistettavien – käytännöllisten hyvin merkittävien ja siksi

¹² Savigny 1853 s. 329.

Savignyn esitykseenkin päätyneiden¹³ – sääntöjen oikeutusta ja teoreettista perustaa.

Rekonstruktio, jonka tarkoituksena on tuottaa edellä hahmottelemani nykyisyyden historia, on varsin laaja esitys perinteisen vahingonkorvausoikeuden keskeisistä postulaateista. Se tiivistyy temaattisesti kolmen (h)aavekuvaa kuvaavan iskulauseen ympärille, joita kutakin käsittelen omassa luvussaan. Ajan kirjallisuudessa esitettyjen näkökohtien tarkastelun perusteella hahmottuu kuva ontologisesti ja epistemologisesti erikoisista vahingonkorvauksen määrän arvioinnin säännöistä. Samalla kasvaa esille käsitys sääntöjen edellyttämästä ontologiasta. Käsitemäärittelyjä ja periaatepohdintoja en ole ainakaan itse voinut ymmärtää ilman, että sijoitan niiden taustalle taustakertomuksen. Taustakertomus on rekonstruktion niistä sitoumuksista, joiden varassa kokonaisuudesta tulee ymmärrettävä.¹⁴

Iskulauseet ovat:

- 1) Vain taloudellinen vahinko on korvattava!
- 2) Vahingon määrä on sen taloudellinen arvo!
- 3) Kaikki tai ei mitään!

Kaikki kolme iskulausetta ovat samalla (h)aavekuvalle ominaisen vahinkojen korvaamisen perusperiaatteita. Ne rakenteistavat vahingon käsitteellistämisen tapoja ja korvaamisen tekniikkoja. Ne määrittävät myös vahingon korvaamisen tavoitteen.

Tämän lisäksi periaatteilla on toinenkin merkitys tutkimuksessa. Niiden kautta ja avulla avautuu uusi näkökulma perinteisen varallisuus oikeuden peruspiirteisiin. Periaatteet ovat siis yhtä aikaa vahinkojen korvaamisen (h)aavekuvan rakenneosia, mutta niiden lähempi tarkastelu avaa perinteistä laajemman näkökulman. Tämä näkökulma puolestaan voi perustella, miksi juuri nämä kolme periaatetta olivat välttämättömiä ja (h)aavekuvan normatiivisia rakenneperiaatteita. Samalla ne toimivat siltoina tärkeisiin teemoihin, joiden kautta ja avulla hahmotan vahingonkorvausoikeuden taustaa ja ongelmia.

Vain taloudellinen vahinko on korvattava -periaate avaa näkökulman siihen maailmaan, johon perinteisen vahinkojen käsitteellistämisen tavat asettavat ihmisen. Maailma on *talouden* maailma, jossa täysi-ikäiset miehet vaihtavat hyödykkeitä toisiin hyödykkeisiin ja rahaan. Taloudella on rajansa ja paikkansa. Sen

¹³ Ks. Savigny 1853 s. 330.

¹⁴ Rekonstruktiossa on tiettyä perheyhtäläisyyttä Juha Karhun tapaan hahmottaa sopimusoikeutta kolmen eri sopimusmallin perusteella. Karhun tapa hahmottaa sopimusoikeudellisia paradigmoja peruskäsitteiden, dogmien ja konstruktoiden (Pöyhönen 1988 s. 177–198) kautta ei kuitenkaan voi tuoda esille sitä ontologioiden, perustelujen ja maailmankuvallisten sitoumusten moninaisuutta, jonka haavekuvan kuvaaminen ilman tällaista lukittua käsitteellistä viitekehystä voi tuoda.

kanssa rinnakkain ovat perheen sekä poliittisen eli valtiollisen toiminnan maailmat.

Vain taloudellinen vahinko on korvattava -periaate toimii siltana varallisuusoikeuden sääntelylogiikkaan. Tarkoiton sääntelylogiikalla kiteytynyttä käsitystä siitä, mitä ja miten varallisuusoikeudessa voidaan tehdä. Elämänaluejaottelu on oikeudellisesti tärkeä. Koska varallisuusoikeus on talouden oikeutta, muihin yhteiskunnan sfääreihin varallisuusoikeus ei saa ulottua. Sen täytyy rajata itsensä talouden piiriin. Vahingonkorvausoikeudessa tämän itserajoituksen yksi seuraus on juuri vain taloudellinen vahinko on korvattava -periaate. Kun vain taloudellinen vahinko korvataan, varallisuusoikeus pysyy – hengenettömän ja abstraktisesti määritellyn – talouden piirissä.

Vahingon määrä on vahingon taloudellinen arvo -periaate liittyy elimellisesti vain taloudellinen vahinko on korvattava -periaatteeseen. Taloudellisella vahingolla on aina *taloudellinen arvo*, joka voidaan laskea. Tuo arvo on talouden piirissä ja sen ehdoilla määrittyvä totuus vahinkotapahtuman merkityksestä rahamääräisesti ilmaistuna. Jäljitän ensimmäisen osan toisessa luvussa arvon käsitteen variaatioita ja muutoksia. Liikun vaihtoarvosta käyttöarvoon, käyttöarvosta intressiin, intressistä differenssioppiin. Luvun yksi keskeisistä teemoista on vaihtoarvon *objektiivisuus* tai pikemminkin *objektisuus*, kuten tätä vaihtoarvon ominaisuutta Bruno Latourin kielenkäyttöä mukaillen nimitän. Vaihtoarvon taustalla oleva markkinoiden merkityksenantotekniikka nimittäin tekee vaihtoarvosta objektisen, empiirisesti todennettavan seikan. Differenssiopille ominainen vahingon käsitteellistämistapa puolestaan perustuu juuri vaihtoarvon objektisuudelle. Kun vaihtoarvon objektisuus yhdistetään *kirjanpidollisiin tekniikoihin*, minkä tahansa kahden taloudellisen jakotilan vertaaminen toisiinsa on mahdollista varmasti ja kiihkottomasti. *Vaihtoarvon ja kirjanpidollisten tekniikoiden* perusteella hahmottuu se *tekniikka*, jolla vahinkoja (h)aavekuvassa korvataan. Differenssiopilla on kuitenkin yksi haavoittuva kohta: hypoteettisen tapahtumakulun rakentaminen. Käytänkin luvun loppuosan tämän ongelman selvittämiseen.

Tutkimuksen ensimmäisen osan viimeinen luku käsittelee vahinkojen korvaamiselle asetettua moraalisen neutraalisuuden vaatimusta. Vahingonkorvausoikeus ja rikosoikeus erotettiin (h)aavekuvassa tiukasti toisistaan. Erottelulla oli syynsä. Vahingonkorvauksesta haluttiin tunnusomaisesti luoda *siviilioikeudellinen sanktio*. Binaarista vastuuperustetta tuli seurata binaarinen vastuun laajuuden harkinta. *Kaikki tai ei mitään*. Miksi? Liberaalin hallinnan mentaliteetin määräämän siviilioikeuden tehtävä ei ollut ohjata taloudellisia toimijoita hyvää kohti, ei edes silloin, kun toimijat olivat käyttäneet tahdonvapauttaan sinällään kielletyllä tavalla. Oikeuden oli pysyttävä etäällä yksilöistä. Se ei saanut muokata valmista ihmistä. Tämä onnistui vain, jos *vahinkojen korvaamisen tavoitteeksi asetettiin taloudellisen arvon siirtäminen* ja moraalinen merkityksenanto sulkeistettiin ulos vahinkojen korvaamisesta. Helppoa siviilioikeuden sääntelylogii-

kan toteuttaminen ei kuitenkaan ollut. Preventio oli tässä suhteessa vaikea teema: miten ohjata käyttäytymistä, mutta ei vaikuttaa ihmisten identiteettiin. Rangaistusta ei ollut sitäkään yksinkertaista erottaa vahingonkorvauksesta, kuten Allan Serlachiuksen *Straff och skadetånd* -kirjassen tarkastelu osoittaa.

Tutkimuksen ensimmäisessä kantavana teemana on vahinkojen korvaamisen sääntöjen ja niissä kuvastuvien ontologioiden, tekniikkojen ja tavoitteiden sidos aikaan. (H)aavekuva on sidoksissa siihen historialliseen kontekstiin, jossa se syntyi. Vaikka (h)aavekuva ei toimi, tämä diagnoosi ei tarkoita sitä, että ajattelin sen olleen jo alun alkaen mieletön. Näin ei suinkaan ole. Maailma – ja ne tavat, jolla sitä oikeuden ulkopuolella hahmotetaan – ovat muuttuneet.

4 VAHINGOT, TEKNIIKAT JA TAVOITTEET

(H)aavekuva on aikansa elänyt. Se ei toimi. Käsitteellistykset, tekniikat ja tavoitteet eivät pidä. On liikaa häiriötekijöitä, kohinaa ja anomaliaita. Sitä paitsi koko kompleksi on eettisesti vastenmielinen. Minä en halua elää sellaisessa maailmassa, jonka (h)aavekuva loihtii ympärilleen, tuskinpa kovin moni muukaan. (H)aavekuvan on aika mennä. Normistoa ei voi eikä tule enää järjestää sen pohjalta.

Tutkimuksen ensimmäisen ja toisen osan välissä otan pitkän harppauksen. Siirryn 1900-luvun alusta 2000-luvun alkuun. En seuraa doktriinin kehitystä tuona väliaikana tarkasti saati systemaattisesti. En pysyttele uskollisena kaikille tradition sisäisille hienosäädöille. Sivuutan loikallani monia teoreettisia innovaatioita ja konstruktioita, joilla on pyritty pelastamaan, mitä pelastettavissa on ollut. Perusongelma on (h)aavekuvassa, siitä olen vakuuttunut. (H)aavekuva – sen voimakkaat iskusanat ja periaatteet – ovat juurtuneet syvälle traditioon ja lukitsevat vahingonkorvausoikeudellisen keskustelun perussanaston ja kielioopin. (H)aavekuva hallitsee vahinkojen korvaamisen normatiivista suuntaa. Ongelmista ei päästä, jos (h)aavekuvasta ei päästä eroon.

Haen uutta teoreettista lähtökohtaa normiston pinnasta. Aloitan yksinkertaisimmista mahdollisista tapahtumista, joita vahingonkorvausoikeus tuntee. Käsitelen toisen jakson ensimmäisessä luvussa muun muassa esinevahingon korjaustapaa valittaessa sovellettavia sääntöjä, korjauskustannusten määrän laskemista koskevia periaatteita ja korjaamisen epäonnistuessa sovellettavia normeja. Lisäksi käsitelen kehojen ennallistamista ja siitä aiheutuvien kustannusten korjaamista. Voimassa olevan oikeuden analyysin perusteella esille nousee selkeä teoreettinen hahmo: *fyysinen ennallistaminen*. Kun henkilö- ja esinevahinkojen välittömiä vahinkoseurauksia korvataan, esineitä ja kehoja¹⁵ tosiasiaassa *korjataan*.

¹⁵ Vaikka vakiintuneessa terminologiassa henkilövahinkojen perustyyppinä pidetään vanhan vahingonkorvauslain 5 luvun 2 §:n sanamuodon kanssa yhtäpitävästi ruumiinvammaa, olen omaksu-

Vahinkojen korvaaminen on näissä vahinkotapahtumissa *korjaamista*. Esine- ja henkilövahingoissa selkeä pääsääntö on, että vahingonkorvauksen määrä tulee mitoittaa siten, että vahingonkärsijä voi ennallistaa vahingoittuneen esineen tai hoidattaa kehoaan siten, että se korjaus- ja hoitotoimenpiteiden jälkeen on – jos kaikki onnistuu – vahinkoa edeltäneessä tilassaan. Taloudellisella arvolla tai differenssiopilla ei ole itsenäistä asemaa. Ne eivät määritä vahinkojen korvaamisen tavoitteita. Rahaa käytetään vain mahdollistamaan kehojen ja esineiden suora ja välitön fyysisen muokkaaminen. Vahinkojen korvaamisen tavoite on tehdä fyysinen ennallistaminen mahdolliseksi.

Tutkimuksen toisen osan toisessa luvussa vahinkotapahtumat monimutkaistuvat. Käsittelen *liikevahingon* määrän laskemisen tekniikoita. Liikevahingolla tarkoitan niitä *seurausvahinkoja*, jotka aiheutuvat, kun vahingonkärsijän harjoittama liiketoiminta häiriintyy joko sopimusvelallisen suoritushäiriön tai delikti-vahingonaiheuttajan vahingonkorvausvelvollisuuden perustavan menettelyn johdosta. Miten liikevahinko käsitteellistetään? Miten sen määrä lasketaan? Minkälaisia tekniikoita sen laskemisessa käytetään? Mikä on vahingon korvaamisen tavoite?

Lähtökohtani on, että perinteisellä käsitteistöllä ei saada otetta liikevahingoista, koska sääntöjen sanat eivät ole enää talouden sanoja. Niinpä vahingonkorvausoikeudellinen puhetapa on päivitettävä, liiketaloudellistettava. Pyrin luvussa osoittamaan, että näitä vahinkoja korvataan ja on hyvä korvata *yrityksen sisäisen laskentatoimen tuottaman laskentainformaation* viitekehyksessä. Liikevahinkoerät ovat laskennallisia liiketoiminnan simuloinnin perusteella tunnistettavia kassavirtaeria, jotka yritykseltä jäivät joko tuloina saamatta tai jotka se joutui menoina suorittamaan. Liikevahinkojen korvaamisen tavoitteena on asettaa yritys sellaiseen laskentainformaation varassa hahmottuvaan asemaan, jossa se olisi ollut, jos suoritushäiriötä tai vahinkotapahtumaa ei olisi koskaan sattunut. Taaskaan kyse ei ole taloudellisen arvon korvaamisesta. Luvun keskeisiä teemoja ovat talouden toimintatapojen muutos, uudet ansaintalogiikat, yrityksen toiminnan simuloiminen sekä laskentatulokseen kerrostuva epävarmuus ja sen hallitseminen.

Tilapäisen haitan korvaamista lähdän tarkastelemaan liikennevahinkolautakunnan taulukoiden pohjalta. Taulukoita käytetään tavanomaisesti apuna, kun tilapäisestä haitasta maksettavan korvauksen määrää arvioidaan. Taulukot ovat lähestulkoon objektiivisia mittapuita: ne mahdollistavat korvauksen yhdenmukaisen, yhdenvertaisen ja ennustettavan arvioimisen. Ne tekevät tilapäisen haitan korvaamisesta legitiimiä. Tilanne on hämmästyttävä, ainakin vahingonkorvaus-

nut käyttöön keho-sanana. Kehon elävän ihmisen ruumiin. Vahingonkorvausoikeudessa vaikuttaa – vahingonkorvauslain 5 luvun 3 §:ää lukuun ottamatta – kehoon, ei ruumiiseen.

oikeuden perinteisten teoreettisten lähtökohtien kannalta. Mistä taulukot tulevat? Mikä taulukoiden merkitys on? Miksi taulukoita käytetään tilapäisen haitan määrän arvioinnissa?

Väitän, että taulukoiden mahdollisuus syntyy, koska vahingonkorvauksen määrän arvioinnin kytkeminen taulukkoihin luo tilapäisen vahingon korvaamiselle mielekkään kehyksen. Taulukkojen myötä syntyy *vakuutukselliselle logiikalle ja merkityksenannolle* perustuva silta inhimillisten kokemusten, terveyden-tilan häiriöiden ja rahan välille. Vakuutusjärjestelmissä on täysin tavallista ensin tunnistaa jokin merkityksellinen seikka ja sitten *neuvotella* siitä, miten ja millä tavoin tuohon seikkaan rahan avulla vaikutetaan. Merkityksenanto on tällöin korostetun vakuutuksellista. Kun tilapäisestä häiriöstä maksetaan taulukkokorvaus, vakuutuksellinen merkityksenanto otetaan osaksi oikeutta. Korvaamisen tarkoitus muuttuu. Arvon korvaamisen sijaan korvauksen maksamisen *tavoitteeksi hahmottuu tunnistaminen ja tunnustaminen*, sen toteaminen, että vahingonkärsijä on kokenut merkittävää haittaa. Tavoitteena on tuomita sellainen korvaus, joka antaa mielekkään merkityksen vahingonkärsijän kokemukselle. Merkityksenannon välineet lainataan vakuutusjärjestelmistä. Mikä tärkeintä, ekvivalenssisuhdetta kokemuksen ja rahan välille ei kuitenkaan synny. Kokemuksen taloudellista arvoa ei määritetä.

Toisen osan viimeisessä luvussa käsittelen *kärsimyksen* korvaamista. Kärsimys on aineetonta vahinkoa *sans rival*. Se on korvausta niistä jokapäiväiseen elämään kuuluvista normaaleista tunteista, joista ei muutoin makseta korvausta. Mikä on kärsimyskorvauksen tarkoitus? Miten kärsimyskorvauksen suuruus arvioidaan? Päädyn esittämään, että kärsimyksen korvaamisessa on kysymys niin ikään tunnistamisesta ja tunnustamisesta. Nyt ei ole kysymys merkityksellisen inhimillisen kokemuksen tunnistamisesta ja tunnustamisesta, vaan *ihmisten perustavien oikeuksien loukkausten merkityksen tunnustamisesta ja tunnistamisesta*. Kärsimyskorvauksen kohteena ovat vakavat, vahingonkärsijän ihmisarvoa loukkaavat teot. Korvauksen pitää ilmentää teon moitittavuutta, olla sitä suurempi, mitä moitittavampi teko on, mitä vakavammin se loukkaa uhrin ihmisarvoa. Kärsimyskorvauksessa vahingonkorvausoikeutta käytetään yhteisön moraalisen ja eettisen järjestyksen eksplikoimiseen ja ylläpitoon.

Määritän jokaisessa luvussa vahingon eri tavalla. Hahmottelen siis neljä – tai oikeastaan useampia – vahingon käsitteellistämistapaa. Tärkeää on huomata, että jokainen käsitteellistämistavoista luo ympärilleen laajemman viitekehyksen, jossa todellisuuden olemus ja rakennuspalikat vaihtelevat. Ensimmäisessä luvussa puhun fyysisistä kappaleista, esineistä ja kehoista, ja niiden muutoksista. Toisessa luvussa vahinko on laskentainformaation valossa tunnistettava muutos. Kolmannessa vahinko on muutos, jotka tunnistetaan vakuutuksellisilla tekniikoilla, jotka puolestaan sivuuttavat itse kokemuksen ja asettavat sen tilalle jotain muuta. Neljännessä vahinko on jälleen kokemus, jonka yhtymäkohdat kokemukseen

liudentuvat taas välittömästi. Kokemusten paikan ottaa eettinen ja moraalinen merkityksenanto ja viestittäminen. Käsitteellistyksien kautta päästään erilaisten vahinkojen *ontologioiden* jäljille. Tähän teemaan palaan aivan tutkimuksen lopussa.

Keskeinen väitteeni on, että yhtä lailla niin vahingon käsitteellistykset kuin korvaamisessa käytettävät tekniikat ja korvaamiselle asetettavat tavoitteetkin poikkeavat toisistaan. Toisin kuin (h)aavekuvassa vahinkoja ei voida asettaa vain yhteen, kaikki vahinkotapahtumat kattavaan viitekehykseen. Yhtä ja ainoaa näkökulmaa vahinkoihin ei voi olla. Korvaamisen muodostelmat, niille ominaiset korvaamisen tekniikat jättävät aina jälkeensä myös katvealueita. Fyysisessä ennallistamisessa aika, inhimilliset kokemukset, menetetyt mahdollisuudet ovat ongelmia. Niistä ei saada otetta esineiden ja kehojen tiloja muokkaamalla. Tarvitaan jokin uusi käsitteellistys, tekniikka ja tavoite. Tekniikka pakottaa jälleen loppumattomalle kiertotielle, muokkaamaan lähtökohtia, sitä itseään ja tavoitteita.

5 RAHA

Tutkimuksen keskiössä on *raha*. Rahan teema kulkee koko tutkimuksen taustalla, teemana johon jatkuvasti palaan. Kiistatonta on, että raha ja vahinkojen korvaaminen kuuluvat yhteen. Vahinkoja korvataan rahalla Vahingonkorvaustuomio on aina rahamääräinen.¹⁶ Siinä velvoitetaan vahingonaiheuttaja suorittamaan vahingonkärsijälle tietty määrä rahaa. Raha on näin ollen vahinkojen korvaamisen väline. Raha mahdollistaa vahinkotapahtumaan reagoimisen, vahingon korvaamisen. Samalla se pakottaa muokkaamaan sekä vahinkoa että vahingon korvaamista.

Suuri kysymys on, onko raha ainoa muuttumaton muuttuvien joukossa. Pysykö raha aina samana, rahana, tapahtui sen ympärillä mitä tahansa? (H)aavekuvassa näin epäilemättä on. Raha on aina sama muuttumaton väline, jota käytetään oikeudellisen päämäärän tavoittelemisessa. Raha mukauttaa, mutta se ei mukaudu. Se konfiguroi vahinkojen korvaamisen käytännöt omalle kielelleen. Raha pakottaa muokkaamaan sekä vahinkoa että vahingon korvaamista siten, että sen käyttäminen vahinkojen korvaamiseen on mahdollista. Euro on euro. Siitä ei pääse mihinkään. Siltä ainakin vaikuttaa.

Jos raha omaksutaan vahingonkorvausoikeuden tavoitteiden toteuttamisen välineeksi, sitoudutaan näennäisen välttämättä myös siihen, että rahan muka-

¹⁶ Ks. esim. Hemmo 2005b s. 201; Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006 s. 34.

naan tuomat ulko-oikeudelliset rajoitukset joudutaan hyväksymään. Rahan olemus, sen ominaisuudet rajoittavat vahingonkorvausjärjestelmän tavoitteita. Se vaikuttaa siihen normatiiviseen suuntaan, jonka normisto saa, koska rahalla voidaan tavoitella vain sellaisia tavoitteita, joiden tavoittelemiseen rahaa on mahdollista käyttää.¹⁷

En kuitenkaan usko, että olisin voinut kyseenalaistaa (h)aavekuvaa tutkimuksen toisessa osassa esittämälläni tavalla, jos ajattelisin, että raha on muuttumaton. En usko, että niin on. Oikeus luo omat rahansa. Jokaisessa toisessa osassa esittelystä tekniikkamuodostelmassa raha saa eri viitekehyksen. Sillä on kussakin tilanteessa erilainen ontologia. Toisen osan ensimmäisessä luvussa raha on yksinkertaista ostovoimaa, jolla voidaan järjestää fyysisten kappaleiden fyysinen muokkaaminen. Toisessa luvussa raha kiinnittyy laskentatoimeen ja sille ominaisiin käsitteellistyskäytäntöihin ja tekniikkoihin. Kolmannessa rahaa ei voisi ymmärtää ilman vakuutusjärjestelmiä ja niille ominaista maailmanhahmottamistapaa. Neljännessä luvussa moraaliset ja eettiset merkitykset ovat rahan merkitysreferenssi. Rahakin näyttää muuttuvan, kun vahinkoja korvataan. Ehkä raha – tekninen väline sekin – ei sittenkään ole immuuni tekniikkojen tragedialle.

6 SUHDE AIKAISEMPAAN TUTKIMUKSEEN

Vahingonkorvausoikeudelliseksi määriteltävässä tutkimuksessa on meillä keskittynyt viime aikoina lähinnä pohtimaan vastuuperusteita ja niiden merkitystä. Viimeaikaisissa väitöskirjoissa on selvitetty muun muassa kärsimyskorvauksen tuomitsemisperusteita, kun henkilön kunniaa tai yksityisyyttä on loukattu¹⁸, pohdittu kaksiasianosaissuhteen ylittävää vastuuta sopimusketjuissa¹⁹ ja rekonstruoitu ja määritelty vahingonkorvausoikeuden kantavia periaatteita²⁰. Suomessa ei ole kuitenkaan viime vuosina juurikaan kirjoitettu vahingonkorvauksen laske- misesta. Mika Hemmon väitöskirja vuodelta 1994 on viimeisin laaja asiaa kos- kenut tutkimus.²¹ Sekin rajoittuu sopimussuhteisiin ja edelleen ennakoitavuusra- joitukseen vahingonkorvauksen laajuutta rajoittavana periaatteena.

¹⁷ Ks. esim. Ripstein 2007 s. 1984.

¹⁸ Tiilikka 2007.

¹⁹ Norros 2007c.

²⁰ Mielityinen 2006.

²¹ Thomas Wilhelmssonin vuonna 2001 ilmestyneessä *Senmodern ansvarsrätt*issä on mielenkiin- toinen luku, jossa Wilhelmsson pohtii vahinkokäsityksen mahdollista muutosta (Wilhelmsson 2001 s. 336–366). Toisena poikkeuksena on mainittava niin ikään Mika Hemmon *Moderni kor- vausoikeus ja vahingonkorvauksen sovittelu* (Hemmo 1996).

Vahingonkorvauksen laskemisen kysymykset ovat näin ollen Suomessa jääneet lapsipuolen asemaan, yleisesitysten ja oppikirjojen lyhyehköjen ja usein varsin tiukasti lähdemateriaalissa pysyttelevien esitysten varaan. Tilanne on samantapainen Ruotsissa. Vahingonkorvauksen laskeminen ei – siihen liittyvistä ilmeisistä käytännön intresseistä huolimatta – ole ollut tutkimuksen kohteena. Kaksi poikkeusta on kuitenkin mainittava. Marcus Radetzki on kirjoittanut esinevahinkojen korvaamisesta²² – Radetzkin vakuutustausta paistaa tosin kirjasta selkeästi läpi – ja Richard Hager on laatinut väitöskirjan²³ ja lukuisia artikkeleita²⁴ arvostusoikeudeksi (*värderingsrätt*) kutsumastaan oikeudenalasta. Hagerin töiden painopiste ei ole kuitenkaan vahinkojen korvaamisessa, vaan pakkolunastuksessa. Tilausta ja tarvetta vahingon määrän laskemisen käytäntöjä koskevalle tutkimukselle vaikuttaisi olevan.

7 RAJAUKSISTA

Tutkimus käsittelee vahingonkorvauksen määrän laskemista koskevia sääntöjä. Siinä pyritään vastaamaan kysymykseen, miten vahingonkorvauksen määrä lasketaan.

Tarkastelun kohteena ovat sekä delikti- että sopimusperusteella korvattavien vahinkojen korvaamista koskevat säännöt. Delikti- ja sopimusperusteisessa vastuussa vahingonkorvauksen määrän laskemista koskevat säännöt poikkeavat jonkin verran toisistaan. Vahinkojen käsitteellistämistavat, korvaamisen tekniikat ja tavoitteet ovat hyvin pitkälti yhteneväisiä eri korvaamiskompleksien sisällä riippumatta siitä, korvataanko vahinko sopimus- vai deliktiperusteella.²⁵

Ympäristövahinkojen korvaamista koskevat säännöt olen rajannut tutkimuksen ulkopuolelle. En käsittele kotimaista lakia ympäristövahinkojen korvaamisesta (737/1994) enkä ympäristövastuusta ympäristövahinkojen ehkäisemisen ja korjaamisen osalta annetun direktiivin (2004/35/EY) 5–8 artiklojen sisältöä, vaikka säännökset rakentuvat ennallistamisen varaan.

Koska tutkimuksen kohteena on vahingonkorvauksen määrän laskeminen, tutkimuksessa oletetaan, että vahingonkorvausvelvollisuuden on jo todettu olevan olemassa. Onko korvattavaa vahinkoa syntynyt ja mikä sen määrä on, ovat sen sijaan vielä avoimia kysymyksiä. Tutkimuksessa ei siksi käsitellä *vastuun perus-*

²² Radetzki 2004.

²³ Hager 1998.

²⁴ Ks. esim. Hager 2007.

²⁵ Vrt. esim. Hemmo 1998 s. 103–106.

*teita.*²⁶ Kärsimyksen korvaamista koskeva jakso on poikkeus tästä pääsäännöstä. Esittelen toisen osan neljännen luvun alussa, millä perusteella kärsimyksestä voidaan suorittaa korvausta. Kärsimyskorvauksen käsitteellistämisen kannalta vastuun peruste on nimittäin ratkaisevassa asemassa.

²⁶ Vastuuperusteita ja vastuumuotoja koskevasta suomalaisesta tutkimuksesta Hemmo 1998.

ENSIMMÄINEN OSA

(H)aavekuva

2. LUKU

Vain taloudellinen vahinko on korvattava

Tässä luvussa käsittelen ensimmäistä (h)aavekuvan kolmesta rakenneperiaatteesta. Esittelen ensin kolme pohjoismaisessa kirjallisuudessa 1800- ja 1900-lukujen vaihteessa esitettyä tapaa käsitteellistää, mitä taloudellinen tarkoittaa vain taloudellinen vahinko on korvattava -periaatteessa.

Lähtökohtanani on, että taloudellisen käsite voi avata näkökulman 1800- ja 1900-lukujen vaihteen doktriinin taustaoletuksiin. Mielestäni on välttämätöntä ajatella, että kirjoittajat ajattelivat vilpittömästi, että jokin leimallisesti taloudellinen oli olemassa. Väitän, että kyse on taloudellisesta elämänalueesta. Väitän niin ikään, että taloudellisen elämänalueen erottaminen on mielekästä vain porvarillisen yhteiskunnan mallintamisessa ja rakentamisessa. Porvarillisessa yhteiskunnassa, jota lähestyn Jürgen Habermasin erotte-lujen kautta, taloudellinen elämä erotettiin esimerkiksi perheestä ja valtiollisesta poliittisesta elämästä. Se oli omalakinen ja sillä oli oma rationaliteet-tinsa.

Taloudellisen omalakisuus perusti siviilioikeuden sääntelylogiikan. Siviilioikeuden oli toimittava talouden ehdoilla.

1 VAATIMUS VAHINGON TALOUDELLISUUDESTA

Vain taloudellinen vahinko on korvattava on ensimmäinen (h)aavekuvan lähtökohtadogmeista ja rakenneperiaatteista. Viime vuosisadan alun pohjoismaisessa kirjallisuudessa periaatteen asema oli täysin horjumaton. Periaate hallitsi vahinkojen korvaamisen kenttää, rajasi ja konstituoii sen. Se oli osa vahinkojen korvaamisen kiistämättömiä ja itsestään selviä lähtökohtia. Kyse oli normistoa ja sen yksityiskohtia edeltävästä problematisoimattomasta normatiivisesta perusolettamasta.²⁷ Periaate määrittäi yhden olennaisen ulottuvuuden (h)aavekuvasta eli siitä, mitä oli aito ja oikea vahinkojen korvaaminen. Vain taloudellinen vahinko oli korvattava. Vain taloudellinen vahinko oli todellista.²⁸

Periaate muotoiltiin vuosisatojen vaihteessa tavallisesti ehdollisesti: taloudellinen vahinko tuli korvata aina, mutta ei-taloudellinen vahinko vain silloin, kun erityisessä lainsäädännössä niin määrättiin.²⁹ Periaatteen ehdollisuuteen ei tule kuitenkaan lukea liikaa merkitystä. Kun taloudellinen vahinko oli todellista ja aitoa vahinkoa, ei-taloudellinen vahinko määrittyi kyseenalaiseksi vahingoksi. Tästä seurasi eräänlainen kehäpäätelmä, että ei-taloudellista vahinkoa ei tullut lähtökohtaisesti korvata, koska se ei ollut todellista. Lähtökohtaa vahvasti entisestään se, että silloinkin, kun periaatteesta oli lainsäädännön johdosta poikettava, ei-taloudellisen vahingon korvaamiseen suhtauduttiin pääasiassa torjuvasti ja vähätellen. Nurja suhtautuminen aiheutti sen, että vähälukuisia lainsäädännöksiä tulkittiin supistavasti. Hermann Scheel, yksi harvoista periaatteen ja suhtautumistavan vuosisatojen vaihteen kriitikoista³⁰, totesikin vuonna 1893 julkaistussa artikkelissaan kuivasti:

”Uagtet saaledes Lovgivningen ikke i noget af de nordiske Lande kan siges at have afgjort Spørgsmaalet, kan der dog neppe herske nogen Tvivl om, at det kun er den økonomiske skade som, kan kræves erstattet, medmindre for særlige Tilfælde noget andet er bestemt, idet at ikke mangler positiv Hjemmel for

²⁷ Ks. esim. Ekström 1921–24 s. 901–903; Stang 1927 s. 360–361; Ussing 1941 s. 741; Karlgren 1943 s. 23–25; Kivimäki 1946 s. 186; Ussing 1947 s. 136; Øvergaard 1951 s. 890; Brusiin 1953 s. 12. Ks. saksalaisessa kirjallisuudessa periaatteesta esim. Savigny 1840 s. 339; Puchta 1863 s. 338, av. 218; Windscheid 1887b s. 755. Kokoavasti saksalaisen kirjallisuuden osalta esim. Deutsch 1976 s. 418 ja 462–463; Larenz 1987 s. 479–489; Würthwein 2001 s. 368; Jansen 2003 s. 373–375; Lange – Schieman 2003 s. 50–57; Jansen 2007 s. 518–520 ja 605–637.

²⁸ Suoranaisesta maininnasta, jossa ei-taloudellisen vahingon sanotaan olevan myös *ei-todellista* ks. esim. Ekström 1921–24 s. 903.

²⁹ Tässä muotoilussa periaate on säilynyt nykypäivään asti keskeisenä osana vahingonkorvausoi-keutta, joskin sen systemaattinen asema on huomattavasti heikentynyt aineettoman vahingon korvaamisen yleistyttyä. Ks. esim. Sisula-Tulokas 1995 s. 177–194; Hemmo 2005b s. 157–158; Bengtsson – Strömbäck 2006 s. 190–192; Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006 s. 275–276 ja eräin varauksin Hellner – Radetzki 2006 s. 366–368. Ks. myös jäljempänä jaksossa 7.2 esitettyä.

³⁰ Toinen merkittävä kriitikko oli Carl Popp-Madsen (Popp-Madsen 1933).

en videregaaende Erstatningspligt, men agsaa maa anse en saadan Begrænsning af Erstatningspligten sædvansmæssig fastslaaet.”³¹

Toisaalla suhtautuminen periaatteeseen oli vähemmän epäilevää. Muutama kymmenen vuotta myöhemmin esimerkiksi Henry Ussing kirjoitti, että

”Det er Hovedreglen i dansk Ret, at erstatning kun gives for Skader, der kan betragtes som økonomiske Skader.”³²

Fredrik Stang kirjoitti puolestaan vuonna 1927:

”Da straffeloven 1842 avskaffet bøtesystemet, gennemførte den som hovedprincip den regel, at bare økonomisk skade skal erstattes.”³³

Vain taloudellinen vahinko on korvattava -periaate on (h)aavekuvan osana jännittävällä tavalla sekä itsestään selvä että lähes mystisen vaikeaselkoinen. Perusidea on intuitiivisesti ymmärrettävä. On eittämättä niin, että on olemassa jokin taloudellisen alue. Taloudellisen alue vaikuttaa niin ikään siviilioikeudelle ominaiselta alueelta. Tähän alueeseen voidaan – taas intuitiivisesti arvioiden – vaikuttaa luonnollisimmin juuri rahan avulla. Näyttää jopa siltä, että taloudellinen on ainoa mahdollinen rahan käyttämisen alue. Lähemmässä, yksityiskohtaisessa tarkastelussa taloudellisen vahingon käsite kuitenkin hajoaa. Taloudellisen vahingon käsitteen todellisia, tarkkoja rajoja oli ja on edelleenkin vaikea vetää. Mikä lopulta on tai oli taloudellista ja mikä vastaavasti ei-taloudellista vahinkoa, jää ja jää kysymykseksi, johon oli ja on mahdotonta antaa yksiselitteistä vastausta.

Juuri tähän intuitiivisen hyväksynnän ja analyttisen mahdottomuuden väliin jännitteeseen tarkentuvat vain taloudellinen vahinko on korvattava -periaatteen sisällölliset ongelmat (h)aavekuvassa. Periaate on käyttökelpoinen ja -kelvoton, yhtä aikaa. Vaikka se olisikin houkuttelevaa hyväksyä intuitiivisella tasolla, sen operationalisoiminen ja käyttäminen edellyttää, että sisältöä täsmennetään pelkästä sanasta, epämääräisestä semanttisesta merkitysreferenssistä täsmälliseksi ja kattavaksi määritelmäksi. Ja niin ongelmat alkavat.

Periaatteen täsmällinen määrittely on mahdotonta, koska taloudellista eli ulko-oikeudellisessa maailmassa liikkuvaa ilmiötä on oikeuden piirissä mahdotonta lukita. Kun koko erottelun legitimaatio juontuu pitkälti juuri ulko-oikeudellisesta talouskäsitteestä, tämän käsityksen muutokset asettavat aina kyseenalaisiksi taloudellisen oikeudelliset määritelmät. Tästä syystä kysymykseen, mitä taloudellinen on, on annettu erilaisia ja myös eri lähtökohdista ponnistavia vas-

³¹ Scheel 1893 s. 441–442.

³² Ussing 1947 s. 136.

³³ Stang 1927 s. 361.

tauksia. Kyse on periaatteesta, joka on läpikäynyt lukuisia ”kehitysvaiheita”. Mielenkiintoista on kuitenkin huomata, että (h)aavekuvan kannalta olennaisena ajanjaksona periaatteella ei ollut vakiintunutta sisältöä 1900-luvun alun kirjallisuudessa. Sen tarkoituksenmukaisesta määrittelytavasta käytiin jatkuvaa keskustelua.

Taloudellinen vahinko on varsin moniselitteinen käsite. Lähtökohtaisesti voidaan pitää selvitettyä sitä, että taloudellinen ja ei-taloudellinen vahinko tunnetaan suomalaisessa keskustelussa tätä nykyä paremmin aineellisena ja aineettomana vahinkona. Joskus 1940-luvulla tapahtui semanttinen siirtymä, jonka seurauksena Ruotsissa ja Suomessa siirryttiin puhumaan aineellisesta ja aineettomasta vahingosta – ruotsiksi *materiell* ja *immateriell skada*.³⁴ Siirtymä on ollut useassakin suhteessa pulmallinen, sillä sen myötä katoaa suora merkitysreferenssi *taloudellisen* elämänpiiriin, rahan ja em. vahinkolajien välillä. Erottelun syyt ja perusteet hämärtyvät; aineellisuuden merkitystä kun on kömpelöä etsiä esimerkiksi rahasta ja sen ominaisuuksista. Kytkeä johonkin fyysiseen erotteluperusteeseen on kiusallisen vahva. Yksi mahdollinen selitys siirtymälle voidaan löytää saksalaisesta kirjallisuudesta. Saksassa taloudellinen vahinko oli varallisuusvahinkoa, vaikka talous-termiä (*wirtschaftlich*) käytettiin niin ikään. Immateriaaliseksi ei-taloudellinen muuttui, koska se kohdistui immateriaalisiin elämänhyödykkeisiin (*immaterielle Lebensgüter*), kuten terveyteen, hyvinvointiin tai arvostukseen. Mielenkiintoista tietysti on, että immateriaaliset elämänhyödykkeet tunnistettiin sillä perusteella, että niistä ei käyty kauppaa.³⁵

Ylimääräinen kerros sekaannukseen syntyy, kun muistetaan, että taloudellinen vahinko näyttäytyy tätä nykyä kielenkäytössä pääasiassa puhtaan varallisuusvahingon merkityksessä. Vahingonkorvauslain 5 luvun 1 §:ssä puhutaan nimittäin taloudellisesta vahingosta, joka ei ole yhteydessä esine- ja henkilövahinkoon. Vahinkolajista käytetään tavanomaisesti nimitystä puhdas varallisuusvahinko.³⁶ Taloudellinen vahinko -termi onkin sen alkuperäisen käytön näivetyttyä muuttunut termiksi, jolla viitataan – myös lainsäädännössä – puhtaaseen varallisuusvahinkoon.³⁷

³⁴ Ruotsalainen Hjalmar Karlgrén, jonka *Skadeståndsläran* (Karlgrén 1943 s. 80–81) ilmestyi 1943, puhui yhtä aikaa varallisuusvahingosta (*förmögenhetsskada*), taloudellisesta vahingosta (*ekonomisk skada*) ja aineettomasta vahingosta (*ideell skada*). Henry Ussing (Ussing 1941) puhuu samanaikaisesti taloudellisesta ja ei-taloudellisesta vahingosta. Samoin tekee vuonna 1965 Vinding Kruse (Vinding Kruse 1965 s. 433–449), mutta hänen kielenkäyttönsä on horjuvaa. Sekä aineeton että ei-taloudellinen vahinko ovat synonyymisinä läsnä tekstissä.

³⁵ Ks. esim. Larenz 1987 s. 485; Lange – Schiemann 2003 s. 50–51.

³⁶ Ks. puhdasta varallisuusvahinkoa käsittelevästä laajasta pohjoismaisesta esityksestä Kleineman 1987. Ks. viimeaikaisesta keskustelupuheenvuorosta esim. Sisula-Tulokas 2007.

³⁷ Näin on esimerkiksi merimieseläkelain (1290/2006) 195 §:n 3 momentissa, jossa todetaan, että vilpittömässä mielessä toimineelle tilintarkastajalle ei aiheudu vastuuta tämän pykälän mukaisista toimenpiteistä mahdollisesti aiheutuneesta *taloudellisesta vahingosta*. Taloudellinen vahinko -termiä käytetään myös merimieseläkelain em. säännöksen sisältöä vastaavissa maatalousyrittäjän eläkelain (1280/2006) 130 §:n 3 momentissa, rahoitus- ja vakuutusryhmittymien valvonnasta annetun lain (699/2004) 15 §:n 3 momentissa, rahoitustarkastuksesta annetun lain (587/2003) 17 §:n

Terminologista sekasortoa pahentaa entisestään se, että pohjoismaisessa kirjallisuudessa taloudellisen käsitteen varaan rakentuva erottelu tarkentuu oikeastaan saksalaisen oikeuden *Vermögen*-käsitteen kautta. Taloudellinen vahinko on *Vermögensschade* – suoraan suomennettuna siis varallisuusvahinkoa – ja ei-taloudellinen *Nicht-Vermögensschade* eli siis kirjaimellisesti ei-varallisuusvahinko. Määritelmä omaksuttiin Saksan siviililakikirjaan *Bürgerliches Gesetzbuch*in.³⁸ Englannissa vastaava erottelu muodostuu rahamääräisen ja ei rahamääräisen vahingon välille (*pecuniary / non-pecuniary damage*).³⁹ *Economic loss*-käsite puolestaan viittaa suomalaisittain ilmaistuna lähinnä puhtaaseen varallisuusvahinkoon.⁴⁰

Tutkimuksen tämän luvun ensimmäisenä tarkoituksena onkin pyrkiä esittämään huomioita erilaisista taloudellisen käsitteen ymmärtämistavoista. Luvun alussa keskipisteessä ovat kolmen pohjoismaisen 1900-luvun alussa vaikuttaneen tutkijan teoretisoinnit. 1800-luvun lopussa kirjoittanut Hermann Scheel loi ensimmäisen käsittelemistäni kolmesta teoriasta. Scheelin teoriaa ryhdyttiin myöhemmin kutsumaan *rahateoriaksi*. Toisen teorian isä on E. Hagerup Bull. Hän esitti 1920-luvulla, että taloudellisen vahingon määritelmä tuli kiinnittää taloudellisen arvon käsitteeseen. Tästä Hagerup Bullin teoria saikin *arvoteoria*-nimensä. Viimeisen sanan kiistassa sanoi Henry Ussing 1930-luvulla. Hänen muotoilussaan korostui objektiivisuus. Ussing esitti, että taloudellisia vahinkoja ovat sellaiset vahingot, joiden rahallinen määrä voidaan arvioida erityisillä *objektiivisilla mittapuilla*.⁴¹

Scheelin, Hagerup Bullin ja Ussingin käymä keskustelu on varsin hyvin tunnettu ja siihen on viitattu kirjallisuudessa suhteellisen usein.⁴² Yleisesti ajateltaneen, että Ussing oli oikeassa: taloudellisen ja ei-taloudellisen vahingon ero on siinä, että taloudellisen vahingon rahallinen määrä voidaan arvioida objektiivisia mittapuita käyttäen.⁴³ Ei-taloudellisen vahingon osalta tämä taas ei ole mahdol-

3 momentissa, kasvinterveyden suojelemisesta annetun lain (702/2003) 30 §:ssä, sekä osuuskuntalain (1488/2001) 21 luvun 18 §:n 4 momentissa. Viestintämarkkinalaissa (393/2003) on aivan erityinen termikummajainen: sen lailla 759/2006 säädetyn 67 c §:n mukaan korvausta voi saada käyttöhyödyn menetyksestä, josta ei aiheudu ”suoranaista taloudellista vahinkoa”.

³⁸ Ks. kielenkäytöstä yleisemmin esim. Brusiin 1966 s. 9. Ks. myös Deutsch 1976 s. 418 ja 462–463; Larenz 1987 s. 479–489; Würthwein 2001 s. 368; Jansen 2003 s. 373–375; Lange – Schiemann 2003 s. 50–57; Jansen 2007 s. 630–635.

³⁹ Ks. esim. Allen – Hartshorne – Martin 2000 s. 244–251; McGregor 2003 s. 29 ja 53–59; Burrows 2004 s. 207.

⁴⁰ Ks. esim. Bishop 1982; Silverstein 1999; Allen – Hartshorne – Martin 2000 s. 177–178; Burrows 2004 s. 253–264; Blumstein 2005; Boggs – Laske – Sarnecky 2006.

⁴¹ Saksalaisesta keskustelusta ks. esim. Neuner 1931; Zeuner 1963.

⁴² Ks. itse kiistan osallistumattomista esim. Øvergaard 1951 s. 290; Vinding Kruse 1965 s. 439; Radetzki 2004 s. 37–41.

⁴³ Ks. viimeaikaisesta kirjallisuudesta esim. Hemmo 2005b s. 157–158; Hellner – Radetzki 2006 s. 322; Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006 s. 278–279.

lista, koska ei-taloudellisen vahingon määrän laskemiselle ei ole olemassa objektiivisia mittapuita, joiden avulla vahingon määrä voitaisiin luotettavasti, objektiivisesti ja neutraalisti laskea. Vahinkojen korvaamiseen jää ei-taloudellisessa vahingossa välttämättä subjektiivinen, mielivaltainen elementti.

Teoriat ovat esityksessäni vain lähtökohta. Niiden perusteella on mahdollista päästä (h)aavekuvan erään tärkeän ominaisuuden jäljille. Esitykseni kannalta kysymys, kuka oli oikeassa ja kuka väärässä, on toisarvoinen. Tärkeämpää on vastata kysymykseen, miksi ylipäätään puhumme taloudellisesta ja ei-taloudellisesta vahingosta. Miksi 1800-luvun lopussa ja 1900-luvun alussa *näiden kahden vahinkotyyppin hahmotettiin olevan mielekkäitä ja miksi niiden välille oli tarpeellista vetää tiukka ja pitävä rajalinja?* Näihin kysymyksiin vastaaminen on luvun loppuosan tehtävä. Selostan eri teorioita, koska uskon, että Scheel, Hagerup Bull ja Ussing voivat tarjota tähän arvoitukseen ratkaisun. En usko, että vastaus voisi olla suora tai välitön. Vasta tekstien huolellinen lähiluku voi paljastaa, mitkä tekstien taustalla häilyvät oletukset ja käsitteelliset rakenteet voivat olla.

Ratkaisevan tärkeäksi tutkimukseni kannalta osoittautuu Hagerup Bullin ehdotus, jonka mukaan erillisen taloudellisen elämänalueen rajat on omaksuttava myös oikeudellisen käsitejärjestelmän osaksi. Erottelu avaa luvun kysymyksenasettelun. Taloudellisen ja ei-taloudellisen vahingon erottelua ei nimittäin voida ymmärtää, jos ei oteta huomioon sitä seikkaa, että *taloudellisen kenttä tosiasiasa muodosti oman erillisen elämänalueensa* Scheelin ja Hagerup Bullin ajan yhteiskuntateoriassa. Taloudellinen elämänalue oli erään historiallisen yhteiskuntateoreettisen käsityksen mukaan olemassa. Se oli tuotava osaksi oikeutta. Korvattavien vahinkojen piirin rajaamisessa vain taloudellisiin vahinkoihin on kyse maailmankuvallisesta valinnasta. Scheelin ja Hagerup Bullin aikalaisten maailmankuva määräsi vahingonkorvausoikeuden käsitteistön suunnan. Tuosta maailmankuvasta tuli periaatteen myötä osa (h)aavekuvaa.

2 HERMANN SCHEEL JA RAHATEORIA

Hermann Scheelin esittämän rahateorian ymmärtämisen kannalta tärkeää on hahmottaa ne doktrinaaliset lähtökohdat, joiden rajoittamana Scheel toimi. Scheel onkin sijoitettava, ainakin karkeasti, aikaan ja paikkaan. Tämä on suhteellisen yksinkertaista. Vuosi on 1893 ja paikka Norja. Scheel toimi oikeuskulttuurissa, joka oli murroksessa, jossa liberaali moderni oikeus oli juuri muotoutunut ja jossa konstruktivinen metodi oli voimakkaasti läsnä. Metodi tarjosi juristeille metodisen itseyttä. ⁴⁴ Aika ei suosinut eristäytymistä. Oikeustieteilijät

⁴⁴ Ks. esim. Björne 2002 s. 208–239, erityisesti 215–216.

pitivät yllä vilkkaita yhteyksiä Manner-Eurooppaan ja erityisesti juuri yhdistyneeseen Saksaan. Saksalaisen pandektioikeudellisen koulukunnan merkitys korostui.⁴⁵ Teoreettiset virtaukset ja innovaatiot näyttävät liikkuneen nopeasti rajojen yli.

Ympäristö oli vaativa. Siitä teki vaativan ennen kaikkea se, että tieteellisen oikeusopin metodologiset ja normatiiviset lähtökohdat eivät oikein sopineet hyvin yhteen voimassa olevan norjalaisen normiston kanssa. Erityisesti saksalaisessa keskustelussa oli onnistuttu kehittämään modernia yksityisoikeutta, joka poikkesi täysin vanhoista käsityksistä. Moderni, systemaattinen ja tieteellinen yksityisoikeus oli syntynyt.⁴⁶

Norjan oikeuden vahingonkorvaussäännöt olivat jännitteisessä tilassa. Jännitteet muodostuivat menneisyyden eli kansallisten säännösten ja tulevaisuuden eli uuden tieteellisen, käsitelainopille ja konstruktiiiviselle menetelmälle perustuneen lainopin kehittämän siviilioikeudellisen järjestelmän välille. Jännitteisyys varittää voimakkaasti Scheelin artikkelia. Scheel saattoi vain panna merkille, että juuri muotoutumassa olleessa *modernissa* ortodoksisessa vahingonkorvausoikeudessa korvattavien vahinkojen piiri määräytyi sen perusteella, mikä oli taloudellista. Tämä paradigma sopi sinällään vain vaivoin voimassa olevaan lainsäädäntöön.⁴⁷ Saksalaisperäinen käsitys vahinkojen korvaamisesta oli muotoutumassa normistosta riippumattomaksi totuudeksi. Norjalainen oikeus oli puolestaan täynnään lain säännöksiä, jotka eivät sopineet yhteen saksalaisessa keskustelussa vakiintuneiden teoreettisten lähtökohtien kanssa.⁴⁸

Vastaava metafyyssistä lähtökohdista juontuva asennoituminen voimassaolevan oikeuden sääntöihin kirvoitti Carl Popp-Madsenin arvostelemaan kitkerästi Fredrik Stangin vahingonkorvausoikeudellisia käsityksiä. Popp-Madsen kirjoitti: ”Forfattaren har dannet sig sin egen Idé om, hvad der karakteriserer

⁴⁵ Ks. esim. Björne 2002 s. 217–221.

⁴⁶ Kyse oli tietenkin vain hetkellisestä lukittumasta, historiallisen koulun ja käsitelainopin tieteellisistä lähtökohdista. Ks. esim. Schwartz 1921 erityisesti s. 80–88; Wilhelm 1958 s. 98–104; Larenz 1960 s. 16–30; Wieacker 1967 s. 430–450; Björne 1984 s. 154–250. Vahingonkorvausoikeudellisesta ongelmakentästä hyvän käsityksen saa Susanne Würthwein in differenssioppia koskevasta esityksestä. (Würthwein 2001 s. 389–418). Ks. myös Keuk 1972 s.15–20.

⁴⁷ Scheel esimerkiksi esittää, että tuolloin voimassa olleen rikoslain säännöksiin luettiin tavanomaisesti sisään taloudellisen ja ei-taloudellisen vahingon erottelu. Scheelin mukaan – ja aivan oikein – tämä ei kuitenkaan ollut mitenkään ”loogisesti” välttämätöntä. Ks. Scheel 1893 s. 440–441.

⁴⁸ Ks. Lassen 1892 s. 117–118; Scheel 1893 s. 442–444. Ks. myös Brusiin 1953 s. 11, jossa Brusiin valitettavasti kirjoittaa kysymyksen osalta vain: ”Emme tässä saata ryhtyä selvittämään, missä määrin näihin osviittoihin sisältyviä periaatteita jo aikaisemmin oli oikeuskäytännössämme noudatettu ja mikä vaikutus siinä suhteessa oli ollut yleiseurooppalaisella, lähinnä saksalaisella juridisella ajattelulla.”

de her omhandlede Begreber, og bringer nu denne selvbyggede Prokrustes-seng til Anvendelse paa Livets Foreteelser.”⁴⁹

Scheelillä vain taloudellinen vahinko on korvattava -periaate näyttäytyy yhtä aikaa sekä modernin norjalaisen vahingonkorvausoikeuden välttämättömänä että erittäin ongelmallisena lähtökohtana. Scheel kuvasi artikkelissaan laajalti vieraissa oikeusjärjestelmissä omaksuttuja aineetonta vahinkoa kunnioittavia vahingon käsitteellistämisen tapoja vain huomatakseen, että aineettomaan vahinkoon suhtaudutaan Norjassa torjuvasti, vaikka monien muiden maiden oikeusjärjestelmissä näin ei olekaan. Vain taloudellinen vahinko korvataan. Saksalaiseen malliin.

Taloudellisesta ja ei-taloudellisesta vahingosta käyty *norjalainen* kiista näyttääkin Scheelin artikkelin perusteella saaneen ratkaisunsa muualla, Saksassa. Siellä oli teoreettisin perustein ja pitkällisen keskustelun jälkeen tultu siihen lopputulokseen, että vain taloudellinen vahinko piti korvata. Ajatus oli myös päätynyt valmisteilla olevan *Bürgerliches Gesetzbuchin* luonnokseen ja sen perusteluihin. Samalla se oli muuttunut kiittelystä kysymyksestä vahingonkorvausoikeuden kiistämättömäksi lähtökohdaksi. Viimeistään taloudellisen ja ei-taloudellisen päätyminen Saksan siviililakikodifikaatioon ratkaisi asian⁵⁰. Lopputulos oli, että kun Saksassa oli lopulta rajoitettu vahinkojen korvaaminen taloudelliseen vahinkoon, tuo ajattelutapa oli omaksuttava itsestään selvänä myös Norjaan.

Hermann Scheel ei pitänyt asioiden saamasta käänteestä. Vaikka Scheel tunnetaan pohjoismaisen vahingonkorvausoikeuden historiassa parhaiten juuri ensimmäisestä pohjoismaisesta taloudellisen vahingon käsitteen määrittely-yrityksestä, hän ei kuitenkaan ollut vain taloudellinen vahinko on korvattava -periaatteen kannattaja. Scheel lukeutui itse asiassa periaatteen kriitikoihin ja arvostelijoihin. Hänen mukaansa taloudellisen vahingon lisäksi oli syytä korvata myös ei-taloudellista vahinkoa.

Vahva mannermainen traditio kannatteli Scheeliä tässä nykypäivän näkökulmasta yllättävässäkin normatiivisessa kannassa. Ranskassa ja Sveitsissä ei-taloudellisesta vahingosta maksettiin korvausta.⁵¹ BGB:n valmistelussa oli päädytty –eksplisiittisenä perusteluna tuomarin subjektiivisen arvioinnin varaan rakenne-

⁴⁹ Popp-Madsen 1933 s. 253.

⁵⁰ Ks. esim. Fischer 1903 s. 7–49; Gierke 1917 s. 961–962. Ks. BGB:n valmisteluaineistosta Motive zum EGBG s. 724–730. Vrt. esim. Sintenisin pandektioikeuden vahingonkorvausjaksoon, jossa kaikki vahingontekoja yhdistävää korvausskeemaa ei voi erottaa. Eri vahinkotekolajeja kohdellaan eri lähtökohdista olkoonkin, että Sintenis jo tuntee sopimusvahingonkorvauksessa intressikäsitteen (Sintenis 1847 s. 737–783).

⁵¹ Ks. Scheel 1893 s. 433–440.

tun ei-taloudellisen vahingon korvaamisen mielivaltaisuuden pelko⁵² – esittämään, että vain taloudellinen vahinko tuli korvata. Voimassa olevista laeista ei-taloudellisen vahingon korvaamiselle kuitenkin löytyi normatiivista tukea, niin kuin myös oikeustieteellisestä kirjallisuudesta. Scheel viittasikin artikkelissaan lukuisiin saksalaisiin tutkimuksiin, joissa esitettiin, että ei-taloudellista vahinkoa tuli korvata. Scheel siteeraa artikkelissaan Ungerin hyvin kaunopuheista katkelmaa, jossa Unger vetoaa lukijaan:

”Sollten die nicht ökonomische Güter des Privatlebens nicht an sich und unmittelbar, ganz abgesehen vom Rückschlag auf das Vermögen, civilrechtlich geschützt würden? Sollte nicht wie der materielle so der ideelle, so der Schmerz der Seele vergütet werden? Sollten nicht gleich dem verletzten Geldinteresse alle anderen nichtökonomischen Interessen im Falle ihrer Verletzung durch eine Kompensation in Geld ausgeglichen werden, welche als das allgemeine Genussmittel sich als das allgemeine Entschädigungsmittel darbietet? Diese Fragen, für deren affirmative Beantwortung in immer weiteren Kreisen gewichtige Stimmen laut werden, habe ich auch kein Bedenken zu bejahen: Alle Reform des Schadenersatzrechtes muss von diesen Cardinalpunkte ausgehen.”⁵³

Scheel yhtyi Ungerin hyökkäykseen ortodoksisia käsityksiä – nykypäivän näkökulmasta tuulimyllyjä – vastaan ja kehitti rahateoriansa juuri aseeksi tähän hyökkäykseen. Ironista on, että Scheelin tarkoituksperiin nähden päinvastaisesti juuri taloudellisen käsitteen tarkentaminen osoittautui Scheelin artikkelin merkittävimmäksi meriitiksi.

Mikä Scheelin tarkennus taloudellisen käsitteeseen oli? Scheelin perusmääritelmän mukaan vahinko on taloudellista vahinkoa silloin, kun vahingon määrän arvioimiseksi on käytössä menetelmä, joka perustuu rahan tavanomaiselle käytölle. Rahan tavanomainen käyttö oli sen käyttöä markkinoilla, myymiseen, ostamiseen ja vaihtamiseen. Taloudellisen vahingon käsite liittyi toisaalta erottamattomasti varallisuuden käsitteeseen.⁵⁴ Jos vahinkotapahtuma vaikutti negatiivisesti vahingonkärsijän varallisuuteen, käsillä oli taloudellinen eli varallisuus-

⁵² Ks. tältä osin Scheel 1893 s. 441, jossa Scheel viittaa BGB:n luonnoksen perusteluihin ja siteeraa niitä pitkälti. Perusteluissa ei-taloudellisen vahingon korvaamattomuuteen johtava argumentaatio rakentuu objektiivisuuden vaatimukselle. Ei-taloudellisesta vahingosta ei tule maksaa korvausta, koska sitä ei voida määrätä objektiivisin perustein. Tuomarin käsiin jäisi ylen määrin harkintavaltaa. Ks. Motive zum EBGB s. 22.

⁵³ Lainaus Scheelin tekstissä, Scheel 1893 s. 445–446. Ks. tästä traditiosta Saksassa esim. Jansen 2007 alaviitteessä 387 mainitut lähteet. Ks. myös Würthwein 2001 s. 375–380.

⁵⁴ Ks. Scheel 1893 s. 446–447. Scheel määrittelee, että varallisuus on henkilölle kuuluvien oikeuksien ja velvollisuuksien kokonaisuus. Ks. lähtökohdasta ja sen saksalaisessa kirjallisuudessa saamista erilaisista tulkinnoista esim. Mertens 1967; Larenz 1987 s. 480–482; Lange – Schiemann 2003 s. 50–51.

vahinko. Vahinkotapahtumasta seurasi taloudellista vahinkoa aina, kun henkilön varallisuus oikeus hävisi. Näin kävi, kun henkilö vahinkotapahtuman seurauksena joutui vastaamaan velvoitteista, joiden kunnioittaminen vaati varallisuus oikeuksien uhraamista. Toinen vaihtoehto oli, että henkilön varallisuus oikeuksien määrä väheni. Kolmanneksi riitti, että velvollisuuden täyttämiseksi tarpeellisten varallisuus oikeuksien määrä lisääntyi. Varallisuus ei kuitenkaan koostunut pelkästään varallisuuskappaleista, vaan Scheel erotti myös varallisuuden dynaamisen ulottuvuuden. Jos henkilön kyky tai mahdollisuudet tulevaisuudessa hankkia varallisuutta joko kokonaisuudessaan hävisivät tai muutoin vähenivät, syntyi niin ikään taloudellista vahinkoa.⁵⁵ Lopputulos oli, että:

”Økonomiske skade foreligger med andre Ord i enhver Tilfælde, hvor Skaden rammer en Persons Evne til at skaffe sig Penge, saaledes at enten denne Evne nedsættes, eller et Behov for Penge fremkaldes.”⁵⁶

Kaikille varallisuus oikeuksille, esimerkiksi perheoikeuksille, ei tullut kuitenkaan antaa vahingonkorvaus oikeudellista suojaa. Vasta varallisuuden ja *rahan* käsitteet yhdessä saattoivat muodostaa tarvittavan erotteluperusteen. Scheel rajasi vahingonkorvaus oikeudellisesti suojattavien oikeuksien piirin rahan avulla. Koska kaikella varallisuudella ei ollut rahallista arvoa, tällaisiin oikeuksiin vaikuttavat muutokset eivät olleet varallisuus- eli korvattavaa vahinkoa.⁵⁷ Taloudellisen eli rahallisen arvon puuttuminen johti siihen, että nämä oikeudet olivat toki olemassa – sitä kukaan ei halunnut kiistää – mutta niiden loukkaaminen ei ollut vahinkojen korvaamisen näkökulmasta relevanttia.⁵⁸ Scheel etsikin käytännön rajanvetokriteereitä varallisuuden ja rahan välisestä kytköksestä. Hän kirjoitti että taloudellisessa vahingossa on kysymys juuri vahingonkärsijän *raha-arvoisen* varallisuuden vähentymisestä. Varallisuuden väheneminen edellä kuvatuilla tavoilla onkin taloudellista vahinkoa vain, jos varallisuuden arvolla on *rahamäärä*.⁵⁹

Erottelukriteeristön pitävyys oli kyseenalainen. Määritelmä on kovin epämääräinen, koska se perustuu pitkälti intuitiiviselle *käsitykselle siitä, mitä rahalla*

⁵⁵ Scheel 1893 s. 446–447.

⁵⁶ Scheel 1893 s. 447.

⁵⁷ Ks. esim. Cohnfeldtin (Cohnfeldt 1865 s. 60–61) määritelmä: ”Das Interesse ist Vermögensinteresse, wenn es zu seinem Gegenstande einen Vortheil hat, der für das Vermögen einer Person Bedeutung ist, also einen Vortheil, der entweder schon in Gelde besteht, oder sich auf Geld zuführen läßt.” Ks. myös Fischer 1903 s. 23–24. Matajalla tällaista määritelmää ei ollut. Hänellä mikä tahansa tarpeiden tyydyttämisen objekti oli taloudellisesti arvokas. Rahamääräisen arvioinnin tematiikka ei ollut hänelle erityisen tärkeä. Ks. esim. Mataja 1888 s. 173–179.

⁵⁸ Ks. esim. Fischer 1903 s. 10 ja 16: ”Wir sind bisher zu dem Ergebnis gelangt, daß der Vermögensschaden die Verletzung *wirtschaftlich* wertvoller Güter voraussetzt.”

⁵⁹ Ks. Scheel 1893 s. 447.

voidaan tehdä ja tavanomaisesti tehdään. Käyttötavat puolestaan riippuvat siitä, mille seikoille, asioille ja ilmiöille katsotaan voitavan antaa rahamääräinen arvo. Selviä, normatiivisia formulaatioita Scheel ei anna. Scheel tunnistaa itsekin, että määritelmään liittyy lukuisia ongelmatilanteita, joissa rajojen vetäminen on hankalaa. Esineillä olevan tunnearvon tai henkilökohtaiseen tarpeiden tyydytykseen ja nautintoihin käytettävien mutta myös tulonhankintaan käypien esineiden kärsimän vahingon luokittelu joko taloudelliseksi tai ei-taloudelliseksi vahingoksi ei ole yksiselitteistä. Sama koskee esimerkiksi työntekijän ansaitsemaa vuosilomaa ja vahinkoa, joka syntyy, kun vahingonkärsijältä jää kuulematta loppuunmyyty konsertti, johon hän on saanut joko vapaalipun, henkilökohtaisen kutsun tai johon hän on ostanut lipun ylihintaan.⁶⁰

Scheelin rahateoriassa innovatiivista on rahakytken subversiivinen jatkokäyttö. Itse asiassa vasta tässä yhteydessä Scheel tulee tarkentaneeksi, mitä rahateoria lopulta tarkoittaa. Scheel nimittäin kirjoittaa:

”Forholdet mellem økonomisk Skade og ikke økonomisk Skade ikke er et skarpt Modsætningsforhold, hvor en Pengeerstatning paa den ene Side er kommensurabel, paa den anden Side inkommensurabel med den lidte Skade, men en successive Overgang fra Tilfælde, hvor en Pengeerstatning betegner et Gode, der er overmaade nær beslægtet med det berøvede Gode, om end ikke identisk, og til Tilfælde, hvor der er saa stor Forskjel, at man næsten savner ethvert Holdepunkt for en Sammenligning.”⁶¹

Sammenligning, rahan ja ilmiön vertautuminen toisiinsa, on tärkeässä asemassa. Scheel näyttää siis ajattelevan, että jollakin asialla on rahamääräinen arvo, jos se voidaan rinnastaa (vaikkakaan ei samastaa) rahamäärään. Miksi Scheel voi väittää näin olevan? Idea rahan normaaleista ja tavanomaisista käytöistä perustaa mahdollisuuden rajalinjan ylläpitämiseen. Vahingonkorvausoikeudessa taloudellisen vahingon ja varallisuuden vähenemisen mahdollisuuden perusti juuri tämä tavanomainen käyttö. Tavanomaisesti tämä tarkoitti, että eri oikeuksille määrittyi rahamääräinen arvo, kun rahaa *käytettiin erilaisten hyödykkeiden ostamiseen*. Tämä on itse asiassa Scheelin rahateorian sisältö, se erotteluperuste, jonka Scheel muotoilee. Vahinko on taloudellista silloin, kun voimme sanoa, että varallisuus-oikeus on sellainen, josta tavanomaisesti käydään kauppaa ja joka näin saa *vaihtoarvon*.⁶² Mutta koska mitä erilaisimpia ilmiöitä voitiin tosiasiaa rinnastaa

⁶⁰ Ks. Scheel 1893 s. 449–451. Konserttilippuesimerkki on vaivannut myös saksalaisia oikeustieteilijöitä. Ks. esim. Lange – Schiemann 2003 s. 52 alaviitteessä 58 mainittua kirjallisuutta.

⁶¹ Scheel 1893 s. 452.

⁶² Ks. lähestulkoon vastaavasta erotteluperusteesta Fischer 1903 s. 10. Ks. myös Mertens 1967 s. 24–25. Scheelin erotteluperuste muistuttaa eritoten ensimmäistä Larenzin esittelemistä varallisuusvahinkokäsityksistä. Ks. Larenz 1965 s. 490–492.

vaikkakaan ei ehkä samastaa rahamäärään, taloudellisen ja ei-taloudellisen raja oli vähintäänkin erittäin häilyvä.

Scheelin määritelmä on tästä syystä – tarkoituksella – itsetuhoinen ja huonosti toimiva. Scheel halusi korostaa, että rahalla voi ostaa mitä erilaisimpia asioita ja pyrkiä tyydyttämään mitä moninaisimpia tarpeita. Rahalla voidaan hankkia tavanomaisten hyödykkeiden lisäksi ”Førnøielser, Nydelse, og ydre Behageligheder”. Raha”er nemlig et meget elastisk Middel til Tilfredsstillelsen af menneskelige Behov.” Koska huvia, nautintoa ja mukavuuksia tavanomaisesti ostetaan, on mahdotonta sanoa, koska kyse olisi sellaisesta varallisuus oikeudesta, jolla ei tavanomaisesti käydä kauppaa. Kun näin on, raha-arvon määrittelyperuste – ja samalla ei-taloudellisen vahingon nuivan kohtelun oikeutus – romahtaa kasaan. Siksi ei-taloudellisen vahingon korvaamisessa voisi Scheelin mukaan olla vain kysymys tavanomaisten rahankäyttömuotojen laajentamisesta, ei sen kummemmasta.

Sheelin ajattelussa kuvastuvan rahan teknologia on yllättävän moderni. Se perustuu laajennettujen eli kuviteltujen markkinoiden käyttämiseen. Rahaa käytetään derivatiivisesti, kun vakiintuneista tekniikoista ja hinnoista johdetaan uusia ja aiemmin tuntemattomia hintoja. Scheel pidensikin tavanomaisten tekniikoiden ulottuvuutta ja vei ne tavanomaisten käyttöalueiden ulkopuolelle. Hän totesi, että raha on hyvin ”elastinen väline”, etenkin silloin, kun sillä pyritään tyydyttämään erilaisia inhimillisiä tarpeita tai saavuttamaan nautintoa tai kokemusta mukavuudesta. Erilaiset kokemukset ja nautinnot voivat olla toisiinsa vaihdettavia, samanarvoisia. Kokemusten ja rahan yhteismitattomuus ei ollut erityisen suuri ongelma: Scheel piti selvänä, että ihmiset ostavat kokemuksia ja nautintoja ja maksavat rahaa välttääkseen epämiellyttäviä kokemuksia.⁶³ Tämä puolestaan johti siihen, että monia, tavallisesti ei-taloudellisina pidettyjä asioita ja ilmiöitä voitiin hahmottaa – muista hinnoista johdetun eli kuvitellun – markkinahinnan avulla. Scheel väittikin, että karkea vastakkainasettelu taloudellisen ja ei-taloudellisen välillä välttämättä liudentui. Aineettomaan oikeushyvään nähden läheisen hyödykkeen markkinahintaa voitiin käyttää vahingonkorvauksen mittana. Ei-taloudellista ilmiötä kohdannut vahinko voitiin jopa taloudellisessa mielessä poistaa.⁶⁴

Scheelin käsitys heijastuu myös vahinkojen korvaamiselle asetettavaan funktion. Vaikka Scheel periaatteessa väittikin, että vahinkoa voitiin poistaa aidossa mielessä rahakorvauksella vain silloin, kun raha ja vahinko ovat kommensuraabeleja eli yhteen sovitettavia, havainto oli ehdollinen. Oli vain ”til en vis Grad

⁶³ Ks. Scheel 1893 s. 452–453.

⁶⁴ Scheel (Scheel 1893 s. 453) huomauttaa toki, että ”de tungeste Sindslidelser vil dog i Almindelighed ikke bevirke fuldstændig Ufølsamhed for de forskjellige Tilfredsstillelser at høiere eller lavere Art, som Penge kan skaffe.”

sandt”, että aineeton vahinko ei ollut rahasuorituksen avulla poistettavissa. Usein sitä voitaisiin ainakin vähentää, jos ei kokonaan poistaa.⁶⁵

Vaikka aito vahingon korvaaminen johti Scheelin mukaan siihen, että koko vahinkotapahtuma poistui, Scheel pyrki hämärtämään poistamisen ja vahinkotapahtumaan vaikuttamisen välistä rajaa. Hän väitti että ei-taloudellistakin vahinkoa tulisi korvata juuri siksi, että sen korvaaminen lopulta voi muistuttaa pitkälti taloudellisen vahingon korvaamista. Kun henkilölle maksettiin korvauksena rahaa, joka ei ollut suoraan verrannollista vahingon kanssa, syntyi substituutiosuhde. Vaikka aineetonta vahinkoa ei voitukaan Scheelin mukaan poistaa aivan samalla varmuudella ja tehokkuudella kuin aineellista vahinkoa, sen mielekäs korvaaminen oli mahdollista. Rahan tavanomaiset käytöt, jos niitä hieman laajennettiin, ulottuivat myös aineettomaan vahinkoon. Itse asiassa ei-taloudellisenkin vahinko oli tästä näkökulmasta hyvin lähellä taloudellista vahinkoa.

Scheel asettuu mielenkiintoiseen vastakkaisuussuhteeseen Hagerup Bullin kanssa. Scheel hyväksyy ortodoksisen vahingonkorvausoikeuden rajoittumisen taloudellisen piiriin, mutta ei näytä tunnistavan eikä antavan merkitystä tämän rajoituksen perusteluille. Taloudellinen ei kurodu tehokkaasti erilleen muista elämänalueista, koska taloudellinen, ostamisen merkityksessä, ulottuu niillekin. Taloudellinen vaikuttaakin olleen Scheelille mielekäs idea, mutta hän ei halunnut perustaa vahinkojen korvaamisen peruspiirteitä tavanomaisen aineettoman vahingon korvattavuutta rajoittavan periaatteen varaan. Seuraavana käsiteltävän Hagerup Bullin mielipiteet poikkeavat Scheelistä. Hagerup tunnisti taloudellisen ja ei-taloudellisen erottelun ja sen perusteen. Hän myös kunnioitti sitä. Scheel ei.

3 E. HAGERUP BULL JA ARVO

E. Hagerup Bull katsoi vuonna 1920 ilmestyneessä artikkelissaan Scheelin edustavan ns. *rahateoriaa*. Sen lisäksi Hagerup Bull katsoi Scheelin erehtyneen – ja tuli samalla osoittaneeksi, ettei ymmärtänyt Scheelin subversiivisiä tarkoituksia. Hagerup Bullin mukaan Scheel oli väärässä ajatellessaan, että erottelun kannalta ratkaisevaa oli, oliko varallisuusosoikeudelle määritettävissä konkreettinen, jollekin rahan tavanomaiselle käytölle perustuva rahallinen arvo vai ei.

Taloudellisen ja ei-taloudellisen vahingon erottelua ei Hagerup Bullin mukaan voinut perustaa Scheelin esittämälle pohjalle. Scheelin teoria oli korvattava toi-

⁶⁵ Ajatus käy myös taloudellisen ja ei-taloudellisen rajan määritelmästä: ”Grænsen mellem økonomisk og ikke økonomisk Skade bestemmes ved den større eller Mindre Sansyndlighed eller Rimelighed for, at Skaden ved en Udgift vil kunne modereres” (Scheel 1893 s. 451).

sella teoriolla. Tämän teorian tuli tarkemmin kuvata oikeaa ja hyväksyttävää erotteluperustetta. Hagerup Bull määritteli oman teoriasa olevan ns. *arvoteoria*. Vahinko on tämän teorian mukaan taloudellista,

”hvor værdien av de økonomiske goder, som står til en persons rådighet, ved skaden formindskes, eller han ved den tvinges til at opføre sådanne værdier.”⁶⁶

Näin käy esimerkiksi silloin, kun henkilön fyysisten ja henkisten tarpeidensa välittömään tyydyttämiseen käyttämät, taloudellisesti arvokkaat, aineelliset tai aineettomat omaisuusesineet vahingoittuvat. Tilanne on sama, kun yksilö tuotantotoiminnassaan saavuttaa jostakin vahinkotapahtumasta johtuen muuttamattomalla uhrausten määrällä huonomman tuloksen tai lisäpanostuksesta huolimatta saman tuloksen tai, kun muista syistä johtuen joudutaan uhraamaan taloudellista arvoa.⁶⁷

Ero Scheelin käsityksiin vaikuttaa mitättömältä. Kummankin esimerkkilistat ovat lähes identtisiä. Sanonnat formulaatioissa muistuttavat toisiaan suuresti. Ero on kuitenkin merkittävä ja kuvastuu siinä, että vahingon taloudellisuutta ei Hagerup Bullin teorian mukaan perusta se, että intressin taloudellinen arvo voidaan määrittää rahassa, vaan pelkästään se, että *intressillä on taloudellista arvoa*.⁶⁸ Ensi näkemältä voitaisiin ajatella, että Hagerup Bull itse asiassa purkaa koko määritelmän ja jättää taloudellisen arvon käsitteen riippuvaiseksi kunkin arvioijan intuitiivisista käsityksistä. Tällöin määritelmästä tulisi operatiivisesti täysin hyödytön. Hagerup Bull ennakoi tähän arvoteorian heikkouteen kohdistuvan arvostelun:

”Ved første øjekast kan det synes, som om denne begrepsbestemmelse for den økonomiske skade er så vid at noget nær enhver skade falder indenfor rammen. Når den økonomiske virksomhed tilsigter at tilfredsstille menneskelige behov, fysiske eller åndelige, uten forskjjel, og når enhver forstyrrelse av denne virksomhet eller dens resultater medfører økonomisk skade, – hvad blir så tilovers som ikkeøkonomisk skade?”⁶⁹

Hagerup Bull huomasi, että pelkästään kiinnittämällä taloudellisen vahingon määrittely taloudellisen arvon käsitteen ei voida todellisuudessa tuoda mitään

⁶⁶ Hagerup Bull 1920 s. 166.

⁶⁷ Ks. Hagerup Bull 1920 s. 166–167.

⁶⁸ Hagerup Bullia ja tämän esittämää taloudellisen määrittelyä lähellä näyttävät pohjoismaisessa kirjallisuudessa olevan niin Stang (Stang 1927 s. 304–307) kuin Hoelkin (Hoel 1929 s. 104–113, erityisesti s. 112.). Kummaltakin mainitulta kirjoittajalta jää kuitenkin puuttumaan Hagerup Bullin teorialle tunnusomainen nimenomainen kytkentä kansantaloustieteen oppeihin.

⁶⁹ Hagerup Bull 1920 s. 167.

lisäarvoa taloudellisen vahingon käsitteen ymmärtämiseen. Mikä tahansa voi olla taloudellista vahinkoa, koska mikä tahansa toiminta voidaan määritellä taloudelliseksi toiminnaksi ja mille tahansa toiminnalle voidaan antaa taloudellinen kaapu. Määritelmä jää, jos se jätetään tähän tilaansa, puhtaaksi sanahelinäksi. Vastineena ennakoimaansa kritiikkiin Hagerup Bull rakensi taloudellisen arvon käsitteen taustalle perustelukoneiston. Vastaus siihen, miksi taloudellinen vahinko voidaan erottaa ei-taloudellisesta vahingosta, rakentui Hagerup Bullilla ihmisen elämäntilan olemusta koskevan vakaumuksen suunnasta:

”For det første er den økonomiske virksomhet og dens resultater kun en enkelt side av det menneskelige liv. La så være at en stor del av vor tid og kræfter anvendes og må anvendes i en planmæssige økonomiske virksomhet. Utenfor denne ligger i det væsentlige hele den del av vor tilværelse, som bygger op vort religiøse, vort politiske, vort sociale og vort familieliv såvelsom vort liv i og med naturen. Forstyrrelser i hele denne del av vor tilværelse, såsant de ikke berører de økonomiske værdier, er helt igjennem av ikkeøkonomisk natur.”⁷⁰

Hagerup Bull erotti taloudellisen omaksi erityiseksi elämänalueekseen. Talous erosi sekä kohteeltaan, lainalaisuuksiltaan että logiikaltaan muun muassa sosiaalisesta, aatteellisesta ja uskonnollisesta elämästä. Alustavasti Hagerup Bull määritteli, että taloudellisessa elämässä on kysymys yksilöiden fyysisten tarpeiden tyydyttämisestä. Muilla elämänalueilla toiminta on erilaista. Myös tarpeet, joiden tyydyttämiseen näillä ei-taloudellisilla elämänalueilla pyritään, ovat erilaiset. Talouden piirissä toimiessaan ihmiset tavoittelevat materiaalistien tarpeidensa tyydyttämistä tälle toiminnalle inherentillä logiikalla. Toimiessaan muilla elämänalueilla tavoitteet, niiden saavuttamiseksi käytettävät keinot, toiminnan orientaatio ja rationaliteetti ovat toiset. Mitä ne ovat, jää Hagerup Bull kertomuksessa pääasiassa selvittämättä. Vihje vastauksesta piilee kuitenkin Hagerup Bullin suhtautumisessa rahaan. Muilla elämänalueilla raha ei ollut toiminnan viimeisijainen orientaatio eikä mitta.⁷¹

Voidaan olla monta mieltä siitä, missä määrin tällainen Hagerup Bullin esittämä elämänalueiden välille tehtävä, tyydytettävien tarpeiden luonteen suunnasta rakennettu erottelu voi tuoda lisäselvitystä taloudellisen vahingon käsitteen täsmälliseen sisältöön.⁷² Erottelun pitävyys ei ole erityisen hyvä: sosiaalisen, aatteellisen tai uskonnollisen erottaminen taloudellisesta ei ole yksinkertainen teh-

⁷⁰ Hagerup Bull 1920 s. 167.

⁷¹ Ks. Hagerup Bull 1920 s. 168.

⁷² Ks. kritiikistä esim. Øvergaard 1951 s. 290–291 ja esim. Ussing 1947 s. 139. Hoel (Hoel 1929 s. 105–106) puolestaan varoitti Hagerup Bullin esittämällä tavalla antautumasta ”de teoretiske socialøkonomiske betragtninger ivold. Dels forfølges det her formaal som er de praktiske retsoverveielser fremmede og uvedkommende. Dels synes socialøkonomiken i stor utstrækning paa dette

tävä. Siihen valittu kriteeri ei ole edes erityisen onnistunut. Tarpeiden ominaispiirteet eivät nimittäin näytä riittävän erottelun ylläpitämiseen, koska tarpeiden ominaispiirteet eivät lopulta ole niiden ominaisuuksia vaan osa selitysmalleja, joilla toimintaa hahmotetaan.

Taloudellisen ja muitten elämänalueitten välinen erottelu on kuitenkin impliittisesti läsnä myös Scheelin ajattelussa. Tässä mielessä Hagerup Bull ei välttämättä tuonut kuvaan mitään uutta. Scheeliltä erottelu on hieman vaikea tunnistaa, mutta siihen riittänee, että mietitään rahan asemaa erilaisten tapahtumien ja muutosten arvostamisessa. Rahan perimmäinen toiminta-alue oli siellä, missä hyödykkeitä vaihdettiin rahasta. Tuota aluetta voitiin laajentaa, kun hyödykkeiden vaihdon aluetta laajennettiin. Scheelille taloudellisen elämänalueen ja ei-taloudellisen toiminnan pitäminen erillään ei kuitenkaan ollut tärkeää. Yllättävää on, että syyt, joihin vedoten Hagerup Bull torjuu Scheelin esittämän ajatuksen rahan jatkuvasti laajenevasta alueesta, olivat moraaliset: rahaa ei saanut päästää korruptoimaan pyhiä ja rahalle vieraita elämänalueita. Rahan rajoja oli ylläpidettävä.

Käsitys Hagerup Bullin tavasta rajata taloudellisen ala on vielä epätäydellinen. Miten Hagerup Bull sitten toteuttaa tämän tärkeän ideologisen siirron käytännössä? Vastaus on ristiriitainen. Yhtäältä Hagerup Bull pyrki *formalisoimaan ja institutionalisoimaan* sen, mitä taloudellinen on. Taloudellisen yksityiskohtia eivät Hagerup Bullin mallissa enää määritelleet tuomarit eikä niistä käyty yleistä keskustelua. Taloudellinen elämänalue oli kansantaloustieteen hallitsema ilmiö. Taloudellisia intressejä olivat kaikki ne intressit, jotka *kansantaloustiede tunnistaa taloudellisiksi intresseiksi*. Hagerup Bull pyrki siis marginalisoimaan intuition ja järjestämään rajanvedon objektiiviselle ja tieteelliselle pohjalle. Lopputulos on paradoksaalinen: taloustiede, joka kieltää kaiken ideologisen ja moraalisen aineksen ja joka pyritään pitämään puhtaana moisista vaikutteista, ylläpitää, kuten jäljempänä huomaamme, ideologista ja moraalista järjestystä!

On itse asiassa vaikeaa hahmottaa, mitä (kansan)taloustiedettä Hagerup Bull tarkoitti ja muodostivatko hänen käsityksensä johdonmukaisen kokonaisuuden. Hagerup Bullin kirjoituksessa lähteinä on tiukasti asiaa tulkiten vain *kolme* taloustieteilijäksi määriteltävän kirjoittajan laatimaa teosta. Kirjoittajien taustojen vaihtelu on otoksen pienuuteen nähden hämmästyttävän laaja: Hagerup Bull hakee johtoa niin Wilhelm Roscherin *System der Volkswirtschaftslehrestä*⁷³, Carl Mengerin *Grundsätze der Volkswirtschaftslehrestä* kuin

punkt at ha latt sig invikle i en illusorisk begrepsvidenskabelighet som self fra dens egen synpunkt er høist ufrugtbar.”

⁷³ Roscher oli saksalaisen historiallisen taloustieteellisen koulun perustaja, joka kuoli vuonna 1894. *System der Volkswirtschaftslehre* oli hänen viidessä niteessä julkaistu *magnum opuksensa*, joka julkaistiin ensi kerran vuonna 1854! Roscherista ks. Wölky 2006 s. 68–150.

John Stuart Millin *Political Economystakin*. Lähdepohtja on siis kovin ohut ja niin on siitä saatu hyötykin. Ainoa taloustieteen anti Hagerup Bullille on oikeastaan ajatus siitä, että eri hyödykkeet ja oikeudelliset suhteet voivat tyydyttää inhimillisiä tarpeita ja jos ne sen tekevät, hyödykkeet ja suhteet ovat taloudellisesti arvokkaita. Erittäin kuvaavaa ja paljastavaa on, että tekstikappaleessa, jossa Hagerup Bull tekee erottelunsa talouden ja muiden elämänaalueiden välillä, ei ole ensimmäistäkään lähdeviittausta.⁷⁴

Hagerup Bullin ymmärryksen mukaan perinteisen vahingonkorvausoikeuden seuraamusnormisto rakentuu juuri taloudellisen ja ei-taloudellisen *elämänaalueen* erottamiselle toisistaan. Juuri tämä on olennainen seikka myös (h)aavekuvan ymmärtämisen kannalta. Perinteinen vahingonkorvausoikeuden – ja myös (h)aavekuvan – normatiivinen perusrakenne edellyttää, että talouden ja muiden elämänaalueiden välillä tehdään ja on myös olemassa selkeä käsitteellinen ero. Tästä syystä taloudellisen ja ei-taloudellisen vahingon pitäminen toisistaan erillään on ensisijaisen tärkeää. Jos niin tehdään, talous kutoutuu erilleen muusta yhteiskunnasta, joka koostuu uskonnollisen, poliittisen ja sosiaalisen toiminnan kentistä, omaksi erilliseksi ja omalakiseksi kokonaisuudekseen, jolla on oma rationaliteettinsa, käsitteistönsä ja ylipäätään ymmärrettävyyden ehtonsa.

Hagerup Bullin tapa rakentaa erotteluperuste on joka tapauksessa informatiivisempi kuin Scheelin tai Ussingin. Juuri se, että Hagerup Bull korostaa talouden omien lakien ja rationaliteetin olemassaoloa, paljastaa jotakin olennaista vahingonkorvausoikeuden maailmankuvasta. Vaikka Scheelillä ja Ussingilla nämä teemat eivät ole selkeästi esillä, niiden merkitys kuvastuu siinä, että kumpikin piti taloudellisen ja ei- taloudellisen vahingon välistä erottelua niin mielekkäänä, että he eivät pyrkineet irtautumaan siitä.⁷⁵

Kritiikissä huomio kiinnittyi käytännön tapaan, jolla rajalinja tuli vetää. Esi-merkiksi Øvergaard totesi muutama vuosikymmen myöhemmin Hagerup Bullin ajatuksista kuivasti, että

”Det kan imidlertid ikke utan videre antas at vår lovgivningens sonndring mellom økonomisk og ikke-økonomisk skade beror på den sosialekonomiske vitenskabs bestemmelse av begrepet «økonomisk værdi». Likså litt her som når det gjelder årsaksbegrepet har en rett til å gå ut fra at loven har benyttet begrepet i nøyaktig samme betydningen, så som i sosialøkonomien eller filosofien, selv om begrepsbestemmelse her skulle være uomtvistet, noe som neppe er tilfellet.”⁷⁶

⁷⁴ Ks. Hagerup Bull 1920 s. 167–168. Ainakaan Mengerin *Principles of Economicsin* jaksosta *Non-ecomie goods* (Menger 2007 s. 98–100) Hagerup Bullin tarkoittamaa eri elämänaalueiden erottelua ei voi löytää.

⁷⁵ Ks. yksinäisenä poikkeuksena pohjoismaisessa kirjallisuudessa kuitenkin Popp-Madsen 1933.

⁷⁶ Øvergaard 1951 s. 290–291.

Hagerup Bullin artikkeliin jää kuitenkin mielenkiintoinen hiljainen piste: vahingon määrän laskeminen käytännössä. Hagerup Bull ei nimittäin ottanut lainkaan kantaan siihen, miten kansantaloustieteen taloudellisiksi tunnistamat asiat ja intressit muutetaan rahamääräisiksi suureiksi ja korvataan. Vahingon mittaaminen, joka muodostaa Scheelin artikkelin fokuksen, jää Hagerup Bullilla kokonaan sivuun. Samalla se mahdollistaa arvoteorian ylläpitämisen. Jos vahingon objektiivista laskemista tavoitellaan, arvoteoria ei voi tuottaa vastausta. Henry Ussing löi juuri tähän kohtaan.

4 HENRY USSING JA OBJEKTIIVISET MITTAPUUT

Ussing ei hyväksynyt sen enempää Scheelin kuin Hagerup Bullinkaan teorioita. Hänen mukaansa ei voitu ajatella, että sen enempää Scheelin kuin Hagerup Bullinkaan erottelukriteerit olisivat taloudellisen määrittelemisessä ratkaisevan tärkeitä. Scheel ja Hagerup Bull olivat erehtyneet. Ussing siirsi keskustelun oikeudelliselle ja pragmatistiselle pohjalle vakiintumassa olevalle skandinaaviselle reella överbägnande -lainopille⁷⁷ tyypilliseen tapaan.

Erotteluperusteena oli Ussingin mukaan käytettävä erottelun taustalla vaikuttavien käytännöllisiä syitä eli niitä käytännöllisiä ongelmia, joihin käytännön oikeudellisessa ratkaisutilanteessa ja myös normistoa kehitettäessä törmättiin. Ussing ei vienyt tätä pragmaattisen oikeudellistamisen projektia missään nimessä loppuun saakka. Käytännön syyt lopulta kääntyivät ja transformoituivat kuitenkin oikeudellisiksi, oikeusjärjestelmän toimintaan ja normeihin liittyviksi seikoiksi. Ussingin mukaan taloudellisen ja ei-taloudellisen vahingon välinen käsitteellinen raja tuli nimittäin vetää oikeusjärjestelmän sisällä ja sen omilla kriteereillä.

Ussing hylkäsi tästä johtuen Scheelin ja Hagerup Bullin ei-oikeudellisiin tekijöihin kiinnittyvät kriteerit. Irtiotto vanhaan oli voimakas. Ussing edellytti yleisellä tasolla vanhoista traditionaalisista lähtökohdista luopumista.⁷⁸ Vanhoja sanoja ei saanut ottaa liian tosissaan:

”Spredte gamle Retsafgørelser bør ikke være en uøverstlig Hindring for Gennemførelsen af de Regler, der findes stemmende med Sagens Natur i vore Dage.”⁷⁹

⁷⁷ Ks. tieteenkuvan käännöksestä Helin 1985 s. 82–86; Björne 2007 s. 295–336 skandinaavisten realismien ongelmasta. Ussing sijoittuu Björnen jaottelussa selkeästi realistien, ei skandinaavisten realistien joukkoon.

⁷⁸ Ks. Ussing 1941 s. 746; Ussing 1947 s. 137–138.

⁷⁹ Ussing 1941 s. 746.

Vain taloudellinen vahinko on korvattava -periaatteeseen ajatus ei kuitenkaan ulottunut. Periaate sai edelleen jäädä perusteltuna ja itseoikeutettuna voimaan. Ussing ei kuitenkaan niellyt sitä pureksimatta: sitä ja sen tuottamia seurauksia täytyi koetella, jotta voitaisiin päätellä oliko se perusteltu osa periaatteistoa. Ussing tarkastelikin periaatteen oikeutusta kriittisesti. Hän näki periaatteesta seuraavissa korvattavuuden rajoituksissa tärkeän vahingonkorvausoikeutta ylläpitävän ominaisuuden: sillä oli hänen mukaansa rationaalinen funktio. Sen olemassaolo voitiin oikeuttaa ja perustella rationaalisesti, vahingonkorvausoikeusjärjestelmän tavoitteisiin ja toimivuuteen viittaavilla argumenteilla. Ussing tarkasteli kirjoituksessaan neljää sinänsä mahdollista oikeuttamisperustetta, joilla ei-taloudellisen vahingon korvattavuutta voitaisiin justifioida. Kolme hän hylkäsi ja vasta neljäs oikeuttamisperusta osoittautui tyydyttäväksi.

Ensimmäinen oikeuttamisperusta on vastaus Hagerup Bullin esittämään erotelukriteeriin ja toisaalta Fredrik Stangin ei-taloudellisen vahingon merkitystä vähättelevään suhtautumiseen⁸⁰. Ussingin mukaan ei ensinnäkään voida ajatella, että ei-taloudelliset intressit olisivat jollakin tavoin alempiarvoisia taloudellisiin intresseihin nähden. Näin ei yksinkertaisesti ole. Tässä suhteessa Ussing näyttää olevan pitkälti samaa mieltä Hermann Scheelin kanssa. Ei-taloudellisten vahinkojen korvaaminen voisi olla perusteltua niiden tosiasiallisen merkityksen perusteella.⁸¹

Toinen mahdollinen oikeuttamisperuste liittyy ei-taloudellisten intressien tai oikeushyvien jo muutoin tarpeeksi hyvätasoiseen suojaan. Ussing ei hyväksynyt ajatusta, että suoja olisi ilman vahingonkorvausoikeudellista tukea jo riittävän korkeatasoinen. Hän päätyikin väittämään, että ei-taloudellisten intressien suoja – rikosoikeudellinenkin – on varsin heikko, osittain jopa olematon.⁸²

Kolmas ja Ussingin mielestä vaikeimmin sivuutettava oikeutusperusta lienee peräisin Stangilta. Stang nimittäin ajatteli, että vahingonkorvauksen tehtävänä oli siirtää vahinko.⁸³ Siirtämisajatukseen liittyi idea siitä, että vahinkojen aito ja oikea korvaaminen oli mahdollista vain, jos vahinko saatettiin siirtää. Siirtäminen oli puolestaan mahdollista vain silloin, kun vahinko oli taloudellinen, eli se voitiin poistaa rahamääräinen korvaus maksamalla. Ussing torjui Stangin käsityksen huomauttamalla, että taloudellistenkaan vahinkojen osalta korvaaminen ei useissa tapauksissa voi poistaa reaalivahinkoa siirtämisen (*Genoprettelse*) merkityksessä, vaan se voi tarjota ainoastaan surrogaatin, korvikkeen. Tästä joh-

⁸⁰ Stang 1927 s. 304–307.

⁸¹ Ussing toteaaakin: ”Mange ikke-økonomiske skader er utvivlsomt fuldt saa viktige og anerkendelsesværdige som almindelige økonomiske Goder.” (Ussing 1941 s. 749). Vrt. esim. Ussingin (Ussing 1941 s. 752) esittämään ajatukseen, että oikeudellisessa mielessä taloudellinen vahinko ei välttämättä ole taloudellista vahinkoa ekonomistien mielestä.

⁸² Ks. Ussing 1941 s. 749.

⁸³ Ks. Stang 1927 s. 48–52.

tuen ajatus vahingon poistamisesta ei voi perustaa vahingon korvaamisen legitimitä edes taloudellisen vahingon osalta. Toisaalta surrogaattifunktio on ominainen myös niille korvausaiheille, joiden perusteella korvausta maksetaan ei-taloudellisesta vahingosta. Ei-taloudellisenkin vahingon osalta ”kan en Pengeerstatning ogsaa være et fortringligt Surrogat, idet den giver en lignende Tilfredsstillelse.”⁸⁴

Hylättyään nämä kolme erottelun justifikaatioperustaa Ussing esitteli oman käsityksensä asiasta:

”Herefter er derfor heller ikke næppe andre Udveje tilbage end at opfatte Reglen om økonomiske Skade begrundet i, at *det vilde medføre betænkelig Retsusikkerhed at give Erstatning for ikke-økonomisk Skade* i samme Omfang som for økonomisk Skade.”⁸⁵

Oikeusperuste viittaa yhtäältä käytännön syihin eli rahan ominaisuuksiin ja toisaalta oikeudelliseen maksiimiin, oikeusvarmuuteen. Ei-taloudellisen vahingon korvaamiseen liittyvät käytännön vaikeudet ja toisaalta näistä ongelmista seuraava uhka oikeusvarmuudelle riittivät perustelemaan Ussingille sen, miksi ei-taloudellisesta vahingosta ei makseta korvausta.

Ussingin omaksuma justifikaatioperusta ohjasi myös erottelun saamaa ilmiä. Jotta epävarmuudesta ja sen mukanaan tuomasta mielivallan mahdollisuudesta voitiin päästä eroon, taloudellisen vahingon määritelmää ei saanut kiinnittää vain sellaisiin kohteisiin, joilla on selkeä rahallinen arvo kuten Scheel ehdotti. Syynä on, että tällainen määritelmä ei tuottanut riittävän selkeitä rajoja taloudelliselle vahingolle. Sama arvostelma koski Hagerup Bullin tarkoittamaa viitasta kansantaloustieteeseen ja sen arvo-oppeihin. Kaikkia kansantaloustieteen piirissä taloudellisesti merkittäviksi havaittavia intressejä ei saanut pitää oikeudellisesti merkittävinä, koska niille ei voitu määrittää raha-arvoa riittävän varmasti.⁸⁶

Ussingin ajattelutavasta muotoutui toteutuksen tasolla varsin yksioikoinen. Perustana on jo Scheelin esittämä ajatus rahan merkityksestä. Taloudellinen vahinko on periaatteessa taas sellaista vahinkoa, joka voidaan arvioida rahassa.⁸⁷ Ussing kuitenkin ajatteli aineettoman ja aineellisen vahingon erottelun juontuvan pääasiassa siitä käytännön seikasta, että ei-taloudellisen vahingon määrän laskeminen rahassa on vaikeaa ja tuottaa epävarmuutta. Epävarmuuden ja mielivallan estäminen on puolestaan erottelun keskeinen tavoite. Scheelin määritelmän omaksuminen olisi tietysti voinut tuottaa vastaavan tuloksen, mutta juuri

⁸⁴ Ks. Ussing 1941 s. 747–748.

⁸⁵ Ussing 1941 s. 748, korostus alkuperäisessä.

⁸⁶ Ussing 1947 s. 138–139.

⁸⁷ Ussing 1941 s. 749.

rahan ”elastisuus” olisi johtanut siihen, että rahakriteeri ei voi tuottaa riittävän selvää taloudellisen piiriä, koska se aina vuotaa ulospäin. Toisaalta operatiiviselta kannalta tarpeeksi kapean rahaperusteisen määritelmän omaksuminen johtaisi liian kapeaan korvattavien vahinkojen piiriin, etenkin suhteessa vahingon korjaamiseksi tehtyyn omaan työhön ja käyttöhyötykorvauksiin.

Ussing päättikin, että jos vahingon määrä on erityisen vaikea laskea rahassa, vahinko on ei-taloudellista vahinkoa. Vaikeaa arvioiminen puolestaan on, jos ”der ikke haves anden Maalestok for Tabet end Skadelidendes egen Vurdering af den krænkede Interesse”⁸⁸.

Oikeusvarmuus⁸⁹ – ennakoitavuuden ja yhdenvertaisuuden merkityksessä – oli Ussingille keskeinen tema. Koska oikeuksien toteutumisessa ei saanut esiintyä epävarmuutta, ei-taloudellisesta vahingosta ei tullut maksaa myöskään korvausta. Korvauksen määrän tuli olla ennakoitavissa. Siksi taloudellisen vahingonkin piiriin tuli olla sellainen, että vahingon määrälle oli olemassa riittävän selvärajaiset objektiiviset kriteerit. Rahan käyttäminen oli järjestettävä niin, että epävarmuutta ei synny. Ussingin ehdotus erotteluperusteeksi onkin päältä katsoen äärimmäisen yksinkertainen:

”Ertatningsansvar for økonomisk Skade kan herefter kun tilkendes, hvor Skaden kan vurderes i Penge efter en almen Maalestok, d.v.s. en Maalestok som ikke er rent individuel.”⁹⁰

Vahinko on taloudellista, jos sen määrä ja laajuus voidaan arvioida rahassa erityisiä *objektiivisia mittapuita* käyttäen. Mitä objektiiviset mittapuut tarkkaan ottaen ovat, jää taasen verraten epäselväksi. Vaikuttaisi itse asiassa siltä, että objektiiviset mittapuut ovat Scheelin artikkelissaan tarkoittamia rahan derivatiivisia käyttäjiä, tosin varsin rajoitetussa ulottuvuudessa. Objektiiviset mittapuut eivät rajoitu vain niihin rahankäyttötapoihin, joissa hyödykkeitä suoranaisesti ostetaan ja myydään. Ne voivat tietyissä tilanteissa ulottua myös asetelmiin, joissa yhteys vaihdon tuottamaan informaatioon on epäsuora tai sitä ei ole lainkaan. Yksityiskohdat jäävät epäselviksi.

Ussing näyttää ajattelevan, että objektiiviset mittapuut voidaan tunnistaa oikeuden käytännöistä. Taloudellinen vahinko on taloudellista vahinkoa silloin, kun sitä oikeuden piirissä arvioidaan objektiivisilla mittapuilla. Objektiivinen mittapuu on puolestaan olemassa silloin, kun taloudellista vahinkoa ylipäättään

⁸⁸ Ussing 1947 s. 139.

⁸⁹ Ks. oikeusvarmuudesta ja sen eri merkityksistä Håkan Gustafssonin esitystä (Gustafsson 2002 s. 301–384).

⁹⁰ Ussing 1947 s. 139. Vastaavaan lopputulokseen tuli ilmeisesti itsenäisesti ja ennen Ussingia Arvo Sipilä (Sipilä 1936 s. 12), joka käyttää objektiivisen mittapuun käsitettä kaikesta päättäen saksalainen keskustelu esikuvanaan. Esikuvana lienee ollut Neuner 1931.

oikeuskäytännöissä tunnustetaan voivan syntyä. Toisaalta objektiiviset mittapuut toimivat samanaikaisesti jonkinlaisena apriorisena rajoituksena. Vain sellaiset vahingot, joiden arvioimisessa voidaan käyttää objektiivisia mittapuita, voivat olla taloudellista vahinkoa. Ussing näyttää siis pyrkivän pysymään oikeuden sisällä, mutta koko erottelun legitimaatioperusta ja sen yksityiskohdat juontuvat oikeuden ulkopuolelta, todellisuuden kategorioista.⁹¹

Yhtäläisyydet saksalaisessa oikeuskirjallisuudessa tavattavan ns. luonnollisen ja normatiivisen vahinkokäsityksen välillä ovat ilmiselvät. Luonnollisessa vahinkokäsityksessä se, mikä on vahingonkorvausoikeudessa ymmärrettävä vahingoksi, määritetään tarkkailemalla oikeudenulkoista todellisuutta, lähinnä normaalikielen taloudellista koskevia konventioita. Vahingonkorvausoikeudellisen vahinkokäsityksen oletetaan siis vastaavan normaalikielen vahinkokäsitystä. Normatiivisessa vahinkokäsityksessä tällainen viittaussuhde on menetetty: vahinkomääritelmästä tulee oikeuden sisäinen. Määrittelykompetenssi siirtyy oikeudellisille toimijoille. Näiden ei tarvitse kunnioittaa todellisuudessa esiintyviä käsityksiä vaan vahinkokäsitystä voidaan muokata siten, että ne vahingot, joita kulloinkin normatiivisesti pidetään korvaamisen arvoisina, korvataan. Korvattavuus ei riipu siitä, kattaako normaalikielen vahinkokäsite tarkoitetut muutokset vai ei.⁹²

Tämän seurauksena Ussing pyrkii vapauttamaan oikeusjärjestyksen sille ulkoisista ja siten vieraista aineksista. Keino on positivoiminen. Ussing tekee taloudellisten intressien tunnistamiskriteereistä leimallisesti oikeudellisia. Käsillä on merkittävä oikeudelliseen kielenkäyttöön liittyvä siirto. Ussing irrotti oikeudellisen kielenkäytön omaksi yleiskielestä erilliseksi kommunikaatiojärjestelmäkseen, jossa käsitteillä voi olla yleiskielestä poikkeavia merkityksiä. Kärjistäen voidaan sanoa, että Ussing halusi, että oikeuden ei tarvitse enää olla alisteinen muille yhteiskunnan osa-alueille vaan että se voi kontrolloida niitä. Siirron seurauksena ulkoiset vaikutteet tulivat torjutuksi: ne eivät enää uhanneet kaventaa juristien normatiivista liikkumatilaa. Toisaalta Ussingin erotteluperusteen merkitys näyttää saaneen jälkipolvien kirjoituksissa merkittävämmän aseman kuin Ussing sille olisi itse todennäköisesti halunnut antaa. Ussing nimittäin toteaa käyttöhyödyn menetystä käsitellessään, Suomen korkeimman oikeuden tapaan⁹³, tosin noin 65 vuotta sitä ennen, että

⁹¹ Ks. esim. Mertens 1967 s. 111–120, jossa Mertens pohtii luonnollisten ja oikeudellisten käsitteiden suhdetta erityisesti silloin, kun pyritään määrittämään, mitä vahinko on.

⁹² Ks. esim. Mertens 1967 s. 23–110 erittäin perusteellisesta saksalaisten käsityskantojen selvittelystä; Deutsch 1976 s. 421–422; Larenz 1987 s. 426–431.

⁹³ Ks. ratkaisu KKO 2005:66, jossa korkein oikeus toteaa, että ”ajo-oikeuden menetyksestä aiheutunut vahinko rinnastuu kuitenkin omaisuuden käyttöhyödyn menetykseen, koska ajo-oikeuden saaminen on edellyttänyt taloudellista panostusta ja se on siten myös varallisuusarvoinen etuus.”

”Fremdeles maa Skaden betraktes som økonomisk, naar en Person for en Tid mister Brugen af et Gode, som Mennesker sædvanlig anvender økonomiske Ofre for at opnaa”.⁹⁴

Toinen merkittävä seikka on Ussingin esittämän kriteerin pragmaattisuus. Ussing perustelee kriteerin omaksumista sillä, että vain objektiiviset mittapuut⁹⁵ valitsemalla voidaan ratkaista se käytännön ongelma, joka vaivaa taloudellisen vahingon käsitettä. Tämä ongelma on korvauksen subjektiivisuuden ongelma. Jos korvauksen määrittämisessä käytetään objektiivisia kriteereitä, korvaus ei voi olla subjektiivinen. Ussing ei millään tavoin perustele sitä, miksi korvauksen tulee olla objektiivinen. Korvauksen vain *kuului* olla objektiivinen. Se, että korvaus määrättiin objektiivisesti, oli osa siviilioikeudellisen korvaamisen perusluonnetta. Koska vahinkojen korvaamisen piti olla moraalisesti neutraalia, korvaus tuli arvioida objektiivisesti, jolloin moraalivaikutuksia ei synny. Palaan tähän teemaan jäljempänä.⁹⁶

Ussingin menetelmä aineellisen ja aineettoman vahingon erottamisperusteeksi on erottelutarkkuudeltaan varsin heikko. Ussing ei nimittäin vastaa kysymykseen, minkälaisia objektiiviset mittapuut voisivat olla. Edes Ussingin antamien muutaman esimerkin perusteella tähän kysymykseen ei ole mahdollista vastata. Esimerkkeinä aineettoman ja aineellisen vahingon rajatapauksista Ussing viittaa muun muassa esineiden tunnearvon korvaamiseen ja – alun perin Scheeliltä peräisin olevaan – ongelmatapaukseen, jossa henkilö on saanut henkilökohtaisen, ei-siirrettävän kutsun konserttiin, mutta ei vahingosta johtuen pääse konserttiin. Tunnearvo tulee Ussingin mukaan korvattavaksi, jos se voidaan määrittää markkinahinnan perusteella, toisin sanoen, jos esineellä on tunnearvoa laajemmalti.⁹⁷ Konserttilippuongelman Ussing ratkaisee toteamalla, että ihmiset tavanomaisesti maksaisivat konserttiin pääsemisestä, joten objektiivinen mittapuu on olemassa.

Jos Hagerup Bullilla pääasia oli osoittaa, että taloudellisen piiri on omalaki-
nen alueensa, joka on pidettävä erillään muista elämänalueista, Ussing ei kiinnitä huomiota tähän seikkaan. Hän hyväksyy ajatuksen ilmeisestikin implisiittisesti. Ussingin erotteluperuste rakentuukin omalaatuiselle ja osin ristiriitaisellekin käsitykselle siitä, mitä raha on ja mitä sen pitäisi olla. Raha on se tekijä, joka perustelee taloudellisen ja ei-taloudellisen erottamisen ja luoda siten kytkennän

Korkein oikeus on siis tullut hyväksyneeksi Ussingin 1940-luvulla esittämän toisen, löysemmän tunnistamisperusteen.

⁹⁴ Ussing 1941 s. 751.

⁹⁵ Objektiivisuus on tutkimuksen kannalta tärkeä teema. Palaan siihen myöhemmin, esimerkiksi jaksossa 3.1 ja 7.3–7.5.

⁹⁶ Ks. jäljempänä luku 4.

⁹⁷ Samansuuntaisesti myös esim. Grönfors 1973 s. 159–167.

taloudellisen toiminnan rationaliteetin ja rahan ominaisuuksien välille. Väitänkin, että Ussingin aprioriseksi mieltämä objektiivisuuden vaatimus seurannee pitkälti ajalle ominaisesta rahakäsityksestä. Raha on neutraali vaikuttamisen väline, jolla on pakko vaikuttaa vain neutraalisti. Voikin kysyä hyvällä syyllä, missä mielessä Ussingin kriteerit ovat lopulta oikeudellisia. Palaan rahatematiikkaan luvun seuraavassa jaksossa.

5 MISTÄ TALOUDELLISESSA VAHINGOSSA ON LOPULTA KYSYMYS?

Scheel, Hagerup Bull ja Ussing päätyivät toisistaan poikkeaviin lopputuloksiin. Kuka oli oikeassa? Kysymykseen ei ole vastausta. Ussingin formulaatio on tullut oikeustieteessä sittemmin laajalti hyväksytyksi, vaikka tätä nykyä sekin on jo häviämässä.⁹⁸ Syyt Ussingin menetelmän suosioon ovat nähdäkseni varsin yksinkertaiset. Menetelmä on käyttökelpoinen: se siirtää taloudellisen määrittelyn oikeudelliseksi kysymykseksi, katkaisee siteet ulko-oikeudelliseen taloudellisen käsitteeseen. Taloudellinen vahinko on juuri sitä, mitä sen halutaan olevan. Tästä puolestaan seuraa, että erottelun ongelmanratkaisukyky säilyy. Käyttökelpoisuus juontuu kuitenkin koko erottelun perusidean vesittämisestä ja rajoituksen juurten unohtamisesta. Rajoitukselle ei jää mitään itsenäistä merkitystä, koska mikä tahansa objektiiviseksi hahmotettu oikeudensisäinen tapa laskea vahingonkorvauksen määrä voisi periaatteessa täyttää vaatimuksen taloudellisuudesta.

Vaikka Ussingin käsitykset näyttävät jääneen vallitseviksi, on mielestäni liioiteltua ajatella, että niissä kuvastuisi jossakin mielessä oikea ymmärrys taloudellisen käsitteen sisällöstä. Pikemminkin on niin, että taloudellisella vahingolla ei ole oikeaa määritelmää. Sillä ei myöskään ole nykypäivänä mielekästä sisältöä, määriteltiin taloudellisen vahingon käsite miten tahansa.⁹⁹ Erottelu on auttamatta vanhentunut. Tämä saattaa johtua siitä, taloudellisen idealla, korvaamisen paradigmaa määräävänä ja legitimoivana *ideana*, ei ole ehkä enää sitä ymmärrettävyyttä ja pakottavuutta, joka ideaan kerran liittyi. Taloudellisen ja ei-taloudellisen vahingon välillä tehtävän erottelun pitäisi siksi olla vain eriskummallinen osa vahingonkorvausoikeuden oppihistoriaa. Näin ei kuitenkaan ole. Erottelu voi edelleen hyvin ja on perustava osa voimassa olevaa vahingonkorvausoikeutta ja erityisesti sen teoreettista rakennetta. Erottelun ongelmat tulevat kuitenkin selkeästi näkyviin, kun tarjottuja määrittelytapoja tarkastellaan nykypäivän näkö-

⁹⁸ Ks. esim. Sandvik 2007.

⁹⁹ Tämä väite liittyy elimellisesti yhteen arvon ongelmallisuutta koskevan väitteen kanssa. Ks. taloudellisen arvon korvaavista ajattelutavoista jäljempänä osassa II esitettyä.

kulmasta. Jos taloudellista ei aseta itsestään selvään ja legitimoivaan asemaan, kaikki kolme esitettyä erotteluperustetta romahtavat.

Rahateoria on tiukassa määrittelyssään menettänyt normatiivisen merkityksensä, koska on selvää, että esimerkiksi omaa työtä tai käyttöhyötyä on korvattava. Löysemässä merkityksessä se on menettänyt erottelukykyyään, sillä 1800-luvun lopussa luontaisesti ei-taloudelliseksi hahmotettujen ilmiöiden piiri on kaventunut.¹⁰⁰ Kommodifikaatio, markkinaistuminen, johon Scheel kirjoituksessaan viittasi, on jatkunut. Rahaa käytetään välillisesti niin monen asian ja ilmiön arvottamiseen, että luonnollista rahan käyttöaluetta ei ylipäättään ole olemassa. Melkein mille tahansa hyödykkeelle, ilmiölle tai asialle voidaan määrittää jollakin metodisesti kestäväällä, rahan luontaiseen käyttöön viittaavalla tavalla rahallinen arvo. Tunteilla, onnellisuudella ja kärsimyksellä käydään säännönmukaisesti kauppaa. Niistä tai niihin läheisesti liittyvistä johdannaisista maksetaan.¹⁰¹

Vastaavalla tavalla myös Hagerup Bullin tarkoittamat taloustieteeseen viittaavat taloudellisen määrittely-yritykset epäonnistuvat. Ensinnäkin olisi välttämättöntä päästä yhteisymmärrykseen siitä, mikä taloustieteen haara voi määritellä, mihin taloudellisen ja ei-taloudellisen raja piirretään. Riippuen siitä, omaksumeko neoklassisen mikrotaloustieteen vai keynesiläisen makrotaloustieteen, taloudellisten ilmiöiden piiri näyttäytyy erilaisena. Mikrotaloustiede on osoittautunut ekspansionistiseksi tieteenksi, joka tarjoaa omia todellisuutta koskevia oletuksiaan ja metodologiaansa ratkaisuksi lähestulkoon mihin tahansa yhteiskuntatieteelliseen ongelmaan.¹⁰² Sillä voidaan selittää mitä tahansa inhimillistä käyttäytymistä.¹⁰³ Jos neoklassisen teorian kannattajalta asiaa tiedustellaan, kaikki on taloudellista ja kaikella on taloudellista arvoa. Keynesiläiselle koko kysymys rahan normaaleista käytöistä lienee järjetön, sillä makrotaloustiede ei pohdi tällaisia ongelmia. Järjellistä ratkaisua eri taloustieteen haarojen väliseen valintaongelmaan ei ole. Taloustiede ei ole yhtenäinen tai johdonmukainen tiede. Siksi se ei voi tuottaa listaa taloudellisista ilmiöistä ja asioista. Hagerup Bullin haave on kadotettu.

¹⁰⁰ Ks. kommodifikaatiokehityksestä esim. Williams 2005 s. 13–31.

¹⁰¹ Raha-arvoisten oikeuksien ja hyödykkeiden proliferaatiosta ks. saksalaisesta kirjallisuudesta ns. *Kommerzialisierungsgedanke*-ajatuksista esitettyä. Ks. esim. Larenz 1987 s. 477 ja 503–503; Lange – Schiemann 2003 s. 253–255. Muualla, erityisesti ei-taloudellisen vahingon korvaamisessa yhdysvaltalaisessa keskustelussa ovat korostuneet erilaiset riskin pääomittamiselle perustuvat arviointitavat. Erityisen merkittäviä tässä suhteessa ovat erityisesti erilaisille, vedonlyöntiin ja vaakuutuksiin varsin läheisesti rinnastuville tekniikoille perustuvat arvostamismenetelmät.

¹⁰² Ks. esim. Lazear 2000, jossa Lazear julisti taloustieteen onnistuneesti kolonisoineen ennen taloustieteen ulottumattomissa pidettyjä diskursseja, muun muassa sosiologian. Lazearin ajatuksia on arvioinut kriittisesti esimerkiksi Ben Fine (Fine 2002a).

¹⁰³ Ks. esim. Coleman 1990; Becker 1991; Becker 2003.

Nykyisen taloustieteellisen ajattelun näkökulmasta erottelu ei-taloudellisten ja taloudellisten vahinkoseurausten välillä ei olekaan mielekäs. Rajanvetoa ei voida perustella, koska sitä ei edes ole olemassa. Jos tällainen – oikea – diagnoosi tehdään ja sitä pyritään käyttämään aseena vaadittaessa ei-taloudellisten vahinkojen korvaamista, tehdään väkivaltaa sekä oikeudelliselle doktriinille ja oppihistorialle että taloustieteelle. Ongelma kuvastuu havainnollisesti esimerkiksi *Heidi Li Feldmanin* muutoin oivallisessa vahinkokäsitettä koskevassa artikkelissa. Feldman lähtee sinällään järkevästi liikkeelle siitä, että taloustiede toimii ihmisten hyvinvoinnin suhteen.¹⁰⁴ Koska näin on, ei-taloudellisen ja taloudellisen vahingon erottelu näyttäytyy lähes salaliittona, jossa täysin perusteetta pyritään rajoittamaan ideologisilla perusteilla jotkin epäilyttäviksi havaitut vahinkotyytit ei-korvattaviksi.¹⁰⁵

Objektiivisten mittapuiden vaatimus on vastaavalla tavalla vaikeasti operationaalistettavissa. Mittapuiden tarkempi sisältö muodostaa hyvin monimutkaisen ongelmakentän. Yhtäältä mittapuiden idea viittaa riittävän kiinteisiin ja ennustettaviin *tosiasiallisiin* tapoihin laskea vahingon määrä, toisaalta vaatimus voisi täytyä, jos löydetään oikeudellisesti tarpeeksi kiinteä mittaamistapa. Kuten esimerkiksi Routamo ja Ståhlberg ovat huomauttaneet, aineellisen eli taloudellisen vahingon määrän laskemismenetelmät muistuttavat hyvin pitkälti aineettoman eli ei-taloudellisen vahingon kvantifioimisessa käytettäviä menetelmiä. Toisaalta, jos ja kun tilapäisestä haitasta maksetaan korvausta liikennevahinkolautakunnan vahvistamien taulukoiden tai henkilövahinkoasiain neuvottelukunnan suositusten perusteella, rahan käytössä näytetään noudatettavan objektiivista menetelmää.¹⁰⁶

Mitä tämä merkitsee? Ensinnäkin sitä, että ei-taloudellisen ja taloudellisen vahingon erottelun ylläpitäminen näyttää nykypäivän näkökulmasta kovin epäilyttävältä. Mikään teoria ei tuota mielekäästä erottelukriteeriä. Toisaalta tällaista johtopäätöstä ei saa liiaksi korostaa. Heidi Li Feldman, joka on väittänyt, että taloudellisen ja ei-taloudellisen erottelussa ei ole koskaan ollut mieltä¹⁰⁷, on väärässä. Periaatteella on tosiasiaissa ollut tärkeä paikka vahingonkorvausoikeudellisessa doktriinissa. Erottelun pitkäikäisyys kertoo omaa kieltään siitä, että sillä on ollut jotain tärkeää annettavaa. Erottelu ja sen johdannainen vain taloudellinen vahinko on korvattava -periaate olivat äärimmäisen tärkeitä (h)aavekuvan lähtökohtia. Ne olivat välttämättömiä teoreettisia osia vahinkojen korvaamisen yleisissä opeissa. Mikä tärkeintä, erottelu tarjoaa näkökulman ja mahdollisuuden ymmärtää (h)aavekuvan ontologisia sitoumuksia ja vahinkojen korvaamisen ole-

¹⁰⁴ Ks. esim. Feldman 2005 s. 379–384.

¹⁰⁵ Ks. esim. Feldman 2005 s. 384–389.

¹⁰⁶ Palaan objektiivisuuden teemaan ja objektiivisiin mittapuihin jäljempänä esimerkiksi jaksossa 3.2.

¹⁰⁷ Ks. Feldman 2005 s. 376.

musta. Erottelun perusteiden lähempi tarkastelu avaa valaisevan ja hedelmällisen näkökulman (h)aavekuvan erääseen tärkeään ominaisuuteen: taloudellisen elämänalueen asemaan varallisuus oikeudellisessa sääntelyssä.

Lähtökohtana on järkevää pitää edellä lueteltujen eroavaisuuksien sijasta niitä yhtäläisyyksiä, joita sekä Scheelin, Hagerup Bullin että Ussingin kertomuksissa on.¹⁰⁸ Kaikki kolme olivat nimittäin yhtä mieltä siitä, että jokin taloudellinen oli olemassa, että se voitiin ja että se oli välttämätöntä määritellä. Taloudellinen ja ei-taloudellinen myös muodostivat vahingonkorvausoikeudellisesti relevantit ja huomioon otettavat tosiasiallisen kategoriat. Taloudellinen ja ei-taloudellinen olivat todellisuuden kategorioita, jotka oli muunnettava myös oikeudellisen todellisuuden osiksi. Mistä on kysymys? Ei ole sattumaa, että juuri taloudellinen tuli valituksi vahinkojen korvaamisen lähtökohdaksi ja omimmaksi alueeksi 1800-luvun lopussa ja että ei-taloudellinen määrittyi vahingonkorvauksen toiseksi. Ajassa oli jotakin, mikä teki taloudellisen käsitteen ottamista vahinkojen korvaamisen perustaksi välttämätöntä. Sama ajassa ollut teki käsitteestä myös intuitiivisesti helposti ymmärrettävän ja siksi houkuttelevan.

Väitän, että erottelussa kuvastuvat ja sen luomat todellisuuden kentät ovat seurausta eräänlaisesta ideologisesta luutumasta, joka on jäänyt elämään. Erottelu on erään historiallisen *epistemen*¹⁰⁹ seurausta. Taloudellisen ja ei-taloudellisen erottaminen on *porvarillisen* yhteiskuntakäsityksen omaksumisen välttämätön seuralainen.¹¹⁰ Porvarillisessa yhteiskunnassa, jonka peruspiirteitä ja ideoita pyrin tarkentamaan jäljempänä, oli tai siis pikemminkin hahmotettiin olevan erityinen taloudellinen elämänalue ja myös ei-taloudellisia elämänalueita. Tämä yhteiskunnan ontologiaa heijastava perusasetelma ulotettiin myös oikeuteen. Oikeudessa oli kunnioitettava ja uusinnettava näitä elämänalueita.

Yhteiskuntaa koskevat käsitykset saivat oikeudellisen muodon vahingonkorvausoikeuden käsitteellisessä perusrakenteessa, taloudellisen ja ei-taloudellisen vahingon erottelussa. Juuri ja ainoastaan tässä suhteessa erottelu on myös ymmärrettävä, mielekäs ja luontainen osa vahingonkorvausoikeutta ja (h)aavekuvaa. Foucault'laisessa terminologiassa taloudellisen ja muiden elämänalueiden

¹⁰⁸ Ussing joudutaan tosin siirtämään pitkälti sivuun. Tosin on huomattava, että Ussingin toteaa, että taloudellisia ovat kaikki sellaiset ilmiöt, joita hankkiakseen yksilöt joutuvat tekemään taloudellisia uhrauksia. Ussing 1941 s. 751. Objektiivisten mittapuiden kanssa tällä havainnolla ei kuitenkaan ole juuri mitään tekemistä.

¹⁰⁹ Ks. esim. Foucault 2001 s. xxi–xxvi; Foucault 2005 s. 205–230. Erityisesti tiedonarkeologiassa episteme ei näyttäydy enää kiinteärajaisena tai selvänä. Yhtenäisen tiedonkentän, jollainen vielä Sanoissa ja asioissa piirtyy ulos lähteistöstä, sijaan Foucault painottaa jo diskurssin murroksia, muutoksia ja epäjatkuvuuskohtia.

¹¹⁰ Kyseessä on myös terminologinen ongelma. Kyse on porvarillisesta yhteiskunnasta käsitteiden *bürgerliche Gesellschaft* ja *civil society* merkityksessä.

erottamista koskeva perustava episteeminen sitoumus pitää yllä perinteistä vahinkojen korvaamisen dispositiivia.

Taloustieteellisten käsitysten merkitys on osittain hankalasti hahmotettava. Yhtäältä taloudellisen ja ei-taloudellisen vahingon välille syntyvä yhteys näyttää sekä välttämättömältä että luonnolliselta jatkeelta 1800-luvun lopun yhteiskuntateorialle.¹¹¹ Toisaalta erottelun nimenomaiset perustelut viittaavat klassiseen poliittiseen taloustieteeseen. Yhteiskuntateoria ja taloustiede sekaantuvat. Mistä on kysymys? Ongelma on näennäinen ja seurausta siitä, että tällaisessa tulkinnassa taloustiede saa liian nykyaikaisen sisällön.

Lähtökohtana taloudellisen ja ei-taloudellisen vahingon erottelussa ei nimittäin ole Heidi Li Feldmanin esittämällä tavoin yksilön hyvinvointi ja sen vähentyminen. Vaikka hyvinvointisanasta ja -kytkennästä ei voida päästä eroon – se on kiistämättä selkeästi esillä jo esimerkiksi Adam Smithin teksteissä – sille ei saa antaa Feldmanin esittämää painoarvoa. Hyvinvointi on vain sana, jolla viitattiin yleisiin lähtökohtiin, mutta tosiasiaassa taloudellinen toiminta ei kohdistunut (h)aavekuvan syntyaikana abstraktiin hyvinvointiin. Hyvinvoinnin tavoittelu muodosti niin ikään motivaatioperustan, joka sai yksilöt toimimaan talouden piirissä. Kansakunnan kokonaishyvinvoinnin kasvattaminen oli kaiken politiikan tavoite.

Taloudellisen idea oli kuitenkin klassisessa poliittisessa taloustieteessä kouriintuntuva ja yksinkertainen. Hyvinvointi sai merkityksensä esineiden maailmassa. Ihmisen hyvinvointi lisääntyi, jos hänen elämänsä materiaaliset edellytykset paranivat. Hyvinvoinnin parantumista tavoiteltiin materiaalisia tarpeita tyydyttämällä. Toiminta suuntautui ennen kaikkea erilaisiin esineisiin ja fyysisen maailman kappaleisiin, joita yksilöt vaihtoivat. Abstrakti hyvinvointi ei ollut vaihdannan kohteena. Talous oli yksinkertaista tavaravaihtajien ja pientuottajien taloutta, jossa perheen pää pyrkii maksimoimaan käsin kosketeltavan varallisuutensa.¹¹²

Porvarillinen talous on kahden seuraavan jakson kokoava teema. Pyrin seuraavassa tekemään selkoa ensinnäkin porvarillisesta taloudesta muista elämän-alueista erillisenä toiminnan kenttänä ja tämän jälkeen porvarilliselle taloudelle

¹¹¹ Vrt. toisin jo edellä mainittu Feldman 2005 s. 381–383.

¹¹² Abstrakti hyvinvointi on tässä suhteessa vasta rajahyötyteorian myötä olennaiseksi nouseva teema. Vaikka esimerkiksi rajahyötyteorian ja siten myös modernin neoklassisen taloustieteen vaikutus onkin tunnistettavissa 1800- ja 1900-luvun vahingonkorvausoikeudellisesta kirjallisuudesta esimerkiksi siinä, että vaihtotapahtumalle ja vaihdolle annettiin merkitys arvoa artikuloivina ja sen viime kädessä tuottavina seikkoina, kiinnittyminen tähän taloustieteellisen ajatteluun tuoloin nousemassa olleeseen traditioon ei ole täysin yksiselitteistä, saati ongelmaton. On nimittäin tärkeää huomata kaksi seikkaa: 1800-luvun taloustiede ei ole samassa mielessä läpeensä vaihdannaistunutta kuin nykyinen neoklassinen taloustiede, jota esimerkiksi useimmat oikeustaloustieteilijät ovat 1900-luvun puolivälistä lähtien edustaneet. Rajahyötyteoria alkumuodossaan toimii erityisesti tuotannon ja tuotannon tuottamien *tavaroiden* suhteen. Se pyrkii selittämään, miksi ja miten *tavaroiden* hinnat muodostuvat selittämällä yksilön käyttäytymistä tarpeiden tyydyttämisen laskevan rajahyödyn avulla.

ominaisen taloudellisen toiminnan erityispiirteistä. Tarkoituksena on avata porvarillisen talouden käsitteellistä rakennetta, jotta erästä vahingonkorvausoikeudellista erityisinstituutiota, taloudellisen ja ei-taloudellisen vahingon erottelua voitaisiin ymmärtää. Keskustelu johtaa perinteisen varallisuus oikeuden sääntelylogiikkaa koskeviin huomioihin. Väitän, että perinteisessä varallisuus oikeudessa, josta (h)aavekuvan vahingonkorvausoikeus on yksi esimerkki, pyrittiin kodifioimaan porvarillisen, varhaisen liberalismien hallinnan perusperiaatteita. Vain taloudellinen vahinko korvataan -periaate ei johdu vain rahasta, vaan myös varallisuus oikeudelle *oikeutena* asetetuista vaatimuksista.

Porvarillisen talouden ominaispiirteitä koskeva jakso ei ole kuvailevan sosiologinen: en pyri selostamaan, minkälaisia taloudellisen toiminnan käytännöt relevanttina ajankohtana tosiasiaissa olivat, kaikkea muuta. Kaiken kaikkiaan tällaiset reaalitaloutta koskevat käsitykset ovat irrelevantteja, sillä reaalitaloutta saatettiin ja saatetaan ymmärtää vain sitä koskevien teorioiden kautta.¹¹³ Polttopisteessä on juuri tästä syystä se ymmärrys, joka modernin varallisuus oikeuden rakentajilla näistä taloudellisen toiminnan käytännöistä oli eli se tapa, jolla taloudellista toimintaa hahmotettiin ja selitettiin.

Toinen varoitus koskee historiallisen esitykseni tarkoitusta ja sisältöä. Esitystä ei voida kohdistaa ongelmitta mihinkään yksittäiseen maahan, oikeusjärjestykseen, ajanjaksoon tai ajattelijaan. Käytän varsin vapaasti ajatuksia, jotka ovat peräisin eri puolilta ja eri ajattelusuuntauksista ja joiden empiirinen perusta on eri oikeusjärjestelmissä. Esimerkiksi Duncan Kennedyn diagnoosissa poliittisen taloustieteen ja oikeuden vuorovaikutuksesta sekä 1800-luvun varallisuus oikeuden ideologisesta perustasta on paljon yhteistä Habermasin ja esimerkiksi *governmentality*-tutkimussuuntaukseen kuuluvien kirjoittajien käsitysten kanssa. Niinpä Kennedyn sinällään vain amerikkalaiseen oikeuteen rajoittuva esitys on käyttökelpoinen myös selvitetessä mannermais-germaanisen oikeuden lähtökohtia.

6 PORVARILLINEN TALOUS

E. Hagerup Bull kirjoitti vuonna 1923 julkaistussa artikkelissaan, että taloudellisen vahingon käsitteen ymmärtäminen edellytti taloudellisen elämänalueen erottamista muista elämänalueista. Hagerup Bullin tässä lähtökohdassa kuvastuu

¹¹³ Ks. esim. Tolonen 1992 s. 38–48. Kyse on tietenkin vuorovaikutussuhteesta. Taloudelliset käytännöt ja niitä koskevat teoreettiset hahmottamistavat eivät voi olla olemassa toisistaan kokonaan irrallisina.

perinteisen varallisuus oikeuden¹¹⁴ keskeinen piirre: siviilioikeuden – pois lukien ehkä perheoikeus¹¹⁵ – luonnollista ja ainoaa toimintakenttää on taloudellinen elämänalue. Siviilioikeuden tuli toimia yksilöiden taloudellisen vuorovaikutuksen suhteen. Sen tuli säädellä varallisuussuhteiden varaan rakentuvaa toimintaa. Rajoitus on keskeinen ja ensiarvoisen tärkeä perinteisen siviilioikeuden ontologiassa.¹¹⁶ Myös vahingonkorvausoikeuden soveliasta ulottuvuutta ja alaa ymmärrettiin ja rajoitettiin tästä näkökulmasta: vahingonkorvausoikeudenkin tuli toimia vain taloudellisen elämänalueen suhteen ja sen piirissä.¹¹⁷

Hyppään ehkä yllättävään suuntaan kertomustani rakentaessani. On kiintoisaa havaita, että Hagerup Bullin esittämä elämänalueiden luettelo muistuttaa suuresti esimerkiksi Jürgen Habermasin julkisuutta käsittelevässä habilitaatioväitöskirjassaan¹¹⁸ tekemiä porvarillista yhteiskuntaa ja sen rakennetta koskevia erotteluita. Habermas nimittäin väittää 1700-luvun lopun ja 1800-luvun alun porvarillisessa yhteiskunnassa olleen useita, toisistaan jo peruspiirteiltään, ja erityisesti julkisuuden suhteen, selkeästi erottuneita elämänalueita. Perusjaon Habermas tekee julkisen ja yksityisen piirien välille.¹¹⁹ Yhtäältä julkinen, poliittinen toiminta valtion (tai hovin) piirissä tuli erottaa yksityishenkilöiden yksityisestä toiminnasta kansalaisyhteiskunnassa, kuten Veikko Pietilä on *bürgerliche Gesellschaft* -käsitteen Habermas-suomennoksessaan kääntänyt. Toinen merkittävä erottelu rajaa yksityisyyden piiristä esille kaksi tilaa: yksityishenkilönkin toiminta jakautui porvarillisessa yhteiskunnassa kahteen alueeseen: yksityispiiriin

¹¹⁴ On mielenkiintoinen kysymys, onko vastaava rajoitus edelleen osa siviilioikeuden keskeisiä rakenteita. Lähtökohtaisesti ajattelen, että näin ei enää ole – täysin. Kyse on (h)aavekuvan yhdestä komponentista, menneisyydestä, joka on keskelläämme. Tunnistamme (h)aavekuvan menneisyydeksi ja siten sellaiseksi, jota ei tarvitse kuunnella, mutta se hallitsee silti edelleen ajatteluamme määrittäessään normaalin ja tavanomaisen varallisuus oikeuden, sen jota ei tarvitse erikseen perustella.

¹¹⁵ Tämäkin diagnoosi on osittain kyseenalainen. Perhesuhteiden sääntelyssä keskitytään nimittäin tätä nykyä, siltä osin kuin sääntely voidaan käsittää yksityisoikeudelliseksi, juuri perheen sisäisten varallisuussuhteiden järjestämiseen. 1800-luvun lopussa ja 1900-luvun alussa tilanne on tietysti ollut osin toisenlainen. Ajan siviilioikeuden alaan laskettavalla perheoikeudellisella sääntelyllä oli vahva moraalissävytteinen pohjavire. Ks. esim. Helin 2005.

¹¹⁶ Suomalaisessa kirjallisuudessa esim. Martti Kairinen (Kairinen 1979 s. 27–81) on pyrkinyt hahmottelemaan saksalaisen käsiteläinopin ja suomalaisen oikeustieteen epistemologisia lähtökohtia.

¹¹⁷ Ks. Hagerup Bull 1920 s. 167. Rajausta näyttää seuraavan taloustieteestä. Esimerkiksi yksi marginalistisen taloustieteen suurista nimistä yhdysvaltalainen Alfred Marshall aloitti *Principles of Economics* -teoksensa (Marshall 1920) toteamalla, että ”Political economy or Economics is a study of mankind in the ordinary business of its life; it examines the part of individual and social action which is most closely connected with the attainment and with the use of the material requisites of wellbeing.” (Marshall 1920 I.I.1.) Taloustiede määrittäytyy Marshallilla juuri ja juuri eläntönsä ansaitsevien massojen toiminnan tieteksi – aivan kuten Alfred O. Hirschman esitti myös Adam Smithin tehneen. Ks. Marshall 1920 I.I.2–I.I.4.

¹¹⁸ Habermas 2004.

¹¹⁹ Ks. Habermasin esittämää kuviota porvarillisesta julkisuudesta (Habermas 2004 s. 60).

ja julkisuuspiiriin. Toiminnalle valtiossa ja yksityisyydessä oli ominaista omanlaisensa toiminta. Juuri elämänpiirin luonnollisten lainalaisuuksien perusteella julkinen valtio voitiin erottaa kansalaisten yksityispiiristä.¹²⁰

Porvarillisessa kansalaisyhteiskunnassa yksityisen kansalaisen yksityisintä aluetta oli tämän toiminta ydinperheen muodostamien käsitteellisten rajojen sisällä. Ydinperheessä mies toimi vielä ”*pelkkänä ihmisenä*”.¹²¹ Kun ihminen toimi kansalaisyhteiskunnassa *vaihdon* piirissä, hän osallistui tavarankiertoon ja yhteiskunnalliseen työhön. Tällöin hän toimi taloudessa, sen omien luonnollisten lainalaisuuksien piirissä, *omistajana*. Yksityishenkilöiden toiminta oli puolestaan julkista esimerkiksi silloin, kun he osallistuvat poliittiseen tai kirjalliseen keskusteluun osana porvarillista *julkis*oa, tai kun he kuluttavat kulttuurihyödykeitä.¹²²

Myös Habermasin erottaman yksityispiirin sisällä, yksityishenkilön yksityisen toiminnan alueessa, toiminnan logiikat poikkesivat toisistaan. Yksityisen kansalaisyhteiskunnan, ydinperheen ja julkisen kansalaisyhteiskunnan subjektit ja rationaliteettirakenteet olivat erilaiset. Habermas väittää, että yksilö toimi *ihmisenä* ja oli *ihminen* porvarillisessa yhteiskunnassa vain ollessaan ydinperheen jäsen.¹²³ Väite on deskriptiivisyydessäänkin radikaali. Habermas nimittäin esittää, että porvarillisen yhteiskunnan diskursiivinen rakenne oli sellainen, että ydinperhe hahmotettiin ensisijassa oman itsensä kehittämisen, inhimillisen kasvun ja oman alastoman identiteetin työssijana.¹²⁴ Ydinperheen piirissä ihmisen

¹²⁰ Ks. Habermasin julkisen piirin käsityksestä kriittisesti esim. Fraser 1992 erityisesti s. 112–113 Habermasin käsityksen valaisevasta eksplikoinnista. On huomattava, että jos hyväksymme Pietilän käännöksen, Habermas käyttää kansalaisyhteiskunta-termiä tavanomaisesta poikkeavasta merkityksessä. Kansalaisyhteiskunnan käsite tässä vaiheessa kattaa Habermasilla vielä myös talouden, mistä se tätä nykyä on jo selkeästi karkoitettu. Talous on osa mediavälitteistä Systemiä. Se on vastakkainen Elämismaailmalle. Ks. Habermas 1987 s. 153–197. Ks. kuitenkin esim. Fraser 1985; Sitton 1998 Habermasin talouskäsitteiden kritiikistä.

¹²¹ Habermasin porvarillisen yhteiskunnan taustalla vaikuttavista sukupuolikäsityksistä ja niiden merkityksestä ks. Fraser 1985 s. 110–112.

¹²² Ks. Hubman 1965, jossa Hubman esittää varsin mielenkiintoisen kuvauksen saksalaisen oikeuden ihmiskuvasta. Hubman korostaa oikeuden ongelmia ottaa haltuun ihminen myös sielullisena olentona. Hänen mukaansa liberaalissa oikeudessa ja sen ihmiskuvassa korostuvat ihmiselämän materiaaliset puolet. Ks. jäljempänä jaksossa 2.7 ja 3.4 esitettyä.

¹²³ Ks. Habermas 2004 s. 80–86. Ns. *persoonallisuus*oikeudet yhdessä perhe- ja perintöoikeuksien kanssa näyttävät muodostavan yksityisoikeuden taloudellisesta poikkeavan toisen. Näistä oikeuksista ks. esim. Gierke 1895 s. 703–708; Kivimäki – Ylöstalo 1973 s. 18–28 ja 58–68.

¹²⁴ Esimerkiksi Savigny pohti varallisuus- ja perheoikeuden eroja ja tuli siihen lopputulokseen, että perheoikeus poikkeaa varallisuusoikeudesta juuri siveellisen (*sittlich*) aineksen osalta: perheoikeus on siveellisten maksimien hallitsema oikeudenala, varallisuusoikeus ei (Savigny 1840 s. 340–341; Gierke 1895 s. 703–708; Kivimäki – Ylöstalo 1973 s. 18–28 ja 58–68). *Siveellisyys* tuonee nykypäivänä mukanaan jo harhaanjohtavia konnotaatioita. Savigny tarkoitti *sittlich*-termillä nykyisessä kielenkäytössä lähinnä yhteiskuntamoraaliin rinnastuvaa kokonaisuutta. Ks. esim. Helin 2005 s. 1245.

ajateltiin voivan olla ensi sijassa *ihminen* luonnollisimmillaan, yhteiskunnan hänelle osoittamista rooliodotuksista vapaa.

Keskiössä porvarillisen yhteiskunnan rakenteissa on *vapaus*. Juuri suhteessa vapauteen julkinen ja puolijulkinen kansalaisyhteiskunta poliittisen ja taloudellisen toiminnan sfääreineen eroaa ydinperheestä. Kansalaisyhteiskunnan piirissä vapaus oli poliittista vapautta. Se tarkoitti vapautta osallistua keskusteluun yhteiskunnallisten asioiden oikeasta järjestämistavasta. Talouden piirissä se puolestaan merkitsi vapautta *omistaa ja määrätä omistamistaan esineistä*. Mutta tämä vapaus oli erityistä *taloudellista* vapautta ja perustui viime kädessä sille, että yksilö omaksui erityisen taloudellisen toimijan identiteetin. Ollakseen vapaa nyt tarkoitetussa mielessä yksilön tuli omaksua taloudellinen toimijuus eli hahmottaa itseänsä ja toimintaansa taloudellisesti.¹²⁵ Tämä toimijarooli omaksuttiin varallisuus oikeuteen. Taloudellinen toimija oli varallisuus oikeudellinen toimija.¹²⁶ Habermas kuvaa tilannetta seuraavasti:

”tavaranomistajat saattoivat tehdä päätöksiä vapaasti kannattavuuden pohjalta. Heidän ei tarvinnut totella ketään. Oli vain sopeuduttava nimettömiin lainalaisuuksiin, jotka – kuten näytti – toimivat markkinoihin liittyvän taloudellisen järjen mukaan.¹²⁷ Niiden tukena oli ideologinen takuu sille, että vaihto toteutui tasapuolisesti, minkä myötä oikeamielisyyden pitäisi lyödä väkivalta laudalta.”¹²⁸

Porvarillisen yhteiskunnan talous oli teollistuvan maatalous- ja sääty-yhteiskunnan taloutta. Se oli yksinkertaista. Kauppiaat ostivat tavaroita enemmän tai vähemmän omavaraisilta talonpojilta, kaupunkien ammattitaitoisilta käsityöläisiltä ja nousevilta pientuottajakapitalisteilta, jotka järjestivät ja johtivat teknisesti ja organisaatioltaan suhteellisen yksinkertaista massatuotantoa. Tavaroita, fyysisiä kappaleita, kuljetettiin paikasta toiseen. Ne olivat taloudellisen toiminnan kohteita.

Vanhemmassa kirjallisuudessa puhuttiin usein ns. integriteetiloukkauksista (*integritetskrænkelser*).¹²⁹ Käsitteellä viitattiin ”sedvænligvis skader forvoldt med fysiske midler på det menneskelige legeme eller på ting, dyr eller fast

¹²⁵ Ks. Habermas 2004 s. 83; Votinius 2004 s. 169–174; Knieper 2007 s. 162–163.

¹²⁶ Knieper väittää, että oikeussubjektin käsite rakennettiin alun perin juuri siveellisen subjektin varaan. Kun ihminen käytti varallisuus oikeudessa vapauttaan, hän itse asiassa käytti vapautta yhteiskunnan normeeraamalla, järkevällä tavalla. Järkevä vapaus, kuten Knieper kirjoittaa, ”bewährt sich in der Nützlichkeit des Erwerbs, der Produktion, der Eigentumsmehrung. Sie wehrt ab, was den Menschen ‘das Fieber in den Kopf Treibt’, und unterdrückt ‘unproduktive Verausgabung’”. (Knieper 2007 s. 162).

¹²⁷ Ks. myös Weber 1978 s. 64.

¹²⁸ Habermas 2004 s. 83.

¹²⁹ Ks. esim. Ussing 1947 s. 26; Øvergaard 1951 s. 54; Vinding Kruse 1965 s. 146.

ejendom. Alle andre skadeforvolderser henføres til området til for ikke-integritetskrænkelserne.”¹³⁰ Merkittävää oli, että normaali tuottamuvastuu ulottui vain integriteettiloukkauksiin. Muita ei korvattu, ainakaan ilman erityistä lain tukea. Integriteettiloukkausten kohteena ovat – ihmisten kehoja lukuun ottamatta¹³¹ – *tavarat*.

Ehkä porvarillista taloutta on helpompi ymmärtää negatiivien kautta, sen perusteella, mitä se ei ollut. Kulutusyhteiskuntaa ei ollut olemassa.¹³² Suurin osa ihmisistä taisteli jokapäiväisestä olemassa-olostaan eikä voinut uhrata aikaa tai resursseja esimerkiksi kulttuuristen päämäärien tavoittelemiseen. Eloanjäämisessä oli tehtävää tarpeeksi. Modernista teollisuustuotannosta ei voitu puhua. Immateriaalisilla oikeuksilla ja hyödykkeillä ei ollut samaa merkitystä kuin nykyään. Ihmisten yksityiselämä ei ollut kaupallistunut. Nautintojen ja palveluiden tarjoaminen ei ollut keskeinen osa taloutta ja sen mekanismeja. Tämä porvarillisen yhteiskunnan talouskäsite on yhtä aikaa sosiologinen ja metafyyinen. Vaikka nykypäivän tietyt tärkeät taloudelliset ja kaupalliset ilmiöt, esimerkiksi tavaramerkkien, statustuotteiden, nautintojen kaupan voi tunnistaa historiallisista kuvauksista, on tärkeää huomata, että tuona aikana niiden taloudellista luonnetta ei tunnistettu.¹³³ Niitä ei ollut olemassa taloudellisina ilmiöinä, koska niille ei ollut taustateoriaa, joka olisi korostanut niiden merkitystä.

Gunnar Nybergh kuvaa asiaa osuvasti: ”Dåtidens socialekonomi räknade utslutande med ekonomiska faktorer som drivkraft i samfundslivet. Karakteristiskt har det om Manchester-männen sagts att lagen om anbud och efterfrågan var deras evangelium, lokomotivet deras avgud och Manchester deras heliga stad.”¹³⁴

Hagerup Bull ja Habermas kohtaavat talouden erottamisessa ja sen erillisyydestä vedettävissä johtopäätöksissä. Talous hahmottuu kummallakin samalla tavalla, samanlaisten erotteluperiaatteiden varassa omaksi muista ihmisen elämänalueista poikkeavaksi tilaksi, jossa ihmiset toimivat tilan edellyttämällä tavalla. Habermasin perusidea kuvastuu rakenteeltaan varsin monimutkaisessa kappaleessa,

¹³⁰ Vinding Kruse 1984 s. 789.

¹³¹ Huomautukselle ei välttämättä ole edes tarvetta, kun muistetaan, että henkilövahingoissakin korvattavia olivat pääasiassa vain sairaanhoitokustannukset ja ansiotulon menetys. Viitekehys mahdollistaa loukkausten käsitteellistämisen siten, että ne kohdistuvat yhtäältä fyysiseen kehoon yksilön omistamana omaisuuskappaleena (eli tavaraan) ja työvoimaan (eli tavaraan, jota yksilö myy).

¹³² Ks. Fraser 1985 s. 119–120.

¹³³ Ajatukselle tunnistamisperusteiden kehittämisestä perustuu jo edellä av. 101 sivuttu ns. *Kommerzialisierungsgedanke*.

¹³⁴ Nybergh 1951 s. 164.

jossa Habermas lähentää porvarillista ydinperhettä ja *tavaranomistajien* ja *pien-tavarantuottajien*¹³⁵ yhteiskuntaa toisiinsa¹³⁶:

”Tällaisen yksityishenkilöiden autonomian, joka perustui omaisuuden hallintaan ja jonka osallistuminen tavarantavoihtoon myös jossain määrin toteutti, täytyi myös olla esitettävissä sellaisena. Omistajan itsenäisyyttä markkinoilla vastasikin ihmisen oman minän esittäminen perheessä. Sen intiimiyys näytti riippumattomalta, yhteiskunnallisista pakoista, mikä tavallaan sinetöi todeksi sen, että [taloudellisessa] kilpailussa yksityishenkilöt olivat autonomisia toimijoita. Siten yksityinen autonomia, joka kielsi taloudellisen alkuperänsä – eli autonomia sen ainoan alueen *ulkopuolella*, jossa itseään autonomisina pitävät markkinaosapuolet toimivat – määritteli porvarillisen perheen tietoisuutta itsestään.”¹³⁷

Taloudellisen elämänalueen omalakisuus, Habermasin mainitsemat nimettömät lainalaisuudet ja toisaalta taloudelliseen vaihtoon osallistuvien autonominen asema, (taloudellinen) vapaus rationaalisesti laskelmoiden tavoitella omaa etuaan, ovat tärkeitä teemoja sen ymmärtämisessä, mitä korvattavan vahingon kytkemällä taloudelliseen ja taloudellisiin ilmiöihin tavoiteltiin ja mistä koko idea juontaa juurensa. Kytkentä eräänlaiseen aitoon, ”taloudellisen” itsensä piiristä kumpuavaan taloudellisen määrittelyyn eli hyödykkeisiin ja tarpeiden tyydyttämisen motiiveihin vaikuttaa sen sijaan vähempiarvoiselta. Tarpeiden tyydyttäminen *in abstracto* oli tärkeä tekijä. Se saattoi muodostaa perustan yksilöiden motivaatioiden ja toiminnan ymmärtämiselle ja selittämiseksi talouden piirissä, mutta se *ei* konstituoinut taloudellista.¹³⁸ Mikä tahansa tarpeiden tyydyttäminen ei ollut taloudellista toimintaa. Taloudellista toimintaa oli esineiden vaihtaminen toisiinsa ja rahaan.

Samanlaisia ajatuksia esitti viime vuosisadan alussa tietenkin paljon ennen Habermasia myös Max Weber. Habermas erottaakin taloudellisen toiminnan muusta sosiaalisesta toiminnasta porvarillisen yhteiskunnan analyysissään pitkälti samalla tavalla kuin Weber omassa *taloudellisen toiminnan ideaaliteorian kuvauksessa*. Weberin mukaan moderni taloudellinen toiminta eroaa muusta sosiaalisesta toiminnasta juuri sen orientaation eli siinä kuvastuvan formaalin, tiettyjen käytäntöjen ja tekniikoiden välityksellä syntyvän ratio-

¹³⁵ Ks. Habermas 2004 s. 136. Ks. vastaavatyypisistä havainnoista saksalaisessa oikeudellisessa kirjallisuudessa esim. Köngden 1977 s. 14. Köngden esittää erityisiksi ongelmiksi esineiden tunnearvon, niiden yksityistaloudellisen käytön ja myös yksityistaloudellisen, markkinamekanismin ulkopuolella pysyttelevän työn. Köngden väittää kuitenkin, että ei-taloudellisen ja taloudellisen arvon välisestä erottelusta ei ole mahdollista päästä eroon ja että vaihdannaistumisteesi kaikista siihen liittyvistä käytännön vaikeuksista huolimatta on välttämätön.

¹³⁶ Ks. myös esim. Chiapello – Fairclough 2002 s. 188–189.

¹³⁷ Habermas 2004 s. 83.

¹³⁸ Ks. esim. Menger 2007 s. 77–104.

naalisuuden takia. Weber määrittelee, että ihmisen toiminta on taloudellisesti suuntautunutta silloin, kun toiminnan tarkoituksena on tyydyttää ihmisen hyödykkeisiin kohdistuvia tarpeita. Weberille taloudellinen toiminta on ennen kaikkea taloudellisesti suuntautunutta ja rauhanomaista toimintaa, jossa ei käytetä väkivaltaa. Tärkeää on kuitenkin huomata, että vasta tietty taloudellisen toiminnan hahmottamistapa, moderni kahdenkertainen kirjanpito voi muuntaa taloudellisen toiminnan aidosti formaalisesti rationaaliseksi.¹³⁹

Habermasin hahmottelema porvarillisen yhteiskunnan rakenne voi nähdäkseni selittää, miksi kytkentä varallisuus oikeuden taloudelliseen oli luonnollinen 1800-luvun olosuhteissa. Taloudellinen elämänalue oli olemassa. Se voitiin erottaa toisista elämänalueista. Taloudellisella, joka nykypäivän näkökulmasta näyttää muodottomalta, oli rakenne ja sisältö. Esittämällä, että vain taloudellinen vahinko oli korvattava, kiinnityttiin olemassa olevaan metafyyssiseen järjestelmään, yhteiskuntateoriaan. Samalla tuo yhteiskuntateoria saattoi perustella sen, miksi vain taloudellinen vahinko oli korvattavaa. Vain taloudellinen elämänalue oli täysi-ikäisten miesten maailmana ja puolijulkisen toiminnan paikkana todellista ja käsin kosketeltavaa. Kertomus on kuitenkin vielä epätäydellinen. Se ei vielä vakuuttavasti perustele, miksi vain taloudellinen vahinko oli korvattava. Välittävä kappale puuttuu. Löydän välittävän kappaleen *varallisuus oikeuden sääntelylogiikasta*.

7 VARALLISUUSOIKEUDEN SÄÄNTELYLOGIIKKA

Habermasin ja Weberin erotteluissa tärkeää ei ole, mitä elämänalueita porvarillisessa yhteiskunnassa oli. Tärkeää on, että elämänalueiden erottelussa taloudellinen toiminta oli oma ja erityinen omalakinen kokonaisuutensa, joka oli erotettavissa niin poliittisesta toiminnasta kuin elämästä perheen piirissä.¹⁴⁰

Voidaan kysyä, mitä merkitystä tällä seikalla on. Mitä päätelmiä taloudellisen elämänalueen ja vain taloudellinen vahinko on korvattava -periaatteen yhteydestä voidaan tehdä? Perusteleeko taloudellisen elämänalueen olemassaolo ja omalakisuus, miksi vain taloudellinen vahinko korvataan? Nähdäkseni ei. Vain taloudellinen vahinko korvataan -periaate voi kuitenkin avata yhdessä Habermasin porvarillisen talouden idean kanssa yleisen näkökulman perinteiseen siviili- ja varallisuus oikeuteen ja samalla täydentää käsitystä siitä, miksi taloudellinen hahmottui varallisuus oikeuden kohteeksi. Periaate voidaan nimittäin ymmärtää

¹³⁹ Weber 1978 s. 63.

¹⁴⁰ Weberillä taloudellinen toiminta erottui toisista elämän ja sosiaalisen toiminnan alueista juuri sen orientaation osalta. Ks. Weber 1978 s. 63–67.

ilmentymäksi siviilioikeuden sääntelylogiikasta samassa mielessä kuin esimerkiksi ajatus vapaudesta siviilioikeuden rakenteellisena peruseriaatteena¹⁴¹. Varallisuusosoikeuden sääntelylogiikka voikin nähdäkseni perustella, miksi vain taloudellinen vahinko korvataan. Mikä tämä sääntelylogiikka on? Miten se on syntynyt? Mitkä sen peruspiirteet ovat?

Perinteisen varallisuusosoikeuden peruslähtökohdaksi ymmärretään yleensä vapaus. Vapaus on varallisuusosoikeuden peruseriaate sekä normatiivisessa että rakenteellisessa mielessä. Esimerkiksi Juhan Karhun lähtökohtana *Uuden varallisuusosoikeuden* menneisyyttä koskevissa kehittäelyissä on *abstraktin vapauden* idea. Karhun mukaan vapaus on varallisuusosoikeuden aatteellinen peruspilari. Vapaus perustaa koko varallisuusosoikeuden mahdollisuuden, sen peruskäsitteitä – oikeussubjektia, oikeusobjektia ja oikeussuhdetta – myöten.¹⁴²

Abstraktin vapauden ajatus *oikeuden* peruskäsitteenä lieene alun perin peräisin Friedrich Carl von Savignyn ajattelusta. Esimerkiksi William Ewald kiinnittää Savignyn vapauskäsitteen melko lailla suoraan Kantin filosofiaan.¹⁴³ Ewald esittää, että kantilainen metafysiikka, tämän filosofiassa kuvastuva käsitys vapaudesta, yhteiskunnasta, valtiosta ja ihmisestä voi tarjota mahdollisuuden ymmärtää, miltä pohjalta Savigny järjesti roomalaisen oikeuden normit.¹⁴⁴ Jos päädymme ajattelemaan, että varallisuusosoikeus on järjestetty kantilaisen metafysiikan varaan, syntyy ongelma: miten voimme selittää abstraktin vapauden rajoittamattomuuden? Kantilainen vapaus ei nimittäin ole Karhun tarkoittamaa oikeuk-

¹⁴¹ Ks. Pöyhönen 2000 s. 34–39; Mononen 2001 s. 120–124; Knieper 2007 s. 161–162.

¹⁴² Ks. Pöyhönen 2000 s. 32–44.

¹⁴³ Ks. Ewald 1995 s. 2035–2037. Ks. Kantin ajattelun, erityisesti vapauskäsitteen, merkityksistä Savignylle myös Rückert 1984 s. 364–369; Rückert 2006.

¹⁴⁴ Ks. Kantin vapauskäsitteestä ja oikeudellisessa kirjallisuudessa esim. Rückert 1984; Weinrib 1995 s. 91–92. Vrt. myöhemmässä kirjallisuudessa typistyvään vapauskäsitteen sisältöön Schroederin (Schroeder 1896 s. 278–284, erityisesti s. 279–280) määritelmään, jossa vapaus kääntyy vastuuseen itsestä ja sen teoista (Selbstantwortlichkeit) ja oikeusjärjestyksen piirissä ennen kaikkea taloudelliseksi vapaudeksi. Landsbergin mukaan ”Das persönliche Recht der allgemeinen Freiheit besteht darin, soweit nicht besondere Rechtsregeln hemmend eingreifen, selbst zu bestimmen, was man tun und lassen will, namentlich auch in Bezug auf körperlichen Verhalten und ganz besonderes in Bezug auf den Ort des jeweiligen Aufenthaltes”. (Landsberg 1904 s. 102.) Perinpohjaisesti vapauden merkityksiä saksalaisessa siviilioikeuskirjallisuudessa on selvittänyt Sibylle Hofer (Hofer 2001 s. 205–225 tahdonvapauden merkityksen kannalta erityisesti), jonka tutkimuksen perusteella vapaus hieman yllättäen näyttää jatkuvasti 1800-luvun loppua kohden menettävän merkitystään. 1800-luvun alun tiukasti rajoittamatonta vapautta korostaneista kannoista liikutaan kohti jatkuvasti rajoittuneempaa vapauskäsitteistä. Hoferin mukaan 1800-luvun keskustelussa esiintyvät samat teemat kuin 1900-luvullakin. (Hofer 2001 s. 284–285). Muutoksen selitysmallista saksalaisessa keskustelussa ks. Foucault 2008 s. 107–108. Ks. nykyaikaista näkemystä vapauden merkityksestä BGB:n systematiikassa lyhyesti Rückert 2003 s. 60–61.

kaan yksilön abstraktia vapautta.¹⁴⁵ Se on pikemminkin eettisen, kanssaihmistensä ihmisarvon tunnustavan ja sitä kunnioittavan yksilön vapautta.¹⁴⁶

Varallisuusosoikeuden sääntelylogiikan peruslähtökohta ei ole välttämättä vapaudessa Karhun – tai liberaalien aatteiden merkitystä korostaneiden oikeushistorioitsijoiden¹⁴⁷ – tarkoittamassa mielessä. Vapaus ei ole itseisarvoinen seikka, vaikka se on aivan keskeinen lähtökohta. Miksi? Vapauden korottaminen häivyttää helposti vapaudelle perustuvan regulaatioulottuvuuden. Varallisuusosoikeus on ennen kaikkea taloudellisen toiminnan *sääntelyä*. Se on talouden *oikeutta*, jonka tarkoituksena on säännellä, miten taloudellista toimintaa tulee harjoittaa.¹⁴⁸ Tämä unohtetaan usein, kun abstraktin vapauden merkitys korostuu liiaksi ja varallisuusosuhteissa sanotaan – esimerkiksi Karhun tapaan – olevan tärkeintä vapauden konstituoima käsitteellinen tila, jossa niillä toimitaan.¹⁴⁹

Yhtä lailla tavallista on jättää huomiotta varallisuusosoikeuden sosiaalista toimintaa taustoittava vaikutus. Varallisuusosoikeus loi talouden tilan. Siinä edellytettiin, että varallisuusosuhteissa toimiessaan yksilöt ovat nimenomaan porvarillisen talouden toimijoita juuri siinä mielessä kuin Habermas tarkoitti.¹⁵⁰ Varallisuusosuhteet olivat ja ovat ideaalittyyppisesti rationaalisten miesten tavaravaihtosuhteita. Naiset, lapset ja kuluttajat eivät ole perinteisen varallisuusosoikeuden toimijoita. Huoli toisista, hyväntekeväisyys, ihmisyyden on suljettu oikeuden ulkopuolelle, moraaliseksi seikoiksi perheen tai valtion piiriin.¹⁵¹ Varallisuuden ja talou-

¹⁴⁵ Ks. Knieper 2007 s. 161–162. Knieperin vastaus kysymykseen miksi on mielenkiintoinen. Hän nimittäin väittää, että itse kysymys on väärin asetettu. Varallisuusosoikeutta ei 1800-luvulla rakennettu *aidosti* rajoittamattoman vapauden pohjalta. Knieperin mukaan vapauden ideaassa on olennaista *järkevä vapaus*: ”Die philosophisch entwickelte und rechtlich gefasste Freiheit des Eigentums als eine der großen Freiheiten der bürgerlichen Gesellschaft ist alles andere als Beliebigkeit und Spaß, sondern eingebettet und orientiert in normativ definierte Vernunft, die sich entweder selbst, im Rechtssubjekt bildet und äußert oder als ’Idee der Gesellschaft’ durchgesetzt werden muss.” Järkevän vapauden järkevä idea kuitenkin katosi jonnekin juuri 1900-luvulle tultaessa.

¹⁴⁶ Ks. Knieper 2007 s. 161–162. Ks. myös Wieacker 1953 s. 6, jossa Wieacker huomaa jännitteen synnyn ja selittää Ewaldin tavoin (Ewald 1995 s. 2049–2050), että jännite laukeaa jossakin vaiheessa porvarillisen taloudellisen vapauden hyväksi.

¹⁴⁷ Ks. esim. Wieacker 1953 s. 8–10; Wieacker 1967 s. 430–458; Coing 1989 s. 70–74; Hofer 2001 s. 1–3. Vrt. vahingonkorvausoikeutta koskevaan käsitykseen esim. Conradi 1969 s. 326–327. Anglosaksisessa oikeuskulttuurissa liberalismia luodattiin erityisesti Critical Legal Studies -liikkeen piirissä. Edustavia esimerkkejä ovat esim. Dalton 1985; Kennedy 1985; Peller 1985; Peller 1988.

¹⁴⁸ Sääntely- ja ohjausulottuvuuden kuvaus oli keskiössä Michel Foucault’n liberalismianalyysissä. Ks. esim. Kotkas 2007 s. 67.

¹⁴⁹ Ks. Pöyhönen 2000 s. 32–41. Karhun toteamus ei tietenkään koske uutta varallisuusosoikeutta. Mielenkiintoista on, että Karhu sivuuttaa *Uuden varallisuusosoikeuden* lopussa – todennäköisesti tarkoituksella – täysin vaivatta varallisuusosoikeuden amoraalisuuden vaatimuksen. Syynä saattaa olla, että Karhu ei tunnusta varallisuusosoikeutta pelkästään talouden oikeudeksi vaan karakterisoi varallisuusosoikeuden myös *yhteiskunnan* oikeudeksi.

¹⁵⁰ Ks. esim. Kotkas 2007 s. 67–69.

¹⁵¹ Ks. esim. Ewald 1993 s. 89–102. Moraalisesta sääntelystä 1800-luvulla yleisesti ks. esim. Hunt 1999.

den vähän huomattavasta yhteydestä seuraa merkittävä normatiivinen vaade. Koska varallisuussuhteet olivat taloudellisia suhteita, varallisuus oikeudellinen sääntely joutui toimimaan varallisuuden ja talouden määrittämässä tilassa. Sen tuli olla osa liberaalin yhteiskunnan poliittista taloutta ja toimia sen ehdoilla.

Nämä seikat korostuvat vain taloudellinen vahinko korvataan -periaatteessa. Kaikkialla muualla siviilioikeudessa puhutaan varallisuudesta, mikä kätkee taakseen helposti talouden ensisijaisuuden. Talous määritteli varallisuuden, ei toisin päin. Kun talouden ja varallisuuden välinen kytkös havaitaan, varallisuus oikeutta ja sen tarkoitusta koskevat kertomukset voivat saada uuden painotuksen. Vapauden idea varallisuus oikeuden perustana voi saada uuden merkityksen. Se voidaan siirtää kiistämättömästä metafysisestä arvolähtökohdasta kontingentiksi valinnaksi, jolla oli – mutta ei tietenkään ainoastaan – *instrumentaalinen perustelu*. Vapauden keskeinen asema varallisuus oikeudessa on ainakin osin sen seurausta, että varallisuus oikeus oli talouden oikeutta, osa liberaalin yhteiskunnan poliittista taloutta.

Luonnollisuudessaan ja omalakisudessaan talouden alue oli nimittäin porvarillisessa yhteiskunnassa erityisasemassa valtion interventionistisen sääntelyn suhteen. Perusperiaatteena perinteisessä varallisuus oikeudessa on, että talouden piirin valtiollinen sääntely tuli järjestää siten, että se ei vaikuttaisi yksilöiden joukkomittaisen toiminnan kollektiivisiin lopputuloksiin. Talouden omalakisuuksi tuli kunnioittaa.¹⁵² Oikeudelliselle sääntelylle asetui laatuvaatimus. Oikeudellisen sääntelyn tuli olla sellaista, että se ei vaikuttanut talouteen ja sen omalakisiiin prosesseihin. Sääntelyn tarkoituksena oli vain ruumiillistaa taloudellisen jo olemassa oleva ja sääntelystä riippumaton luonnollinen rakenne. Varallisuus oikeudellisen sääntely ei saanut ohjata. Sen piti jättää yksilöt toimimaan omien intressiensä mukaisesti, tavoittelemaan omaa etuaan.

Varallisuus oikeus ei näin ollen ollut vain vapauden kodifioimista, se oli johdonmukaista seurausta tietyn historiallisesti kontingentin *hallinnan strategian* valitsemisesta. Perinteiselläkin varallisuus oikeudella on tarkoitus hallita, ei vain ilmentää vapautta.¹⁵³ Nikolas Rosen ideaa hieman muokaten, varallisuus oikeuden rakentaminen vapauden varaan ei ole vapauden ideologian ilmentämistä, vaan

”rather, relates to a certain style of government, certain ways of problematizing political power, certain presuppositions about the subjects and objects of power, certain types of criticism of strategies of power. Foucault himself suggested that liberalism should be seen neither as a historical period nor as a substantive doctrine of how to govern. Rather, liberalism denotes a certain

¹⁵² Vrt. esim. Kotkas 2007 s. 68–70.

¹⁵³ Ks. esim. Ewald 1993 s. 100: ”Die liberale Politik ist eigentlich eine Sozialpolitik.”

ethos of governing, one which seeks to avoid the twin dangers of governing too much, and thereby distorting or destroying the operation of the natural laws of those zones upon which good government depends – families, markets, society, personal autonomy and responsibility – and governing too little, and thus failing to establish the conditions of civility, order, productivity and national wellbeing which make limited government possible.”¹⁵⁴

Kuvaamani varallisuus oikeuden normatiiviset lähtökohdat muistuttavat suuresti ns. *governmentality*-tutkimussuuntauksen – johon Rosekin kuuluu – käsitystä varhaiselle liberalismille ominaisesta hallinnan mentaliteetista. *Governmentality*-tutkimussuuntauksessa väitetään, että klassiselle varhaiselle liberaalille hallinnan mentaliteetille¹⁵⁵, jonka parhaat päivät olivat juuri 1800-luvun alussa, oli ominaista tietynlainen ihmis- ja yhteiskuntakäsitys. Tämän käsityksen mukaan yhteiskunnalla oli oma luonnollinen historiansa ja kehityskaarensa. Yhteiskunta myös toimi omien lainalaisuuksiensa, sille ominaisten prosessien oman, sisäisen rationaalisuuden mukaisesti. Ajatus on peräisin poliittisen taloustieteen klassikoilta, Adam Smithiltä, Adam Fergusonilta¹⁵⁶ ja David Ricardolta.¹⁵⁷ Mikä tärkeintä, liberaalissa ajattelussa erotettiin taloudellinen toiminta muista elämänalueista. Sillä oli oma erityinen – ja keskeinen – paikkansa.¹⁵⁸

Taloudellinen elämänalue on aivan keskeinen liberaalin hallinnan mentaliteetin kannalta. Talous ymmärrettiin, kuten Ilpo Helén asian ilmaisee, samanaikaisesti ”*todellisuuden sfääriksi*” ja *malliksi*.¹⁵⁹ Se oli yhteiskunta pienoiskoossa ja myös ainoa mahdollinen valtion ohjauksen kohde.¹⁶⁰ Graham Burchell tiivistää klassisen liberaalin hallinnan mentaliteetille ominaisen hallinnan rajoittamisen perustelun seuraavasti:

”The removal of restrictions on the mechanism of the pursuit of private interests goes together, then, with the epistemological and practical disqualifications of sovereignty over economic processes. It is the opacity of economic

¹⁵⁴ Rose 1999 s. 69–70.

¹⁵⁵ Governmentality-tutkimussuuntaus on saanut alkunsa Michel Foucaultin myöhäiskauden luennoissaan esittämistä ajatuksista. Governmentality-käsitteestä ja sen sisällöstä ks. tiiviisti esim. Simons 1995 s. 36–38; Rose 1999 s. 20–24. Hallinnan mentaliteetin käsitteestä ja governmentality-tutkimussuuntauksesta suomalaisessa kirjallisuudessa ks. erityisesti Helén 2004 s. 206–236. Ks. myös Burchell 1991a; Foucault 1991; Lemke 1997 s. 126–256; Foucault 2008. Oikeudellisessa keskustelussa governmentality-idea on käytetty ennen kaikkea kriminologiassa.

¹⁵⁶ Ks. Fergusonin ajatusten tarkasta analyysistä Burchell 1991b.

¹⁵⁷ Ks. esim. Burchell 1991a; Gordon 1991; Rose 1999 s. 70–80, ja lyhyesti suomeksi Helén 2004 s. 212–214.

¹⁵⁸ Ks. esim. Gronow 1997 s. 45.

¹⁵⁹ Ks. Helén 2004 s. 213. Samoin esim. Gordon 1991 s. 18–21; Meuret 1993 s. 64–68; Rose 1999 s. 33–34.

¹⁶⁰ Ks. Burchellin (Burchell 1991b s. 130–132) analyysiä Humen ihmiskuvasta ja intressikäsitteestä ja niiden muutoksesta Fergusoniin ja Smithiin tultaessa.

processes, the necessary invisibility of a non-totalizable multiplicity of essentially atomic points of calculation and action, that founds the rationality of economic agents as individual subjects of interest: only the isolated subject of interest is rational, only the individual is in a position to know his or her best interest and be able to calculate how to pursue it. As a formula for the economic subject's dependence and productivity, the 'invisible hand' designates the localized conditions of an economic rationality which is the rationality of essentially isolated individuals whose particular actions converge with those of others on conditions that they are not totalized."¹⁶¹

Valtiovalta ei saanut pyrkiä ohjaamaan yksilöiden toimintaa, koska valtiovallalta puuttui kyky toimia rationaalisesti näiden luonnollisten prosessien suhteen. Prosessit olivat läpinäkymättömiä, niistä ei saatu tarpeeksi tietoa. Kun tieto puuttui, prosesseja oli mahdotonta hallita rationaalisesti ja laskelmoidusti. Tästä johtuen näihin luonnollisiin prosesseihin ei saanut puuttua: ne olivat "off-limits to government".¹⁶² Toisaalta samaan määritelmään yhdistyy ajatus yksilöistä rationaalisena valintojen tekijänä. Klassisessa liberalismissa uskottiin vakaasti, että yksilöiden omaan etuun tähtäävä toiminta johti optimaaliseen resurssien jakautumiseen ja siten myös kollektiivin hyvinvointiin.

Mitä valtiovalta sitten sai tehdä? Mitkä olivat valtiovallan sallitut toiminnan tavoitteet klassisessa liberaalissa hallinnassa? Helén tiivistää *governmentality*-tutkimussuuntauksen tutkimustulokset tässä suhteessa seuraavasti:

"Valtiovallan rajoittaminen ilmaistiin lopulta kahdella tavalla. Yhtäältä hallituksen tulee pidättäytyä puuttumasta yhteiskunnan luonnollisiin prosesseihin. Toisaalta sen pitää suojella näitä prosesseja, jotta ne voisivat tuoda vaurautta ja hyvinvointia koko yhteiskunnalle sekä kaikille sen jäsenille."¹⁶³

Ajatus saattaa vaikuttaa ristiriitaiselta ja epäilemättä sitä onkin. Puuttumattomuutta ja suojelemista on vaikeaa sovittaa yhtä aikaa valtiovallan toiminnan legitimeiksi muodoiksi. Liberaalissa hallinnan mentaliteetissa tapahtuukin siirtyminen vapauden – tosin erityisellä tavalla määritellyn vapauden – suuntaan.¹⁶⁴ Taloudellisen toiminnan sääntelyn tulee perustua vapaudelle, ja valtion tulee toisaalta turvata tämä vapaus¹⁶⁵. Vapaus ei ole kuitenkaan vapautta vain sen itsensä vuoksi. Vapauden ensisijaisuudella on instrumentaalinen perustelu. Ilman vapautta yksilöiden välisen vuorovaikutuksen lopputulos ei ole luonnollinen eikä optimaalinen.

¹⁶¹ Burchell 1991b s. 134.

¹⁶² Ks. esim. Gordon 1991 s. 22–23; Helén 2004 s. 213.

¹⁶³ Helén 2004 s. 213.

¹⁶⁴ Ks. liberalistisen oikeuden pääparadigmasta esim. Wetlaufer 1999 s. 9–10; Santos 2002 s. 40–44.

¹⁶⁵ Gordon 1991 s. 20–23.

Juuri tämä idea toistuu perinteisen varallisuus oikeuden sääntelylogiikassa. Se johtaa siihen, että sääntelyn tarkoituksiksi käsitetään vapauden edistäminen, sen olemassaololle tarpeellisten, mutta samalla luonnollisten edellytysten synnyttäminen ja ylläpitäminen.¹⁶⁶ Valtio tulee siviilioikeuden alalla kesytetyksi.¹⁶⁷ Oikeudellisessa sääntelyssä tulee tavoitella sellaisen oikeudellisen vapauden *infrastruktuurin* luomista, että oikeanlainen, liberaalin taloudellisen toimijan arvostama, vaatima ja ilmentämä vapaus voisi toteutua. Taustalla on optimoinnin vaatimus. Lopputulos on paras, jos yksilöiden annetaan ilman rajoitteita toteuttaa omia intressejään. Tämä toteutuu juuri vapauden kautta. Vapaudelle perustuvan sääntely ei vaikuta tapaan, jolla vapautta käytetään.¹⁶⁸

Syntyy *perinteisen varallisuus oikeuden sääntelylogiikka*. Klassisen liberalismin hallinnan mentaliteetti, sille ominaiset strategiat ja käsitteellistykset sanelevat varallisuus oikeudelle sen eriskummallisen tehtävä. Samalla hallinnan mentaliteetista seuraa, että varallisuus oikeus voi olla olemassa. Se on välttämätöntä ja tarpeen, mutta se ei sääntelee eikä se saa säädellä. Se perustaa vapauden ja taloudellisen toiminnan infrastruktuurin, mutta ei ohjaa yksilöitä näiden toiminnassa. Se pysyttelee etäällä, toistaa ja vahvistaa talouden omaa logiikkaa. Ei enempää eikä vähempää. Kyse on eräänlaisesta *puuttumattomuusperiaatteesta*¹⁶⁹. Niin kauan kuin yksilöiden toiminta pysyy vapauden pohjalta rakennettujen sääntöjen määrittelemissä rajoissa ja toisintaa sen peruspiirteitä, toimintaan ei puututa eikä sitä ohjata tai edes pyritä ohjaamaan millään tavoin varallisuus oikeudellisilla säännöillä. Oikeus vain mahdollistaa ja luo infrastruktuurin yksilöiden – oikeutta edeltävästi – omalakiselle toiminnalle. Jos yksilö ei riko toisen vapautta eli subjektiivisia oikeuksia, hän saa aina toimia haluamallaan tavalla, tavoitella omaa etuaan miten haluaa. Silloin, kun vapautta vastaan rikotaan, reaktiotkin toteuttaa puuttumattomuutta. Niissäkään ei ohjata.

Oikeusjärjestyksen ja varhaisen liberaalin hallinnan mentaliteetin edellyttämä vapaus on aateliston ja – ennen kaikkea – porvariston, omistavien luokkien, kan-

¹⁶⁶ Ks. esim. Meuret 1993 s. 64–72.

¹⁶⁷ Meuret puhuu juuri valtion kesyttämisestä Meuret 1993 s. 68–72. Vrt. esim. Santos 2002 s. 40–44.

¹⁶⁸ Ks. esim. Kennedy 1976 s. 1714–1718.

¹⁶⁹ Käytän puuttumattomuusperiaate-termiä tavanomaisesta poikkeavassa merkityksessä. En siis viittaa siihen Suomen oikeudessa vanhastaan tunnettuun periaatteeseen, jonka mukaan ”tiettyihin hylättäviin järjestelyihin (kuten mustaan kauppahintaan) perustuvat vaatimukset on hylätty automaattisesti niiden sisällöstä riippumatta eikä oikeussuojaa ole annettu järjestelyn kummallekaan osapuolelle” (Hoppu – Hemmo 2006 s. 1153). Hyvin vakuuttavasta perinteisen puuttumattomuusperiaatteen perusoikeusjärjestelmästä ponnistavasta kritiikistä ks. Lavapuro 2005 erityisesti s. 970.

salaisyyhteiskuntaan osallistuvien vapautta.¹⁷⁰ Se on abstraktia, rahaa käyttävien yksilöiden vapautta.¹⁷¹

Hallinta-aspektin lisäksi on syytä, että perinteiseen varallisuusoikeuteen on kiteytynyt 1800-luvun puolivälin porvariston liberaali käsitys yksityisoikeudelle ominaisen maailman – taloudellisen toiminnan – ontologiasta. Vaikka vapaus on tärkeässä osassa, sitä ei saa pitää itseisarvoisena seikkana. Varallisuusoikeuden perinteissä sääntelylogiikassa on kysymys *myös* hallinnasta ja hallitsemisesta. Huolenaiheena ei ole yksinomaan mahdollisimman suuren toimintavapauden takaaminen mahdollisimman monelle yksilölle, vaan myös kollektiivin toiminnan optimointi. Miten yhteiskuntaa voidaan ohjata ja miten sen optimaalinen toiminta voidaan turvata? Varallisuusoikeus onkin muutakin kuin vain liberaalia aatetta: se on myös tapa hallita, käsitteellistää ja muokata ihmisiä ja puhua siitä maailmasta, johon ihmiset sijoittuvat.¹⁷² Ontologian tasolla varallisuusoikeudellinen sääntelylogiikka on ikuistanut varallisuusoikeudeksi karakterisoidulle oikeudenalalle yhden tietynlaisen toimintaympäristökäsityksen ja toimijaidentiteetin, josta on hyvin vaikeaa päästä eroon.¹⁷³ Hallinnan mentaliteetin tasolla se määritteli ne ongelmat, joihin oli soveliaista puuttua ja myös ne ratkaisut, joita samoihin ongelmiin oli syytä tarjota.

8 MINNE VARALLISUUSOIKEUS EI SAA ULOTTUA?

Kertomukseni saattaa vaikuttaa kovin yksioikoiselta. Se onkin sitä. Kuvaan yhtä ahistoriallista hetkeä, jota ei ole oikeasti koskaan ollut. Varallisuusoikeuden sääntelylogiikka on eräänlainen ideaalityyppi, kaikesta historiallisesti kontingentista peruslogiikkaa haastavasta ja saastuttavasta lainsäädännöllisestä materiaalista puhdistettu (h)aavekuva, idea sääntelystä. Totta se ei koskaan ole ollut.

¹⁷⁰ Ks. esim. Gordon 1991 s. 20. Vrt. Björnen (Björne 2006) vapaudesta ja sen asemasta esittämään.

¹⁷¹ Ks. esim. Pöyhönen 2000 s. 32–41, jossa Karhu pyrkii selvittämään perinteisen varallisuusoikeuden käsitteellisiä perusrakenteita. Hänen johtopäätöksensä on, että perinteisessä varallisuusoikeudessa korostettiin yksinomaan yksilön abstraktia, sosiaalisesta kontekstia irrotettua vapautta, jonka sisällöllisenä kriteerinä oli ihmisen kyky asettua luonnon kausaalisista syy-seuraussuhteista vapaaksi.

¹⁷² Esimerkiksi Wieackerin esityksessä *rechtswissenschaftliche Positivismusista*, jonka Wieacker hahmottaa olleen yksi pandektioikeuden tärkeimmistä tunnuspiirteistä, käsitteellisen, ontologisen rakenteen merkitys korostuu. Vaikka Wieacker korostaakin ajan oikeustieteilijöiden pyrkimystä neutraalisuuteen ja ei-poliittisuuteen ja yhteiskunnan rakenteista riippumattoman oikeudellisen normiston rakentua, ontologiset sitoumukset olivat – paradoksaalista kyllä – erittäin tärkeitä. Ks. Wieacker 1967 s. 430–458. Ks. myös Broekman 1986 s. 94–102. Ks. viimeaikaisesta suomalaisesta kirjallisuudesta esim. Pöyhönen 2000 s. 32–56.

¹⁷³ Ks. Wieacker 1953 s. 8–10; Pöyhönen 2000 s. 33–60.

Sen edellyttämää varallisuus oikeutta ei ole ollut olemassa missään milloinkaan, ainakaan puhtaana. Merkantilistisesta sääntelystä ja taloudesta¹⁷⁴ oli jäänteitä 1800-luvun oikeusjärjestyksissä. Toisaalta jo 1800-luvun lopun aikana ja erityisesti 1900-luvun alussa yhteiskunnalliseen ja myös oikeudelliseen keskusteluun osallistuvien päähuomio kiinnittyi toisenlaisiin, leimallisesti *sosiaalisiksi* nimettyihin ja määriteltyihin ongelmiin.¹⁷⁵

Sosiaalinen oli haaste perinteiselle varallisuus oikeudelle. Esimerkiksi brittiläinen sosiologi Colin Gordon selittää, että sosiaalisia kysymyksiä määrittää juuri se, että ne sijoittuvat juuri liberaalin porvarillisen yhteiskunnan julkisen poliittisen ja yksityisen taloudellisen väliin tiloihin, joita liberaalissa hallinnassa ei edes pitänyt olla olemassa. Sosiaaliset ongelmat ovat *yhteiskunnan ja väestön* avaaman tilan mahdollistamia ongelmia:

”the social designates a field governmental action operating always within and upon the discrepancies between economy and society, principles each of which comes to be envisaged in terms of its incipient prejudice to the other, so that the politics of prosperity centers on the effort to establish positive feedbacks for their reciprocal correction.”¹⁷⁶

Sosiaalisten kysymyksenasettelujen myötä syntyi, kuten tunnettua, hyvinvointivaltio.¹⁷⁷ Hyvinvointivaltiossa hallinnan ja manipulaation kohteita ovat juuri sosiaaliset kysymykset. Tähän kehityskulkuun liittyy ns. *biopolitiikka*. Biopolitiikka, joka on terminä peräisen Michel Foucault’n ajattelusta, nousi 1800-luvun aikana liberaalin hallinnan mentaliteetin rinnalle.¹⁷⁸ Foucault tarkoittaa biopolitiikalla kokonaan toista, klassisen liberaalin hallinnan mentaliteetista poikkeavaa poliittisen hallinnan tyyppiä, jonka toiminnan käytännöllinen orientaatio poikkesi liberaalin yövaltion toiminnasta. Siinä, missä liberaali hallinta perustui taloudellisen toiminnan emuloimiselle ja sen omalakisouden kunnioittamiselle ja toisaalta kansalaisyhteiskunnan tilan rauhoittamiselle poliittisista väliintuloista, biopolitiittisilla interventiolla pyrittiin juuri siihen, mihin valtiota oli kielletty puuttumasta. Näillä poliittisilla interventioilla – jotka saivat ajoittain myös oikeudellisen muodon – pyrittiin ohjaamaan yhteiskunnan toimintaa, muodostamaan subjekteja, vaikuttamaan näiden moraaliseen subjektiuteen ja täyttämään näiden tarpeita.

¹⁷⁴ Ks. merkantilistisen talouden analyysistä esim. Foucault 2002b s. 180–233.

¹⁷⁵ Ks. sosiaalisia kysymyksenasetteluja korostavista teksteistä esim. Gierke 1948; Kennedy 2003; Kennedy 2004. Ks. myös Wilhelmsson 1987; Wilhelmsson 1995; Pöyhönen 2000 s. 62–63; Mononen 2001 s. 150–151.

¹⁷⁶ Ks. Gordon 1991 s. 34.

¹⁷⁷ Hyvinvointivaltioiteemoista on kirjoitettu paljon. Erinomainen kokoelma on Teubner 1986.

¹⁷⁸ Ks. esim. Lemke 2001; Donzelot 2008 s. 118–122.

Sosiaalisten kysymysten ratkaiseminen *ei* ole varallisuus oikeuden perinteinen tehtävä – kaikkea muuta.¹⁷⁹ Perinteisellä varallisuus oikeudella ei ole ”sosiaalista” tehtävää, koska sen perustaksi omaksutut ajattelutavat eivät ylipäättään mahdollistaneet sosiaalisten kysymysten pohtimista tai niihin vastaamista.¹⁸⁰ Abstraktille vapaudelle perustuvassa järjestelmässä on mahdotonta luoda sosiaaliin ongelmiin vastaavia ratkaisuja. Perinteiset varallisuus oikeuden peruspiirteet – abstraktioperiaate, itserajoitus taloudelliseen – olivat vakiintuneet ja eriytyneet jo ennen biopolitiikan ja sille ominaisten hallinnallisten tekniikoiden ja mentaliteetin syntymistä. Biopolitiikka muodosti toisen, ideaalittyyppiselle varallisuus-oikeudelliselle hallinnan mentaliteetille rinnakkaisen hallinnan mentaliteetin.¹⁸¹

Toisaalta perinteisen varallisuus oikeuden hallinnan mentaliteetti sijoittuu hankalasti Michel Foucaultin oikeutta koskevaan ajatteluun.¹⁸² Tavallisesti Foucaultin pääkontribuutiona oikeudesta käytävään keskusteluun muistetaan väite *juridisen* koodin ja kurinpidon sekä myös biopolitiikan erillisyydestä.¹⁸³ Foucault väitti, että perinteinen juridinen vallankäytön koodi, *juridiktio*, perustui lain ja suvereenin käsitteille. Suvereeni käytti lain avulla *valtaa* yhteiskunnassa. Valta sai ilmauksensa verisessä kostossa, jonka suvereeni jumalkuningas kohdisti hänen käskyjään rikkoneisiin alamaisiin. Suvereenin miekka oli vallan merkki. Suvereeni saattoi ottaa alamaisansa elämän.¹⁸⁴

Siirtymä suvereenin *juridiktio*-vallasta kurinpitoon ja vallan mikromekaniikkaan on tärkeä teema Foucaultin ajattelussa. Kurinpitoyhteiskunnassa valtaa käytettiin toisella tavoin kuin *juridiktion* hallitsemassa esikurinpidollisessa yhteiskunnassa. Foucault väitti, että kurinpidollistuneessa yhteiskunnassa lain valta ei ollut erityisen kiinnostavaa todellisen vallan käytön kannalta. Samalla oikeu-

¹⁷⁹ Ks. esim. Gierken esittämää kitkerää BGB:n kritiikkiä *Die Soziale Aufgabe des Privatrecht* -kirjasessa (Gierke 1948). Ks. myös saksalaisen Repgen Tilmanin tutkimusta *Die Soziale Aufgabe des Privatrechts* (Tilman 2001), jossa Tilman pyrkii jäljittämään BGB:n syntyhistoriaa niiden säännösten osalta, joissa jonkinlainen sosiaalinen painotus voidaan tunnistaa. Tilman joutuu Gierken tavoin väitöskirjassaan tunnustamaan, että BGB:llä ei ollut sosiaalista tehtävää ja että se oli sosiaalisesta näkökulmasta tarkasteltuna kylmää ja abstraktia oikeutta. Ks. myös Kindermann 1981.

¹⁸⁰ Ks. Ewald 1993 s. 93–110, jossa Ewald esittelee liberaalin oikeuden diagrammin peruspiirteitä.

¹⁸¹ Ks. toisaalta Coing 1989 s. 72–73. Coing tosin löytää sosiaalisiksi luokiteltavaa ainesta siviili-oikeudesta jo 1870-luvulta. Kotkas pohtii artikkelissaan, olisiko esimoderni, liberaali ja sosiaalinen oikeus erotettava toisistaan kokonaan toisenlaisen oikeustyypin edustajiksi ja päättyy toteamaan, että näin ei tule tehdä. Ks. Kotkas 2007 s. 76.

¹⁸² Ks. esim. Rose – Valverde 1998 s. 542.

¹⁸³ Ks. esim. Hunt 1992; Hunt – Wickham 1994 s. 40; Wickham 2006. Huntin ja Wickhamin käsityksien kritiikistä ks. esim. Rose – Valverde 1998; Tadros 1998 s. 80–81. Tadrosin perustellun kritiikin mukaan Hunt ja Wickham samaistavat turhaan oikeuden ja juridisen. Tadros näkee, että oikeus voi olla muitakin kuin vain juridista.

¹⁸⁴ Ks. Hunt 1992 s. 5–10; Tuori 2000 s. 74; Kotkas 2007 s. 61.

den asema vallan käytön diagrammissa muuttui. Juridinen valta ei ollut biopoliittisissa oloissa enää keskeistä: Foucault kiinnitti huomionsa vallan äärialueisiin, ei sen perinteiseen keskustaan.¹⁸⁵ Foucaultin kehittelmät laista ja oikeudesta kurinpitoyhteiskunnassa jäivätkin varsin hahmottomiksi.¹⁸⁶

Siitä, mihin Foucault jäi, jatkoi François Ewald. Ewaldin kertomuksessa oikeudesta keskiössä on *Normi* ja *Normin leikki*.¹⁸⁷ Lähtökohta-asetelma poikkeaa kuitenkin Foucaultin ideoista. Ewald ajattelee, että oikeus voi sosiaaliseksi oikeudeksi muuttuessaan ottaa haltuunsa biopoliittisen hallinnan mentaliteetin. Se voi sisäistää uuden vallan muodon. *Juridktion* sijasta kuitenkin syrjäytyy liberaali oikeus. Sosiaalinen oikeus tekee *Normin leikistä*, liberaalille oikeudelle täysin tuntemattomasta ja käsittämättömästä vallankäytön rationaliteetista osan oikeutta. Oikeuden luonne muuttuu.¹⁸⁸ Syntyy uusi oikeustyyppi. Oikeudesta tulee korjaavien epätasapainojen, kynnysten ja epätasa-arvon oikeutta, joka luo oikeudellisen identiteetin biopoliittisille projekteille.¹⁸⁹ Ewald korosti, että liberaali oikeus on biopoliittisen, *Normin* käytäntöjen varaan rakentuvan sosiaalisen oikeuden antiteesi.¹⁹⁰

Mikä on liberaalin oikeuden ja Foucaultin juridiktion välinen suhde? Foucaultin juridista vallankäytön muotoa luonnehtivilla suvereenin ja lain käsitteillä on kovin vähän tekemistä liberaalin varallisuus oikeuden kanssa. Erot tulevat selville, kun muistetaan, että Ewald itse luonnehtii, että juridinen juridiktion vallankäyttö on ”characterized by forcible seizure, abduction, or repression and usually culminating in death.”¹⁹¹ Varallisuus oikeudellisessa sääntelylogiikassa – ja Ewaldin liberaalissa oikeudessa – tällainen laki ja suvereeni kuitenkin suorastaan loistavat poissaolollaan. Tässä mielessä perinteinen yksityisoikeuden sääntelylogiikka muistuttaa enemmän sosiaalista oikeutta, koska sekin on elämän antamisen, ei sen poisottamisen oikeutta. Juridiktioille ominainen suvereenin

¹⁸⁵ Ks. Foucault 1980 s. 96 ja 104–105.

¹⁸⁶ Foucault hahmottaa Two Lectures-artikkelin jälkimmäisessä luennessa (Foucault 1980 s. 105–108) juridisen koodin ja Normin välistä suhdetta toteamalla, että juridinen koodi ja normi ovat toisiinsa nähden komplementaarissa asemassa. Juridinen on säilynyt ja määrittää yhdessä kurinpitokäytäntöjen kanssa vallan todelliset areenat. Juridisen koodin avulla suvereeni on voitu kesyttää sosiaalisesta, ja samalla juridinen on omalta osaltaan ylläpitänyt kurinpitoyhteiskunnan rakenteita. Vrt. Kotkas 2007 s. 74–75, jossa Kotkas esittelee Foucault’n vuosien 1978 ja 1979 luentoja ja niissä esitettyjä oikeutta koskevia kantoja.

¹⁸⁷ Ks. esim. Ewald 1990 s. 153–155. Ewaldin esitys liberaalista oikeudesta (Ewald 1993 s. 63–111) on harmillisen epätarkka liberaalin oikeusparadigman synnyn osalta. Suomalaisesta yrityksestä hahmottaa Lain ja Normin suhdetta ks. Koivisto 2008.

¹⁸⁸ Ewald puhuu *oikeudellisen kokemuksen* (saksannoksessa *juristische Erfahrung*) muutoksesta. Juristeille ominainen käsitys oikeudesta muuttuu, kun siirrytään liberaalista oikeudesta sosiaaliseen oikeuteen. Ks. Ewald 1993 s. 36–42.

¹⁸⁹ Ks. esim. Tuori 2000 s. 75–79.

¹⁹⁰ Ks. Lemke 1997 s. 199–203; Tuori 2000 s. 69–70; Tuori 2003 s. 88.

¹⁹¹ Ewald 1990 s. 138; Ewald 1993 s. 29–30.

valta ei ole läsnä varallisuus oikeuden sääntelylogiikassa. Varallisuus oikeus on liberaalin hallinnan immanentin rationaliteetin ilmentymä, josta suvereenin valta on rajattu tiukasti tietylle alueelle ja toteuttamaan tiettyä ennalta määrättyä tehtävää.¹⁹² Muutoin suvereenin on pysyteltävä ulkopuolella. Hankalaa on, että Ewaldin kertomuksessa liberaalista oikeudesta sosiaalista oikeutta luonnehtiva Normin leikki on kuitenkin yhtä lailla poissa kuin laki ja suvereenikin. Liberaalissa varallisuus oikeudessa yhteiskunnan lainalaisuudet ovat immanentteina läsnä, määrittävät oikeudellisen sääntelyn rajat ja mahdollisuudet sekä perustavat oikeustyyppin itsessään, mutta kyse ei ole Ewaldin tarkoittamasta *Normista*, joka on tyypillinen vasta sosiaalisessa oikeudessa.

Varallisuus oikeuden ja sosiaalisen oikeuden suhde on myös historiallisessa katsannossa ongelmallinen. Eräissä suhteissa vaikuttaa siltä, että varallisuus oikeus pystyi pitkään ja onnistuneesti hylkimään biopoliittisia pyrkimyksiä, pysymään puhtaana biopoliittisista vaikutteista.¹⁹³ Väite on lopulta kuitenkin hyvin heikko. Varallisuus oikeuden kohtalona on ollut sen ytimen marginalisoituminen.¹⁹⁴ Varallisuus oikeuden ytimessä eli sen yleisissä opeissa on edelleenkin individualismia ja liberalismia korostava – ja liberaalin hallinnan peruseräpäiteiden mukainen – ajattelutapa, joka kieltää biopoliittisen oikeudellisen hallinnan varallisuus oikeuden väärinkäyttönä ja runtelemisena. Tämä ydin on kuitenkin lainsäädännön myötä tullut periferiaksi. Varallisuus oikeudesta on eriytynyt jatkuvasti uusia oikeudenaloja, jotka perustelevat olemassaolonsa ja erillisyytensä normaalista varallisuus oikeudesta juuri sillä, että niissä yleiset opit poikkeavat varallisuus oikeuden yleisistä opeista.¹⁹⁵ Työoikeus, huoneenvuokraoikeus, kuluttajaoikeus, arvopaperimarkkinaoikeus, vakuutus oikeus, korvausoikeus ja yhteisöoikeus ovat kaikki kuroutuneet irti varallisuus oikeudesta, jonka keskiöön – va-

¹⁹² Ks. Tuori 2000 s. 70–71.

¹⁹³ Mielenkiintoinen tutkimuskysymys olisi selvittää pohjoismaisen realismin ja ns. *reala hänsyn* -lainopin taustalla vaikuttavia hallinnan mentaliteetteja. Sama koskee ns. sosiaalista siviilioikeutta (ks. erityisesti Wilhelmsson 1987; Pöyhönen 1988; Wilhelmsson 1995). Vaikka erityisesti *reala hänsyn* -lainoppi liitetään tavanomaisesti ns. *social engineering* -ajatuksen, sen suhde Ewaldin teksteistä (Ewald 1986; Ewald 1990) hahmottuvaan sosiaaliseen oikeuteen on jännitteinen. Vaihdannan intressi-argumentaatiossa *reala hänsyn* -lainopilla näyttää olevan varsin selviä kytköksiä ns. *ordoliberalismi*in (Gerber 1994 s. 36–49; Lemke 2001 s. 192–195).

¹⁹⁴ François Ewaldin ajatukset ovat kuvaavia. Ewald esittää *L'état providence* -kirjassaan (Ewald 1993 s. 36–38), että *sosiaalisen oikeuden* vähittäisen kehityksen myötä koko oikeusjärjestelmän perusluonne olisi muuttunut. Ewaldin mukaan sosiaalinen oikeus on korvannut liberaalin oikeuden. Sosiaalisessa oikeudessa oikeus on radikaalisti erilaista kuin liberaalissa oikeudessa. Ewaldin esityksen kipukohta on sen yksiselitteisyydessä. Vaikka tapaturmavakuutus syrjäyttikin osin vanhan liberaalin vahingonkorvausparadigman, kehityksen mustavalkoinen kuvaaminen näyttää kovin yksioikoiselta. Tosiasia kuitenkin on, että sosiaaliseen oikeuteen jäi lukuisia liberaaleja taskuja. Taskuja on vieläpä siinä määrin, että on kyseenalaista, kumpi oikeustyyppi, sosiaalinen vai liberaali on tosiasiaa dominantti. Ks. myös Ewald 1986.

¹⁹⁵ Ks. Unger 1996 s. 2–3.

rallisuusoikeyden kovaan ytimeen – on jäänyt vain osia velvoiteoikeydesta, sopimusoikeudesta ja vahingonkorvausoikeudesta.¹⁹⁶ Nämäkään alueet eivät ole yhtenäisiä. Kohtuullistaminen, heikomman suojaamiseen tähtäävät säännöt ja esimerkiksi sosiaaliset suoritusesteet lyövät biopoliittisia kiiloja näihinkin aloihin. Aiheeni kannalta on kuitenkin tärkeä huomata, että vahinkojen laskemisen säännöt ja niiden taustalla häilyvät perinteiset käsitteellistykset kuvastavat kuitenkin perinteisen modernin varallisuusoikeyden sääntelylogiikkaa puhtaimmillaan.¹⁹⁷

Varallisuusoikeys – nykymuodossaan – vaikuttaa aika kaoottiselta erilaisten ajattelutapojen ja hallinnan mentaliteettien kokoelmalta. Nikolas Rosen ja Mariana Valverden kuvauksessa oikeydesta tuntuisi olevan järkeä. He kirjoittavat, että

”Foucault likened France’s legal system to one of Tinguely’s constructions: ‘one of those immense pieces of machinery, full of impossible cog-wheels, belts which turn nothing and wry gear-systems: all these things which *don’t work*; and ultimately serve to make the thing *work*’. The analogy highlights the hybridity of the legal complex: it is composed of elements with very diverse histories and logics. But nonetheless, Foucault suggested, the workings of this legal complex had become increasingly pervaded by forms of knowledge and expertise that were non-legal. Its regulations, practices, deliberations and techniques of enforcement increasingly required supplementation by the positive knowledge claims of the medical, psychological, psychiatric and criminological sciences, and the legal complex thus enrolled a whole variety of ‘petty judges of the psyche’ in its operations. Further, the legal complex had itself become welded to substantive, normalizing, disciplinary and bio-political objectives having to do with the re-shaping of individual and collective conduct in relation to particular substantive conceptions of desirable ends. The legal complex, that is to say, had been governmentalized.”¹⁹⁸

Puhdasta varallisuusoikeytta ei koskaan ollut. Todellisuudessa historiallisen varallisuusoikeyden sääntelylogiikka on ollut juuri kokoelma eriaikaista ja -paikkaista materiaalia. Puhdas varallisuusoikeys on syntyäikansa ilmiö, mutta samalla se oli todellisuudessa olemassa vain haavekuvana. Perinteisessä varallisuusoikeyden sääntelylogiikassa heijastuu sille ominainen, oma ja erityinen oikeys-

¹⁹⁶ Ks. vastaavan yhdysvaltalaisen kehityksen analyysistä Horwitz 1992 s. 213–247.

¹⁹⁷ Sinällään on selvää, että monet perinteiset varallisuusoikeyden lähtökohdat heijastavat niin ikään tarkoittamaani varallisuusoikeyden sääntelylogiikka. Oikeustoimilain säännöksissä ilmauksensa saava tarjous–vastaus-mekanismi, jonka perusteella sopimusten syntymistä on totuttu hahmottamaan, on eittämättä samaa perua. Eritoten Juha Pöyhösen hahmottelema sopimuksen tahtomalli tuntuu sopivan hyvin yhteen varallisuusoikeyden perinteisen sääntelylogiikan kanssa (Pöyhönen 1988 s. 120–138). Ylipäätään perinteinen sopimusoikeys on saman ideologisen kompleksin jatketta. Perinteisestä sopimusoikeydesta ja sen peruspiirteistä ks. alaviitteen 1183 kohdalla esitettyä.

¹⁹⁸ Rose – Valverde 1998 s. 543.

muotonsa.¹⁹⁹ Perinteiseen varallisuusoikeuteen on kodifioitu eräs versio varhaisesta liberalistisen hallinnan mentaliteetista. Kokonaan toinen kysymys on, kuvastuuko perinteisessä varallisuusoikeudessa jokin perustava oikeudellisen ajattelun muoto.

Perinteisen varallisuusoikeudellisen sääntelylogiikan paikka oikeuden ytimessä on kuitenkin erittäin hankala. Kysymyshän on eräässä suhteessa juuri Tuorin terminologiassa modernin oikeuden syvärakenteeseen kuuluvista käsitteellisistä ja normatiivisista sitoumuksista, joita ainakin Tuorin mielestä on *modernissa oikeudessa* lähestulkoon mahdotonta korvata tai joista on hyvin vaikeaa päästä eroon. Oikeuden olemukseen liittyy Tuorin käsityksen mukaan tietty vapauden metafysiikalle perustuva käsitteellinen rakenne, jota varallisuusoikeuden perinteinen sääntelylogiikka nähdäkseni toistaa.

Juuri modernin oikeuden keskeisimpien lähtökohtien edustajana ja ilmentäjänä varallisuusoikeuden perinteisellä sääntelylogiikalla näyttäisi edelleen olevan jotakin annettavaa. Se määrittää yksityisoikeuden keskustan, sen paikan, johon voimme aina turvautua, kun argumentit muutoin loppuvat. Ongelmana on vain yksi kiusallinen seikka: perinteinen varallisuusoikeus on jatkuvalla perääntymismarssilla. Sen perusteluilla, rationaliteetilla ja sosiaalisella visiolla on jatkuvasti vähemmän annettavaa. Kilpailuoikeus, kuluttajansuojaoikeus, työoikeus, tiettyjen infrastruktuuripalveluiden sääntely, työntävät varallisuusoikeutta yhä ahtaammalle, tosiasiaassa jatkuvasti perifeerisemmäksi, poikkeuksellisemmaksi, anomaalisemmaksi, erityisemmäksi ajattelutavaksi, joka on pelattu pois sen peruseräistä poikkeavalla sääntelyllä. Paradoksi on, että silti se määrittää keskustan.

9 HENGETÖN TALOUS JA RAHAN KIELI

Olen edellä pyrkinyt osoittamaan, että porvarillinen varallisuusoikeus rajoittui tietyistä ajan yhteiskuntateoriaan kiinnittyvistä syistä juuri tietyllä, porvarilliseksi kutsumallani tavalla määritellyn taloudellisen toiminnan sääntelyyn. Vahingonkorvausoikeudessa – ja myös laajemmalti varallisuusoikeudessa – taloudellisen ja ei-taloudellisen välille muodostuva erottelu oli tärkeä. Varallisuusoikeus saattoi tehokkaasti säännellä kansalaisten välisiä suhteita varallisuusoikeuden perusrakenteen edellyttämällä tavalla, koska sääntely perustui yksilöiden vapauden kunnioittamiselle ja vaalimiselle.

¹⁹⁹ Ks. suomalaisesta hallinnan mentaliteettien ja oikeuden suhdetta koskevasta pohdinnasta esim. Kotkas 2007. Esimoderneista oloista ks. Kotkas (Kotkas 2007).

Talous muodostuu tässä konstellaatiossa varsin hengettömäksi kokonaisuudeksi: se määrittyy yksilöiden rationaalisen toiminnan ja tahdonvapauden käyttämisen alueeksi, siksi toiminnan kentäksi, jossa he saattoivat olla vapaita ja toimia ulkoisen tarpeentyydytyksensä suhteen vaihtamalla esineitä²⁰⁰.

Talous näyttäytyy hengettömänä, koska se ei (h)aavekuvassa saa vielä kaikkia moderneja – liiketaloustieteen määrittämiä – taloudellisen toiminnan piirteitä. Vapaus, toiminta vaihdossa ja markkinoilla, materiaalistien tarpeiden tyydyttäminen ja omaneduntavoittelu jäävät talouden määrittäjiksi. 2000-luvun alun näkökulmasta yhtä aikaa näin sisällötön ja moniselitteinen talouskäsitys on outo ilmiö.

Fairclough ja Chiapello esittävät, että kapitalismi on kokenut kolme perinpohjaista muutosta, joiden yhteydessä taloudellisen toiminnan ideaalituypit ja hahmottamistavat ovat muuttuneet.²⁰¹ 1800-luvun lopulla muotonsa saanutta ”ensimmäistä kapitalismia” kuvasi se, että se rakentui pienten porvarisperheiden hallitsemien yritysten varaan. Innoituksen taloudelliselle toiminnalle loi materiaalistien tarpeiden tyydytys ja kehitys. Oikeudenmukaisuus puolestaan varmistui perheen ja markkinoiden välisessä järjestyksessä. Henkilökohtainen turvallisuus puolestaan rakentui henkilökohtaisen varallisuuden, henkilökohtaisten suhteiden, hyväntekeväisyyden ja paternalismin varaan.²⁰² Edellä kuvattu yksityisoikeuden talous vastaa varsin pitkälti juuri Fairclough’n ja Chiapellon erittelemää kronologisesti ensimmäistä kapitalistista talouskäsitystä.²⁰³

Talousskytkentään liittyy kuitenkin vielä toinen, täysin ilmiselvä varallisuusoi-
keuden sääntelylogiikalle rinnakkainen seikka, joka on selvityksessäni painunut osin varjoon. Olen itse asiassa korostanut edellä ei-ilmeistä taloudelliseen rajoittamisen ulottuvuutta. Varjoon jäänyt ilmiselvä seikka on *raha*. *Vermögen*, varallisuus, tunnistettiin koko ajan sillä perusteella, että varallisuudella oli taloudellista eli rahallista arvoa. Koko taloudellista arvoa koskeva pohjoismainen keskustelu keskittyy rahan ja varallisuuden välille syntyvän kytkennän ympärille. Scheel ja Ussing löytävät taloudellisuuden täsmentyneet kriteerit juuri rahasta, ei suoraan elämänalueiden luokittelusta niin kuin Hagerup selvemmin tekee.

²⁰⁰ Ks. jäljempänä saksalaisen varallisuusoi-
keuden talouskäsituksesta selitettyä alaviitteiden kohdalla. Ks. myös Neunerin (Neuner 1866 s. 44–50) esitystä, siitä mitä taloudellinen toiminta on. Ks. myös esimerkiksi Y. J. Hakulisen (Hakulinen 1958 s. 1–3.) määritelmää varallisuusoi-
keudellisen toiminnan peruspiirteistä.

²⁰¹ Ks. Chiapello – Fairclough 2002 s. 187–189. Ks. myös Esser 1996; Hardt – Negri 2000 s. 280–282.

²⁰² Ks. erityisesti Chiapello – Fairclough 2002 s. 189:n taulukkoa.

²⁰³ Kaksi muuta Fairclough’n ja Chiapellon erottamaa kapitalismia ovat 1900-luvun puolivälissä syntynyt suurten kansainvälisten organisaatioiden ja massatuotannon sävyttämä kapitalismi, sekä verkostoille, vapaille pääomavirroille ja innovaatioille perustuva uusi talous (Chiapello – Fairclough s. 189 434).

Raha on (kapitalistiselle) taloudelle ratkaisevan tärkeä instituutio²⁰⁴. Raha ja talous kytkeytyvät erottamattomasti yhteen. Sama käy taloudelle ja varallisuus-oikeudelle. Raha on talouden kieli, se väline, jonka avulla talouden piirissä kommunikoidaan.²⁰⁵ Talous tulee määriteltä rahan käyttämisen piiriksi, siksi elämänalueeksi, jolla rahan avulla voidaan pätevästi ja legitimiasti operoida.²⁰⁶ Varallisuus-oikeus oli talouden ja *siksi* juuri *rahan* oikeutta.

Taloudellinen saa tärkeän lisämerkityksen ja lisämäärittelyperusteen. Sen lisäksi, että taloudellinen määrittyy yhdeksi porvarillisen yhteiskunnan omalakisista elämänalueista, tietyn inhimillisen toiminnan kentäksi, taloudellisen käsite voidaan formalisoida ja täsmentää myös rahan suunnasta. Porvarillisen talouden piiri on rahan ja rahan käyttämisen ja sillä operoimisen piiriä. Se on ihmisen toimintaa, jossa kommunikaatio tapahtuu rahan välityksellä. Raha artikuloi taloudellisen arvon kantajana merkityksiä. Siksi raha ja taloudellinen sulautuivat yhteen. Missä oli raha, siellä oli myös taloudellinen ja varallisuus. Missä ei ollut rahaa, ei ollut taloudellista elämää eikä myöskään varallisuutta. Vahingonkorvausoikeuteen siirrettynä tämä tarkoitti, että raha avasi yhdessä taloudellisen elämänalueen idean kanssa vahingon käsitteen mahdollisuuden.²⁰⁷

Varallisuuden, rahan ja talouden kolmiyhteys yksityisoikeuden käsitteellisessä ytimessä käy selvästi ilmi ajan kirjallisuudesta. Esimerkiksi Joseph Unger totesi 1800-luvun lopussa seuraavaa:

”Die Sachen haben für das Privatrecht nur in so fern Bedeutung als sie im Verkehr einen *Werth* haben. [...] Man kann daher sagen nur jene Sachen haben für das Privatrecht Bedeutung, welche *Geldeswerth* haben. Was hier von den Sachen gesagt wird, gilt ebenso in Ansehung der Handlungen und Leistungen insofern sie Gegenstand von Privatrechten sind, und jener Satz lässt sich daher allgemein dahin fassen, nur *jene Sachen und Handlungen können Rechtsobjekte sein, welche Geldeswerth haben*, ein Satz der insbesondere für das Obligationsrecht von der größten Bedeutung ist.”²⁰⁸

Unger ei tietenkään ollut ajan varallisuus-oikeustieteessä ainoa tällaisia lausumia esittänyt. Jo Friedrich Carl von Savigny oli lähtenyt liikkeelle rahan, arvon ja varallisuuden välttämättömästä yhteydestä. Savignylle varallisuuden tärkeimmät ominaisuudet kuvastuivat kahdessa tekijässä. Ensinnäkin varallisuus oli jatku-

²⁰⁴ Ks. esim. Habermas 1987 s. 171–172.

²⁰⁵ Ks. esim. Weber 1978 s. 75–80; Habermas 1987 s. 264–266; Simmel 1990 s. 79–100; Foucault 2001 s. 192–195.

²⁰⁶ Ks. esim. Habermas 1987 s. 266.

²⁰⁷ Tämä klassinen asetelma, jossa sekä raha että taloudellisen toiminnan käsite ovat läsnä vahingon taloudellisuuden arvioinnissa, tulee selvästi esille esineen käyttöhyödyn menettämisen yhteydessä, erityisesti silloin, kun korvaavan esineen vuokrasopimusta ei ole tehty. Ks. esim. Larenz 1965 s. 490–492.

²⁰⁸ Unger 1892 s. 371–372. Korostukset alkuperäisessä.

vassa liikkeessä. Se voitiin määrittää vain yhdelle hetkelle. Toiseksi varallisuudelle oli ominaista, että se voitiin abstrahoida. Yksittäiset varallisuusesineet ja -suhteet saatettiin tuoda toisiinsa rinnakkaisiksi, verrata toisiinsa, mitoittaa ja täten tuottaa abstrakti, puhtaan kvantitatiivinen käsitys varallisuudesta.²⁰⁹ Varallisuus irtoaa tällöin konkreettisista esineistä ja oikeuksista. Se muuttuu virtaavaksi, abstraktiksi laskennalliseksi *arvoksi*. Savigny totesi, että arvo oli tässä muutoksessa tärkein tekijä:

”Diese rein quantitative Behandlung des Vermögens, ohne welche eine Handhabung des Rechts nuhr in sehr unvollkommener Weise möglich seyn würde, wird vermittelt durch den Begriff des Werthes, oder der Gleichstellung verschiedenartiger Vermögensrechte durch Reduction auf gemeinschaftliches Drittes. Und dieser Begriff wiederum wird äußerlich dargestellt und in das wirkliche Leben eingeführt durch das Geld, so das also für den juristischen Gebrauch Werth und Geldwerth gleichbedeutende Ausdrücke sind, und auch in der That abwechselnd angewendet zu werden pflegen.”²¹⁰

Vastaavat teemat esiintyvät myös Puchtalla²¹¹ ja Windscheidilla²¹². Puchtalla kytkentä oli tavattoman selvä: ”unter Vermögen im rein juristischen Sinn die Wirksamkeit der Person in vermögensrechtlicher Hinsicht verstanden wird, die vermögensrechtliche Existent der Person.”²¹³

Toisaalta on syytä pistää merkkeille eräs käsitteellinen siirtymä. Vielä Savignylä keskiössä on varallisuus-oikeuksien abstraktiin vapauden idealle rakentuva perusta, ei oikeuksien taloudellinen käyttö. Savignyn mukaan varallisuus-oikeudet eivät ole nimenomaisesti taloudellisia oikeuksia. Savigny ei mainitse taloutta. Sen enempiä *Wirtschaft* kuin *Ökonomie*kaan eivät esiinny tekstissä. Savignyn mukaan varallisuus-oikeudet kohdistuvatkin joko epävapaaseen luontoon tai oikeussubjektien yksittäisiin suorituksiin. Varallisuus on yleisellä tasolla valtaa määrätä ja hallita epävapaan luonnon kappaleista tai toisten ihmisten suorituksista.²¹⁴ *Herrschaft*, idea täydellisestä vallasta ulkoisiin seikkoihin, joka kuvastuu subjektiivisessa varallisuus-oikeudessa,²¹⁵ ei ole kuitenkaan ainoa määre, joka Savignyn mukaan on varallisuus-oikeuden ominaisuus. Savigny asettaa niille toisen tunnistamisen edellytyksen. Varallisuus-oikeuksilla on oltava *raha-arvo*.²¹⁶ Tämä kytkee Savignynkin määritelmän leimallisesti taloudelliseen. Varallisuus-

²⁰⁹ Ks. esim. Wilk 1983 s. 69–75.

²¹⁰ Savigny 1840 s. 376.

²¹¹ Ks. Puchta 1854 s. 75–76.

²¹² Ks. Windscheid 1887a s. 107–108. Windscheid ei kuitenkaan erityisesti korosta varallisuuden laskennallista luonnetta.

²¹³ Puchta 1854 s. 76.

²¹⁴ Ks. Savigny 1840 s. 334–335; Mertens 1967 s. 21–35; Würthwein 2001 s. 369–370.

²¹⁵ Ks. Savigny 1840 s. 334–335.

²¹⁶ Ks. Savigny 1840 s. 376. Ks. myös Würthwein 2001 s. 372.

kappaleilla ja suorituksilla voi olla raha-arvo vain tavaravaihdon piirissä, silloin kun niitä vaihdetaan, ostetaan ja myydään. Juuri raha-arvoisuuden edellytys puolestaan kytkee savignylaiset varallisuus oikeudet tiukasti talouden piiriin.²¹⁷

Talous muuttuu 1800-luvun loppua kohden tarkoittamaan vielä selvemmin juuri nykyaikaista taloutta, joka erkanee vapauspiiristä. Erityisesti 1800-luvun lopun kirjallisuudessa käy selvästi ilmi, että *Vermögen* on jo sulautunut *Wirtschaft*-termin alle, siitä erilliseksi mutta samalla sen kanssa identtiseksi käsitteeksi²¹⁸. Kytkeä on useimmiten epäsuora ja välillinen. Poikkeuksellisen selvästi se käy ilmi seuraavasta Neunerin lausumasta:

”Ein Vermögensrechtverhältnisse ist aber die Beziehung einer Person zu einem Gute von ökonomischen, von wirtschaftlichen, also – nachdem das Geld als in allgemeiner Werthrepräsentant der wirtschaftlichen Güter unter dem Menschen eingeführt ist – von pecuniären Interesse. Die faktischen Objekte der Vermögensrechte sind daher die ökonomischen Güter oder Brauchlichkeiten, soweit sich dieselben als rechtlichen Herrschaft eines Einzelnen unterworfen denken lassen.”²¹⁹

Taloudellisen kiinnittäminen rahaan lisää taloudellisen käsitteen erottelukykä, mutta – mikä mielenkiintoisinta – se myös formalisoi ja määrittää rahan. Rahan käytön viitekehys lukittuu rahan ja taloudellisen elämänalueen välille hahmotuvan kytkennän myötä. Kun taloudellisessa toiminnassa hahmotetaan olevan kysymys kommunikoinnista rahan avulla, kehäpäätelmä johtaa siihen, että kaikesta rahan avulla tapahtuvasta viestinnästä ja merkityksenannosta näyttää tulevan vääjäämättä taloudellista toimintaa²²⁰. Yhteys puhdistaa rahan ei-taloudellisesta.

Taloudelle porvarillisessa yhteiskunnassa asetetut luonnollisiksi ajatellut rajoitukset ulottuivat siis myös rahaan ja sen ominaisuuksiin. Raha kommunikativvälina muuttui. Georg Simmel, Max Weberin aikainen ja *Philosophie*

²¹⁷ Tärkeää on huomata, että ajatus hyödykkeistä taloudellisen toiminnan objekteina kiinnittää Fischerin klassisen poliittisen taloustieteen perinteeseen. Tuleeko vahinkoa arvioida oikeudellisen vai taloudellisen varallisuuskäsityksen valossa on yksi Fischerin esityksen keskeisistä teemoista. Kysymys oli avoin sen suhteen, tuliko varallisuuden olla jo kypsä, subjektiivisen oikeudellisen oikeuden suojaama valta esineeseen tai suoritukseen. Fischer kannatti taloudellista käsitystä, jonka mukaan olennaista oli tosiasiallinen käyttömahdollisuus eli esineen käyttöarvo, ei se miten kiinteä oikeus käyttömahdollisuuden taustalla oli. (Fischer 1903 s. 16–26).

²¹⁸ Ks. esim. Fischer 1903 s. 10–20. Ks. yleisesti Mertens 1967 s. 24–35.

²¹⁹ Neuner 1866 s. 42. Neuner erottaa perheoikeudelliset oikeussuhteet varallisuus oikeudellisista sillä perusteella, että perheoikeudellisissa suhteissa voi näkyä ihmisen alkuperäinen, aito persoonallisuus, kun taas varallisuus oikeudellinen toiminta suuntautuu ulospäin, ulkoisen hyvinvoinnin mahdollistaviin kappaleisiin. (Neuner 1866 s. 42–43 ja 45–46). Yhteys Habermasin selostamaan elämänalueiden jaotteluun on ilmeinen.

²²⁰ Tällaiselle ajatukselle perustuu saksalaisessa oikeuskäytännössä omaksuttu ns. *Kommerzialisierungsgedanke*- tai *Kommerzialisierungstheorie*-teesi. Ks. teesistä Würthwein 2001 s. 40–44; Lange – Schiemann 2003 s.253–255.

des Geldes -magnum opuksen kirjoittanut klassisen sosiologian suuri nimi on esittänyt tässä yhteydessä mielenkiintoisen teesin modernisaation vaikutuksista rahan käyttöön. Simmel esittää, että primitiivisissä yhteiskunnissa oli mahdollista käyttää rahaa sellaisiin tarkoituksiin, joihin sitä ei moderneissa yhteiskunnissa voitaisi taivuttaa. Simmel väitti, että primitiivisissä yhteiskunnissa ihmiselle voitiin pätevästi antaa rahallinen arvo. Tällainen käytäntö oli jopa yleinen, kuten lukuisat taposta maksettavaa verirahaa, *Wergeldiä*, koskevat maininnat Simmelin mukaan osoittavat. Simmel huomauttaa, että *Wergeldin* lähtökohdat olivat subjektiiviset, mutta että ajan kuluessa *Wergeld* vakiintui objektiiviseksi *ihmisen* arvoksi yksittäisen henkilön arvon sijaan²²¹.²²² Raha sai *Wergeldissä* maagisia, jopa pyhiä merkityksiä. Ihminen ja raha liittyvät maagisessa, irreaalisessa suhteessa toisiinsa: raha voi kuvastaa ihmistä, pyhää, ja antaa sille arvon ja merkityksen. Simmel toteaaakin, että

”[U]nder primitive circumstances, money may even possess the exact opposite quality of its real nature, namely sacred dignity, the quality of an exceptional value.”²²³

Tämä ihmisen arvon rahamääräisen ilmaiseminen mahdollisuus häviää Simmelin mukaan kristillisen maailmankatsomuksen omaksumisen myötä. Raha *modernisoitui* ja siirtyi taloudellisen toiminnan piiriin. Se puhdistettiin maagisista elementeistä. Maagisten elementtien puhdistamisen jälkeen sillä ei voitu enää ilmaista muita kuin taloudellisia seikkoja. Rahan yhteiskuntajärjestystä ylläpitävät ominaisuudet selitetään taikauskoksi. Siirtymä tulee näkyviin myös ihmisen ja rahan välisessä yhteydessä. Modernissa ajattelussa ihmisellä on ehdoton, absoluuttinen arvo, jota ei voida eikä saa alentaa kvantifioimalla sitä.²²⁴ Ihmisen ja tavarantoiminnan väliin rakennetaan rahan suhteen raja-aita. Modernissa yhteiskunnassa

²²¹ Ks. Simmel 1990 s. 359.

²²² Grierson esittää mielenkiintoisen teesin, jonka mukaan rahan *alkuperäinen* merkitys ei ole ollut vaihdossa, vaan juuri *wergeldissä*, ihmisen arvon määrittämisessä. Ks. Grierson 1977. Toinen tulkinta rahan alkuperästä kytkee sen verotukseen. Felix Guattari ja Gilles Deleuze esittävät *Kapitalismissa ja skitsofreniassa* ja sen jatko-osassa *Mille Plateaux*, että raha syntyy vasta, kun despoottinen ylikoodaus saa alkunsa ja kun alkuperäiset heimoyhteisöt alistava despootti vakiinnuttaa verotusvaltansa. Tällöinkään raha ei ole alun perin vapaassa vaihdossa ja vapaasta vaihdosta merkityksensä saava artefakti. Pikemminkin se on väline, jolla despootti voi ”ylikoodata” ja kaapata itselleen lisäarvoa heimoyhteiskunnan symbolisen järjestyksen perusteella määrittyvästä velkojen virrasta. Ks. esim. Deleuze – Guattari 2000 s. 442–443; Virtanen 2006a s. 191–192; Deleuze – Guattari 2007 s. 214–222.

²²³ Simmel 1990 s. 360. Ks. myös Whitman 1995 erityisesti s. 72–74 ja 83–84, joka selittää Weimarin ajan saksalaisiin kirjoittajiin tukeutuen, että ruumiinvamman aiheuttamisesta määrätty rahan sakot saattoivat primitiivisissä yhteiskunnissa itse asiassa paljastaa, että sakkojärjestelmän tarkoituksena oli ”maintaining proper cosmological order within a sacrifice-based religious system”.

²²⁴ Ks. Simmel 1990 s. 360.

tavarat ja hyödykkeet ovat jatkuvasti enenevässä määrin vaihdettavia ja kaupan käynnin kohteita, mutta ihmisyys ei. Kun rahasta poistetaan myyttisyys, siitä tulee väritön ja indifferentti neutraali talouden väline. Samalla rahan kyky moraalisten arvostelmien ilmaisemiseen häviää. Tämä sopii hyvin yhteen kristillisten käsitysten kanssa: syntyy rahasta vapaita sosiaalisen toiminnan saarekkeita, joilla rahalla ei saa operoida. Syy on siinä, että raha ei ole yhteen sovitettavissa pyhinä pidettävien arvojen kanssa. Kaikkein arvokkaimmilla ja pyhimmillä elämänalueilla asioilla ei ole arvoa, vaan ne jäävät arvon ja vaihdon ulkopuolelle.

Vastaavasta kehityksestä voidaan nähdä merkkejä myös BGB § 823:n vahingonkorvausoikeudellisesti suojattavien oikeushyvien luettelossa.²²⁵ Säännöksen mukaan suojattavia oikeushyviä ovat ”das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht”. Saksalaisessa kirjallisuudessa ajatellaan tavallisesti, että elämä, keho, terveys ja vapaus eivät ole samalla tavoin välittömästi varallisuusarvoisia oikeuksia kuin säännöksessä niin ikään mainittu omaisuus. Loukkaus, joka kohdistuu näihin yleisiin henkilöoikeuksiin on tärkeän oikeuden loukkaus. Siitä huolimatta, jotta siitä tulisi korvauskelpoinen vahinko, tarvitaan välittävä tekijä eli raha. Jotta loukkauksesta voisi seurata vahinkoa, sen täytyy olla käännettävissä rahan kielelle. Vasta raha välittävänä tekijänä muuttaa abstraktin henkilöllisyyteen liittyvän oikeuden loukkauksen taloudelliseksi ja siten korvattavaksi vahingoksi. Loukkauksesta aiheutuneet erilaiset kulut ja ansiotulojen työkyvyn menettämisestä johtuva väheneminen ovat korvattavaa vahinkoa. Tämän johdosta näyttää syntyvän erikoinen käsitteellinen jännite: jos omaisuutta loukataan, syntyy suoraan oikeus omaisuuden arvon mukaiseen korvaukseen. Jos henkilöllisyysoikeutta loukataan, välitöntä oikeutta korvaukseen ei synny, koska persoonallisuus oikeus ei ole suoraan varallisuusarvoinen²²⁶.

Tässä kohdin voidaan huomata, että arvon käsite on keskeisessä osassa vahingonkorvausoikeudessa. Se on osa (h)aavekuvan ja kiistatta myös nykyisen voimassa olevan vahingonkorvausoikeuden perustaa. Seuraavassa jaksossa pyrin selvittämään, mitä taloudellinen arvo merkitsi vahingonkorvausoikeudelle ja sen käsitteelliselle rakenteelle.

²²⁵ Pohjoismaissa vastaavaa käsitteellistä ongelmaa ei koskaan päässyt syntymään, ilmeisestikin koska käsitejärjestelmään 1900-luvun alkupuolella ei kiinnitetty vastaavassa määrin huomiota kuin Saksassa. Toinen syy saattaa löytyä lainsäädäntötekniikasta, jossa vastaavia abstrakteja käsitelmäärittelyjä ei omaksuttu.

²²⁶ Ks. esim. Gierke 1895 s. 706.

3. LUKU

Vahingonkorvauksen määrä on vahingon taloudellinen arvo

Tässä valotan vahingonkorvauksen määrän ja taloudellisen arvon välistä yhteyttä. (H)aavekuvassa vahingonkorvauksen määrän tuli vastata vahingon taloudellista arvoa. Vahinkoja korvattiin siirtämällä vahingon taloudellinen arvo vahingonaiheuttajan kannettavaksi.

Mitä taloudellinen arvo oli (h)aavekuvassa? Miten vahingon määrä laskettiin? Tarkastelen erilaisia luvussa ensin erilaisia (h)aavekuvan arvokäsitteitä. Pyrin ensin selvittämään, mitä vaihtoarvolla tarkoitettiin. Vaihtoarvo on markkinoiden mekanismin tuottama totuus tavarasta. Vaihtoarvosta siirryn käyttöarvoon, joka hahmottuu vaihtoarvon jatkeeksi, joka pystyy ottamaan huomioon tavaroihin ja oikeuksiin kiinnittyvät prosessit. Käyttöarvosta siirryn intressiin ja sen korvaamiseen. Intressi on käyttöarvon jatke, joka irrotti käyttöarvon konkreettisista esineistä ja abstrahoi sen yleiseksi varallisuudeksi. Differenssioppi – kaiken vahingon määrän laskemisen peruslähtökohta – on intressin laskemisen teknologia. Kun hypoteettisen varallisuuden arvosta vähennetään todellisen varallisuuden määrä, intressin arvo on selvillä. Arvokäsitteiden selvittelyn jälkeen siirryn pohtimaan lyhyesti hypoteettisen tapahtumakulun luomista. Jotta differenssioppia voitaisiin käyttää, täytyy tietää, mitä olisi tapahtunut. Kirjallisuudessa asiaan ei kiinnitetä huomiota. Luvun lopussa pohdin, miksi.

Luvussa on kaksi tärkeää teemaa. Ensinnäkin väitän vaihtoarvoa käsitellessäni, että vaihtoarvo oli Bruno Latourin terminologiassa objektinen arvo, ei vain objektiivinen arvo. Vaihtoarvo oli (h)aavekuvassa empiirinen toiseikka. Toinen seikka koskee differenssioppia. Differenssioppi perustuu alkeellisten 1800-luvun kirjanpidollisten tekniikkojen hyödyntämiseen. Maailmaa katsellaan 1800-luvun kirjanpitäjän silmin.

1 ARVON MERKITYKSET

Taloudellisen arvon käsite on (h)aavekuvassa ratkaisevassa asemassa. Kun vahinkojen korvaaminen perustuu sille, että vahinkotapahtuman seuraukset poistetaan rahamääräisen korvauksen avulla, korvaaminen edellyttää vahinkotapahtuman seurausten arvostamista rahassa eli vahinkotapahtuman seurausten rahallisen arvon selvittämistä. Arvo ei minkä tahansa arvostamismenettelyn tuottamaa arvoa, vaan juuri *taloudellisin menetelmin* määritettävää *taloudellista arvoa*.²²⁷ (H)aavekuvassa vahinko – sekä vahingonkorvauksen määrän osalta että puhtaasti reaali vahinkona – ja vahinkotapahtuman seurausten taloudellinen arvo assimiloituvat toisiinsa. Itse asiassa ne ovat yksi ja sama asia. Vaikka vahinkotapahtuma olisi miten haitallinen tahansa, taloudellisesti tunnistettavien vaikutusten puute tekee siitä merkityksettömän. Vastaavasti vaikka reaali vahinko fyysisesti arvioituna olisi mitätön, sen merkitystä arvioidaan vain sen taloudellisten seurausten perusteella. Lopulta vahinko ja sen määrä ovat yhtä kuin vahinkotapahtuman taloudellinen arvo.

Lähtökohta näkyy selkeänä myös kirjallisuudessa. Vahingon ja arvon suhdetta tutkinut ruotsalainen Ulf Persson totesikin vuonna 1953 julkaistussa väitöskirjassaan *Skada och värde*, että

”skade-, värde- och intressetermerna på antydda sätt användes jämsides. [...] Värdebestämningen innefattar emellertid praktiskt sett, såsom längre fram skall utvecklas, en ekonomisk kalkyl.”²²⁸

Samaan lopputulokseen tuli myös Fredrik Stang, joka sanoi, että vahingon määrään liittyvät kysymykset ovat ensi sijassa taloudellisia, taloudellisella tiedolla ratkaistavia ongelmia: “Begrepet skade er i sin dybeste grund økonomisk og kan ikke behandles uten økonomisk indsigt.”²²⁹

Taloudellisen arvon ensisijaisuus²³⁰ vahingon määrän arvioimisessa ei ole yllätyksellistä. Arvo on eräässä suhteessa vain jatkoa vain taloudellinen vahinko on korvattava -periaatteelle, sen operatiivinen jatke. Jos vain taloudellinen vahinko on korvattava -periaatteessa jäätiin vielä epämääräiselle elämänalueiden tasolle,

²²⁷ Ks. esim. Fischer 1903 s. 14; Stang 1927 s. 285; Strahl 1948 s. 16–17.

²²⁸ Persson 1953 s. 4–5.

²²⁹ Stang 1927 s. 285.

²³⁰ Väite taloudellisen arvon ensisijaisuudesta (h)aavekuvaa hallitsevana käsitteenä saattaa olla yllättävä. Voitaisiin nimittäin väittää, että *intressin* käsite on pikemminkin tällainen kaikkialle tavattava kielikuva. En kiistä, että näin ei olisi. Syy siihen, miksi intressi ei ota kertomuksessani arvon paikkaa avainkäsitteenä on, että nähdäkseni arvo hallitsee intressiä. Intressi on – kuten huomaamme jäljempänä – käsite, jolla hallitaan oikeuksia ja odotuksia, mutta vahingonkorvausoikeudellisesti sen operationaalistaminen edellyttää intressin rahallisen määrän arvioimista eli sen alistamista arvolle. Arvo on siis nähdäkseni intressiä huomattavasti merkittävämpi käsite.

taloudellisen arvon käsite mahdollistaa hypyn epämääräisestä kvalitatiivisesta täsmälliseen kvantitatiiviseen. Tiedämme vain taloudellinen vahinko on korvattava -periaatteen ansiosta, mitkä intressit ovat vahingonkorvausoikeudellisesti relevantteja ja siten korvattavia. Taloudellisen arvon käsite puolestaan mahdollistaa näiden intressien suhteen toimimisen eli niiden korvaamisen, aidolla ja oikealla tavalla. Pelimetaforaa käyttäen, vain taloudellinen vahinko on korvattava -periaate määrittää pelikentän rajat ja myös perustelee ne. Taloudellinen arvo puolestaan määrittää, miten lopputulos voidaan varmentaa.

(H)aavekuva onkin taloudellisen arvon käsitteen läpätunkema. Käsite on näkyvillä kaikkialla. Se on keskeisessä asemassa kaikkialla vahingon arvostamista koskeissa säännöissä. Se määrää, milloin jokin reaali vahinko on vahingonkorvauksellisesti merkittävä. Se määrittää, mitkä intressit ja oikeudet voivat ylipäättään olla vahingonkorvausoikeuden objekteja. Arvon käsitteestä juontuu normatiivinen vaatimus: ensin esineiden ja myöhemmin ilmiöiden (objektiivisen) taloudellisen arvon tulee olla vahingosta maksettavan vahingonkorvauksen mittapuuna.

Miksi taloudellinen arvo on vahinkojen korvaamisen lähtökohta, vahinkojen korvaamisen ensisijainen merkitysreferenssi? Yksi vastaus liittyy vahinkojen korvaamisen tarkoitukseen, sillä hahmotettuun funktioon. (H)aavekuvassa vahinkojen korvaaminen on nimittäin ennen kaikkea varallisuuden suhteen toimimista. Varallisuus on taloudellista arvoa ja siksi vahinkojen korvaaminen on *taloudellisen arvon siirtämistä*.²³¹ Vahinko tulee korvatuksi, kun vahingonaiheuttaja siirtää vahingonkärsijälle vahinkotapahtuman seurausten taloudellista arvoa vastaavan rahamäärän. Vahingonkorvauksen hyvittävä tehtävä on tällöin täytetty: vahingonkärsijän kärsimä vahinko on tullut täysin korvatuksi ja siis myös poistetuksi.²³²

Kysymys on vahingonkorvausoikeuden ideologisen rakennelman postuloimisesta normatiivisista lähtökohdista tehtävästä kehäpäätelmästä. Koska täysi korvaus merkitsee vahingosta aiheutuneen taloudellisen arvon menetyksen palauttamista vahingonkärsijälle, maksettavan korvauksen tulee kattaa täyden korvauksen periaatteen mukaisesti vahinkotapahtuman kaikki taloudelliset seuraukset, niiden täysimääräisen taloudellisen arvon mukaan.²³³ (H)aavekuvassa näyttääkin tapahtuvan eräänlainen käsitteellinen sulautuma: taloudellisen arvon käsite rinnastuu

²³¹ Ks. esim. Stang 1927 s. 281–284 ja 358–359; Ussing 1941 s. 742; Ussing 1947 s. 169–170. Vrt. toisin esim. Øvergaard 1951 s. 276. Øvergaard hahmottaa vahinkojen korvaamisen funktiota tavallisesta poiketen. Hän korostaa vahinkojen reaali vahingon korvaamista. Vaikka vahingonkorvaus laskettaisiinkin abstraktin vahingon eli vahinkotapahtuman taloudellisten seurausten arvon perusteella, tavoitteena on aina vaikuttaa reaali vahinkoon eikä ainoastaan vahingonkärsijän kokonaisvarallisuuden määrään.

²³² Ks. esim. Stang 1927 s. 48–52; Sipilä 1936 s. 12–13; Kivimäki 1946 s. 187.

²³³ Ks. esim. Kivimäki 1946 s. 187; Ussing 1947 s. 169–170; Persson 1953 s. 339–341.

täyden korvauksen määrään. Täyden korvauksen määrän etsinnästä tulee ilmiön oikean taloudellisen arvon etsimistä. Täysi korvaus on yhtä kuin vahingon taloudellinen arvo.

Toisaalta myös rahan omaksuminen ainoaksi vahingonkorvausoikeudelliseksi välineeksi ylläpitää tätä käsitystä. Yksi rahan pääfunktioista, ja jopa ehkä sen tärkein ja muut funktiot perusteleva tehtävä, on arvon mittana toimiminen.²³⁴ Rahan merkityksiä antava voima on juuri taloudellisessa arvossa ja sen ilmentämisessä. Tästä syystä arvo seuraa rahaa ja raha arvoa. Ja koska raha on arvoa, myös vahingonkorvausoikeudellinen vaikuttaminen on rahaa hyödynnettäessä välttämättä arvon suhteen toimimista.

Taloudellisen arvon, rahan, taloudellisen toiminnan ja täyden korvauksen neliyhteys vaikuttaa luonnolliselta ja välttämättömältä. Se toteuttaa kaikki modernille vahinkojen korvaamiselle asetetut edellytykset. Se näyttää mahdollistavan objektiivisen, neutraalin, moraalista arvioinneista vapaan, puuttumattomuusperiaatetta kunnioittavan varallisuus oikeudellisen vaikuttamisen. Jonkin asian taloudellinen arvohan – niin voisi ajatella ja myös ajateltiin – on sen luonnollinen, talouden luonnollisista prosesseista välttämättä kumpuava ominaisuus. Arvo on empiirisesti verifioitavissa oleva suure, jotakin, joka on *objektiivisesti* ja *varmasti* olemassa.

Näissä olosuhteissa taloudellinen arvo näyttäytyy subjektiivisista inhimillisistä arvostuksista vapaana. Sillä operoiminen on esineiden ja asioiden oikeaa ja *objektiivista arvostamista*. Kun jonkin esineen markkina-arvo määritetään, ei ole kysymys oikeudellisesta arvioinnista, vaan kylmää oikeudenulkoista tosiasia-maailmaa koskevasta löydöstä. Myöhäisen analyyttisen kielifilosofian termeillä esineen taloudellinen arvo on institutionaalinen *tosiasia*, jonka objektiivisuutta ja olemassaoloa ei voida riitauttaa. Toisaalta näiden luonnollisten prosessien piirissä pysytteleväminen ehkäisee myös rangaistuksellisten konnotaatioiden ja varallisuus oikeuden sääntelylogiikalle vieraiden tavoitteiden pääsyn vahingonkorvausoikeudelliseen normistoon.²³⁵ Vahinkojen korvaaminen on tällöin juuri modernia vahingon siirtämistä, ei esimerkiksi esimodernia ”sakon vetämistä”, joka hyvittäisi kuninkaalle rikkomuksen tämän auktoriteettia ja asioiden luonnollista järjestystä vastaan tai liberaalille hallinnalle vierasta ihmisten moraalisiin tunteihin vaikuttamista ja siten näiden luonnollisen ja vapaan toiminnan ohjaamista.

Objektiivisuus onkin tärkeä iskusana, kun taloudellisesta arvosta puhutaan. Koko oppihistorian ajan on etsitty objektiivisia menetelmiä. Objektiivisuus on perustellut korvaamisen menetelmien valinnan. Mitä objektiivisempaa, sen pa-

²³⁴ Ks. rahan funktioista 1800-luvun saksalaisessa oikeudellisessa kirjallisuudessa esim. Hartmann 1868 s. 3–16; Endemann 1899 s. 519.

²³⁵ Ks. tavoitteista jäljempänä jaksossa 3.3 esitettyä.

rempaa. Mitä objektiivisuus merkitsee? Mitä tarkoittaa väite, että taloudellinen arvo on objektiivinen? Kysymyksiä ei kovin usein kysytä.

Objektiivisuuden hahmo on häilyvä. On selvää, että objektiivinen *ei ole* subjektiivista, mielivaltaista ja yksittäisen ihmisen haluista riippuvaa, mutta mitä muuta se *ei ole* ja mitä se *on*? Bruno Latour esittää tässä kontekstissa tärkeän objektiivisuutta koskevan havainnon *Conseil d'Etat'ta*, Ranskan korkeinta hallintotuomioistuinta käsittelevän kirjansa eräässä luvussa. Latourin mukaan objektiivisuuden alla kulkevassa käsitteessä on oikeastaan erotettava kaksi erilaista asetelmaa: *objektiivisuus* (objectivity) ja *objektisuus* (objectity).

Latour väittää, että *objektiivisuus* on leimallisesti juuri oikeudellisissa käytännöissä tavattava tapa tuottaa totuutta. Se on näkökulmakysymys ja sellaisena mentaalinen tila. Objektiivisena asiaa tarkastelevan on pysyteltävä etäällä käsillä olevasta kysymyksestä, kylmänä, kiinnostumattomana, lähes välinpitämättömänä. Lopputulokseen on suhtauduttava kuin se olisi yhdentekevä, omatunto on poistettava pelistä.²³⁶

Objektisuus on puolestaan tunnusomaista luonnontieteille. Objektisuudessa tarkastelijan mielentila ei ole ratkaiseva seikka. Kylmän viileän asennoitumisen korvaa ko(j)e: luonnontieteissä tutkija alistaa itsensä ja subjektiivitensa koejärjestelylle, elottomien kappaleiden asetelmalle. Instrumentaatio siirtää tutkittavan seikan, objektin etäälle tutkijan persoonasta.²³⁷ Luonnontieteilijän mielentila voi olla mikä tahansa. Koejärjestely varmistaa hänen objektisuutensa, se tuottaa toisuuden, ei kokeen tekijän mieli.

Latourin hahmotuksessa erittäin mielenkiintoista on, että juridinen objektiivisuus poikkeaa olennaisesti luonnontieteille ominaisesta objektisuudesta, vaikka tavallisesti sanoilla ei ole mitään eroa. Olennaista on, että objektiivisuudessa kuvastuu luonnontieteellisestä asetelmasta tyystin poikkeava tapa tuottaa totuutta – tai kuten Latour sanoo – tuottaa jotakin joka otetaan totuuden tilalle, *pro veritate habitur*. Juristien objektiivisuudessa totuutta ei selvitetä koejärjestelyillä, jotka olisivat jo itsessään intohimoista vapaita, vaan mentaalisella järjestelyllä, joka pyrkii luomaan tietyn, objektiivisen tilan yksittäisen ihmisen mieleen. Latour kirjoittaa:

”The strange thing about legal objectivity is that it quite literally is object-less, and is sustained entirely by the production of a mental state, a bodily hexis, but is still quite unable to resign its faculty of judgment by appealing to incontrovertible facts. It therefore depends entirely on a quality of speech, deportment, dress, and on a form of enunciation, and therefore on all of those external appearances that have been derided since Pascal, without recognizing that this respect for appearances is a form of objectivity that is unattainable for

²³⁶ Ks. Latour 2004 s. 106–107.

²³⁷ Ks. Latour 2004 s. 106–108.

scientists. Scientists speak inarticulately about precise objects, lawyers speak in precise terms about vague objects. That is because judges have no superiors to whom they might refer the task of judgment (unless, of course, they are judges of first instance). [...] As for judges, they have no-one else to judge on their behalf, and they can become 'objective' only by constructing an intricate and complex institution which detaches and isolates their consciences from the ultimate solution."²³⁸

Oltiinpa Latourin oikeutta koskevista ideoista ja oikeuden tarkastelutavasta mitä mieltä hyvänsä²³⁹, ajatus koe- ja koejärjestelyjen tuottamasta *objektisuudesta* voi kuitenkin antaa aivan uuden ja monia käsitteellisiä sekasotkuja avaavan näkökulman jo edellä sivuamiini ongelmakohtiin. Eikö esimerkiksi Ussingin objektiivisten mittapuiden idea itse asiassa saakin helpommin ymmärrettävän sisällön, jos ajattelemme, että kysymys itse asiassa on *objektisista* mittapuista, mittapuista, jotka siis voivat tuottaa totuuden vahingon määrästä empiirisessä ja luonnontieteellisessä mielessä? Objektiivisten mittapuiden merkitys ei tällöin ole neutraalisuudessa ja tuomarin välinpitämättömyydessä, vaan mittapuiden mukanaan tuomassa markkinoiden ideassa ja siitä muotoutuvissa koejärjestelyissä. Poliitikasta siirrytään tieteeseen. Hyvästä ja moraalisesta siirrytään totuuteen ja oikeaan. Vaihtoarvo tuottaakin totuutta "aidossa" empiirisessä ja luonnollisessa mielessä, ei vain välinpitämättömyyden, kylmyyden ja etäisyyden juridisessa mielessä, niin väitän. Myöhemmin käsittelemäni arvoituksellinen idea vahingonkorvausoikeuden moraalisesta neutraalisuudesta muuttuu sekin vähemmän mystiseksi, jos voimme hyväksyä ajatuksen vaihtoarvon ja differenssiopin objektituudesta, ei vain objektiivisuudesta.

Objektiivisuuden ja objektituuden erottelun kautta avautuu laaja näkökulma Latourin yhteen ideaan: *modernin perustuslakiin*, inhimillisen ja ei-inhimillisen, luonnon ja yhteiskunnan tieteen ja politiikan erottamiseen, joka kääntyy paradokseiksi. Vaikka luonto (tiede) on ihmisestä riippumaton, se tuotetaan. Vaikka yhteiskunta (politiikka) tuotetaan, se on ihmisestä riippumaton. Jompikumpi saattoi tuottaa aina totuuden itsestään tai toisesta. Tieteen kojeet representoivat luontoa, mykkiä olentoja. Poliitiikka, Leviathan representoi ihmisiä, yhteiskunnan. Tässä kohtaa näkyy positiivisen oikeuden paradoksi. Positiivinen oikeus on yhteiskuntaa. Kun oikeus asetetaan, se on ihmisen tuotamaa, läpeensä poliittista. Heti kun positiivinen oikeus pääsee lainsäätäjän

²³⁸ Latour 2004 s. 107.

²³⁹ Ks. esim. Latour 2004 s. 110–111. Latour on sitoutunut toteuttamaan "etnografista" projektiaan. Tämä lienee johtanut siihen, että Latour jää kehittyessään ulkoisten muotojen tasolle. Hän tarkastelee ainoastaan tuomareiden ulkoisesti havaittavaa toimintaa. Tuomareiden ja muiden Conseil d'Etat'n asukkien pään sisäinen maailma jää vastaavasti hahmottomatta. Sieltä Latour varmasti voisi löytää lukuisia monimutkaisia kojeita ja koejärjestelyitä. Toisaalta juristien (ajattelu)kojeiden jälkeenkin jää – ainakin joissakin tapauksissa – jäljelle ratkaisun hetki, jonne Latour voi sijoittaa objektiivisuuden.

käsistä, siitä tulee luontoa. Poliittinen oikeus puhdistetaan politiikasta ja yhteiskunnasta. Se on olemassa ikään kuin se ei olisi tuotettua. Sen sisältö jää tieteen tuottamien kojeiden (jotka puolestaan ovat poliittisesti tuotettuja) selvitettäväksi. Sama jännite kerrostuu vahingonkorvausoikeuteen, mutta toisessa ulottuvuudessa. Kun positiivinen perinteinen varallisuus-oikeus on määritetty politiikasta vapaaksi oikeudeksi, vahingonkorvauksen määrän laskemisesta koskevat poliittisesti asetetut normit on puhdistettava politiikasta. Menetelmät on haettava luonnosta.

Latour väittää, että emme ole koskaan olleet moderneja. Perustuslaki ei ole koskaan pitänyt. Luonnon ja yhteiskunnan väliin on syntynyt ja syntyy jatkuvasti lukemattomia hybridejä, luonnon ja yhteiskunnan yhteenkietoutumia, verkostoja, joissa poliittinen ja tieteellinen kytkeytyvät toisiinsa, vakiintuvat ja muodostavat transsendenssejä.²⁴⁰ Lopulta Latour yllyttää ”liimaamaan nämä kaksi yhteen ja politiikka voi taas ryhtyä hoitamaan tehtävänsä.”

Arvokäsitteellä operoimiselle perustuva tapa arvioida vahingon määrää rakentuu totuutta tuottaville koejärjestelyille. Koejärjestelyt kiinnittyvät rahaan ja sen ominaisuuksiin. Rahaan liittyvät kojeet ja ajattelutavat ovat ne objektivoinnissa tarpeelliset kojeet, jotka otetaan oikeudellisten järjestelyjen osiksi.

Tulen jäljempänä väittämään, että rahalla ei ole aina välttämätöntä ilmaista vain taloudellista arvoa, vaan rahalla voidaan ”tehdä” muutakin. (H)aavekuvan kannalta tällainen ajatus on kuitenkin sekä mahdoton että järjetön. Raha on, kuten huomasimme, taloudellisen toiminnan instrumentti. Se on vaihdon väline ja arvon mitta. Rahaa käytettäessä toimitaan aina vain vaihdossa realisoituvan ja vaihdon piirissä pysyvän taloudellisen arvon suhteen.²⁴¹

Rahan ja talouden kojeita tarvitaan, jotta maailma voi tulla oikeudelliselle vaikuttamiselle alttiiksi, mutta samalla kojeet poistavat vaikuttamisesta politiikan. Vahinkojen korvaaminen, todellisuuden suhteen rahavälitteisesti toimiminen edellyttää, että suunnitellaan kone, joka kääntää todellisuuden rahaksi. Koska raha on vahingon siirtämisen instrumentti, rahaan kiinnittyvistä koneista tulee myös vahinkojen korvaamisen koneita. Kääntäminen ei ole kuitenkaan täysin ongelmaton prosessi. Pyrin seuraavassa selvittämään, miten (h)aavekuvassa todellisuus käännetään rahaksi ja mitä tämä käänнос merkitsee. Koneet nimittäin muokkaavat todellisuutta ja käännökssä menetetään aina jotakin. Perusväitteeni ja lähtökohtani on, että (h)aavekuvassa rahan kojeet ovat hyvin yksinkertaisia:

²⁴⁰ Ks. Latour 2006 s. 149–206.

²⁴¹ On mielenkiintoista huomata, että näistä rahan ”tosina” pidetyistä ominaisuuksista ja rahalle ominaiseksi hahmotetusta rationaliteetista saattoi seurata, että (h)aavekuvassa taloudellinen arvo ja vahingon määrä rinnastuivat toisiinsa, yksinkertaisesti siitä syystä, että rahalla ei voida tehdä muuta kuin siirtää taloudellista arvoa. Rahaa koskevat (ideaalisesti) empiiriset käsitykset olivat tässä mielessä siis normatiivisia: ne vaikuttivat oikeudellisiin käsityksiin siitä, mitä vahinkojen korvaaminen saattoi ja sai olla.

todellisuuden ja rahan välillä on luonnollinen yhteys, jota voidaan käyttää hyväksi käännöksessä. Arvo on yhtä kuin todellisuus, jota se edustaa. Lopputulos on, että (h)aavekuvassa taloudellinen arvo ja sen täysi korvaaminen muodostavat koodin, joka voi hyvin tehokkaasti ja katvealueitta avata todellisuuden rahamääräiselle vaikuttamiselle. (H)aavekuvassa käännös arvoon ei kadota mitään, vaikka todellisuudessa pesuveden mukana menevät aineettomat vahingot ja paljon muuta.

Tarkoitukseni on väitöskirjan tässä jaksossa pyrkiä horjuttamaan arvon ja täyden korvauksen muodostaman, näennäisesti hyvin vakaan rakennelman perustuksia. Väitän, että taloudellisen arvon käsite voi legitimoitua korvaamisen todeksi ja luonnolliseksi vahingon siirtämisen merkityksessä vain aivan erityisessä ideologisessa ja älyllisessä ympäristössä. Vahinkojen korvaamisen välttämättömältä vaikuttava teknologinen sommitelma ei ole välttämätön vaan itse asiassa historiallisesti kontingentti ja häilyvä. (H)aavekuvalla ja sille ominaisella arvon käsitteen varaan rakentuvalla vahinkojen korvaamisella on, niin väitän, omat erityiset premissinsä ja siksi (h)aavekuvan edellyttämällä vahinkojen korvaamisen tavalla on varsin rajattu alue, jossa se voi toimia tehokkaasti. Arvovälitteisen vahinkojen korvaamisen käsitteellisten, rakenteellisten ja ideologisten premissien erittely ja tarkastelu on jakson päätavoite. Tuon tarkastelun avulla piirtyy kuva rahan kojeista, vaihtoarvosta, käyttöarvosta, intressistä, differenssiopista, kirjanpidosta ja normaalista elävästä taloudesta.

2 VAIHTOARVO

(H)aavekuvassa taloudellisen arvon käsitteellä tarkoitetaan useimmiten jonkin yksittäisen hyödykkeen vaihto- eli markkina-arvoa. Vaihtoarvo on (h)aavekuvassa taloudellisen arvon perustyyppi, se perusidea, jolle taloudellisen arvon käsitteellä modernissa vahingonkorvausoikeudessa operoitaessa rakennetaan.²⁴² Taloudellinen toiminta on (h)aavekuvassa ennen kaikkea vaihtoa, mistä seuraa, että rahan käyttö liittyy vaihtoon. Tavarankäyttäjän ensisijainen, joskaan ei ainoa, arvo on se, minkä se saa vaihdossa. Vaihtoarvo ulottaa vaikutuksensa laajalle. Se kytkeytyy moniin muihin vahingonkorvausoikeudellisessa kirjallisuudessa tavattaviin arvokäsityksistä. Se perustelee esimerkiksi lopulta myös käyttöarvoa sekä intressien taloudellista arvoa, on niiden komponentti.

²⁴² Ks. esim. Puchta 1863 s. 62; Heilfron 1904 s. 429 ja pohjoismaisessa kirjallisuudessa Stang 1927 s. 289–290. Kriittisesti tähän ”juristien harhakäsitykseen” suhtautuu Mataja 1888 s. 156–157. Ks. myös Jansen 2007 s. 544–545.

Vaihtoarvolle hahmotetut ominaisuudet käyvät pitkälti yksiin korvaamiselle (h)aavekuvassa asetettujen vaatimusten kanssa. Siihen tiivistyvät korvaamisen normatiiviset lähtökohdat. Esimerkiksi saksalainen Friedrich Mommsen hahmotti vuonna 1855, että vaihtoarvo, josta Mommsen käytti *Sachwert*²⁴³-nimitystä, oli

”derjenige Werth, welchen der Gegenstand für einen Jeden hat. Denn dem Werth, welchen derselbe im Verkehr hat, und welcher durch Veräußerung erlangt werden kann, hat der Gegenstand auch für denjenigen, welcher selbst außer Stande ist, einen Nutzen von demselben zu ziehen. Die Bestimmung des Sachwerts erfolgt nach einem durchaus objectiven Maßstab, ohne alle Rücksicht auf die besonderen Vortheile, welche der zur Frage stehende Gegenstand dieser oder jener Person gewähren kann.”²⁴⁴

Mommsenilta lainaamassani katkelmassa tulevat esille monet vaihtoarvon keskeisiksi havaitut ominaisuudet. Vaihtoarvo on yleinen arvo: se on esineen arvo kenelle tahansa.²⁴⁵ Vaihtoarvo konkretisoituu – kuten Mommsen toteaa – vaihdannassa, subjektien välisessä kommunikaatiossa, tavaroita vaihtamaan pyrkivien toimijoiden konkreettisissa osto- ja myyntitarjouksissa. Vaihtoarvo on tällaisissa kertomuksissa luonnollisten, spontaanien ja vapaiden taloudellisen prosessien, *markkinoiden* tuottamaa arvoa. Luonnollisissa prosesseissa esineen arvostukset irtaantuvat kustakin subjektista eli vaihtoon osallistuvasta henkilöstä. Ne siirtyvät toiseen tilaan, muodostavat yhdessä hintamekanismin kanssa tavallalle objektiivisen arvon.

Vaihtoarvo oli (h)aavekuvan käsitteellisiä peruspilareita. Se ylläpiti, legitimoijaa perusteli (h)aavekuvaa korvaamisesta. Esineiden vaihtoarvon oletettiin olevan olemassa, sen oletettiin olevan tavaroiden objektiivinen, yksiselitteinen, tosi ja

²⁴³ Toinen saksalaisessa oikeustieteessä vaihtoarvosta käytetty nimitys on yleinen arvo (*gemeine Wert*). Fischerin mukaan yleinen arvo on ”Der Nutzen, welchen eine Sache jedem Besitzer gewähren kann”. Tällaisena se eroaa erityisestä arvosta, joka puolestaan ”erwächst aus der Berechnung des Nutzens welchen [eine Sache] nur unter gewissen Bestimmungen oder Verhältnissen leisten kann.” Ks. Fischer 1903 s. 34; Ussing 1947 s. 170. Fischerin määritelmät näyttävät viittaavan vaihtoarvon sijasta käyttöarvoon, mutta tämä on vain näennäistä. Fischerin ajattelussa käyttöarvo muuttui vaihdossa vaihtoarvoksi.

²⁴⁴ Mommsen 1855 s. 16. Vastaavalla tavalla esinearvon käsitteestä puhuivat myös esimerkiksi Stang (Stang 1927 s. 291), Ussing (Ussing 1947 s. 170) ja esimerkiksi R. A. Wrede (Wrede 1942 s. 43) ja saksalaisessa vuosisadan alun kirjallisuudessa esim. Fischer (Fischer 1903 s. 34). Vrt. kuitenkin Mertens 1967 s. 27, jossa Mertens katsoo, että Fischer ei yleisestä arvosta puhuessaan viitanut suoraan vaihtoarvoon.

²⁴⁵ Ks. esim. Stang 1927 s. 291; Sipilä 1936 s. 9, jossa Sipilä toteaa, että ”viimeksi mainittu [yksilöllisen tarpeen tyydytykseen kohdistuvan halun kokemus (MV)], useiden subjektien tuntemana, muodostuu objektiivisesti hyödykkeeksi – käytämme tätä sanaa niin abstraktis- kuin konkreettisuonteisistakin arvoa vastaavana –, joka on intressoidun yksilön ulkopuolella ja siten saa joltisenkin yleisen määriteltävyyden ja siihen liittyen oikeudellisen merkityksen.”

varmennettavissa oleva arvo, joka tarjosi vakaan perustan kaikenlaisille vahingonkorvausoikeudellisille laskelmille.²⁴⁶

Objektiivisuus on avainkäsite, kun pyritään hahmottamaan vaihtoarvon merkitystä. Objektiivisena vaihtoarvo oli empiirisesti verifioitavissa, yksiselitteinen, yksilöiden tahdon ja kaikenlaisen manipulaation ulottumattomissa, sanalla sanoen *tosi*.²⁴⁷ Victor Mataja tiivisti vaihtoarvon – ”juristien”²⁴⁸ puheessa tiivistyvän ja virheellisen! – merkityksen seuraavasti:

”Folgendes wird also angenommen:

1. Es giebt eine objektive bestimmte Sachwert, der zusammenfällt mit dem Preis, der bei Veräußerung der Sache zu erlangen ist.
2. Dieser Wert wird der Sache im Verkehr zugeschrieben und
3. gilt für jedermann.
4. Im Gegensatz hierzu giebt es möglicherweise auch eine besondere Wert, aber nur nach dem subjektiven Maßstab dieser oder jener Person, begründet auf die besonderen Vorteile, die ihr gerade die Sache gewährt.
5. Fungible Sachen lassen regelmäßig nur eine Schätzung nach dem gemeinen Wert d. i. Nach den Verkaufspreisen zu.”

Vaihtoarvo onkin nähdäkseni ymmärrettävä *objektiseksi* – eikä vain objektiiviseksi – arvoksi juuri edellä käsittelemässäni Latourin tarkoittamassa mielessä. Vaihtoarvo ei ollut subjektiivinen arvo, joka olisi voitu valehdella ja joka olisi välttämättä ”luonteeltaan irreaalisen, aloogisen arvostusteen” tulos²⁴⁹. Se ei ollut edes objektiivinen arvo, se arvo, joka tavaralla oli, kun herrasmiehet kerääntyivät suljettujen ovien taakse yhteen keskustelemaan, mikä kappaleen arvo oli. Ei, se oli *objektinen arvo* ja sellaisena empiirisesti varmennettavissa oleva seikka, jonka oikeaoppinen koejärjestely saattoi tuottaa. Juuri vaihtoarvon objektiivisuudesta seurasi, että kun tuomari löysi vaihtoarvon, tuo arvo oli olemassa kaikkien asianosaisten – myös tuomarin – haluista ja toiveista huolimatta. Se oli empiirinen tosiseikka, koejärjestelyksi muunnettavan prosessin vaihdon tuottama totuus tavarasta.²⁵⁰ Vaihtoarvon konstitui giganttinen koejärjestely, markkinavaihto. Juu-

²⁴⁶ Ks. esim. Stangin esitystä (Stang 1927 s. 270–272), jossa Stang täysin Matajan esittämistä huomautuksista huolimatta operoi markkina-arvon käsitteellä, vaikka Mataja, jota Stang arvosti suuresti (Stang 1927 s. 7) olikin osoittanut, että esineillä ei ollut vain yhtä ja kiinteää vaihtoarvoa (Mataja 1888 s. 160–166). Vrt. kuitenkin Stang 1927 s. 291 av. 210. Ks. yhteydestä taloustieteen historiaan esim. Endres 1997 s. 60–105.

²⁴⁷ Ks. Savigny 1840 s. 367; Böcking 1843 s. 338–339; Siebenhaar 1872 s. 86–86; Burckhard 1884 s. 149; Baron 1885 s. 75–76; Unger 1892 s. 371–372. Pohjoismaisesta kirjallisuudesta ks. esim. Stang 1927 s. 290–291.

²⁴⁸ Mataja, joka oli itse taloustieteilijä, etäännytti itsensä tekstissään juristeista: ”*Die Juristen werden...*” (Mataja 1888 s. 157)

²⁴⁹ Ks. Hoel 1929 s. 106.

²⁵⁰ Ks. esim. Baron 1885 s. 75 (kurs. MV): ”An einem bestimmten Orte und in einem bestimmten Augenblicke aber kann die Sache nur Einen Werth haben, und es darf bei Bestimmung dieses

ri markkinayhteyden takia vaihtoarvo saattoi asettaa tavarat suhteeseen toistensa kanssa, kertoa ja paljastaa niiden todellisen yleisen ja myös vahingonkorvaus- oikeudellisen merkityksen.²⁵¹

Savignyn *Das Obligationsrecht als Theil des heutigen römischen Rechts* -kirjassaan rahasta esittämä on ensiarvoisen tärkeää. Savigny kirjoittaa:

”Das Geld erscheint zunächst in der Function eines bloßen Werkzeuges zur Messung des Werthes der einzelnen Vermögensbestandtheile. In dieser Function steht das Geld auf gleicher Linie mit anderen Messwerkzeugen, mit der Elle, dem Scheffel, dem Pfundgewicht, sogar gleichfalls als Werthmesser dienen, indem drei Pfunde einer Ware genau den dreifachen Werth haben von Einem Pfunde derselben. Nur freilich sind es bloß relative Werthmesser, indem sie sich auf die Vergleichung des Werthes von Quantitäten eines und desselben Gegenstandes beschränken, anstatt dass das Geld als absoluter Werthmesser dient, also zur Vergleichung der Werthes der verschiedensten Gegenstände geeignet ist.”²⁵²

Vaihtoarvo oli siis 1800-luvun lopussa ja 1900-luvun alussa aina hyödykkeen oikea ja oikeudenmukainen, luonnollinen ja legitiimi arvo, mutta toisaalta se erosi klassisesta *iustum pretiumista* eli *verum rei pretiumista*, tavarahan oikeudenmukaisesta arvosta.²⁵³ Siinä missä *iustum pretium* 1200-luvun aristoteeliseen traditioon liittyvien skolastikkojen kirjoituksissa yhdisti oikeudenmukaisen hinnan arvioinnin sopimustasapainon eli synallagman käsitteen kautta esineeseen kohdistuvien tarpeiden, siitä saatavien hyötyjen ja siitä koituvien rasitusten vertailuun²⁵⁴, vaihtoarvossa tällaisia normatiivisiin materiaaleihin pohdiskeluihin viittaavia elementtejä ei ole läsnä.

Vaihtoarvoon liittyy kuitenkin ajatus oikeudenmukaisuudesta. Vaihtoarvo oli tavarahan ominaisuuksien oikeudenmukainen kuvaus, mutta ei klassisella tavalla.

Werthes nicht in Betracht kommen, daß die Sache einer einzelnen Person aus individuellen Gründen besonders werthvoll erscheint [...] mit anderen Worten: es gibt nur *Einen wahren Werth* der Sache.” Vrt. esim. Mataja 1888 s. 160–166. Mataja ei ollut laisinkaan samaa mieltä. Hänelle markkina-arvoa ei ollut olemassa eikä se missään tapauksessa ollut mitenkään todellinen arvo.

²⁵¹ Ks. esim. Stang 1927 s. 290–291; Ussing 1947 s. 170–171.

²⁵² Savigny 1851 s. 405. Korostukset M.V.

²⁵³ Ks. Tolonen 1992 s. 126–134, jossa Tolonen selvittää *iustum pretium* -käsitteen muutosta 1200-luvulta 1600-luvulle tultaessa. Kehitys, jonka rinnalla myös korkokierto hävisi, liittyy Tolosen mukaan rahan vaihdannaistumiseen, rahan käyttöympäristön, sitä ylläpitävien sosiaalisten tapojen muutokseen. Raha vaihdannaistui, sen käyttöympäristöksi tulivat markkinat. Vrt. esim. Smith 1907 I.7.1, jossa Smith nimittää luonnolliseksi hinnaksi sitä rahamäärää, joka kulutetaan tuotannon tekijöihin, jotka on välttämätöntä koota yhteen, jotta hyödyke voitaisiin saattaa markkinoille. Tässä yhteydessä on korostettava sitä, että kaikki 1800-luvun lopun ja 1900-luvun alun kirjoittajat lähtivät liikkeelle siitä, että vaihtoarvolle ei pitänyt antaa lähtökohtaista merkitystä vahingonkorvauksen määrän mittana. Moderni vahinkojen korvaaminen oli intressien korvaamista. Intressit puolestaan tavanomaisesti ylittivät esineen pelkän vaihtoarvon.

²⁵⁴ Ks. Tolonen 1992 s. 126–130.

Sisällöllisten ja sosiaalisten ominaisuuksien sijasta siihen kiteytyvä oikeudenmukaisuus on proseduraalista. (H)aavekuvassa vaihtoarvo on oikeudenmukainen, koska se on vapaan inhimillisen toiminnan tuottama ja siksi välttämättä – tautologista kyllä – oikeudenmukainen.²⁵⁵ Markkinoiden metafora ja markkinoilla tapahtuva vuorovaikutus perustelivat vaihtoarvon legitiimisyyden. Juuri tässä suhteessa vaihtoarvolle perustuva vahingonkorvausoikeus erosi esimodernista vahingonkorvausoikeudesta.

Vaikka vaihtoarvoon ja sen kykyyn luoda totuutta näytetään viime vuosisadan vaihteessa uskotun järkähtämättä, ei tätä uskomusta pidä niellä koettelematta. Vaihtoarvon ongelmattomuus, luonnollisuus ja oikeudenmukaisuus onkin illusorista. Se on objektista, mutta objektisena sen taustalla on koejärjestely. On erittäin tärkeää huomata, että vaihtoarvo onkin *teknologinen artefakti*: sen olemassaolo edellyttää erityistä tekniikkaa, jolla se voidaan tuottaa²⁵⁶. Tai kuten Marx opetti, se on yhteiskunnallinen suhde, joka on sidoksissa tavaratuotannon yhteiskunnalliseen muotoon.²⁵⁷ Koejärjestely puolestaan pitää sisällään omat oletuksensa, sitä justifyoivat käsitykset ihmisistä ja yhteisöistä, Latourin terminologias-

²⁵⁵ Ks. esim. Smith 1907 I.7.13–I.17.16. Duncan Kennedy valottaa klassisen taloustieteen ja Yhdysvalloissa vallinneen oikeusparadigman välisiä – ideologisia – kytkentöjä hahmottamalla juuri hintojen luonnollisuuden perusteluja. Perustelut kietoutuivat yhteen sopimusvapauden perustelujen kanssa. Kennedy toteaa, että hintojen luonnollisuuden perusteleminen edellytti eräitä ennakkoletuksia. Näistä yksi oli ajatus hinnan ja inhimillisen työn välisestä resurssien oikeudenmukaisen jakamiseen liittyvästä yhteydestä. Hinta, siis vaihtoarvo, edusti työtä; se oli tavaraan sisällytetyn, tuotantoprosessin siihen sitoman työvoiman oikeudenmukainen ilmaus. Koska hinta oli työn ilmaus, hinta oli aina myös oikeudenmukainen.

Tällaista ajatusta ylläpiti teoria kilpailun vaikutuksesta. Yksilöiden jatkuva kilpailu esti hintojen ja työn eroamisen toisistaan. Jos kilpailuprosessin tuottamista hinnoista poikettiin, talouden luontainen kulku vääristyi. Jos talouteen ei keinotekoisesti puututtaisi, jos hintojen annettaisiin asettua luontaiselle tasolleen, talous saavuttaisi optimaalisen tilansa ja ihmiskunta saavuttaisi maksimaalisen onnellisuuden määrän.

Kuten Kennedy kirjoittaa: ”allowing exchange with consequent specialization did more than increase output: it made every individual producer better off than he could be without it. The reason was that no exchange would occur, under a regime of freedom, unless both parties desired it. And exchange would continue until the division of labor had been carried to the furthest point that still yielded a net saving of labor inputs. In the end, everyone would receive for his labor (embodied in commodities priced according to labor input) a quantity of products representing his proportional share of the largest output the society could possibly attain. The justice of the outcome, as well as its freedom, naturalness and optimality followed immediately from this analysis. *The outcome was just because each person was rewarded in proportion to his labor.* Indeed, the share of each was simply what he put in. No one got back less than he contributed, and no one got more. Under the regime of free production and exchange, there was a natural harmony of social interests” (Kennedy 1985 s. 944–948, Lainaus sivuilta 945–946, korostus MV). Vrt. myös edellä jaksossa 2.7 esitettyn koskien varallisuusoroikeuden itserajoitusta ja sen perusteluita.

²⁵⁶ Ks. teknologisista artefakteista ja niihin liittyvistä toimijoiden, elottomien kappaleiden, käänösten ja tavoitteiden ketjujen sosiologiasta esim. Latour 2002.

²⁵⁷ Ks. Marx 1962 s. 49–83, jossa Marx kehittää yleisen arvomuodon teoriaansa. Ks. myös Vähämäki 2006b.

sa verkoston, joka ylläpitää sitä. Voidaankin sanoa, että vaihtoarvo on teknologisen artefaktina sitä ylläpitävän teoreettisen, teknologisen ongelmia ratkovan rakenteen eli tavarantuotannon vanki.

Jos vaihtoarvon perustaa halutaan tutkailla, yksi käsite on aivan olennaisessa roolissa. Tämä käsite kuitenkin jää uupumaan Mommsenin määritelmästä. Se on *markkinat*.²⁵⁸ Vaihtoarvo onkin leimallisesti *markkina-arvoa*. Se muodostuu markkinoilla markkinoiden voimasta. Yksinkertaisimmillaan vaihtoarvo voidaan määritellä seuraavasti: hyödykkeen vaihtoarvo on se rahamäärä, jolla hyödyke voidaan myydä tai jolla se voidaan ostaa markkinoilta.²⁵⁹ Tällainen määritelmä ei ole kuitenkaan yksiselitteinen. Se edellyttää monia asioita: riittävän syviä ja kattavia markkinoita, joille kaikilla on pääsy ja lukuisia myyjiä ja ostajia, jotka kerääntyvät yhteen vaihtamaan, ostamaan ja myymään. Modernin mikrotaloustieteen termeillä vaihtoarvo on yhtä kuin täydellisillä staattisilla markkinoilla syntyvä kysynnän ja tarjonnan tasapainokohta, hinta, jolla kaikki markkinoille tarjottavat tuotteet myydään.

Vaihtoarvon legitimiisyys ja oikeutus perustuu sen tuottavan tekniikan, täydellisten markkinoiden metaforisen mallin, paikkansapitävyydelle ja legitimiisyydelle. Taistelu voitetaan ehkä ideaalisella tasolla, mutta hävitään käytännössä, sillä malli ei kriittisesti tarkasteltuna todellisuudessa toimi. Vaihtoarvoa vaivaavatkin täydellisten markkinoiden mallin ongelmat. Suuri osa (h)aavekuvalle ominaisen korvaamisen kritiikin teemoista juontuu markkinoiden ongelma-kohtista ja markkinoiden käsitteen tuottamista katvealueista.

Ennen ongelmakohtiin siirtymistä tarkastelen kuitenkin malliin sisään rakennettuja oletuksia. Kuten jo aiemmin totesin, vaihtoarvon perustana on autonomisten, omia preferenssejään tavoittelevien yksilöiden massamittainen, standardisoitu vuorovaikutus erityisessä tilassa, markkinoilla. Vaihtoarvo edellyttää, että lukuisat myyjät tarjoavat toistensa kanssa identtisiä hyödykkeitä lukuisten ostajien ostettaviksi. Edelleen täytyy olettaa, että lukuisat yksilöt ovat myös valmiita ostamaan näitä hyödykkeitä, luovuttamaan rahaa saadakseen haluamansa tavarat eli hyödykkeen.²⁶⁰ Osto- ja myyntitarjouksien massasta kasvaa kasvoton *markkinamekanismi*. Markkinamekanismi on se sisäsyntyinen ja välttämätön logiikka, jota Adam Smith tunnetusti kutsui näkymättömäksi kädeksi. Tämä logiikka johtaa siihen, että hyödykkeelle syntyy aina yksi hyödykkeiden luonnol-

²⁵⁸ Tai Fredric Jamesonin esittämällä tavalla [markkinat] ideana, ks. Jameson 1991 s. 265. Ks. myös Freiherr Von Loeffelholz 1996 s. 76–77.

²⁵⁹ Ks. esim. Lassen 1917–1920 s. 349–350; Stang 1927 s. 291.

²⁶⁰ Ks. esim. Gronow 1997; Kangas 2006; Ilmonen 2007, jotka ovat viimeaikaisessa suomalaisessa kirjallisuudessa selvitelleet markkinoiden sosiologisia ulottuvuuksia. Michel Callonin (Callon 1998) artikkeli markkinoiden sosiaalisesta puitteistuneisuudesta on niin ikään erittäin valaiseva. Ks. markkinoiden käytöstä ajan saksalaisesta oikeudellisesta kirjallisuudesta esim. Heilfron 1904 s. 430.

lista arvoa kohti pyrkivä hinta. Hinnat laskevat, kun tarjontaa on liikaa ja nousevat, kun tarjontaa on liian vähän. Markkinahinta, vaikka se ei sinällään ole luonnollinen²⁶¹, on aina oikea ja oikeudenmukainen.²⁶²

Yhden ja objekti(ivi)sen hinnan mahdollisuus perustuu puolestaan markkinoiden tekniselle läpinäkyvyydelle. Oletus on, että kaikki markkinoilla toimivat yksilöt – kaikki lukuisat ostajat ja myyjät – tuntevat kunkin tuotteen kaikki ominaisuudet ja sen hinnan, josta yksittäiset tavarantuottajat ja muut vaihtoon osallistuvat ovat valmiita tuotteistaan luopumaan. Tällaista asiointilaa kutsutaan tätä nykyä taloustieteessä täydellisiksi markkinoiksi erotuksena *todellisista* markkinoista, joilla toimijoita vaivaa epätäydellinen informaatio ja informaation epäsymmetrisyys.²⁶³ Malliin kuuluu olennaisena teknisenä edellytyksenä myös, että markkinoille tulon esteet ovat vähäiset. Tämä puolestaan edellyttää, että tavaroiden tulee olla teknisesti suhteellisen kehittymättömiä. Niitä tulee olla mahdollista valmistaa helposti, ilman huomattavia investointeja sen enempää tuotantovälineisiin kuin valmistamisessa välttämättömään tietotaitoon.

Tässä teknisessä mielessä markkinat ja raha kokosivat kaikki yksilöt ja kaikkien yksilöiden elämät yhteen rahan välityksellä yhteen neksukseen. Syntyi yhtä aikaa epätodellinen²⁶⁴ mutta poliittisessa mielikuvituksessa käsinkosketeltavan muodon saanut polttopiste, jossa kaikki maailmassa tuotetut tavarat olivat yhtä aikaa saatavilla, avoimen ja julkisen kaupankäynnin kohteena, toisiinsa verrattavina ja suhteutettavissa. Tähän markkinoiden kyky tuottaa merkityksiä perustuu. Vasta, kun kaikki yksilöt kerätään yhteen, kun kaikki tavarat kerätään yhteen ja asetetaan kaupankäynnin kohteeksi, syntyvät markkinat, joilla tavarat saattoivat saada objektiivisen hinnan. Arvo syntyy markkinoilla, joiden ominaisuuksien vuoksi tavaroille saattaa määrittyä arvo, joka on tosi.²⁶⁵

Tärkeä seikka on, että markkinat ja raha ovat teknisesti erottamattomat. Raha mahdollistaa tämän vuorovaikutuksen ja kommunikaation: se tarjosi tavan vertailla tavaroita toisiinsa. Raha teki mahdolliseksi kvantifioida se halu omistaa, joka eri tavaroihin kohdistui, suhteuttaa se toisiin tavaroihin ja niihin kaikkiin

²⁶¹ Ks. Smith 1907 I.7.13–I.17.16 ja nykyaikaisesta sosiologisesta analyysistä markkinoiden synnystä ja merkityksestä taloushistorialle esimerkiksi Lie 1993 s. 276–277; Knorr Cetina 2006.

²⁶² Perustelu oikeudenmukaisuudelle rakentuu hyödykkeen luomiseksi käytetyn ja tarpeellisen työn perusteella. Vaihtoarvo vastaa tämän käsityskannan mukaan aina sitä työtä, jolla tehokkaimmat yksilöt pystyvät hyödykkeen tuottamaan. Ks. Kennedy 1985 s. 944–948 ja erityisesti yllä alaviitteessä 255 esitettyä.

²⁶³ Ks. esim. Coase 1937; Williamson 1985 erityisesti s. 18–22. Transaktiokustannustaloustiede, jota suomalaisessa oikeustieteellisessä keskustelussa on tehnyt tunnetuksi erityisesti Soili Nystén-Haarala väitöskirjassaan (Nystén-Haarala 1998), perustuu juuri markkinoiden epätäydellisyyttä koskevalla oletukselle. Informaatio maksaa, transaktioilla on aina omat, kumppanin etsimiseen, neuvottelemiseen ja sopimuksen jälkihoitoon liittyvät kustannuksensa.

²⁶⁴ Ks. esim. Lie 1993; Taylor 2002; Knorr Cetina 2006.

²⁶⁵ Ks. esim. Skogh 1977 s. 20–22.

abstraktisti kohdistuviin haluihin. Lukemattomat osto- ja myyntitarjoukset joko hyväksytään tai hylätään. Tarjousten tuottama informaatio johtaa lopulta siihen, että tavaroiden todellinen arvo ruumiillistui rahamääräiseksi, numeraaliseksi ilmaukseksi, objekti(ivi)seksi totuudeksi tavaran arvosta, hinnaksi, johon kaikkien tuottajien ja ostajien on lopulta alistuttava.^{266,267}

Vaihtoarvoon liittyviä käytännön ongelmia oli – ja on – riittämiin. Todellisuus ei käyttäytynyt eikä käyttäydy hyvin. Ensinnäkin vaihtoarvon määrittäminen oli kiusallisen vaikea tehtävä. Markkinoita oli lukuisia ja saman tuotteen arvo saattoi vaihdella kullakin maantieteellisellä markkinalla. Kaiken lisäksi arvo vaihteli ajassa. Samasta tuotteesta saattoi saada yhden rahan syksyllä ja kymmenen keväällä. Miten valita oikea arvo? Mitkä olivat oikeat maantieteelliset markkinat? Miten suhtautua esineisiin, jotka siirtyvät markkinoilta toiselle ja joilla siksi oli kaksi yhtäaikaista ja keskenään kilpailevaa arvoa? Kaikki edellä esitetyt olivat visaisia kysymyksiä, joihin vastaamiseen kulutettiin kirjallisuudessa paljon tilaa ja aikaa.²⁶⁸ Ongelmat eivät loppuneet vaikka kysymyksiin olisi vastattukin. Havaittiin, että useimmilla hyödykkeillä ei ollut edes samoilla maantieteellisillä markkinoilla ja samalla hetkellä yhtä vaihtoarvoa, vaan kaksi: se hinta, jolla tavaran saattoi ostaa ja se hinta, jolla tavaran saattoi myydä.²⁶⁹ Todelliset markkinat eivät osoittautuneet tässäkään suhteessa täydellisiksi.

Callon esittää, että markkinoista puhuttaessa onkin aina erotettava *markkinat* ja *markkinapaikat*. Jälkimmäiset ovat todellisia tiloja, joilla ihmiset toimivat. Ensiksi mainittu käsite viittaa puolestaan ideaalimalliin ja haaveeseen, johon sisältyy normatiivinen skeema todellisissa tiloissa läsnä olevien yksilöiden toiminnan tulkitsemisesta. Callonin mukaan markkinoista puhuttaessa on syytä muistaa kolme seikkaa: 1) markkinoiden käsite viittaa tiettyyn historialliseen ”antropologiaan”, jossa keskeinen tekijä on laskelmoiva toimija, 2) markkinat ovat järjestäytyneitä tiloja, joista puhuttaessa on aina otettava huomioon sekä järjestäytymisen tapa että mahdollisten järjestäytymismuotojen moninaisuus, ja 3) markkinoilla toimijat osallistuvat antropologisessa katsannossa erityiseen toimintaan, jossa laskelmoivat yksilöt asettuvat vastakkain ja turvautumatta väkivaltaan muotoavat kummallekin osapuolelle hyväksyttävän kompromissin, vaihtosopimuksen ja/tai sen hinnan.²⁷⁰

²⁶⁶ Ks. myös esim. Kaye 1998 erityisesti s. 200–231, jossa Kaye käsittelee muun muassa rahan ja markkina-arvon ja muiden arvostusmekanismien välisiä yhteyksiä ja viittaa rahan ja markkinoiden omalakisuuuteen ja itsereferentiaalisuuteen jo 1200-luvun kontekstissa.

²⁶⁷ Ongelma heijastui esineiden tunnearvoon, jonka todellisuus tunnustettiin vain silloin, kun samalla esineellä oli tunnearvoa niin usealle henkilölle, että esineelle voitiin katsoa olevan markkinat. Ks. jäljempänä alaviitteessä 283 ja siinä kohdin esitettyä.

²⁶⁸ Ks. esim. Mataja 1888 s. 159–180.

²⁶⁹ Ks. esim. Mataja 1888 s. 169–173.

²⁷⁰ Ks. Callon 1998 s. 3. Ks. myös Jameson 1991 s. 261–267.

Joistakin hyödykkeistä kukaan ei ollut kiinnostunut ja siksi niiden vaihtoarvo oli hyvin alhainen, vaikka halukkaita myyjiä olisi ollutkin. Kysyntä ja tarjonta eivät aina kohdanneet. Tämä piti paikkansa erityisesti henkilökohtaisten käyttöesineiden osalta. Yksi usein mainituista esimerkeistä ovat vanhat vaatteet, joille ei ollut – sen enempiä kuin nytkään – toimivia markkinoita. Pitikö vahingonkorvausta tuhoutuneista vaatteista tuomita sen hinnan mukaan, jotka vaatteista olisi saanut myydessä, vai pitikö korvauksen vastata vaatteiden hankintakustannusta, etenkin kun vastaavaa ei voitu hankkia, vaan oli hankittava uusi ja parempi.²⁷¹ Vahingonkorvausoikeudessa oltiin vaikean valintatilanteen edessä.

Toinen samasta vyyhdestä juontuva ongelma koski sellaisia asioita, jotka eivät olleet fyysisiä esineitä, vaan ilmiöitä, joille haluttiin määrätä hinta. Vaihtoarvo perustuu tärkeässä suhteessa jo edellä selostetulle idealle *tavaravaihdosta*, joka on mahdollinen *pientuottajien ja tavaravaihtajien yhteiskunnassa*.²⁷² Jotta vaihtoarvo voi syntyä, tulee olla olemassa hyödykkeitä: *asioista on käytävä kauppaa*. Marx puhui hyödykkeistä ja tavaroista, eikä sattumalta.²⁷³ Jos asia ei ole hyödyke, kuten esimerkiksi terveys, kivuttomuus, hyvinvointi eivät ole, siitä ei voida käydä markkinoilla kauppaa. Ja kun asialla ei käydä kauppaa, sillä ei ole markkinahintaa.

Tässä törmätään markkinoiden rajoituksiin. Lopultakaan kaikilla asioilla ja esineillä ei käyty eikä saatu käydä kauppaa. Tällaisia ilmiöitä olivat mm. henki, terveys, nimi, kunnia ja siviilisäät.²⁷⁴ Uskonnolliset ja sosiaaliset tabut pitivät osan todellisuudesta kokonaan markkinoiden ulkopuolella.²⁷⁵ Toinen tulkinta olisi ajatella, että eräät asiat, esimerkiksi tunteet, olivat ensi sijassa naisten ja lasten kokemuksen osia, eivätkä siksi kuuluneet täysi-ikäisten, rationaalisten miesten talouteen. Lopputulos on joka tapauksessa, että tietyillä ilmiöillä ja asioilla ei ole eikä ole koskaan ollut vaihtoarvoa. Kyse on siis yhtä aikaa sekä tosiasiallisesta, todellisten markkinoiden puutteesta kumpuavasta rajoituksesta

²⁷¹ Ks. esim. Stang 1927 s. 291–293. Ks. jäljempänä jaksoissa 5.5 ja 5.6 esitettyä.

²⁷² Ks. tavaravaihdon ja pientuottajien yhteiskunnasta Habermas 2004 s. 44–45.

²⁷³ Ks. esim. Kennedy 1985 s. 996–998, joka Marxin teoriaa käsitellessään toteaa, että hyödyke on sellainen asia tai esine, johon toimijat omaksuvat tietynlaisen, kauppaa käyvän omistajan roolin edellyttämän asenteen. Porvarillisilla markkinoilla toimiminen ja ylipäättään niiden synty *edellytti tietynlaista subjektiviteettia*, suhtautumista tavariin.

²⁷⁴ Ks. esim. Heilfron 1904 s. 429.

²⁷⁵ Ks. erityisesti Baron 1885 s. 75–79, joka selostaa, mitkä esineet ovat vaihdon sisä- ja mitkä sen ulkopuolella. Ks. edellä s. selostamaani Habermasilta peräisin olevaa elämänalueiden erottelua. Vain tavaravaihto oli markkinoiden piirissä. Muihin elämänalueisiin raha ei yltänyt. Tunteet ja perhe-elämä eivät kääntyneet rahan kielelle, eikä niihin liittyville ilmiöille voitu näin ollen määrittää vaihtoarvoa tai muuta taloudellista arvoa.

että normatiivisesta rajauksesta, joka sulkee tietyt ilmiöt markkinoiden ilmiön ulkopuolelle – rajaus, joka oikeustaloustieteessä ilomielin unohdetaan.²⁷⁶

Markkinoiden merkityksiä luova voima perustuikin alunperin talonpoikaismarkkinoiden teollistamiselle. Seudun tavarat tuotiin yhteen paikkaan, myyjät myivät ja halukkaat ostivat.²⁷⁷ Talonpoikaismarkkinoiden juuret rajoittivat markkinoiden merkityksenantokykyä. Alkuperäisessä merkityksessään hyödykkeet olivat ennen kaikkea tavaroita, luonnon raaka-aineiden ja inhimillisen työn yhdistelmiä.²⁷⁸ Vahingonkorvausoikeudellisiin tarpeisiin nähden markkinoita, joilta erilaisille asioille voitaisiin löytää objektiivinen arvo, ei ollut tarpeeksi. Kun vahingonkorvausoikeudellisesti merkittäviä ilmiöitä haluttiin tunnistaa, markkina-arvo jouduttiin ulottamaan yli normaalien tavaramarkkinoiden rajojen. Markkina-arvo oli välttämätöntä yrittää kiinnittää hintalapuksi useampiin konkreettisiin vahinkotapahtumiin kuin käytännössä oli mahdollista.²⁷⁹

Vaihtoarvon ja taloudellisen arvon läheinen yhteys käy hyvin selkeästi esille. Jos ilmiöllä ei ollut vaihtoarvoa, sillä ei ollut ylipäättään taloudellista arvoa. Sama koski markkinoiden ja taloudellisen arvon välistä kytkentää. Taloudellinen arvo syntyi ja sai ilmauksensa markkinoilla, tavarain vaihdon piirissä. Syntyi itseään ruokkiva ja rajoittava kehä: markkinatoiminta, tarpeiden tyydyttäminen vaihtamalla oli luonnollista ja sitä hahmottaa luonnollisella tavalla rahassa. Tästä seurasi, että sen piirissä tuotetut merkitykset olivat luonnollisia, koska toiminta itsessään oli luonnollista. Vaihtoarvon käsite kytkeytyy yhteen taloudellisten ilmiöiden luettelon kanssa. Se vahvistaa vain taloudellinen vahinko on korvattava -periaatetta, toimii sen luontaisena jatkona.

3 KÄYTTÖARVON KAKSI MERKITYSTÄ

Vaihtoarvon vastinpari (h)aavekuvassa on käyttöarvo. Käyttöarvon käsite on merkittävä (h)aavekuvan kannalta, mutta siihen liittyy vaihtoarvoa enemmän

²⁷⁶ Ks. esim. Fredric Jamesonin (Jameson 1991 s. 268–270) Gary Beckerin perheteorian kritiikkiä.

²⁷⁷ Ks. Knorr Cetina 2006 s. 552–553.

²⁷⁸ Ks. esim. Stang 1927 s. 290–292.

²⁷⁹ Scheelin pohdiskeluissa (Scheel 1893 s. 451–453) siitä, että kivulle ja särylle on periaatteessa määritettävissä hinta, jos liian rajoittavasta, suoraan, välittömästi havaittavissa olevaan hintaan keskittyvästä taloudellisen arvon käsitteestä luovutaan, on kysymys juuri markkinamekanismia laajentavaan ja sen rajoituksista eroon pyrkivästä yrityksestä muodostaa vahingonkorvausoikeudellista teoriaa arvosta. Scheel toteaa, että kivulla ja säryllä ja tuntemuksilla on taloudellista arvoa, koska niistä hänen mukaansa käydään kauppaa. Mielihyvää, tuskaa, ahdistusta myydään ja ostetaan, tai ainakin tietyissä järjestelyissä, lomissa, teatteriesitysten lipuissa, voidaan tulkita olevan läsnä tällainen kaupankäynnin elementti.

ongelmia. Vaihtoarvon käsite on nimittäin – kuten edellä huomasimme – varsin yksiselitteinen, kun taas käyttöarvo ei sitä ole. Ongelma juontuu siitä, että vaihtoarvon ja käyttöarvon käsitteet ovat yhtä aikaa sekä toistensa vastinpareja että täydentäjiä, ristiriitaisia ja toistensa jatkoja. Tarkemmin, käyttöarvo on intressin arvona vaihtoarvon sovellutus eli jatke. Vahingonkorvausoikeuden ulkopuolella se on vaihtoarvon radikaali vastinpari, jotakin, mitä vaihtoarvo ei voi missään oloissa tavoittaa.

Äärimmilleen yksinkertaistettuna käyttöarvo on sitä hyödyllisyyttä eli käyttökelpoisuutta, joka esineellä on käyttäjälleen.²⁸⁰ Se voi aktivoitua kahdessa suhteessa. Tulevaisuuteen suuntautuessaan käyttöarvo perustelee, miksi yksilö haluaa saada haltuunsa jonkin esineen. Se kertoo, miksi yksilö on valmis luopumaan toisista omistamistaan esineistään tai työajastaan. Käyttöarvo on halun laukaisija ja siten se seikka, joka perustelee esineen vaihtoarvoa ja sen suhdetta toisiin esineisiin. Toisaalta nykyisyydessä, olemassa oleviin esineisiin kohdistuvana, käyttöarvo voi kuvata esineen merkitystä omistajalleen. Käyttöarvo on sitä arvoa, mikä esineellä on sen haltijalle. Se ilmenee välittömästi esineen käytössä ja kulutuksessa. Käytössä ja kulutuksessa käyttöarvo on yksilön tunnetta ja siten subjektiivinen ja mittaamisen ulottumattomissa. Vaihtoarvo on käsitys esineen hyödyllisyydestä, tunne joka vaihtelee voimakkuudeltaan.²⁸¹ Ilman vaihtoa käyttöarvo on reflektioimatonta ja kvantifioimatonta.

Käsitys esineen käyttöarvosta vaihtelee subjektilta toiselle ja ajassa. Käyttöarvo on siis periaatteessa aina subjektiivista arvoa, jota ei voida skaalata. Sitä ei voida asettaa suoraan vertailtavaksi toisten esineiden käyttöarvon kanssa. Juuri tässä suhteessa se eroaa vaihtoarvosta. Käyttöarvo ei ole yleistä arvoa, kenen tahansa arvoa, vaan se on esineen käyttäjästä riippuvaista.²⁸²

Esineen käyttöarvo edellä esitetyssä merkityksessä on erotettava sen tunnearvosta²⁸³ (*Affektionswert, affektionsvärde*). Tehtävä ei ole helppo. Esimerkiksi saksalaisella Fischerillä tunnearvo näyttää olevan hyvin lähellä edellä mainittua käyttöarvon määritelmää. Kysymys on subjektiivisesta esineen rahallista arvoa koskevasta käsityksestä, jota ei voida objektiivisin menetelmin varmistaa.²⁸⁴ Näyttääkin siltä, että käyttöarvon ja tunnearvon hienonhieno raja rakentuu arvottamista koskevan tunteen perusteella ja toisaalta sen lopputuloksen perusteella. Käyttöarvo perustuu subjektin rationaaliseen arvioon esineen materiaalisesta hyödyllisyydestä, sen soveltuvuudesta materiaalisten tar-

²⁸⁰ Ks. esim. Marx 1962 s. 49. Saksalaisessa oikeudellisessa kirjallisuudessa vastaavan määritelmän esittävät esimerkiksi Puchta 1863 s. 62; Burckhard 1884 s. 149–150; Heilfron 1904 s. 429.

²⁸¹ Ks. esim. Marx 1962 s. 49. Ks. myös Wilson 2004 s. 16–19, jossa Wilson valottaa mielenkiintoisella tavalla käyttöarvon ja vaihtoarvon suhdetta Marxin kirjoituksissa.

²⁸² Ks. esim. Burckhard 1884 s. 149.

²⁸³ Tunnearvosta ks. esim. Stang 1927 s. 304 ja 306; Ussing 1947 s. 138.

²⁸⁴ Ks. Fischer 1903 s. 47. Fischerin vahinkokäsityksestä kokoavasti ks. Mertens 1967 s. 21–32.

peiden tyydyttämiseen. Käyttöarvo ei kuitenkaan koskaan saa numeraalista, rahallista ilmausta. Tunnearvo puolestaan pohjautuu irrationalaiseen, hyödyn teemasta poikkeavaan arvostustekoon, jonka seurauksena esineelle asetetaan irrationalinen rahallinen arvo.

Tämän lähinnä taloustieteellisen arvokäsityksen rinnalla kirjallisuudessa kulkee myös käyttöarvon laskennallista ja objektiivista olemusta korostava argumentaatiolinja. Tapaamme sen esimerkiksi Ussingilla ja Stangilla, jotka molemmat korostavat, että vahingonkorvauksen oikeaa määrää voidaan parhaiten kuvata sanomalla, että sen tulee vastata vahingoittuneen esineen tai menetetyn oikeuden käyttöarvoa.²⁸⁵ Tämä oikeustieteellinen käyttöarvo kuitenkin *objektinen arvo*, ei subjektiivinen, kuten kansantaloustieteessä, eikä objektiivinen kuten tavallisesti ajateltaneen.

1900-luvun alkuun mennessä käyttöarvon käsite näyttää saavan pohjoismaisessa kirjallisuudessa taloustieteellisestä kirjallisuudesta poikkeavan merkityksen, jossa sille voidaan määrittää rahallinen, objekti(ivi)nen arvo. Käännöksessä vaihtoarvo ulotetaan käyttöarvoon: vaihtoarvon käsitteen annetaan määrittää myös käyttöarvon käsitteellistämistä.²⁸⁶ Käyttöarvon omalaatuisesta käsitteestä tulee tässä suhteessa vaihtoarvon käsitteen johdannainen. Käyttöarvo on niiden vaihtoarvojen summa, jotka esineestä voitaisiin tulevaisuudessa todennäköisesti, tavanomaiseen käyttöönään laitettuna saada. Tehdasta varten valmistetulla erikoiskoneella on käyttöarvoa, kun sitä voidaan käyttää tuotannossa: sen avulla raaka-aineista voidaan valmistaa uusia myytäviä esineitä ja niiden myymisestä saadaan lopulta tuloja.²⁸⁷ Tässä mielessä käyttöarvossa on kysymys esineen tai oikeuden tuottoarvosta (*avkastningsvärde*).²⁸⁸

Miksi pahoinpidellä taloustieteellistä käyttöarvoa tällä tavoin? Kysymys on intressin käsitteen ja vaihtoarvon välille yhteyden luovasta siirrosta. Kun vaihtoarvo ei voi suoraan määrittää yksilön intressin taloudellista arvoa, tarvitaan jokin käsite, joka kokoaa intressin taloudellisen arvon pinnalle. Käännös on mielenkiintoinen. Käyttöarvo asettuu välittävään asemaan konkreettisiin esineisiin keskittyvän *esimodernin* vahinkojen korvaamisen ja modernin vahinkojen korvaamisen käytäntöjen, joissa vahingon abstraktin arvioinnin merkitys korostuu, vä-

²⁸⁵ Ks. esim. Stang 1927 s. 291; Ussing 1947 s. 170. Ks. myös Sipilä 1936 s. 12–13 (tosin käyttöarvon käsitettä mainitsematta); Kivimäki 1946 s. 187. Saksalaisesta kirjallisuudesta ks. Fischer 1903 s. 20.

²⁸⁶ Ks. Fischer 1903 s. 20, korostus tämän kirjoittajan: ”Der richtige Kern bei obiger Bezeichnung liegt darin, daß es sich um Güter handeln muß, welche, auch wenn sie nicht neue Güter produzieren und auch nicht zum Umsatze geschaffen sind, doch einen *Gebrauchswert* haben, welchen ihnen nicht nur der Vermögensträger, sondern in gewissen Grade auch einen weiterer Kreis von Rechtsgenossen beilegt.”

²⁸⁷ Ks. esim. Stang 1927 s. 292–294; Kivimäki 1946 s. 188; Ussing 1947 s. 170–171.

²⁸⁸ Persson 1953 s. 306.

liin. Sen juuret ovat kummallakin puolen tätä oikeaa korvaamista määrittävää raja-aitaa. Käyttöarvo on vielä fyysinen esineen, varallisuuskappaleen ominaisuus, joka kiinnittyy tähän esineeseen. Toisaalta siihen on jo sisään rakennettuna esineen tulevaisuus abstraktina vaihtoarvoja tuottavana tai sellaisen sisältävänä käyttöhyödykkeenä²⁸⁹.

Käyttöarvon käsite mobilisoidaan vastauksena erityiseen ongelmaan. Ongelma on, että vaihtoarvo voi toimia pääasiassa vain nykyisyyden eli vahingon välittömän ajallisen ympäristön pinnassa ja vain hyvin rajoitetusti tulevaisuuden suhteen. Vaihtoarvolla pystytään tuottamaan vain ajallinen poikkileikkaus todellisuudesta. Vaihtoarvolle perustuva korvaaminenkin olisi vain pysähtyneen ajan suhteen toimimista. Vaihtoarvo on aina kytköksissä siihen aikaan, jolle se määritetään. Vaihtoarvo nimittäin vaihtelee ajan mittaan ja paikasta toiseen. Tämä ei ole kuitenkaan se aikaan liittyvä ongelma, johon käyttöarvokäsite saattaa tuoda ratkaisun, vaikka kirjallisuudessa tätä ajallisuuden ulottuvuutta onkin käsitelty tavattoman paljon.²⁹⁰

Fredrik Stang on kuvaava esimerkki. Stang halusi avata vahingon aikahorisonttia tulevaisuuteen, tuoda maailman dynaamisuuden mukaan vahingonkorvausoikeuteen. Hänen tavoitteenaan oli irrottaa vahingon arvioiminen yksittäisistä esineistä ja saattaa se yhteyteen yhteiskunnallisten liikevoimien kanssa. Vahingon korvaaminen ei saanut perustua ainoastaan ajalliselle poikkileikkaukselle todellisuudesta, sen piti ottaa huomioon todellisuus kaikissa ulottuvuuksissaan. Tämä tarkoitti huomion siirtämistä esineistä niiden ympäristöön, staattisesta omistuksesta ja sen palauttamisesta esineiden dynaamiseen käyttöön ja niihin liittyviin odotuksiin. 1800-luvun porvarilliselle varallisuus oikeudelle ominainen vaatimus oli, että esineitä ei saanut käsitellä oikeudellisessa ajattelussa pelkästään fyysisinä kappaleina. Ne piti ymmärtää osaksi yksilön varallisuutta, suhteessa yksilön koko omaisuuteen ja myös sen yksittäisiin muihin esineisiin.²⁹¹ Yksilön varallisuusmassa ei ollut keskiaikaisten ruhtinaiden raha-aarre²⁹², vaan taloudellisen toiminnan resurssi.

Käyttöarvon käsite pahoinpidellyssä muodossaan mahdollisti juuri ihmisten toiminnan dynaamisen ulottuvuuden tuomisen vahingonkorvausoikeudelliseen

²⁸⁹ Ongelmana ovat kulutushyödykkeet, jotka eivät tuota rahaa ja jotka eivät muutu enää vaihtarvoksi. Niiden vahingonkorvausoikeudellinen merkitys perustellaan ajattelemalla, että niillä on ollut vaihtoarvoa, joka ei häviä, vaikka itse esine tuhoutuisikin. Ks. Fischer 1903 s. 19.

²⁹⁰ Ks. hyvänä esimerkkinä Almén 1934 s. 355–369.

²⁹¹ Ks. esim. Bar 1871 s. 134.

²⁹² Ks. Marx 1962 s. 144–148: ”Grade in den Anfängen der Warenzirkulation verwandelt sich nur der Überschuß an Gebrauchswerten in Geld. Gold und Silber werden so von selbst zu gesellschaftlichen Ausdrücken des Überflusses oder des Reichtums. Diese naive Form der Schatzbildung verewigt sich bei Völkern, wo der traditionellen und auf Selbstbedarf gerichteten Produktionsweise ein fest abgeschlossener Kreis von Bedürfnissen entspricht” (s. 144).

arviointiin.²⁹³ Käyttöarvo sijoitti esineen vahingonkärsijän taloudellisen toiminnan kokonaisuuteen, osaksi tämän toimintaa, menneisyyttä ja tulevaisuutta. Esine ja sen arvo operationaalisoituivat taloudellisen toiminnan, tuotannon ja vaihdon ketjun osiksi.²⁹⁴ Esineestä ja sen arvosta tuli dynaaminen: esine ei ollut passiivinen vaihtamisen kohde, vaan siitä tuli osa tuotantoprosessia, tuotannontekijä, aktiivinen toimija, voiton lähde.²⁹⁵ Kun yksittäiset esineet oli pystytty määrittelemään *varallisuudeksi* ja sellaisina taloudellisen toiminnan resursseiksi, oli luonnollista kytkeä varallisuuteen odotus tuotosta.²⁹⁶ Varallisuus – niin kuin rahakin – tuotti.²⁹⁷ Tuottavuus oli varallisuuden, taloudellisen arvon ja rahan luonnollinen ominaisuus.²⁹⁸ Tuoton suuruus riippui varallisuuserän asemasta kunkin henkilön taloudellisen toiminnan kokonaisuudessa, varallisuuserästä itsestään ja miksei myös yksilön taidosta ja ahkeruudestakin. Yksittäisellä, sinällään vaihtoarvoltaan vähäisellä esineellä saattoi olla merkittävä käyttöarvo, jos esine oli merkittävässä asemassa yksilön taloudellisessa toiminnassa. Kunkin oikeuden merkitys – ja siten käyttöarvo – saattoi vaihdella sen mukaan, minkälaisessa käytössä esine kulloinkin oli.

Käyttöarvolaskelmat saattoivat olla käytännössä hyvinkin monimutkaisia ja vaikeita, mutta niiden taustalla vaikuttava idea on varsin yksinkertainen. Ajatus kulkee jotakuinkin seuraavasti. Kun tiedetään, mikä yksittäisen esineen asema on yksilön taloudellisen toiminnan kokonaisuudessa ja tunnetaan taloudellisen toiminnan järjestämisen periaatteet, voidaan hahmottaa, minkälaiset prosessit esineeseen kiinnittyvät. Tämän tiedon perusteella voidaan kuvitella, minkälaisia häiriöitä aiheutuisi, jos esine joko vahingoittuisi tai kokonaan tuhoutuisi. Kun prosessien häiriöt tunnetaan, voidaan prosessien fyysinen lopputulos laskea erilaisin fyysisen maailman lainalaisuuksia ja taloudellisia liikelakeja hyväksikäyttäen. Tämän jälkeen esineen käyttöarvo kunkin yksilön taloudessa voidaan määrittää vertaamalla sitä fyysisten esineiden järjestymisprosessin lopputulosta, joka olisi syntynyt, jos esine olisi vahingoittunut, siihen lopputulokseen, joka olisi syntynyt, jos esine ei olisi vahingoittunut. Kun markkinoiden tuottama informaatio esineiden arvosta yhdistetään tietoon esineiden lukumäärästä, voidaan luoda käsitys varallisuuden arvosta varsin yksinkertaisesti. Omaisuus siis periaatteessa

²⁹³ Tässä suhteessa käyttöarvolla oli sama tehtävä kuin Friedrich Mommsenin lanseeraamalla differenssiopilla. Se perusteli, miksi *lucrum cessans*, koskaan realisoitumaton ja vailla vakaata oikeudellista pohjaa oleva voitto tuli korvata.

²⁹⁴ Ks. Virtanen 2006b s. 199–209.

²⁹⁵ Ks. Wallerstein 1987 s. 12–41.

²⁹⁶ Ks. esim. Bar 1871 s. 146; Tolonen 1992 s. 225–230.

²⁹⁷ Palaan tähän arviointiin liittyviin ongelmiin jäljempänä, kun käsittelen differenssiopin teknologisia ulottuvuuksia ja hypoteettisen tapahtumakulun luomiseen liittyviä vaikeuksia. Ks. jäljempänä jaksot 3.5–3.9.

²⁹⁸ Ks. muutoksesta esim. Tolonen 1992 s. 126–182.

arvotetaan kokonaisuudessaan, vaikka pohjimmiltaan onkin kysymys yksittäisten esineiden laskemisesta ja arvottamisesta.²⁹⁹

Juuri tässä kvantifikaatioprosessissa kuvastuu käyttöarvon tärkeys. Käyttöarvolla operoiminen vie loppuun eräänlaisen taikatempun, äkillisen ja perinpohjaisen arvon ominaisuuksien muutoksen. Vaihtoarvon yksittäisille esineille tuottama objekti(ivi)nen arvo ja sen mahdollistama esinevahingon objekti(ivi)nen korvaus muuttuu käyttöarvon avulla subjektiivisen ja dynaamisen objekti(ivi)sen arvon mahdollisuudeksi. Vaihtoarvo, joka perusmuodossaan voi olla vain poikittaisleikkaus eli pysäytyskuva todellisuudesta, staattisen, muuttumattoman fyysisten esineiden tilan kuvaus, pystytään ulottamaan tulevaisuuteen. Käyttöarvoksi muuttuneen vaihtoarvon avulla pystytään hallitsemaan aikaa ja hahmottamaan ainutlaatuisten ja ainutkertaisten fyysisten kappaleiden kerääntymisprosesseja. Mielenkiintoista on, että subjektiivisuus tarkoittaa tässä yhteydessä kuitenkin vain ympäristön yksilöllisyyttä, ei sen enempää. Se ei tarkoita, että vahingonkärسیjä voisi itse arvioida, mikä merkitys vahinkotapahtumalla oli hänen varallisuudelleen, eikä sitä, että tämä – tai edes tuomari – voisi vapaasti arvioida, mikä on jonkin esineen tai vahinkotapahtuman taloudellinen subjektiivinen käyttöarvo. Käyttöarvo on objekti(ivi)nen arvo, koska sen laskemisessa käytettävät mittapuut eli vaihtoarvolle perustuvat tulevaisuusprojektiot hahmotetaan vaihtoarvon ansiosta objekti(ivi)siksi ja empiirisiksi tosiasioiksi.

4 INTRESSI

Vaikka käyttöarvo onkin varsin usein vahingonkorvausoikeudellisessa kirjallisuudessa erityisesti vuosisadan alussa esiintyvä tema, se jää auttamatta toisen käsitteen, *intressin*, varjoon. Moderni, (h)aavekuvalle ominaisten periaatteiden mukaan järjestyvä vahinkojen korvaaminen olikin leimallisesti aina *intressin* korvaamista, kuten sekä Ussing että Stang saksalaisten esikuviansa tavoin julistivat 1900-luvun alussa. Vahingonkorvaus määriteltiin *intressikorvaukseksi*. Tämä tarkoitti sitä, että vahinkojen korvaaminen ei ollut esineen tai vahinkotapahtuman todellisen ja yleisen arvon korvaamista, vaan esineen korvauksen tuli kattaa koko vahingon arvo vahingonkärсіjän yksilöllisessä taloudellisessa tilanteessa. Käyttöarvon kielellä tämä *intressien mukainen korvaus* oli vahinkotapahtumassa loukatun taloudellisen käyttöarvon korvaamista.³⁰⁰ Kuten Lassen totesi velvoiteoikeuden käsikirjan ensimmäisessä osassa:

²⁹⁹ Ks. myöhemmin jaksossa 3.6 differenssiopin ja kirjanpidon yhteyksistä esittämiäni ajatuksia.

³⁰⁰ Ks. Stang 1927 s. 290–297. Samoin myös Lassen 1917–1920 s. 348–350; Karlgren 1943 s. 139–141; Kivimäki 1946 s. 169–171; Ussing 1947 s. 169–170; Persson 1953 s. 281–290 ja vii-

”Skaden maa bestemmes efter den krænkedes individuelle Forhold, saa at det f. Eks. ikke bliver den beskadede Tings almindelige Værdi men dens Værdi for den krænkede, som kommer i Betragtning.”³⁰¹

Käyttöarvo jäi taustalle. Roomalaisesta oikeudesta saksalaiseen yhteiseen oikeuteen ja sittemmin pohjoismaiseen doktriiniin omaksuttu intressi oli se käsite, johon pohjoismainenkin vahingonkorvausoikeus rakenteellisesti kiinnittyi. Se oli vahingonkorvausoikeudellisen arvonmäärittelyn yläkäsite, josta käyttöarvo ja vaihtoarvo kumpikin olivat erityistapauksia. Esineen käyttöarvo ainoastaan vastasi ja kuvasi kuhunkin esineeseen kytkeytyvää vahingonkärsijän käyttöintressiä. Se oli osa vahingonkärsijän johonkin tapahtumaan liittyvää kokonaisintressiä. Kokonaisintressi oli yksittäisille esineille koituneiden vahinkojen, yksittäisten esineiden vaihto- ja käyttöarvojen summa, abstrakti representaatio niistä taloudellisista odotuksista, joita vahinkotapahtuma koski.

Lähtökohtani on saksalaisen Cohnfeldtin vuonna 1865 esittämä intressin yleinen määritelmä: ”Interesse ist aller von einer Thatsache für eine bestimmte Person abhängige Vortheil” tai vaihtoehtoisesti ”alles was Jemand von dem Eintritt oder Nichtetrtritt eines gewissen Ereignisses haben würde.”³⁰² Määritelmä on Cohnfeldtin sille antamassa muodossa varsin yleisluonteinen. Niin Pöyhönen ja Korhonen määrittelevät nykyään riskiposition.³⁰³ Juuri yleisluonteisuudestaan johtuen Cohnfeldtin määritelmä ei sanamuotonsa perusteella kerro vielä kovin paljoa. Se kertoo vain sen, että yksilöllä saattaa olla odotuksia ja näiden luonteeltaan epävarmojen odotusten toteutuminen on yhtä kuin yksilön intressi. Samantapaisia intressikäsitteen määritelmiä on runsaasti tuon ajan saksalaisessa kirjallisuudessa.³⁰⁴

meaikaisessa kirjallisuudessa esim. Hellner – Radetzki 2006 s. 414: ”Bruksvärdet utgör det kapitaliserade värdet av det brukande som ägaren går miste om.”

³⁰¹ Lassen 1917–1920 s. 350.

³⁰² Cohnfeldt 1865 s. 57. Ks. määritelmästä myös esim. Sintenis 1847 s. 67–68.

³⁰³ Ks. esim. Pöyhönen – Korhonen 1996 s. 215.

³⁰⁴ Ks. myös esim. Puchta 1863 s. 364; Arndts Von Arnesberg 1865 s. 323; Windscheid 1865 s. 25. Ks. erityisesti Sintenis 1847 s. 70, jossa Sintenis kirjoittaa jo ennen Mommsenia, tosin vain yhtenä esimerkkinä intressistä: ”in diesem ist es also die gesammte Summe, um welche das Vermögen des Gläubigers grösser sein würde, wenn das schädliche Ereigniss nicht eingetreten wäre, und zwar sowohl rücksichtlich eines entstandenen positiven Schadens, d. i. einer Verminderung des bisherigen Vermögensbestandes (damnum emergens), als des negativen, d. i. des entgangenen Gewinns (lucrum cessans).” On toki todettava, että Sintenisillä intressi on vielä kiinnittynyt esineeseen. Cohnfeldtin määritelmä ei vastaa intressikorvauksen ja differenssiopin isänä pidetyn Friedrich Mommsenin käsitystä intressistä. Mommsenin määritelmässä korostui kahden varallisuustilan välillä tehtävän vertailun merkitys: intressi oli itse asiassa noiden kahden varallisuustilan välinen erotus. (Mommsen 1855 s. 1). Cohnfeldt ei hyväksynyt tätä laajalle levinnyttä lähtökohtaa, koska se perustui hänen mukaansa intressi-sanan etymologian väärinymmärtämiselle. (Cohnfeldt 1865 s. 4 ja 88–89. Mommsen ja muut intressistä kirjoittaneet sekoittivat Cohnfeldtin mukaan intressin

Huomionarvoista on, että intressissä polttopisteenä ovat juuri odotukset, dynaaminen voiton ja hyödyn maailma, johon esine kiinnittyy. Olkoonkin, että velvoiteoikeudellisen intressikäsitteen sisällöstä näyttää olleen erimielisyyttä, ajattelutavan peruspiirteet ovat sekä Cohnfeldtillä että muilla ajan kirjoittajilla samat. Intressikäsite kiinnittyy velkojan odotuksiin ja tapahtumakulkuun, joka katkesi, kun velkoja ei saanut suoritusta tai kun hänen oikeuttaan oikeudenvastaisesti loukattiin. Intressissä petetyt odotukset ja toteutumattomat maailmat välittyvät kouriintuntuviksi todellisuuksiksi, oikeudellisesti hallittaviksi ja manipuloitaviksi ilmiöiksi, joiden suhteen voidaan vahingonkorvausoikeudellisesti toimia. Intressin käsite onkin – samoin kuin käyttöarvo – osa strategiaa, jonka avulla vahinkojen korvaaminen dynamisoituu, muuttuu ottamaan huomioon omaisuuden ja oikeuksien erilaiset suunnitellut käytöt ja niiden mahdollisuuden tuottaa rahaa omaisuusesineen tai oikeuden käyttämiseen ja siitä nauttimiseen oikeutetulle.

Käyttöarvo- ja intressikorvausten taustalla häämöttää vahingonkorvausoikeudellisen vaikuttamisen perusteknologia. Edellä totesin, että käyttöarvokorvaus perustuu sille, että vahingoittunut esine asetetaan arvioijan mielikuvituksella vahingonkärsijän taloudellisen toiminnan sisään, että sen kuvitellaan olevan olemassa vaikka se on todellisuudessa tuhoutunut ja siksi poistunut paikaltaan. Arvioija seuraa esineen kulkua näissä prosesseissa. Hän jäljittää mielikuvituksessaan, miksi muiksi kappaleiksi esine olisi muuttunut, jos vahingonkärsijä ei olisi kokenut vahinkoa. Arvioija pohtii, mitä esineen sijaan olisi tullut, miten se olisi tuottanut voittoa vahingonkärsijälle. Arvioija luo siis hypoteettisen tapahtumakulun, fyysisten kappaleiden maailman. Jotta vahingonmäärä saadaan selville, todellista maailmaa on verrattava hypoteettiseen. Tämä puolestaan edellyttää, että arvioija arvostaa sekä todellisen maailman että hypoteettisen maailman arvon. Vahingonkorvauksen määrä on maailman arvojen erotus. Tämä on kaiken modernin taloudellisen vahingon korvaamisen lähtökohta – tosin lähtökohtaa arvioitaessa on nähdäkseni tarpeellista ottaa huomioon se, mitä esitän jäljempänä (jakso 3.6) kirjanpidon ja vahinkojen korvaamisen välisestä yhteydestä.

Intressin käsitteessä tällainen yksittäistä kappaletta seuraava vahingon arviointiprosessi kokee muodonmuutoksen. Käyttöarvosta siirrytään sen metatasolle, vahinkotapahtumaan liittyviin geneerisiin, puhtaasti laskennallisiin, arvon kielellä ilmaistaviin odotuksiin. Käyttöarvo abstrahoituu. Se irtautuu kytköksistä yksittäisiin esineisiin ja saa yleisen, kaikista partikulariteeteista ja konkretiasta riisutun asunsa. Intressissä odotukset muuttuvat puhtaan laskennallisiksi ja abstraktiksi arvon representaatioksi, kun vertailu abstrahoidaan kahden varallisuus-

ja sen arvon keskenään. Ei mikään ihme: intressin käsitteen käyttämisen ideanahan oli mahdollistaa käyttöarvon objekti(ivi)nen laskeminen.

aseman arvon vertailuksi. Esineen arvo määrittäyty lopputilasta, ei sitä liikuttavista ja sitä koskevista prosesseista käsin.³⁰⁵

Tässä kohdin voidaan nähdä yhteys varallisuuskäsityksen lähes samanaikaiseen muutokseen, joka Morton J. Horwitzin mukaan tapahtui Yhdysvalloissa 1870-luvun aikana. Tiukan esinesidonnoisesta ja fyysisestä, maaomaisuutta korostaneesta näkökulmasta siirryttiin ei-aineelliseen, perusteltuja odotuksia ja ennakoitavia lopputuloksia korostaneeseen, dynaamiseen varallisuuskäsitykseen. Vahingonkorvausoikeudessa siirtymä kuvastui varallisuuskäsityksen muutoksessa. Esineen ja sen todellisen arvon korvaamisen sijasta korvattiin esineeseen liittyviä odotuksia.³⁰⁶

Vahingonkärsijän vahinkotapahtumaan liittyvä intressi on vahingonkärsijän hypoteettisen varallisuuden ja todellisen varallisuuden välinen erotus, maailmojen arvojen laskennallinen ero. Kuten Friedrich Mommsen asian ilmaisi vuonna 1855:

”Der Ausdruck: *id quod interest* weist auch eine Vergleichung hin, und eine solche liegt in dem Begriff des Interesse zu Grunde. Unter dem Interesse in seinem technischen Bedeutung verstehen wir nämlich die Differenz zwischen dem Betrage des Vermögens einer Person, wie derselbe in einem gegebenen Zeitpunkte ist, und dem Betrage, welchen dieses Vermögen ohne die Dazwischwenkunft eines bestimmten beschädigenden Ereignisses in dem zur Frage stehenden Zeitpunkte haben würde.”³⁰⁷

Käsitteellinen yhteys, joka muodostuu intressin, differenssiopin, käyttöarvon ja täyden korvauksen välille, määrittelee (h)aavekuvan vahingon laskemisen käsitteellisen ytimen. Intressikorvaus kiinnittyy erottamattomasti täyden korvauksen periaatteeseen ja vahingon siirtämistä koskevaan korvaamisen tavoitteeseen. Jos korvaaminen järjestetään koko vahinkotapahtumaan liittyvän vahingonkärsijän intressin korvaamiseksi, vahingon siirtämistavoite tulee täytetyksi.³⁰⁸

Intressikorvauksen juuret ovat – tavanomaisen, mutta väärän käsityksen mukaan – roomalaisessa oikeudessa. Lukuisissa roomalaisissa vahinkojen korvaamista koskevissa *actioissa* esiintyy nimittäin ilmaisu *id quod interest*.³⁰⁹ 1800-luvun puolivälissä saksalainen Friedrich Mommsen kirjoitti sittemmin vahingonkorvausoikeuden kaanoniin päätyneen *Zum Lehre von dem Interesse* -kirjan.

³⁰⁵ Ongelmaksi muodostuu vielä tänäkin päivänä keskustelua aiheuttavat jälleenhankinta- tai korjauskustannukset. Nämä kustannukset voivat olla suurempia kuin intressi. Tilanteesta BGB:n säättämisen aikoihin ks. Jansen 2007 s. 563–564.

³⁰⁶ Horwitz 1992 s. 145–152.

³⁰⁷ Mommsen 1855 s. 1.

³⁰⁸ Ks. Stang 1927 s. 291–292.

³⁰⁹ Ks. esim. Mommsen 1855 s. 40–45; Cohnfeldt 1865 s. 57–58

Mommsen muotoili kirjassaan modernin vahingonkorvausoikeuden perusteisiin. Täysi korvaus oli Mommsenin mukaan roomalaisen oikeuden mukaan vahingonkärsijän vahinkotapahtumaan liittyneen intressin korvausta. Intressin taloudellinen arvo ja siten vahingonkorvauksen oikea määrä puolestaan voitiin selvittää vertaamalla vahingonkärsijän vahinkotapahtuman jälkeistä varallisuuden määrää siihen varallisuuden määrään, joka tällä olisi ollut, jos vahinkotapahtumaa ei olisi sattunut.

Roomalaisen oikeuden esikuvan mukaisesti vahingonkorvauksen tulikin käsitellä sekä *damnum emergens* että *lucrum cessans*:

”Aus welchen Gegenständen das Interesse in dem einzelnen Fall besteht, bestimmt sich nach dem Einfluss, welchen das beschädigende Ereignis auf das von demselben betroffene Vermögen gehabt hat. Dieser Einfluss kann ein sehr verschiedener sein; doch können wir zwei Richtungen unterschieden, in welchen er sich zeigen kann. Die nachteilige Wirkung des Ereignisses kann nämlich darin bestehen, dass das zur Zeit des Eintretens vorhandene Vermögen, sei es durch gänzliche oder theilweise Entziehung einzelner damals existierender Theile desselben, oder durch eine Verminderung ihres Werthes, oder endlich durch Belastung des Vermögens mit einer Schuld, verringert ist, – oder darin, dass eine Erweiterung des Vermögens gehindert ist, welche ohne die Dazwischenkunft des Ereignisses eingetreten wäre.

Man bezeichnet das Interesse, sofern es in einem Nachteile der ersten Art besteht, als *damnum emergens* oder *damnum positivum*; sofern es in einem Nachteile der zweiten Art besteht, als *lucrum cessans* oder *damnum privativum*.³¹⁰

Dieter Medicus on sittemmin osoittanut, että Mommsen oli väärässä. Mommsen rinnasti *id quod interest* -käsitteen mukaisen vahinkojen korvaamisen ja hypoteettisen ja todellisen omaisuusmassan vertaamisen toisiinsa perusteetta. Medicuksen mukaan roomalaisessa oikeudessa *id quod interest* ei johtanut differenssiopin mukaiseen vahingon käsitteellistämistapaan.³¹¹ Mommsen käytti *id quod interest* -käsitettä siis eräässä mielessä väärin, piti sitä merkittävämpänä kuin se oikeastaan olikaan. Medicus huomauttaa esimerkiksi, että roomalaisen oikeuden *id quod interest* -käsite ei sellaisena kuin se esiintyy *actio de eo quod certo loco* -kanteessa³¹² tarkoita, että vahingonkärsijän koko omaisuutta pitäisi tarkastella varallisuusmassana eli yhtenäisenä kokonaisuutena, jonka valossa vahinkotapahtuman merkitys jäsentyy. Roomalaisen oikeuden intressikäsitys kiinnittyy Medicuksen mukaan tässä kannetyypissä yksittäisiin esineisiin ja niiden todelliseen arvoon.

³¹⁰ Mommsen 1855 s. 11.

³¹¹ Ks. Medicus 1962 s. 302–311.

³¹² Ks. Medicus 1962 s. 21–22 ja 263–265.

Toinen eroavaisuus on siinä, että intressikäsitteen käyttämisessä oli aina kysymys vahingon jakamisesta – ajatuksesta, joka Medicuksen mukaan on roomalaisessa muodossaan tuntematon modernille vahingonkorvausoikeudelle. Kolmas tekijä on intressikorvauksen asema ”ylimääräisenä” vahinkoeränä. Intressikorvaus ei ollut vahinkojen korvaamisen ensisijainen lähtökohta, vaan pikemminkin esineiden arvon korvaamista täydentävä vahinkojen korvaamisen tapa.³¹³

Vaikka Mommsenin lähtökohdat olivatkin nykypäivän näkökulmasta virheeliset, *Zum Lehre von dem Interesse* ja siinä esitetty intressikäsitteys on osoittautunut vaikutukseltaan erittäin tärkeäksi. Se lukitsi vahingonkorvausoikeudellisen kielenkäytön, määritti, miten modernista vahingonkorvauksesta ja sen tavoitteista tulee puhua. Tilanne on osin ironinen. Mommsenin keskeisin tavoite, kuten Brigitte Keuk asiaa hahmottaa, oli vain vakiinnuttaa ajatus, että *lucrum cessans*kin tulee aina korvata.³¹⁴ Tämän laajempia tavoitteita Mommsenilla ei Keukin mukaan ollut. Mommsenin ajatus oli integroida tulevaisuuden odotukset, jotka eivät olleet vielä arviohetkellä realisoituneet, vahingonkorvaukseen siten, että ne tuli ottaa huomioon korvattavina ja siten aitoina vahinkotapahtuman seurauksina.³¹⁵ Hän halusi ainoastaan esittää mahdollisimman yleispätevän perustelun *lucrum cessansin* korvaamiselle, mutta tuli samalla myöhempien kirjoittajien suosiollisella avustuksella luoneeksi differenssiopin, joka laajeni yleiseksi vahingonkorvauksen teoreettiseksi lähtökohdaksi.

Mommsenin tarkoittamat *damnum emergens* ja *lucrum cessans* eivät sinällään vielä johda moderniin differenssioppiin ja sille ominaiseen vahingon käsitteellistämiseen. Ne ovat konkreettisten vahinkotapahtuman seurausten kokoelmia, yksittäisiä vahinkoeria. Niiden tunnistamisessa ja määrän laskemisessa differenssioppi on toisaalta välttämätön, koska ne voidaan koota yhteen ja muuttaa abstrakteiksi laskennallisiksi suureiksi vasta differenssiopin välityksellä. Differenssiopin teknologian voikin katsoa tulleen mahdolliseksi, kun Mommsen rinnasti pyrkiessään perustelemaan *lucrum cessansin* korvattavuutta roomalaisen oikeuden *id quod interest* -käsitteen ja vahingonkärsijän hypoteettisen ja todellisen varallisuuden määrän vertaamisen toisiinsa. Sen sijaan on syytä huomata se, että Mommsen saavutti enemmän kuin halusikaan. *Damnus emergensin* ja *lucrum cessansin* jäsentäminen korvauskelpoisiksi vahingoiksi ei välttämättä edellytä differenssiopin omaksumista.

Nähdäkseni intressin käsitteen ilmestyminen ei tyhjenny sen roomalaisoikeudellisiin juuriin eikä edes siihen vahinkojen korvaamista koskevien käsitysten muutoksiin, jotka intressin käsitteen omaksumisesta seuraavat. Intressi oli oikeuden ulkopuolisessa diskurssissa Mommsenin kirjoittaessa hyvin käyttökelpoi-

³¹³ Ks. Medicus 1962 s. 302–304.

³¹⁴ Ks. Keuk 1972 s. 17.

³¹⁵ Ks. Keuk 1972 s. 17–20.

nen, ymmärrettävä ja selitysvomainen käsite. Se osui poikkeuksellisen hyvin yhteen ulko-oikeudellisen ja taloudellisen kielenkäytön kanssa. Intressi oli luonnollinen jatke taloudellisen elämänalueen käsitteelle, mikä on nähdäkseni hyvin tärkeää pitää mielessä. Nykyinen käsityksemme intressistä hämärtää tilannetta ja johtaa väärille urille. 1800-luvulla intressin yhteydet taloudelliseen elämänalueeseen ja erityisesti taloudellisen toiminnan motivaatiota koskeviin käsityksiin olivat nykyistä selvemmat.

Intressin käsite tätä nykyä onkin hyvin monimerkityksinen, se on edelleen hyvin selitysvomainen ja vielä nykyäänkin usein käytetty. Sen avulla selitetään ihmisten toimintaa mitä moninaisimmissa konteksteissa, perhe-elämää³¹⁶ ulkopoliittikaan³¹⁷ ja oikeustieteeseen³¹⁸.

Albert O. Hirschman on kirjassaan *Passions and Interests*³¹⁹ pyrkinyt selvittämään intressikäsitteen historiallisia juuria. Hirschmanin keskeinen kontribuutio tunnetaan ns. *doux commerce* -teesinä.³²⁰ Hirschmanin mukaan 1700-luku oli murroksen aikaa koko inhimillisen toiminnan motivaatiokäsitysten suhteen. Hirschman väittää, että aiemmat käsitykset ihmisten toimintaa motivoivista tekijöistä murtuivat tuona ajankohtana. Lähtökohtana on ajatus, että keskiaikana ja uuden ajan alussa ihmisten käyttäytymistä ohjailivat intohimot. Pyhän Augustinuksen ajattelussa tällaisia intohimoja olivat rahan ja omaisuuden himo, vallan himo ja lihan himo.³²¹

1700-luvulle tultaessa intohimot menettivät merkitystään ja taloudellinen järki saa uutta tilaa. Hirschmanin diagnoosi on, että taloudellinen järki, oman edun tavoittelu ja materiaalistien perustarpeiden tyydyttäminen kietoutuivat käsitteellisesti toisiinsa. Ne korvasivat vähitellen vanhan intohimoilte perustuvan käsityksen ihmisten toimintaa ohjaavista motivaatiotekijöistä.³²² Tämän seurauksena on kehitys, jossa yksi aikaisemmista moraalisesti rappeuttavista, irrationaalisista intohimoista, *voitonhimo*, kääntyi neutraaliksi ja rationaaliseksi *intressiksi*. Intressi on rauhallinen, kesy intohimo. Se on hyve, joka saattoi tasoittaa ja kesyttää muut tuhoisat intohimot, tehdä ihmisen toiminnasta rationaalista. Intressin mu-

³¹⁶ Ks. esim. Becker 1991; Becker 2003.

³¹⁷ Ks. esim. Burchill 2005.

³¹⁸ Intressikäsitteen moninaisista oikeustieteellisistä käytöistä kiinnostava esitys on Luhmann 1990.

³¹⁹ Hirschman 1977.

³²⁰ Ks. Kangas 2006 s. 203–219.

³²¹ Ks. Hirschman 1977 s. 14–20.

³²² Ks. Hirschman 1977 s. 42–48; Heilbron 2001. Vrt. kuitenkin esim. Luhmann 1990 s. 6–7. Luhmannin mukaan intressin käsitteellä ja taloudellisella ajattelulla ei voida osoittaa olevan selkeää yhteyttä.

kaan toimiminen eli rahan, materiaallisen hyvinvoinnin ja voiton tavoittelu siirsi ihmisten välisten kamppailun sivistyneille urille, talouteen.³²³

Intressin käsite tarkoitti käännöksen jälkeen ensisijassa yksilön materiaaliseen hyvinvointiin liittyviä ja siis leimallisesti taloudellisia intressejä.³²⁴ Intressien tavoittelemisen määrittyi legitiimiksi ja yhteiskunnan kannalta hyödylliseksi toiminnaksi. Jokaisesta ihmisestä – jos hän omaksui intressin tekojaan johtavaksi motiiviksi – tuli kauppias. Koska intressi oli intohimoista poiketen hyödyllinen ja järkevä motivaatiotekijä, se sai etuoikeutetun aseman. Esimerkiksi Adam Smith ajatteli, että kun ihmisellä oli intressi toimia jollakin tavoin, häntä ajoi tähän toimintaan oman edun tavoittelu eli halu edistää omaa materiaalista hyvinvointiaan. Intressiin ja sen mukaiseen toimintaan kiteytyi neutraali, rauhallinen, väkivallaton, kiihkoton järki. Se, tai pikemminkin kaupankäynti, rauhoitti intohimoisen, passioiden tempoileman ihmisen. Intressi opetti ihmiselle itsehillintää.³²⁵

Hirschman on nähdäkseni pystynyt vakuuttavasti osoittamaan, että intressin käsitteessä kiteytyy taloudellinen järki ja että intressillä tarkoitettiin yksilön taloudellisen järjen avulla tunnistettavia ja sen puitteissa hyväksyttäviä pyrkimyksiä ja odotuksia. Tämä havainto asettaakin intressin käsitteen uuteen asemaan. Se on luonnollinen osa taloudellisen toiminnan puhetta. Näyttääkin siltä, että juuri intressikäsitteen luonnollinen kyky järjestää ja auttaa hahmottamaan taloudellista toimintaa tekee siitä vahingonkorvausoikeudellisesti mielekkään. Koska intressit motivoivat ja toimivat taloudellisen toiminnan taustalla sen motivaatiotekijöinä, on vain luonnollista, että intressi vakiintuu myös vahingonkorvausoikeuden perusrakenteen osaksi.³²⁶

5 DIFFERENSSIOPPI

Yksi intressin käsitteeseen liittyvistä olennaisista seikoista on abstraktisuus. Intressiin vetoaminen nostaa toiminnan arvioinnin kontekstistaan ja siirtää sen rahan määrittämään kvantitatiiviseen ympäristöön. Tämä ominaisuus toistuu *differenssiopissa* ja sille ominaisessa tavassa hahmottaa maailmaa. Sosiaalinen, kapaleiden, sääntöjen ja toimijoiden konteksti häviää, kun huomio kiinnittyy kahden varallisuustilan arvojen väliseen vertailuun. Toisaalta abstraktisuus näyttää liittyvän myös intressin käsitteeseen taloudellisen toiminnan motivaatiotekijänä.

³²³ Ks. Hirschman 1977 s. 63–67; Kangas 2006 s. 210, jossa Kangas lainaa Adam Smithiä.

³²⁴ Ks. Bentham 1907 I; Hirschman 1977 s. 42–48; Heilbron 2001.

³²⁵ Ks. Kangas 2006 s. 205–210.

³²⁶ Intressin käsitteen ja ahneuden välisestä suhteesta sekä ahneuden käsitteen käytöistä oikeudellisissa käytännöissä ks. Posner 2003.

Taloudelliset intressit olivat leimallisesti abstrakteja intressejä, ne kohdistuivat arvoon ja yksilön materiaalsen hyvinvoinnin edistämiseen, eivät yksittäisiin esineisiin. Näin ollen sekä intressin arvon selvittämiseksi omaksuttu tekniikka eli differenssioppi että intressi taloudellisena käsitteenä pitivät yllä vakaumusta vahinkojen korvaamiselle soveliaasta ei-konkreettisuudesta ja abstraktisuudesta. Esineiden ja oikeuksien fyysisten ominaisuuksien sijasta olennaista vahingonkorvauksen määrää laskettaessa oli niiden abstrakti potentiaali tuottaa rahaa ja tyydyttää inhimillisiä tarpeita. Abstraktisuuden vaatimus kehittyi huippuunsa juuri differenssiopissa.

Differenssiopin isänä pidetään saksalaista Friedrich Mommsenia. *Zum Lehre von dem Interesse* -tutkimuksen ilmestymisen jälkeen Mommsenin ajatukset levisivät nopeasti. Lopputulos oli, että differenssioppi löi läpi hyvin nopeasti sekä Saksassa että Pohjoismaissa. Differenssiopista näyttää tulleen vahingon määrittelemisen ”*herrschende Lehre*” viimeistään 1880-luvulle tultaessa.³²⁷ Aiemmat lähinnä objekti(ivi)sta arvoa ja esineiden ja oikeuksien konkreettista arvokorvausta korostavat ajattelutavat syrjäytyivät.³²⁸ Pohjoismaissa sama tapahtui viimeistään 1880- ja 1890-lukujen taitteessa.³²⁹ Saksassa differenssiopin mukainen – oli kyse sitten juuri Mommsenin tarkoittamasta arviointitavasta tai sen modifi-

³²⁷ Ks. vastaavasti muotoiluista oikeuskirjallisuudessa esim. Mataja 1888 s. 155: ”Die Grösse des Schadens ergibt sich aus der Differenz zwischen dem Wirklichen Stande des Vermögens und jenem, den es gehabt hätte, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre.” Ks. myös esim. Puchta 1855 s. 14–16 ja 246–247; Puchta 1863 s. 558–559; Arndts Von Arnesberg 1865 s. 323; Cohnfeldt 1865 s. 3 (Vrt. kuitenkin samaisella sivulla opin työläyttä vastaan esitetyt, myöhemmin myös pohjoismaisessakin kirjallisuudessa esitetyt vastaväitteet); Windscheid 1865 s. 25–26 ja erityisesti alaviitteessä 21 mainittu kirjallisuus, jossa Windscheid jäljittää intressikorvauksen juuria 1800-luvun alkuun; Bar 1871 s. 133–134; Wächter 1880 s. 461–487. Wächterin pandektiesityksessä vahingon määrän arvioinnin säännöt rakentuvat lukemattomista erilaisista kannetyppejä koskevista kuvauksista. Esitys ei ole vielä yhtenäinen ja abstraktien sääntöjen varaan rakentuva. Ks. pohjoismaisessa kirjallisuudessa harvinaisesta intressikorvauksen historiallisten edellytysten arvioinnista ja juurien selvittämisestä esim. Hellner 1966 s. 290–291 ja muutoin viimeaikaisista differenssioppia koskevista esityksistä esim. Hemmo 1994 s. 62–82; Hager 1998 s. 215–224; Iversen 2000 s. 115–121. Differenssiopin historiallisista juurista saksalaisesta kirjallisuudesta ks. esim. Mertens 1967 s. 21–24; Würthwein 2001 s. 389–419; Jansen 2003 s. 373. Vrt. kuitenkin Wilk 1983 s. 76–79.

³²⁸ Ks. esim. Mertens 1967 s. 21–24 ja 28–29, jossa Mertens toteaa, että BGB:n myötä kilpailevat versiot väistyivät ja differenssioppi vakiintui Walsmannin ja Oertmanin esittämästä kritiikistä huolimatta. Ks. myös Sipilä 1936 s. 13–15.

³²⁹ Ks. esim. Lassen 1892 s. 123; Scheel 1893 s. 434–436. Vrt. esim. Kivivuoren (Kivivuori 1969) vahingonkorvaushistoriikkaa, jossa esitetyn aineiston perusteella näyttää siltä, että yhtenäisen differenssiopin varaan rakentuvan vahingonkorvaussääntelyn kehittäminen ei ollut missään nimessä ensisijainen tavoite.

kaatiosta³³⁰ – arviointitapa kodifioitiin 1900-luvun alussa BGB § 249 (1):iin.³³¹ Momentin mukaan:

Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.

Mommseniin viime kädessä palautettavien ajatusten omaksumisen lopputuloksena voitaneen Pohjoismaissa pitää differenssioppia korostavaa vahingonkorvauskäsitystä. Käsite kuvastuu esimerkiksi Fredrik Stangin *Erstatningsretissä*. Se hallitsee edelleen – differenssiopin kohtaamasta voimakkaasta kritiikistä huolimatta – vahinkojen korvaamisen käytäntöjä.³³²

Stangin käsitysten mukaan modernin vahinkojen korvaamisen tuli kohdistua juuri vahinkoon varallisuusmassojen erotuksena:

”teoretiskt set kan man si, at den økonomiske skade er differensen mellem den formue, den skadelidende vilde hat, om den ansvarsbetingende begivenhet ikke var intraadt, og den formue han har efterat den har fundet stad.”³³³

Vahinkojen korvaamisen tuli olla vähentyneen varallisuuden palauttamista, vahingoittuneeseen esineeseen tai oikeuteen tai niiden yhdistelmään kytkeytyvän intressin, esineiden tai niiden yhdistelmän abstraktin käyttöarvon korvaamista. Toisaalta on huomattava, että esineitä ei tarvinnut koota ja jäljittää yksitellen, vaan taloudellisen arvon viimekätinen määrä kuvastuu hypoteettisen ja todellisen varallisuuden arvojen erotuksessa. Arvo on varallisuutta ja varallisuus arvoa. Lähtökohtana on, että taloudellista arvoa voidaan abstraktilla tasolla tarkastella vertailemalla omaisuuden määrää yhtenä ajanhetkenä sen määrään toisena ajanhetkenä. Muutosten taloudellinen arvo on noiden omaisuusmassojen arvon erotus, joka samalla on yhtä kuin vahingon määrä. Tämä lähestymistapa kuvastuu myös Jul. Lassenin varallisuus oikeuden laajassa yleisesityksessä. Lassen toteaa, että vahingon korvaamisen

³³⁰ Ks. Keuk 1972 s. 19 ja erityisesti alaviite 40.

³³¹ Ks. esim. Fischer 1903 s. 33 ja erityisesti 218–246 sekä Oertmann 1910 s. 41–44. Ks. Jansen 2007 s. 544–545, jossa Jansen korostaa intressikorvauksen ja differenssiopin merkitystä yhtenäisen vahingonkorvaussäännösten luojana. Yhtenäisyys kuvastuu kahdessa suunnassa: siinä, että korvauksen laskemista koskevat perussäännöt ovat samat sekä sopimusoikeudellisessa että deliktiperusteisessa vastuussa ja siinä, että vahingon käsite tulee yhtenäisesti, korostaen sen varallisuusarvoista luonnetta.

³³² Ks. suomalaisesta perusesityksestä esim. Hemmo 2001 s. 540–542.

³³³ Stang 1927 s. 288–289, korostus MV. Vastaavasti myös esim. Lassen 1917–1920 s. 349–350. Vrt. kuitenkin esim. Platou 1914 s. 586–587, jossa Platou korostaa konkreettisen vahinkokäsityksen merkitystä.

”saavidt muligt, skal hjælpe den krænkede ud over Retsbrudet, og det kunde herefter synes, at Erstatningens Omfang maatte bestemmes ved Forskjellen mellem den skadelidendes Formue, som den vilde have været, dersom Retsbrudet ikke var blevet begaaet, og som den nu er”.³³⁴

Ei ole syytä pitkään kummastella, miksi differenssioppi oli niin voitokas ja miksi se vakiintui modernin vahingonkorvausoikeuden teoreettiseksi lähtökohdaksi. Differenssioppi sopi ajan henkeen. Sen äärimmäisen yksinkertainen teoreettinen rakenne näytti tarjoavan rationaalisen, ideologiavapaan ja modernin pohjan vahinkojen korvaamisen järjestämiselle.³³⁵ Matemaattinen yksinkertaisuus oli kaudista ja tehokasta. Differenssioppi keräsi vakuuttavalla tavalla koko maailmaan yhteen numerolliseen ilmaukseen. Opin käyttäminen mahdollisti (tai pikemmin-kin näytti mahdollistavan) sosiaalisen todellisuuden rationaalisen, laskennallisen hallinnan. Sen avulla monimutkainen ja kaoottinen maailma pystyttiin vakuuttavasti yksinkertaistamaan ja kokoamaan yhteen laskennallisoin keinoin.³³⁶

Samalla käy kuitenkin selväksi differenssiopin perusongelma: kun pyritään yleispätevyyteen ja yleisyyteen, joudutaan luomaan vain yksi ainoa standardiratkaisu. Itse asiassa yhden ainoan ratkaisun etsiminen ohjaa kohti *pienintä yhteistä nimittäjää*, joka erilaisilla vahinkotapahtumilla voi olla. Differenssioppi on ratkaisu periaatteessa varsin marginaaliseen ja vähäpätöiseen ongelmaan: menetetyt voiton erityistapaukseen. Se näyttää kattavan myös esinevahingot ja henkilövahingot, mutta epäilyksen alaiseksi jää, soveltuuko differenssioppi yhtä hyvin niihin kuin menetettyyn voittoon. Perusongelma onkin, että yhden erityistapauksen ehdoilla kehitetyllä menetelmällä hallitaan vahinkojen korvaamisen koko diffuusius ja heterogeenistä kenttää.³³⁷

Kun kaikkea vahingonkorvausta halutaan hallita yhdellä tekniikalla, ollaan vaikeuksissa. Tekniikkaan tulee välttämättömäksi kerrosteistaa lukuisia teknologisia käänköksiä, jotka eivät ole suinkaan neutraaleja suhteessa vahinkojen korvaamisen tavoitteisiin. Bruno Latourin käyttämän terminologian mukaan differenssioppi ohjaa – teknologiana – käyttäjänsä lukuisille kiertoteille, jotka vievät yhtä aikaa kohti ja pois päin toiminnan tavoitteesta.³³⁸ Differenssiopin epistemologiset perusominaisuudet, se ontologia, jonka se luo ympärilleen ja jota se edellyttää, ovatkin mielenkiintoisia tarkastelukohteita juuri siitä syystä, että niissä kuvastuvat ne teknologioiden edellyttämät käännökset, jotka rakenteistavat va-

³³⁴ Lassen 1917-1920 s. 345. Ks. myös Stang 1927 s. 288–290; Augdahl 1955 s. 322.

³³⁵ Ks. Hellner 1966 s. 292–298.

³³⁶ Ks. numeroiden voimasta ja merkityksestä esim. Cohen 1982 s. 43–44; Rose 1999 s. 205–206.

³³⁷ Differenssiopin omaksumisen merkityksestä korvattavien vahinkojen kannalta ks. esim. Wilk 1983 s. 69–72.

³³⁸ Ks. Latour 2002 s. 250–255.

hinkojen korvaamista. Mitä seuraa siitä, että vahinkojen korvaamisen perusajatus muotoutui seuraavaksi *matemaattiseksi yhtälöksi*:

$$rs(g) = v(g)_h - v(g)_r,$$

missä $rs(g)$ on (reaali)vahingon määrä rahassa, $v(g)_h$ on vahingonkärsijän varallisuuden määrä, jos vahinkotapahtumaa ei olisi koskaan sattunut ja $v(g)_r$ vahingonkärsijän todellinen varallisuus rahassa vahinkotapahtuman jälkeen?³³⁹

Vaikka lähtökohtana olisikin Lordi Blackburnin lausuma täyden korvauksen periaatteen mukaisesta vahinkojen korvaamisen perusideasta

”I do not think there is any difference of opinion as to its being a general rule that, where any injury is to be compensated by damages, in settling the sum of money to be given for reparation of damages you should as nearly as possible get that sum of money which will put the party who has been injured, or who has suffered, in the same position as he would have been in if he had not sustained the wrong for which he is now getting his compensation or reparation.”³⁴⁰

teknologisen käynnöksen lopputulos ei välttämättä kuitenkaan ole luonnollinen tai itsestään selvä. On tietenkin totta, että eräässä mielessä differenssiopissa *rahan käyttäminen johtaa* siihen, että vahinkojen korvaamisen julkilausutuksi viitekehyykseksi tarkentuu varallisuuden määrä, varallisuuden abstrakti taloudellinen arvo. Perusperusteluna on raha. Raha johtaa ajatukseen varallisuustilojen vertailusta. Onko todella aina ja välttämättä näin? Mistä varallisuusarvojen vertailu tulee ja lukittuu vahingon määrän perusmenetelmäksi?

Pikemminkin näyttää siltä, että raha on fasadiperustelu, vaikkakin hyvin vakuuttava sellainen. Koska vahinkojen korvaamisen – niin kuin kaiken oikeuden yleensäkin – tulee olla ennustettavaa, vahinkojen korvaamisen tulee olla objekti(ivi)sta, samanlaista vahingonkärsijän ja vahingonaiheuttajan henkilöstä riippumatta, se tulee järjestää objekti(ivi)selle pohjalle. Toisaalta, koska differenssiopissa raha käsitetään ainoastaan abstraktin varallisuuden arvon referentiksi, se on yleinen arvon mitta, jonka mukana tulee oletus markkinoista ja niillä muodostuvista objekti(ivi)sista arvoarvostelmista. Jos raha on yleinen arvon mitta, se ei voi kiinnittyä yhteenkään yksittäiseen esineeseen, se ei saa muuntua muuksi kuin mitä se on. Tämän vuoksi rahan käytön tulee olla objekti(ivi)sta ja

³³⁹ Ks. vastaavasta matemaattisesta muotoilusta Keuk 1972 s. 17.

³⁴⁰ Per Lordi Blackburn tapauksessa *Livingstone v. Rawyards Coal Co.* (1880) 5 App.Cas. 25. s. 39.

abstraktia. Rahan käyttämisen tapojen tulee määrittynyttä rahan omilla ehdoilla.³⁴¹ Siksi korvaaminenkin olikin järjestettävä siten, että rahaa saatettiin käyttää ilmaisemaan abstraktia taloudellista arvoa. Mutta raha ei ollut syy, vaan pikemminkin seuraus.

Tähän liittyy eräs ongelma. Differenssiopin mukainen vahingon arviointi edellyttää – 1800-luvun lopun ja viime vuosisadan alun kirjallisuuden ortodoksisen tasolla – kahden varallisuusaseman taloudellisten arvojen selvittämistä ja näin kytkentä juuri arvon teemaan olisi olemassa ja myös itse asiassa yhtä itsestään selvä kuin välttämätönkin. Arvo on differenssiopin julkilausuttu viitekehys. Tämä havainto asettuu kuitenkin outoon valoon, kun muistamme, että differenssioppi oli vastaus vahingon arvioimisen staattisuuteen, siihen, että siinä ei voitu tarpeellisessa määrin ottaa huomioon liiketoiminnan dynaamisuutta ja esineiden ja oikeuksien potentiaalia tuottaa voittoa. *Differenssiopissa ei itse asiassa toimita arvon vaan voiton suhteen*. Siinä etsitään menetettyä voittoa, dynaamisten prosessien myönteistä lopputulosta, ei staattisesti määriteltävää menetettyä arvoa. Jokin jääkin mielestäni avoimeksi. Differenssiopilla ei ole arvostamisen käytäntönä sellaista instituutionaalista tukea, jota se kaipaisi. Staattisuudesta ei päästä aivan näin helposti dynaamisuuteen.

On syytä pyrkiä tarkastelemaan differenssiopin arvostamisaktia ja vastaamaan kysymykseen, miten tuomari tekee arvostusratkaisunsa. Arvokytkeä näyttäisi edellyttävän, että tuomari pysyy taloudellisen arvonmuodostuksen sisällä, ottaa sen tuottamat käsitykset esineiden, oikeuksien ja odotusten arvosta ja asettaa ne oman laskelmansa pohjaksi. Ongelmaksi tässä pyrkimyksessä tulee lähteiden puute. Kirjallisuudessa vallitsee äänekkäs hiljaisuus. Varallisuuden arvostaminen on yksiselitteinen ja yksinkertainen teko. Teko näyttää perustuvan puhtaasti tuomarin arviolle ja sijoittuvan faktisen maailman puolelle.³⁴²

Tilanne on jossakin määrin hämmäntävä. Esimerkiksi Friedrich Mommsen kirjoittaa tutkimuksensa kolmannessa osassa varsin laajasti *Schätzung*-teemasta.³⁴³ Tarkoituksena on mitä ilmeisimmin kertoa, miten intressin arvo voi-

³⁴¹ Vrt. esim. Hermann Scheelin ja Henry Ussingin edellä jaksoissa 2.2 ja 2.4 esiteltuihin käsityksiin.

³⁴² Ks. esim. Mataja 1888 s. 155–156; Fischer 1903 s. 21–22; Stang 1927 s. 290. Persson (Persson 1953) on myöhäinen poikkeus. Perssonille arvostuksen ongelma on aivan keskeinen. Perssonin tulee lopulta siihen lopputulokseen, että arvostamissääntöjen perusteella ei välttämättä päästä kovin pitkälle. Vahingonkorvausoikeudellinen arvostaminen etsii arvon määrittämisen välineitä mm. todellisuuden toimista eli jälleenhankintahinnasta. Tärkeää on myös huomata, että Persson ei käsittele tarkasti menetetyn voiton korvaamista. Hänen esityksensä rajautuu esinevahinkoon ja välitömiä vahinkojen korvauskäsittelyyn. Ks. erityisesti menetetyn voiton korvaamisesta Persson 1953 s. 370–372. Erikoisesta arviointia koskevasta käsityksestä ks. myös Hoel 1929 s. 114. Toisaalta ks. Hoel 1929 s. 115–120, jossa kirjanpidollinen ajattelutapa näytetään lukitsevan tiedostamattomasti kaiken taloudellisen vahingon korvaamisen perustan.

³⁴³ Ks. Mommsen 1855 s. 213–254.

daan määrittää. Mommsenin esitys on tiukasti kiinni roomalaisoikeudellisissa lähteissä. Hänen mukaansa arvioinnille on kolme mahdollista perustaa *pretium commune*, *pretium singulare* ja *pretium affectionis*. Kysymys on siis esineiden arvoa koskevista pohdintoista, joissa Mommsen tulee lopulta siihen lopputulokseen, että intressin arvon laskemisessa pitää käyttää *pretium singularista*, joka puolestaan voidaan päätellä *pretium communen* perusteella, tarkastelemalla kunkin kappaleen yksilöllistä asemaa vahingonkärsijän varallisuuden osana *pretium communen* perusteella.³⁴⁴ *Pretium affectionisia* ei sen sijaan saa käyttää. Mommsenin käyttämä kiinteistöesimerkki on kuvaava: jos vahingonkärsijä menettää jonkin vahingonkorvausvelvollisuuden perustavan menettelyn johdosta omistusoikeuden pieneen maa-alueeseen, joka yhdistettynä hänen hallussaan olevaan maa-alueeseen olisi voinut nostaa tämän alueen arvoa enemmän kuin toisen maa-alueen arvo itsessään oli, tulee vahingonkorvauksen määrän laskea vähentämällä hänen hallussaan hypoteettisesti olleen maa-alueen arvosta se arvo, joka hänen vahinkotapahtuman jälkeen hallitsemallaan maa-alueella on.

Todella kiinnostaviin, vahingon laskemista koskeviin kysymyksiin Mommsen ei juuri puutunut. Esitys on puuduttavaa eri roomalaisten kannetyypien, arvokonstellaatioiden ja niiden perusteella korvattavien vahinkoerien selvittelyä. Roomalainen oikeus osoittautuu varsin vähän lisäarvoa tuottavaksi, koska Mommsen ei voi lopulta löytää sieltä *tarvittavia* vahingonarviointisääntöjä. Mommsen joutuukin lopulta toteamaan *obligatio faciendin* osalta, että roomalaisen oikeuden kannetyypien selvittelyn anti oli, että "[D]iese wenigen Bemerkungen dürften genügen, um zu zeigen, wie überaus mannigfaltig die Nachteile sind, welche bei der Berechnung des wegen Nichterfüllung einer *obligation faciendi* zu leistenden Interesse in Betracht kommen können, und dass hier nur auf die allgemeinen Regeln über den Umfang des Interesse verifiert werden kann."³⁴⁵ Niin kaukana differenssiopin edellyttämästä abstraktista arvioinnista Mommsenin esimerkit ovat.³⁴⁶

Tälle puuttelelle voisi esittää lukuisia vaihtoehtoisia syitä. Ehkä arvostaminen oli niin itsestään selvä ja intuitiivisesti hallittava prosessi, että sitä ei tarvinnut normittaa. Ehkä intressin arvon kalkylointi oli ihmismielelle ominainen, intuitiivisesti toteutettava teko, jota ei ollut välttämätöntä hahmottaa oikeudellisesti. Ehkä esineiden arvostussäännöt, joita ajan kirjallisuudessa esitetään lukuisia, olisivat näitä peräänkuuluttamiani arvostusmenetelmiä.³⁴⁷ Ongelma on juuri Stangin tunnistama.³⁴⁸ Määrittelemällä esineiden arvo päästään vain *verum rei pretiumiin* asti, mutta differenssiopin dynaamisuus jää toteutumatta, koska käyttöarvo jää

³⁴⁴ Ks. Mommsen 1855 s. 213–231.

³⁴⁵ Mommsen 1855 s. 251.

³⁴⁶ Ks. Mommsen 1855 s. 239–251.

³⁴⁷ Ks. tällaisesta lähestymistavasta esim. Øvergaard 1951 s. 288–297.

³⁴⁸ Ks. Stang 1927 s. 290.

määrittelemättä. Miten käyttöarvo lasketaan ja arvioidaan, jää ajan kirjallisuudessa täysin mystiseksi laskutoimitukseksi.

6 KIRJANPIDON TEKNIIKAT

Arvostamisen käytäntöjä koskeva hiljaisuus puhuu puolestaan. Jokin on pielessä. Arvo ja arvostaminen eivät voi olla näin itsestään selviä asioita! (H)aavekuvasta näyttää puuttuvan jokin taloudellisen arvon itsestäänselvyyden purkava ja samalla taloudellisen arvon käytännön operationaalistamisen mahdollisuuden perusteleva ajattelumalli. Tarvitaan jokin tekniikka, jolla taloudelliselle arvolla saadaan arvo, siis rahamäärä. Tekniikan on perusteltava, miksi ja miten on mahdollista ajatella, että arvostusprosessi on yksiselitteinen ja hallittavissa ilman perinpohjaisia käsitteellistyksiä.

Differenssioppia ja sille perustuvaa vahinkojen korvaamisen arkkityyppiä ei voida ymmärtää, jos erästä sille ominaista teknistä edellytystä ei tunnisteta. Differenssioppi ja sille ominaiset rahan käyttämisen tekniikat edellyttävät tietynlaisen oikeudellisista käytännöistä riippumattoman todellisuuden hahmottamisen tavan olemassaoloa ja omaksumista osaksi oikeutta. Differenssiopille perustuvaa vahinkojen korvaamista ylläpitääkin arvon kanssa pitkälti yhteneväinen mutta myös siitä kuitenkin olennaisesti poikkeava rahan käyttämisen skeema.

Tämä skeema on *kirjanpito*. Kirjanpidossa ainutlaatuiset ja merkitykseltään heterogeeniset liiketapahtumat muutetaan homogeenisiksi numeraalisiksi ilmauksiksi. Samalla se on käytäntö, jolla ei lopulta näytä olevan mitään tekemistä taloudellisen arvon kanssa. Kuitenkin näyttää siltä, että vasta kirjanpidon tekniikoiden yhdistäminen differenssioppiin ratkaisee arvostusmenetelmien puutteen arvoituksen. Koska kirjanpidon tekniikat olivat differenssioppia muotoillessa olemassa, ne ottivat tosiasiaa taloudellisen, kahden varallisuustilan arvostamisen paikan ja perustivat koko differenssiopin mahdollisuuden. *Mystiseltä vaikuttavassa arvostamisessa käytetään itse asiassa yksinkertaisia kirjanpidollisia tekniikoita vahingon määrän laskemiseksi.*

Tilanne on paradoksaalinen. Kirjanpidon esiin nostava selitystapa saattaa muistuttaa eräänlaista *deus ex machinaa*. Se tuo odottamattoman käänteen ja pelastaa argumenttini. Tuon sen esille ilman ajan kirjallisuuden suoranaista tukea ja pikemminkin kaikkia julkilausuttuja sitoumuksia vastaan. Kukaan ei puhu kirjanpidosta, kaikki puhuvat taloudellisesta arvosta.

Kytkeä taloustieteeseen ja taloudelliseen ajattelutapaan on sen sijaan 1800-luvun lopun ja 1900-luvun alun teksteissä sekä aivan ilmeinen että eksplisiittinen. Esimerkiksi sekä Fischer Saksassa että Stang Norjassa toteavat, että vahingonkorvausoikeus ja erityisesti sen vahingon laskemiseen liittyvät säännöt

ovat lopulta leimallisesti juuri *taloudellista* ja *taloustieteellistä* oikeutta. Vahingonkorvausoikeutta hahmotettaessa tarvitaan hyvin syvällistä ymmärrystä taloustieteellisestä käsitteistöstä ja argumentaatiotavoista.³⁴⁹ Taloustiede ja taloudellinen ajattelu ovat heidän mukaansa siis kiistatta aina läsnä.³⁵⁰

Ehkä juuri taloustieteen jatkuva läsnäolo ja ne konnotaatiot, jotka esimerkiksi kansantaloustieteeseen nykyään liittyvät, voivat peittää alleen tärkeän seikan. Taloustieteellä ja taloustieteellisellä tiedolla sekä Fischer että Stang saattoivat *tässä kohdin* – kun he halusivat järjestää vahingonkorvauksen määrän harkinnan – viitata nimenomaan taloustieteen sijasta kirjanpidollisiin konventioihin, siihen tapaan, jolla kirjanpito saattoi tuottaa kuvauksen todellisuudesta, eivät ainoastaan arvoa koskeviin teoreettisiin rakennelmiin.

Yksi syy saattaa olla myös taloustieteen ja taloustieteellisten teorioiden lähestulkoon erilaisuus verrattuna nykyaikaiseen taloustieteeseen. Kirjanpito on nykyään kaukana makro- ja mikrotaloustieteestä, mutta mikä tilanne oli 1800-luvun lopussa, on kokonaan toinen kysymys. Endresin pohdinnat 1800-luvun lopun ja 1900-luvun alun itävaltalaisien taloustieteilijöiden Carl Mengerin ja Eugen von Böhm-Bawerkin tavoista kategorisoida taloudellisia hyödykkeitä ja erityisesti laskea varallisuuden arvo ovat valaisevia³⁵¹. Erityisesti Böhm-Bawerkin teoria varallisuuden arvon laskemisesta muistuttaa hyvin perustavalla tavalla yksinkertaisia kirjanpitokäytäntöjä.³⁵²

Toisaalta arvostamiskäytäntöjä koskeva hiljaisuus ei ole aivan niin täydellinen kuin ensi näkemältä vaikuttaisi. Vaikka nimenomaisia mainintoja ei ole, tietoinen kirjanpidollisten teknikoiden hyödyntäminenkin ei ole kaukana. Lähimmäs suoranaista viitettä pääsee Stang, joka toteaa käsitellessään differenssiopin mukaisen laskennan käytännön toteuttamista seuraavaa:

”Ogsaa en anden forenkling av opgjørsmaaten bruker man ofte. Man forfølger virkningen av den ansvarsbetingende begivenhet, noterer *tab* og *førdele*, den har bragt den skadelidende, og gjør til slutning *saldoen* op. De er denne op-

³⁴⁹ Ks. esim. Fischer 1903 s. 14. Hämmästyttävintä on, että vaikka esimerkiksi Scheel, joka pyrki – kuten edellä selostin – artikkelissaan vakiinnuttamaan ei-taloudellisen vahingon korvaamisen, pyrki siihen taloudellisin keinoin, väittämällä, että tosiasiaassa ei-taloudellisillakin intresseillä oli olemassa taloudellinen arvo. Samalla Scheelin esittämässään, kunhan siitä kuoritaan päältä arvon retoriset motiivit, kuvastuu kirjanpito, pyrkimys todelliseen – joskin Scheelin tapauksessa hyvin konstruoituun ja keinoitekoiseen – kassavirtaan, jota seuraamalla vahingon määrä voidaan paljastaa.

³⁵⁰ Ks. myös esim. Strahl (Strahl 1948 s. 17), joka kirjoittaa, että differenssiopin käyttämiseen liittyvät arviot ratkeavat usein taloudellisen tiedon perusteella. Strahl korostaa kuitenkin oikeudellisen arvioinnin merkitystä. (Ks. erityisesti s. 18–20.)

³⁵¹ Ks. Endres 1997 s. 149–161.

³⁵² Ks. Böhm-Bawerk 1881 s. 110–111; Endres 1997 s. 153–155.

gjørsmåte, som gjør, at man kan tale om fordel og tab, som voldes av den ansvarsbetingende begivenhet, og om en *compensatio lucri cum damno*.”³⁵³

Vastaavasti, tosin differenssioppia voimakkaasti arvostellen, kirjoitti myös Øvergaard:

”Skadeoppgjøret må i allmindelighet tas på den måten at man blant skadegjerningens forskjellige følger for den krankedens formuessfære sonderer mellom *passivposter* (tap) og *aktivposter* (fordeler), og likeoverfor hver enkelt av disse nærmere undersøker om de skal legges den ansvarlige til last. [...] Differensen mellom *passivposter* og *aktivposter* som blir å ta i betraktning, kan kallas *nettoskaden*.”^{354,355}

Arvo Sipiläkin toteaa taloudellisen vahingon eri esiintymistilanteita luettellessaan, että ”konkreettisen varallisuusesineen vahingoittuminen [...] ei tietenkään ole ainoa tällaisen vahingon ilmenemismuoto. Se saattaa esiintyä olemassa olevan varallisuuden vähentymisenä, johon on luettava sekä *aktiva*-puolen vähen-

³⁵³ Stang 1927 s. 290, korostukset toisessa virkkeessä MV. On tietenkin huomattava, että Stang huomauttaa tämän laskemistavan olevan vain yksi yksinkertaistava lähestymistapa, joka ei ole sinällään differenssiopin mukaista arviointia. Toinen tällainen on ottaa huomioon vain markkinahinta. Tämä on kuitenkin mahdollista – kuten Stang huomauttaa – vain silloin, kun kyse ei ole intressistä vaan vain esineen arvosta. (Stang 1927 s. 289–290). Olisin kuitenkin taipuvainen näkemään Stangin poikkeuksessa todellisen pääsäännön, kirjanpidollisten tekniikojen vahingonkorvausoleudellisen hyödyntämisen perustyyppin.

³⁵⁴ Øvergaard 1951 s. 312, korostus tämän kirjoittajan. Øvergaard näyttää siis tunnustaneen differenssiopin väittämäni kirjanpidollisen perusluonteen. Hän piti tätä luonnetta juuri differenssiopin keskeisenä heikkoutena. Differenssioppi ei voinut juuri *passiva*- ja *aktiiva*erien tunnistamisen takia toteuttaa vahinkojen korvaamisen *todellisia* materiaalisoikeudellisia tavoitteita eikä siksi voinut olla pätevä kuvaus vahinkojen korvaamisen taustalla vaikuttavasta ajattelutavasta. Ks. tavoitteista Øvergaard 1951 s. 313–316. Ks. myös Mommsen (Mommsen 1855 s. 219), joka myyntiin tarkoitettua esineen tuhoutumisen korvaamista pohtiessaan toteaa mm. seuraavaa: ”Hier wird angenommen, dass der Berechtigte durch die Vornahme des Verkaufs den Preis erhalten hätte, welchen die zur Frage stehende Sache im Verkehr hatte, und zur Feststellung dieses Preises bedarf es allerdings aine Schätzung.”

³⁵⁵ Vielä selvemmin kirjanpidon ja differenssiopin (tiedostamaton) yhteys käy ilmi myöhemmässä kirjallisuudessa. Kuvaava esimerkki juuri ja juuri tiedostetun rajoilla liikkuvasta huomiosta on Jan Hellnerin lausuma: ”Ibland slutligen, t.ex. vid beräkning av förlust genom avbrott i driften vid en fabrik, gör man en ingående beräkning av hur resultatet skulle blivit om ingen skada inträffat och hur det blivit sedan skadan inträffat, och bestämmer skadeståndet därefter. Där tillämpar man således en differensberäkning för att bestämma ersättningen för den särskilda förlustposten.” Hellner jatkaa: ”Ett sådant förfarande är dock rent undantag; i allmänhet tillämpar man speciella regler vilka mer eller mindre nära anknyter till de allmänna syftet att återställa tillståndet före skadan.” Hellner 1973 s. 244. Toisaalta Saksassa esimerkiksi Deutschin (Deutsch 1976 s. 421, korostus MV) kielenkäyttö on hyvin mielenkiintoista. Erottaessaan aineellisen aineettomasta vahingosta, Deutsch toteaa, että ”[D]as erste [aineellisen vahingon korvaaminen] setzte ein *Rechnungsvorgang*, das zweite [aineettoman vahingon korvaaminen] eine *Schätzung* voraus.” Ks. myös Larenz 1987 s. 484, jossa Larenz toteaa, että ”Die Differenztheorie erreicht dieses dadurch daß sie den Schaden stets in der Differenz zweier Vermögensbilanzen erblickt” (korostus MV).

nys että *passiiva*-puolen kasvu, tai edunsaannin estymisenä siitä riippumatta, onko mikään yksityinen varallisuusesine vahingoittunut.”³⁵⁶

Lieneekin syytä jättää taloustiedejulistukset omaan arvoonsa. Koko vahinkojen korvaamisen käsiteapparaatti, voiton ja tappion, omaisuusmassan ja varallisuusarvon käsitteet ovat tunnusomaisesti *kirjanpidollisia*, eivät talous- tai kansantaloustieteellisiä³⁵⁷, siitäkään huolimatta, että kirjoittajat itse tunnistaisivat viitekehysten taloustieteelliseksi. Ne perustuvat kirjanpidolliselle ajattelutavalle, edustavat kirjanpidollisille tekniikoille ominaista käsitystä varallisuuden ja voiton muodostumisesta, eivät niinkään taloudellista arvoa. Mitä tästä pitäisi ajatella? Että arvo oli vain arvoa, ei muuta? Vai että itsepäinen arvoon ja sen käsitteeseen tukeutuminen estää pikemmin näkemästä tällaisen kielenkäytön taakse, juuri niihin tekniikkoihin, jotka mobilisoivat arvon vahingonkorvausoikeudellisen arvioinnin keskeisimmäksi lähtökohdaksi?

Nähdäkseni ainoa mahdollinen päätelmä onkin juuri edellä esittämäni: kirjanpidon tekniikat vaikuttavat (h)aavekuvan vahingon käsitteellistämistekniikkojen taustalla. Juuri kirjanpito, abstraktina mahdollisuutena kohdistaa menot ja tulot toisiinsa ja hahmottaa toimintaa ajan ja siihen sitoutuneen pääoman suhteen, laskea voiton määrä ja samalla mahdollisuuksien arvo, on vahingon laskemista koskevien sääntöjen taustalla vaikuttavien käsitteiden olemassaolon edellytys. Differenssiopin taustalla, niin ajattelen, hämmöttävät juuri kirjanpidon tekniikat, eikä sitä voida ymmärtää ilman, että taloudellisen arvon määrittämisen sijaan differenssiopin edellyttämän arvioinnin tavoitteeksi hahmotetaan kirjanpidollisen voiton laskeminen. Differenssioppi jäljittelee tekniikkana kirjanpitoa. Vasta kirjanpitolähtöisyyden omaksuminen perustaa mahdollisuuden hallita vahinkotapahtumia.

Näyttää siltä, että differenssiopin omaksumisen myötä syntyy modernille vahinkojen korvaamiselle ominainen teknologinen perusasetelma: jos haluat saada selville intressin arvon, käytä kirjanpidollisia tekniikoita! Jos haluat selvittää vahingon määrän, käännä maailma kirjanpidon kielelle! Unohtaa muut representaatiot, jotka raha ehkä mahdollistaisi! Kirjanpito on oikea viitekehys. Johonkin tapahtumaan kiinnittyvän intressin taloudellisen arvon ja vastaavan tapahtuman kirjanpidollisen hahmottamisen lopputuloksen välille on suhteellisen vaivatonta ja justifioitua vetää yhtäläisyysmerkit, erityisesti sellaisessa ympäristössä, jossa kirjanpidon lopputulosten ei vielä ymmärretä olevan riippuvaisia omaksutuista

³⁵⁶ Sipilä 1936 s. 13, korostus MV.

³⁵⁷ Esimerkiksi vahingon määrittelemisen kannalta aivan keskeinen käsite tappio on ymmärrettävissä vain silloin, kun vahingonkorvausjärjestelmä kiinnitetään osaksi kirjanpidon merkitysmaailmaa. Ks. tappiosta esim. Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006 s. 29–31. Tappio – yhdessä muun menetyksen käsitteen kanssa – tarkoittaa yleisesityksessä omaksutun kielenkäytön mukaan, että vahinkotapahtuma on tullut muutetuksi rahamääräiseksi. Vahinko muuttuu tappioksi, kun se kvantifioidaan.

menetelmistä. Kirjanpito tarjoaa mahdollisuuden hahmottaa vahinkoja luonnollisesti, todellisella tavalla ja välittömästi – tietenkin vain jos kirjanpidon ei havaita olevan sosiaalisesti konstruoitunutta, kontingenttia ja neuvoteltua.

Väitteen on tarkoitus olla rienaava. Monimutkainen ja abstrakti, hieno ja tieteellinen, notkea ja selkeitä määrittely-yrityksiä pakeneva arvostamisidea saa uuden merkityksen. Se muuttuu yksinkertaiseksi ja lähestulkoon banaaliksi kauppiaitten ammatilliseksi käytännöksi. Vahingonkorvauksen määrän arviointi palautuu maan pinnalle, kauppiaiden ja kirjanpitäjien jokapäiväisiin ja lähestulkoon triviaaleihin tehtäviin.

Kirjanpitolokkytöntää ja sen merkitystä ei saa viedä differenssiopin juurien ymmärtämisessä liian pitkälle, sen enempää kuin vahingonkorvausoikeudellisen normiston taustatekijänä ylipäättään. Kirjanpito on ymmärrettävä siinä historiallisessa ympäristössä, joka vallitsi, kun differenssioppi vakiintui.³⁵⁸ Tämä tarkoittaa sitä, että kirjanpitolokkytöntään mukana differenssioppiin ei saa liittää modernia käsitystä monimutkaisesta, konventionvaraisesta teknisestä apuvälineestä, jonka tarkoituksena on tuottaa yrityksen eri sidosryhmien käyttöön tarpeellinen informaatio, jotta sidosryhmät voisivat muodostaa riittävän ja oikean kuva yrityksestä. Emme voi ajatella, että kerran historiallisessa tilanteessa syntynyt lokkytöntä olisi kelluva. Tosiasiassa kaikki mitä tapahtuu kirjanpidossa ja kirjaamismenetelmissä, ei siirry – eikä normatiivisesti arvioiden voi siirtyä – differenssioppiin ja vahingon laskemisen sääntöihin.³⁵⁹

Mitä kirjanpitolokkytöntä käytännössä merkitsee? On syytä pitää mielessä, että tarkoittamani kirjanpito on karkeaa ja yksinkertainen menetelmä, jolla kuvataan rahan liikkeitä kassasta ja kassaan, kirjataan muistiin liiketapahtumat. Tämän liiketoiminnan muistiinmerkitsemistehtävän lisäksi kirjanpitoa käytetään myös toiminnan taloudellisen kannattavuuden arvioimisessa, yrityksen toiminnan toisen tason kuvauksessa. Se määrä, jolla maksut kassaan ylittävät maksut kassasta, on voittoa. Yrityksen taloudellinen arvo on puolestaan saman laskutoimituksen tuottama rahamäärä, yhdistettynä edellisiltä tilikaudilta kumuloituvuihin eriin.

Differenssioppi onkin ymmärrettävä perusilmiöasultaan vakiintumisaikansa kirjanpidollisen ajattelun luomukseksi.³⁶⁰ Tästä seuraa lukuisia rajoituksia, jotka samalla auttavat hahmottamaan differenssiopin kipupisteitä. Differenssioppi on

³⁵⁸ Kirjanpidon ja laskentatoimen muutoksista, rajoista ja siirtymisen merkityksestä ks. esim. Miller – O’Leary 1998.

³⁵⁹ Tällaisia siirtymiä toki on. Kirjanpidosta siirrytään sisäiseen laskentatoimeen, jonka menetelmiä käytetään enenevästi hyväksi, kun vahinkojen määrää pyritään arvioimaan. Ks. tästä myöhemmin jaksossa 6.2 esitettyä.

³⁶⁰ Kirjanpidolliset tekniikoille perustuvat vahingon laskemisen tavat ovat edelleen tärkeä osa vahingonkorvausoikeuden arsenaalia, jopa siinä määrin, että voimme hyvällä syyllä sanoa menetettyjen voittojen korvaamisen edelleen olevan kirjanpidollista ja perustuvan kokonaisuudessaan kirjanpidollisten tekniikkojen hyödyntämiselle.

vahingon määrän laskemistekniikkana käyttökelpoinen vain silloin, kun sen avulla hahmotettavat taloudelliset prosessit ovat hyvin yksinkertaisia. Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että se on ongelmaton vain silloin, kun sen avulla hahmotetaan irtaimen kauppaa, tavaraa yhdeltä markkinalta toiselle siirtävien kauppiaiden toimintaa³⁶¹. Se on käyttökelpoista silloin, kun 1800-luvun lopun kirjanpidollinen ajattelu on itsessään käyttökelpoista. Irtaimen tavaran kaupan hahmo, se taloudellinen logiikka, joka perustelee irtaimen kaupassa välittömästi saatavaa voittoa, luo differenssiopin mahdollisuuden tuottaa luotettava kuva siitä, mitä olisi tapahtunut.³⁶²

Jos esittämäni ajatus hyväksytään, ollaan paradoksin äärellä. 1800-luvun lopussa vahingonkorvausoikeuteen omaksutut kirjanpidolliset tekniikat kodifioivat oikeuteen ”vanhentuneen” kirjanpidon. Vaikka Mommsen epäilemättä käsittikin omaksuvansa hyvin modernin ja kaiken selvittävän vahinkojen arvioimisen menetelmän, aika on osoittanut, että tekniikkaan itseensä sisältyneet ongelmat tekivät siitä ongelmallisen. Koska kirjanpidon konventiot eivät ole taloudellisten prosessien luonnollisia hahmotusmuotoja, vaan konstruoituja ja neuvoteltuja sääntöjä, jotka ylläpitävät tiettyä taloudellisen toiminnan järjestelmää, voi vahingonkorvauskin toimia vain, jos sen ympäristö pysyy muuttumattomana. Näin ei tietenkään ollut.

Mommsenin luodessa teorioitaan muutokset, jotka lopulta paljastavat kirjanpidon konventiot kontingenteiksi ja muuttuvaisiksi, olivat vasta meneillään. Carruthers ja Nelson Espeland esittävät, että kirjanpidossa tapahtui – teollistumisen, josta Mommsenin kirjoituksissa vielä ei näy esimerkkejä, myötä – kaksi merkittävää muutosta. Kauppiaskapitalismissa taloudellisella toiminnalla oli selkeät rajat. Liiketoiminta koostui selvärajaisista yksittäisistä hankkeista. Kun laiva saapui satamaan, *societas* hajosi ja voitot jaettiin.³⁶³ Kirjanpidolla oli ”luonnollinen”, toiminnan itsensä sanelema sykli. Sama koski, tosin heikommin, myös kauppiaiden toimintaa. Tavarat muodostivat eräänlaisen syklin, erityisesti yksin yrityksen omistavan kauppiaan toiminnassa. Kun viimeinenkin tavara oli myyty tai jouduttu hylkäämään, tästä tavarasta saatu voitto voitiin periaatteessa laskea.³⁶⁴

Kaupan lisääntymisen ja teollistumisen myötä pääoman tarve kasvoi. Yrityksistä tuli omistuspohjaltaan laajoja. Kirjanpidollisesti tästä seurasi, että yritystä oli pakko käsitellä *going concernina*, loputtomiin jatkuvana. Luon-

³⁶¹ Kysymys voi olla niin tukku- kuin vähittäiskaupastakin. Tärkeämpää on huomata, että kirjanpito vastaa tässä tapauksessa ns. HHOL-teoriaa eli hankintahintaista omaisuuslaskentaa. Kuten Mähönen toteaa, tämä malli on vanhaa perua ja sen tarkoituksena on kirjoittaa historiaa ja seurata yrityksen omaisuuden kehitystä ja vaihteluja. Ks. HHOL-teoriasta ja muista kirjanpidon tarkoitusten perusmalleista Mähönen 2001 s. 228–237.

³⁶² Vrt. esim. Mähösen esittämiin huomioihin kirjanpidon tarkoitusta koskeissa teorioissa tapahtuneista muutoksista. Kirjanpidosta pyritään kehittämään historiatiedon keräämisen lisäksi myös aktiivisen liiketoiminnan kehittämisen instrumentti. Ks. Mähönen 2001 s. 228–237.

³⁶³ Ks. esim. Carruthers – Nelson Espeland 1991 s. 45–46; Tolonen 1992 s. 153–166.

³⁶⁴ Ks. Carruthers – Nelson Espeland 1991 s. 45–46.

nollisten syklien kadottua tulojen ja menojen kohdistamisesta tuli välttämättä keinotekoisia, sitä koskevat säännöt oli pakko tietoisesti laatia keinotekoisesti, ilman luonnollisen syklin tukea. Voitot oli pystyttävä erottamaan pääomasta. Toinen myöhempi muutos koskee poistoja. Teollistumisen edettyä pitkälle liiketoiminnan vaatiman kiinteän pääoman määrä kasvoi räjähdysmäisesti, mikä johti tarpeeseen hallita kiinteän pääoman muutoksia ajassa. Jos korjaus- ja korvausinvestointeja ei tehty, kiinteä pääoma olisi aikaa myöten todellisuudessa hävinnyt. Toisaalta sen ylläpitämiseksi tehtävät investoinnit – ilman poistoja – olisivat inflatoineet sen määrän. Ilman oikean suuruisia poistoja kiinteän pääoman määrästä olisi saatu väärä kuva.³⁶⁵

Mommsenilla ja myöhemmin muilla 1800-luvun kirjoittajilla tapaamamme differenssioppi näyttääkin olleen muunnos kauppiaiden kirjanpidosta ja sille ominaisesta tavasta hahmottaa maailmaa. Differenssioppi on *sisäänostohinnan ja myyntihinnan erotukselle perustuvan voiton laskemisen ja tuloksen varmentamisen menetelmän jatke*, ei muuta. Tästä teknisestä lähtökohdasta seuraavat sekä differenssiopin käyttökelpoisuus että erityisesti sen ongelmat, joihin tulen palaaamaan jäljempänä väitöskirjan nykyistä normatiivista järjestelmää koskevissa osissa.

Differenssiopissa kirjanpidon koostavan ulottuvuuden lisäksi operationaalistuu myös muistiinmerkintäfunktio, jolla kaikkien liiketoimien kokonaisuudesta voidaan erottaa yksittäisiä liiketoimia. Kun kirjanpidon peruskirja, kaikkien tapahtumien ajanmukainen luettelo, tiliöitetään, tapahtumat kirjataan kutakin tapahtumaa vastaavalle tilille. Kutakin tapahtumaa vastaa kahdenkertaisessa kirjanpidossa aina vastatapahtuma: tulokirjaus edellyttää menokirjausta, menokirjaus tulokirjausta, debet kreditiä, kredit debetiä. Raha ei voi kadota kirjanpidossa. Se on aina (formaalisesti) identifioitavissa, jäljitettävissä alkujuurilleen, siihen liiketoimeen, joka toi sen yritykseen. Juuri tästä on kysymys differenssioppiin kytkeytyvässä oikeudellisessa relevanttius- eli syy-yhteysarvioinnissa: tunnistetaan liiketoimi kirjanpidon perusyksikkönä ja tämän tiedon pohjalta yksilöidään liiketoimen relevantit osat ja hahmotetaan niiden kulkua laskennallisesti.

Kirjanpidon yksi tehtävistä onkin luoda kassavirtatapahtumien kaaoksesta johdonmukainen ja ymmärrettävä tapahtumien, syiden ja seurausten sarja. Kirjanpito on strukturoitu ja ymmärrettävä kertomus liiketoiminnasta.³⁶⁶ Differenssiopissa hyödynnetään tätä kirjanpidon ominaisuutta. Kokoamisen lisäksi kirjanpidollinen hahmottaminen mahdollistaa myös eriyttämisen ja isoimisen, syy-seuraussuhteiden määrittelyn ja vahinkotapahtuman vaikutuksen määrittelemisen. Maailma avautuu laskettavana ja hallittavana, kun se voidaan järjestää yhtä aikaa yhdeksi abstraktiksi kuvaukseksi, joka voidaan kuitenkin samanaikaisesti

³⁶⁵ Ks. Carruthers – Nelson Espeland 1991 s. 46–47.

³⁶⁶ Ks. Takatera – Savabe 2000 s. 795–797.

palauttaa konkreettisiksi tapahtumiksi, jotka voidaan mielikuvituksen tasolla rekonfiguroida halutuiksi tapahtumasarjoiksi.³⁶⁷

Se, että differenssioppi voi siirtää vahingon määrittämiseen kirjanpidollisten tekniikojen yhtäaikaisen kyvyn eristää ja koostaa todellisuuden tapahtumia, mahdollistaa itse asiassa hypoteettisen ja todellisen tapahtumakulun vertaamisen. Tapahtuma, joka saattaa maailman radaltaan ja johtaa siihen, että differenssiopin käyttäminen tulee välttämättömäksi, voidaan erottaa ja rajata yksittäiseksi ja ulottuvuuksiltaan määräytyksi vaikutusten joukoksi – tosin tietenkin vain sillä edellytyksellä, että hypoteettinen tapahtumakulku voidaan luoda, koskaan todentumaton maailma rakentaa. Kun koskaan todentumaton maailma on luotu, se voidaan sovittaa todelliseen maailmaan. Tämän yhteensovittamisen lopputuloksena on käsitys vahinkotapahtuman vaikutuksista, jotka kuitenkin loppuvat jonakin ajanhetkenä. Tuona hetkenä maailma tyyntyy normaaliksi ja staattiseksi. Varallisuuden arvo vakiintuu. Tapahtuman vaikutukset voidaan eristää muista tapahtumista ja niiden vaikutuksista ja samanaikaisesti tiivistää yhteen numeraaliseen ilmaukseen jonakin ajanhetkenä. Vahinkotapahtuman merkitys tiivistyy arviointihetkenä vallitsevaan laskennallisen eroon.

Juuri koostavan ja eristävän vaikutuksen yhdistymiseen tiivistyy kirjanpidollisten menetelmien – ja differenssiopin – lupaus laskennallisen hallinnan välineinä. Kirjanpidollisilla tekniikoilla näyttää olevan mahdollistaa tuottaa pätevä ja jännöksetön kuvaus maailmasta yhden yksittäisen toimijan näkökulmasta. Ne voivat – kunhan tekniikalle ominaiset rajoitukset pidetään mielessä – kertoa abstraktissa ja pelkistetyssä muodossa, minkälainen tämä maailma objektiivisesti ja verifioitavasti on myös suhteessa tulevaisuuteen ja menneisyyteen.³⁶⁸ Alati vaihtuvien, useimmiten ainutlaatuisten ja hyvin vaikeasti uudelleen koottavien esineiden tilojen sijaan esiin nousee indifferentti, aina vertailukelpoinen, neutraali ja tasapuolinen, helposti manipuloitava rahan eli numeroiden muodostama aikatila, jossa voidaan vaivatta liikkua eteen- ja taaksepäin ja silti säilyttää täysi toimintavapaus, mahdollisuus muuttaa tulevaisuutta ja menneisyyttä.³⁶⁹ Juuri tämä ajan ja paikan suhteen toimimisen vapaus, mahdollisuus olla välittämättä siitä, että fyysisen maailman ennallistaminen ja erityisesti menneisyyden täydellinen muuttaminen ei ole tosiasiaa mahdollista, on kirjanpidollisten tekniikoiden käytön tulosta.³⁷⁰

³⁶⁷ Ks. esim. Weber 1978 s. 92–93; Miller – Napier 1993 s. 635.

³⁶⁸ Ks. esim. Shapiro 1997; Miller 2001 s. 382.

³⁶⁹ Ks. esim. Latour 1987 s. 219–257, erityisesti s. 255–257.

³⁷⁰ Ks. kirjanpidon ja ajan suhteesta esim. McSweeney 1997; Takatera – Savabe 2000. McSweeney kiinnittää artikkelissaan huomiota siihen, että kirjanpito ei koskaan ole vain menneisyyden uskollista kirjaamista, vaan siihen liittyy aina myös tulevaisuuteen ulottuvia ja siitä representaatioita rakentavia valintoja.

Lopputulokset on hämmästyttävän ketterä. Kirjanpidollisessa vaikuttamisessa koskaan tapahtumaton muuttuu todelliseksi, kun virtuaalinen malli yhdistetään jo olemassa olevaan todellisuuteen kirjanpidollisia tekniikoita käyttämällä. Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että jokainen todellisuudessa toteutunut ja todellisuudessa toteutumaton mutta todelliseksi kuviteltava muutos voidaan kirjata kuvitteelliseen kirjanpitoon. Todelliset ja kuvitellut menot kohdistetaan tuloihin, ja lopputuloksena on joko negatiivinen tai positiivinen lopputulos, voittoa tai tappiota. Tämä lopputulos puolestaan voidaan korvata.

Mikä tärkeintä, vahingon arvon määrittämisen objekti(ivi)suus voi saada uuden tulkinnan ja perustelun, kun differenssiopin tekniseksi esikuvaksi asetetaan kirjanpito. Kirjanpidossa markkinoiden tuottama objekti(ivi)suus on todellista, lähes käsin kosketeltavaa. Ostetuilla esineillä on sisäänostohinta, myydyillä fyysisillä kappaleilla myyntihinta. Molemmat hinnat ovat kirjanpitoon vietyinä ja lopulta tuloslaskelmaan päädyttyään Latourin kielenkäytön mielessä objekti(ivi)sia ja tosia. Ne ovat ulkoisella koejärjestelyllä verifioitavissa olevia tavaran arvoja. Niillä on varma, dokumentoitu ja yksiselitteinen (vaihto)arvo.³⁷¹ Tämä arvo on yksinkertaisen kahdenkertaisen kirjanpidon totuus. Hinnoista tulee arvoja. Abstrakti numero tulee liiketoimen kompleksisuuden tilalle. Se muodostaa todellisuuden kirjanpidon näkökulmasta sillä hetkellä, kun saatu suoritus tai tehty luovutus kirjataan peruskirjaan.³⁷² Kirjanpidon formaalisesta näkökulmasta ulkopuolisen maailman ainoita relevantteja representaatioita ovat juuri nämä peruskirjan numerot. Vahinkoja korvatta yleisestä markkinahinnasta tulee hypoteettisissa tapahtumakulussa partikulaarinen totuus, jonka markkinamekanismi on tuottaminen. Hypoteettiset kirjaukset rinnastuvat todellisuuden perusteella tehtyihin kirjauksiin. Ne muuttuvat todellisuudeksi. Esimerkiksi Savigny kirjoitti yksilön varallisuuden arvioinnista seuraavalla tavalla:

”Das individuelle Vermögen wird also dadurch in eine reine Quantität verwandelt, daß *alle Bestandteile desselben in das Eigentum von Geldsummen aufgelöst werden*: so das Eigentum jeden anderen – alle jura in re – der bloße Gebrauch einer Sache, natürlich mit besonderer Rücksicht auf dessen Dauer – endlich auch Obligationen, also Forderungen und Schulden, mögen sie nun auf das Verschaffen dinglicher Rechte und ihren bloßen Genusses gerichtet seyn oder nicht (dare, facere).”³⁷³

Mary Poovey – brittiläinen sosiologi – korostaa *The History of Modern Fact* -kirjassaan kirjanpidon tekniikoiden formaalista, muodollista luonnetta. Kirjan-

³⁷¹ Ks. esim. Financial Accounting Standards Board 1978 s. 8.

³⁷² Takatera – Savabe 2000 s. 794–795. Takatera ja Sawabe väittävät, että juuri markkinahintojen tuottama objektiivisuus dominoi varhaista kirjanpitokäytäntöä.

³⁷³ Savigny 1840 s. 376–377, korostus MV.

pito tuottaa omien formaalisten sääntöjensä puitteissa aina eräässä mielessä to-
tuuden siitä, mitä kirjanpitoon on merkitty.³⁷⁴ Jos tuloksen, voiton ja tappion,
laskennan aksioomat hyväksytään, merkintöjen perusteella syntyy todellinen ja
kiistämätön käsitys liiketoiminnan tuloksesta.³⁷⁵ Varat ja velat ovat välittömästi
läsnä kahdenkertaisessa kirjanpidossa.³⁷⁶ Vastaavan huomion tekee myös Savig-
ny varallisuuden osalta. Juuri varallisuuden abstrahoiminen edellä kuvatulla tek-
niikalla tekee myös veloista varallisuutta, joskin negatiivista.³⁷⁷

Kytkeä kirjanpidossa käytetyn vaihtoarvon kiistattoman objekti(ivi)suuden
ja toisaalta kirjanpidolle rakennetun differenssiopin välillä näyttää itse asiassa
perusteleavan vaihtoarvon varaan rakennettua vahingon määrän laskemista ja sen
neutraalisuutta ja objekti(ivi)suutta. Toisaalta vaihtoarvon käsitteen neutraali-
suus ja objekti(ivi)suus perustelee, miksi koskaan toteutumattomat arvaukset,
arviot todennäköisistä myynti- ja ostohinnoista, voivat iskostua osaksi objek-
ti(ivi)sta vahingon määrän arviointia. Syntyy itseään vahvistava kehäpäätelmien
joukko. Markkinahintojen totuudellisuus mahdollistaa hypoteettisen tapahtuma-
kulun fyysisten lopputulosten kirjaamisen vahingon laskemisen fiktiiiviseen kir-
janpitoon ilman, että realisoitumattomien hintojen todellisuutta olisi syytä epäil-
lä. Tämä kaksoisvaikutus perustaa differenssiopin mahdollisuuden vahingonkor-
vausoikeuden menetelmänä. Jos kirjanpito voi tuottaa vakaan ja ehdottoman
käsityksen voitosta, differenssioppi voi palauttaa tämän menetetyn, mutta kirjan-
pidollisin tekniikoin määrältään selvitetyn voiton sille, jolle se kuuluu, vaikka
normatiivisesti ensisijaista todellisuutta ei olisi koskaan ollutkaan.

Kirjanpidollisten tekniikoiden omaksuminen osaksi vahingonkorvausarviointia
tekee mahdolliseksi sulauttaa todellisuus yhteen kuvitellun kanssa. Samalla
kirjanpidolliset tekniikat tekevän tämän hybridin tulokset näkyväksi omien sään-
töjensä mukaan. Koskaan toteutumaton maailma voidaan ilmaista yksiselitteise-
nä numerona aivan samalla tavoin kuin sellainen maailma, joka syntyi. Numero
kokoaa kokonaisen maailman yhteen ja kertoo tyhjentyvästi, minkälainen se on.
Sama koskee hypoteettista maailmaa. Sekin voidaan pätevästi ilmaista yhdellä
ainoalla numerolla – mutta tietenkin vain kirjanpidon merkitysten kentällä. On-
gelmana on, että unohdamme tällöin helposti reaali-prosessin, sen todellisen tuo-
tannontekijöiden, työn ja valmiiden tuotteiden virran, jonka sijaan kirjanpidon
kirjaukset tulevat. Mistä tiedämme, mitä kirjata? Vaikka tietäisimme, minkä suu-

³⁷⁴ Poovey 1998 s. 27–29.

³⁷⁵ Ks. esim. Weber 1978 s. 91–95. Historialliseen aineistoon viittaavista todisteista tällaisista kä-
sityksistä ks. esim. Poovey 2001 s. 27–28, jossa Poovey viittaa 1800-luvun lopun käsityksiin kir-
janpidon tuottamasta informaatiosta, ja erityisesti Maltby 1996, jossa Maltby käy läpi 1800-luvun
puolivälissä ilmestyneen suosituksen saksalaisen romaanin, Gustaf Freytagin *Soll und Habenin* ilmen-
tämää käsitystä kirjanpidosta, sen ominaisuuksista ja merkityksistä.

³⁷⁶ Ks. Bryer 1993 s. 114.

³⁷⁷ Ks. Savigny 1840 s. 377.

ruinen kirjaus tulee yksittäisestä kappaleesta tehdä, mistä tiedämme, kuinka monen kappaleen markkinahinnan voimme viedä kirjanpitoon?

Tämä on juuri differenssiopin käyttämisessä tavattava keskeinen ongelma. Kirjanpidollisten teknikoiden mahdollistama maailmojen siirtäminen numeraalisiksi ilmauksiksi edellyttää, että siihen ryhtyvä voi kertoa, mitä olisi tapahtunut, jos jotakin ei olisi tapahtunut. Kokonaisen toteutumattoman maailman rakentaminen ei ole suinkaan yksinkertainen prosessi. Tästä seuraa, että differenssioppi voi toimia vain silloin, kun maailman rakentaminen on mahdollista. Ongelman merkitys vähenee, kun kirjanpidolliset tekniikat sijoitetaan liiketoiminnalliseen kontekstiinsa. Yksinkertaisissa liiketoimintamuodoissa – kuten irtaimen kaupassa – yksittäinen transaktio jää toteutumatta, mutta sillä ei ole kerranaisvaikutuksia. Todellisuuden hahmottaminen on mahdollista. Vahinkotapahtuman seuraukset kuvastuvat staattisessa mielessä vahingonkärsijältä saamatta jääneessä voitossa. Koko vahinkotapahtuma voidaan tiivistää rahamäärien erotukseen. Sovitusta tai todennäköisestä jälleenmyyntihinnasta vähennetään se kauppahinta, jonka vahingonkärsijä sai tehdessään katemyynnin. Sama on mahdollista, jos ostaja ei saa tavaraa myyjän sopimusrikkomuksen jälkeen ja joutuu tekemään kateoston.

Kirjanpidolliset tekniikat vahingonkorvausoikeudellisina menetelminä toimivat ainoastaan niillä alueilla, joilla kirjanpitoikin toimi ja voi toimia. Differenssioppi voi toimia kunnolla vain silloin, kun vahingonkärsijällä on meneillään yksi hanke tai useampia toisistaan riippumattomia hankkeita, joiden välillä ei ole kauisaaliyhteyttä. Differenssioppia ei voida käyttää menestyksellisesti, jos transaktiot ja hankkeet ovat ajallisesti ja syy-seuraussuhteiltaan päällekkäisiä. Tämä johtuu yksinkertaisesta seikasta: koska arvioinnin kohteena on vahingonkärsijän varallisuus kokonaisuudessaan, differenssiopilla ei ole kykyä erottaa eri varallisuuden määrän muutosten syitä toisistaan, jos hankkeet eivät muodosta toisistaan erillisiä liiketapahtumia. Kun liiketapahtumasta johtuville varallisuuden muutoksille on useita joko toisistaan kokonaan riippuvaisia tai keskenään kilpaillevia syitä, differenssioppi ei toimi. Sen johdonmukainen soveltaminen näyttäisi johtavan täysin järjettömään lopputulokseen silloin, kun esimerkiksi kahdesta samanaikaisesta transaktiosta, joita ei voida tehokkaasti syy-seuraussuhteiltaan erottaa toisistaan, molemmat ovat epäonnistuneet. Koko varallisuusedifferenssi voitaisiin periaatteessa kohdistaa kummalle tahansa transaktiolle.³⁷⁸

Nämä differenssiopin ongelmat havaittiin varsin nopeasti. Stang ja Ussing molemmat – samoin kuin lukuisat muutkin pohjoismaiset ja saksalaiset kirjoittajat – huomauttivat jo viime vuosisadan ensimmäisten vuosikymmenten aikana,

³⁷⁸ Muut vahingonkorvausoikeudelliset doktriinit, ennen kaikkea vahingon adekvaattisuuden ja syy-yhteyden vaatimus tietysti estäisivät tämän. Arvostamistekniikkana differenssioppi joka tapauksessa – kuten tunnettua – kärsii juuri tällaisista anomaalisista sovellusmahdollisuuksista.

että useimmissa tapauksissa arviointia ei ole tarvetta eikä tule ulottaa vahingonkäräjien koko varallisuuteen ja sen muutoksiin. Arviointi voidaan ja tulee sen sijaan kohdistaa vain niihin odotuksiin, jotka ovat relevantteja kulloisenkin vahingonkorvaustapauksen arvioinnin kannalta. Vain epäonnistunut transaktio oli merkittävä.³⁷⁹

Toinen merkittävä Ussingin esittämä kritiikki oli, että differenssioppi näytti tosiasiaa useimmiten johtavan väärin lopputuloksiin silloin, kun sen avulla pyrittiin arvioimaan, oliko jokin vahingosta seurannut vaikutus korvattava vai ei. Ussingin mukaan differenssioppi näytti puhuvan korvausta vastaan silloin, kun vahingonkäräjä olisi joka tapauksessa kokenut vastaavansuuruisen vahingon. Vastaavalla tavalla väärä johtopäätös oli mahdollista tehdä, kun käsiteltiin vahingonkäräjien vahingon johdosta saamia hyötyjä. Ussingin mukaan niitä ei kaikkia pitänyt suinkaan vähentää vahingonkorvauksesta – kuten differenssioppi hänen mukaansa edellytti.³⁸⁰ Vastaavaa kritiikkiä ovat sittemmin esittäneet esimerkiksi myös Øvergaard³⁸¹, Strahl³⁸² ja Vinding Kruse³⁸³. Käytännön ongelmista huolimatta differenssioppi omaksuttiin nopeasti pohjoismaisessa kirjallisuudessa.

Miksi juuri kirjanpito? Yksi perusteluketju on on jäänyt mainitsematta. Se koskee kirjanpidon ajateltua *rationaalisuutta*, teemaa, joka on etualalla kolmen klassisen taloussosiologin, Max Weberin, Joseph Schumpeterin ja Werner Sombartin esityksissä. Kaikille kolmelle sosiologille kirjanpito liittyy erottamattomasti taloudellisen toiminnan rationaalistumiseen ja kapitalismin esiinnousuun. Kirjanpito oli tekniikka, joka määritteli ja teki näkyviksi kapitalistisen toiminnan perusmotiivit. Ilman kirjanpitoa liikevoittoa ei voi olla olemassa. Mikä merkittävintä, klassisen aikakauden taloussosiologien usko kirjanpidon mahdollisuuksiin ja kykyyn tuottaa neutraali ja paikkansa pitävä käsitys todellisuudesta oli järkkymätöntä.³⁸⁴ Jos ja kun haluttiin toimia taloudellisen piirissä ja hahmottaa talouden prosesseja niiden omilla neutraaleilla ehdoilla – kuten ajattelen (h)aaveku-

³⁷⁹ Ks. Stang 1927 s. 289; Ussing 1947 s. 169–170. Stangin esittämät huomiot eivät ole sinällään kriittisiä toisin kuin Ussingilla. Stangin mukaan differenssioppi on käyttökelpoinen lähtökohta ja oikea vahingonkorvauslaskennan järjestämistapa, mutta differenssioppia ei tarvitse aina mobilisoida kokonaisuudessaan. Ussing puolestaan vetää samasta ilmiöstä tyystin toisenlaisen johtopäätöksen, tosin muiden syiden myötävaikuttaessa. Hänen mukaansa differenssioppi on turha eikä useimmiten anna minkäänlaista hyödyllistä ohjausta. Sitä ei useimmiten käytetä, vaan yksittäisen esineen seuraaminen on riittävää. Saksalaisesta varhaisesta kritiikistä kokoavasti ks. Sipilä 1936 s. 12–15; Mertens 1967 s. 23–110. Myöhemmistä pohjoismaisista kritikoista ks. esim. Øvergaard 1951 s. 311–312; Vinding Kruse 1965 s. 434–435; Hellner 1973 s. 244.

³⁸⁰ Ks. Ussing 1947 s. 170.

³⁸¹ Ks. Øvergaard 1951 s. 312.

³⁸² Strahl 1948 s. 15–16.

³⁸³ Vinding Kruse 1965 s. 435.

³⁸⁴ Ks. esim. Weber 1978 s. 91–94. Ks. myös Miller – Napier 1993 s. 635–636; Chiapello 2007.

vaa rakennettaessa menetellyn – kirjanpidolliset tekniikat ovat täysin luonteva – vaikkakin yksityiskohdissaan ongelmallinen – ratkaisu.

7 MITEN HYPOTEETTINEN MAAILMA LUODAAAN?

Viittasin jo edellä – tietenkin kuvitellun – hypoteettisen reaali-prosessin välttämättömyyteen, jos differenssiopin mukaista vahingon laskemisen menetelmää halutaan käyttää. Hämmästyttävää onkin, että differenssioppi kätkee yksinkertaisen ja yksiselitteisen fasadinsa taakse monimutkaisen ja normatiivisesti merkittävän koneiston, jonka perusteella tuotetaan käsitys siitä, mitä olisi tapahtunut, jos vahinkotapahtumaa ei olisi koskaan sattunut. Siitä ei juurikaan puhuta. Hypoteettisen tapahtumakulun luomisen säännöt jäävät totaalisesti taustalle, etenkin viime vuosisadan alun kirjallisuudessa. Adekvanssista ja syy-yhteydestä kirjoitettiin paljon, mutta hypoteettisen tapahtumakulun luomisessa käytettävät kriteerit eivät näytä oikeustieteilijöitä suuremmin kiinnostaneen. Kuitenkin ne mitä ilmeisimmin olivat olemassa.

Differenssiopin käyttäminen edellyttää kirjanpidollisten tekniikoiden lisäksi toista tekniikkarypystä. Jotta maailma eli vahingonkärsijän varallisuus voitaisiin rahamääräistää, tulee tietää, minkälainen tuo rahamääräistettävä maailma on.³⁸⁵ Täytyy siis tietää, mikä vahingonkärsijän varallisuus on ja mistä se koostuu. Koskaan toteutumaton maailma on kuviteltava. On nähdäkseni välttämätöntä ajatella, että kuviteltaessa on käytettävä jonkinlaista käsitystä todellisuuden kehityksestä ja sille ominaisista lainalaisuuksista ja liikelaista. Oikeudellinen kuvittelemisen perustuu siis eräässä mielessä todellisuudelle. Tietoa todellisuudesta käytetään kuvittelemisessä, koska tarkoituksena on tuottaa mahdollisimman uskottava ja paikkansapitävä jäljitelmä todellisuudesta.

Väitöskirjan tämän luvun loppuosan keskiöön nouseekin siis kysymys siitä, miten muodostamme käsityksen hypoteettisesta tapahtumakulusta, siitä, mitä olisi tapahtunut jos vahinkotapahtumaa ei olisi koskaan sattunut. Painopiste on (h)aavekuvassa: kysyn, minkälaisia olivat ne ajatusoperaatiot, joiden tuloksena käsitys asioiden luonnollisesta kulusta ja tapahtumien hyvästä ja häiriöttömästä kulusta 1800-luvun lopun ja 1900-luvun alun oikeuskirjallisuudessa katsottiin syntyvän? Miten hypoteettinen tapahtumaketju luotiin? Miten luotiin se varallisuus, jota ei koskaan ollut olemassa?

Lähtökohtana on syytä panna merkeille, että nyt tarkasteltavassa 1800-luvun lopun ja 1900-luvun alun kirjallisuudessa yksityiskohtaiset selvitykset hypoteet-

³⁸⁵ Ks. esim. Schultz 2007 s. 279–282, jossa Schultz hahmottaa differenssiopin merkitystä juuri tästä näkökulmasta.

tisen tapahtumakulun luomisessa käytettävistä menetelmistä ovat harvassa.³⁸⁶ Hypoteettinen tapahtumakulku ja sen luomisessa käytettävät tekniikat vaikuttavat olleen kaiken kaikkiaan toissijaisilta ja epäkiinnostavilta teemoilta. Niihin ei viitata. Niitä ei näytetä useimmiten teoretisoitavan eikä problematisoitavan. Differenssiopin taustalla vaikuttavat ilmeisen monimutkaiset ajatusprosessit jäävät differenssiopin alitajunnaksi, katvealueeksi, johon ei juurikaan puututa. Differenssioppi näyttäytyy vuosisadan alun esityksissä tältä osin ongelmattomana ja intuitiivisesti ymmärrettävänä tekniikkana, jonka käytännön soveltamista ei ole välttämätöntä pyrkiä tarkasti käsitteellistämään.³⁸⁷

Tilanne on eräässä mielessä jakomielitautinen. Kirjallisuuteen näyttää sisältyvän implisiittinen väite, että tuomari pystyy kuvittelemaan koko liiketoiminnan maailmaa eli tuntemaan sen lainalaisuudet ja todennäköiset kehityskulut. Toisaalta kuvittelemisen menetelmistä ei puhuta lähestulkoon lainkaan. Differenssiopin varmuuden ja ongelmattomuuden fasadin taakse näyttääkin kertyvän hyvin paljon väärää varmuutta. Hypoteettinen maailma jää eräänlaiseksi oikeudelliseksi tyhjiöksi.

Miksi differenssiopista ja maailman mallintamisesta ei tullut ongelmaa 1900-luvun kirjallisuudessa? Mahdollisia selityksiä *prima facie* tälle lieene kaksi. Ensinnäkin voitaneen ajatella, että hypoteettisen tapahtumakulun muodostamisessa käytettävät ajatusoperaatiot näyttäytyivät – ja ehkä myös hyvästä syystä – 1800-luvun lopun ja 1900-luvun alun oikeustieteilijöille itsestään selvinä. Oikeustieteilijöillä ei yksinkertaisesti ollut käytännön syitä lähteä pohtimaan tarkasti, miten maailmaa tuli mallintaa, koska mallintamisessa käytettävät teoriat ja apuvälineet olivat kaikille toimintaan osallistuneille tuttuja ja itsestään selviä. Maailman liikelait tunnettiin.

Eräässä mielessä tämä pitäneen paikkansa. 1800-luvun lopussa ja vielä pitkälle 1900-lukua liiketoiminnan mallit olivat niin yksinkertaisia ja vakioisia, että taloudellista toimintaa saatettiin mallintaa ilman suuria vaikeuksia. Taloudellinen toiminta ei ollut vielä toden teolla teollistunut³⁸⁸ saati verkottunut tai informati-

³⁸⁶ Hämmästyttävää on, että kirjallisuudessa hypoteettisen tapahtumakulun luomiseen ja tuon harkinnan oikeudellisiin edellytyksiin ei edelleenkään kiinnitetä erityistä huomiota. Palaan tähän teemaan jäljempänä jaksoissa 6.4–6.11.

³⁸⁷ Saksan osalta ks. esim. Fischer 1903 s. 68–75, jossa Fischer pysyttelee puhtaasti abstraktilla tasolla. Muuallakaan kirjassa ei pyritä tyypittelemään, minkälaisissa prosesseissa voittoa, joka voidaan menettää, voi syntyä. Ks. vastaavasta abstraktista käsittelystä myös Mataja 1888 s. 135 ja 155–156. On kuitenkin huomattava, että Matajalla käytännön esimerkit ovat varsin konkreettisia ja lähtökohtana hän pitääkin pääasiassa vain fyysisten esinevahinkojen korvaamista. Ks. kuitenkin Mataja 1888 s. 181–189, jossa kysymys on abstraktista tulonsaanti- ja voitontuottomahdollisuuksien arvioimisesta.

³⁸⁸ Ks. Danzig 1975, joka esittää, että *Hadley v. Baxendale* -ratkaisua on tulkittava ennen kaikkea interventiona, joka sopeutti oikeusjärjestelmää – vaikkakin epätäydellisesti – uuden teollisen yhteiskunnan vaatimuksiin.

soitunut. Yksittäisiin esineisiin ja tapahtumiin kiinnittyvät odotukset olivat suhteellisen vaatimattomia. Aika ja odotukset eivät olleet pakkautuneet samalla tavalla yksittäisiin esineisiin tai palveluihin kuin nykyaikaisessa liiketoiminnassa. Tästä syystä liiketoimintaprosessin kehityksen ennustaminen ja ylipäättään sen säännönmukaisuuksien artikuloiminen ei vaatinut erityisen hienostuneita menetelmiä tai edes ankaraa pohdintaa.

Tällaista tulkintaa näyttävät puoltavan myös ne vähät viittaukset, joissa differenssiopin hypoteettista maailman luomista käsitellään esimerkkien valossa. Esi-merkit liittyvät irtainten esineiden luovutuksiin ja siihen, minkälaiset tappioerät ovat tällaisissa transaktioissa korvattavia. Normaalin maailman oletettiin olevan suhteellisen yksinkertainen ja hallittavissa.

Englannin *Court of Exchequerin* ratkaisu asiassa *Hadley v. Baxendale*³⁸⁹ on ollut monissa paikoin toistuva paraatiesimerkki. Tätä nykyä angloamerikkalaisen sopimusoikeuden kaanoniin kuuluvassa ratkaisussa³⁹⁰ paroni Alderson muotoili kuuluisan *foreseeability*-standardin. Paroni Alderson totesi, että ”where two parties have made a contract which one of them has broken, the damages which the other party ought to receive in respect of such breach of contract should be such as may fairly and reasonably be considered either arising naturally, i.e., according to the usual course of things, from such breach of contract itself, or such as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties, at the time they made the contract, as the probable result of the breach of it”. Ratkaisussa käytetty kieli antaa ymmärtää, että on olemassa *luonnollinen* asioiden suunta, *the usual course of things*, joka voidaan suhteellisen helposti ja varmasti kuvitella.³⁹¹

Richard Danzig on arvostellut liiketoimintakäsitysten yksinkertaisuutta rankasti. Hän kirjoittaa *Hadley v. Baxendale*-ratkaisua käsitellessään, että ”in its comments about ‘normal’ damages the Exchequer panel speaks in terms which again seem singularly antique. Businesses are assumed to be so straightforward as to admit of a rule of damages which characterizes a single mode of operation as ‘normal’ and one set of consequences as ‘predictable’. This leads the panel to announce, apparently on the basis of nothing more than it’s a priori impressions, that it ‘is obvious that ... millers sending off broken shafts to third persons’ would not normally be dependent on the prompt return of these shafts for the operation of their mills. Further, the panel implies that if millers were normally dependent on the prompt return of these shafts, then one could

³⁸⁹ (1854) 9 Exch 341.

³⁹⁰ Ratkaisu on laajalti tunnettu myös Pohjoismaissa. Ks. esim. Gomard 1989; Lookofsky 1989 s. 12; Hemmo 1994 s. 110–112.

³⁹¹ Ks. ratkaisusta ja sen merkityksestä esim. Danzig 1975; Bebhuk – Shavell 1991; Eisenberg 1992; Diamond – Foss 1994; Adler 1999; Anderson 2005.

readily assess the run of damages which would normally follow from the delay.³⁹²

Toinen selitys näyttäisi liittyvän varallisuus oikeudelle ominaiseen abstraktioperiaatteelle rakentuvaan tapaan, jolla ihmisten toimintaa ajan varallisuus oikeudessa oikeudellisesti hahmotettiin.³⁹³ Abstrakti hahmottamistapa, joka rakentui velallisen ja velkojan käsitteiden varaan, ei kannustanut ”tosiasiallisten” liiketoiminnan muotojen huomioon ottamiseen. Vahingonkorvausoikeus ei ollut erityisen herkkää tunnistamaan tällaisia seikkoja, koska varallisuus oikeudelle ominaisiksi hahmotetut argumentaatiotavat työnsivät kaikkia kirjoittajia kohti mahdollisimman abstrakteja malleja.³⁹⁴ Peruskäsitteistö ei sallinut eikä edellyttänyt monimutkaisia käsityksiä tosiasiallisesta liiketoiminnasta, sen liiketoimintaketjuista tai monimutkaisista arvopropositioista, koska edellä hahmottelemani varallisuus oikeuden taustalla vaikuttava ideologinen malli taloudesta oli niin vahva, että se tukahdutti todellisuudesta nousevat vaateet.³⁹⁵ Selitystapa kietoutuu tietenkin yhteen edellisen kanssa. Teollistumattomuus ja liiketoiminnan harjoittamistapojen yksinkertaisuus tekivät mahdollisiksi tympeän suhtautumisen erilaisiin seurausvahinkoihin. Tällaisen suhtautumisen aiheuttamat ongelmat olivat vähäisiä ja harvinaisia. Järjestelmän oli mahdollista selvittää niistä kriisiytymättä.³⁹⁶

Toisaalta vaikutelma siitä, että ongelma olisi jäänyt kokonaan tunnistamatta, saattaa lopulta olla pitkälti illusorinen. Maailman luomisen ongelma oli eräässä suhteessa keskeinen myös vuosisadan alun vahingonkorvausoikeudelle. Siihen liittyviä ongelmakenttiä ei vain käsitelty differenssiopin yhteydessä, vaikka niihin muualla otettiin kantaa. Hypoteettisen maailman luomisessa ongelmina olivat kausaalisuussuhteet.³⁹⁷ Lähtökohtanaan ajan kirjallisuudessa oli, että

³⁹² Danzig 1975 s. 280.

³⁹³ Ks. edellä tämän osan ensimmäisessä luvussa esitettyä. Ks. myös Pöyhönen 2000 s. 35–60.

³⁹⁴ Hyviä esimerkkejä tällaisesta abstraktiohakuisuudesta ovat sekä Arvo Sipilän väitöskirja (Sipilä 1936) että Vladimir Mandlin vuonna 1932 ilmestynyt teos *Zivilistischer Aufbau des Schadenersatzrechtes* (Mandl 1932).

³⁹⁵ Tällaisia ajattelutapoja ei oltu vielä omaksuttu edes liiketoiminnassa itsessään. Liiketaloustiede oli vielä nykynäkökulmasta lapsen kengissä. Pyrin jäljempänä toisen osan kolmannessa luvussa esittelemään liiketoimintaa koskevien käsitysten muutosta. Ks. tässä yhteydessä kuitenkin esim. Daniel A. Wrenin ja Ronald G. Greenwoodin esitystä Wren – Greenwood 1998 liiketoiminnan järjestämisessä tapahtuneista merkittävistä innovaatioista Yhdysvalloissa.

³⁹⁶ Saksassa vaikuttaa näin olevan edelleenkin. Ks. Lange – Schiemann 2003 s. 340–352. Englannissa ja Yhdysvalloissa suurimmat paineet näyttävät purkautuneet *foreseeability*- eli *remoteness*- ja *certainty*-vaatimuksen kehittymiseen. *Foreseeability*- tai *remoteness*-vaatimuksesta ks. esim. Furmston 2001 s. 658–677; McGregor 2003 jakso 6; Burrows 2004 s. 76–98 sekä sopimus- että tortvastuun osalta. *Certainty*-vaatimuksesta ks. jäljempänä jaksossa 6.13 esitettyä.

³⁹⁷ Ks. esim. Stang 1927 s. 84–86; Ussing 1947 s. 148–153. Ks. myös Mertens 1967 s. 25–26. Vrt. kuitenkin Bar 1871 s. 132–134. Barin mukaan ”wenngleich eine Einwirkung – die erste in der

kaikki adekvaattisessa kausaalisuhteessa vahinkotapahtumaan ollut vahinko tuli korvata.³⁹⁸ Näin ollen kausaalisuuspohdinnat määräsivät myös sen, minkälainen hypoteettisesta maailmasta tuomarin mielikuvituksessa muotoutui. Näin se mekanismi, joka kausaaliiteettipohdintoissa mobilisoitiin syy-yhteyskysymysten ratkaisemiseen, tuli osaksi myös vahingonkorvauksen määrän arviointia differenssioppia käytettäessä.

En pidä tällaista väitettä täysin uskottavana. Kausaalisuuspohdinnat eivät, ainakaan perustyyppiltään³⁹⁹, kuitenkaan ole rakenteellisesti samanlaisia kuin differenssiopille ominainen maailman hypoteettinen luominen mielikuvituksessa. Perusmuodossaan kausaalisuuskysymys edellyttää nimittäin tosiasiallista ja fyysisesti olemassa olevaa konkreettisesta vahinkotapahtumasta seuraavaa muutosta. Vasta kun tämä konkreettinen fyysinen muutos on tunnistettu, voidaan ryhtyä pohtimaan, johtuiko se juridisesti riittävällä tavalla vahinkotapahtumasta eli oli ko sen ja vahinkotapahtuman välillä riittävä syy-yhteys.⁴⁰⁰ Pohdinnat ovat siis eräässä mielessä katkaisevia, vastuuedellytysten ketjun rikkovia, yksittäiseen, tunnistettavaan ja verifioitavissa olevaan vahinkoseuraukseen keskittyviä.

Differenssiopissa ja hypoteettisen tapahtumakulun luomisessa näin ei ole.⁴⁰¹ Hypoteettista tapahtumakulkua rakennettaessa apuna ei ole konkreettista, empiirisesti todennettavaa vahinkoseurausta, jonka voitaisiin väittää johtuneen vahinkotapahtumasta, koska vahinkoseuraukset ovat jo määritelmänsä perusteella hypoteettisia, virtuaalisia, koskaan todentumattomia. Tilanne on siis rakenteellisesti tyystin toinen. Syy-yhteysarviointissa nämä muutokset ovat siis eräässä mielessä negatiivisia: ne perustavat vasta differenssiopille ominaisen vertailutapahtumakulun, jonka jälkeisen maailman taloudellinen arvo tulee vähentää hypoteettisen maailman taloudellisesta arvosta. Siinä, missä syy-yhteysarviointista katkaistaan kausaalisuhteita ja kerrotaan, mikä oli mahdollista ja mikä ei, differenssiopissa joudutaan rakentamaan lähtötilanteen tuntemuksesta erilaisilla lainalaisuuksilla operoiden kokonainen maailma.

Adekvanssiopin ja differenssiarvioinnin välistä eroa voidaan hahmottaa tarkastelemalla niitä kontrafaktuaaleja, todentumattomia, kuvitteellisia todellisuuskuvauksia, joita arvioinnissa käytetään. Adekvanssiopissa on perinteisesti ope-

Reihe der verschiedenen sich an einander schließenden Folgen – nachgewiesen werden muss als die regelmäßige Folge einer Handlung, welche auf das Vermögen einer Person eingewirkt haben soll, für die übrigen Folgen das Bedingungs- und nicht das eigentliche Kausalitätsverhältnis maßgebend ist.”

³⁹⁸ Ks. Ussing 1914 s. 177–180; Stang 1927 s. 82–90; Ussing 1947 s. 148–152.

³⁹⁹ Ks. kausaalisuuspohdintojen perustyyppistä esim. Andersson 1993 s. 89–102.

⁴⁰⁰ Ks. Saxén 1962 s. 160–162. Saxén pohtii, voidaanko normaaleja deliktivastuun kausaaliiteettioppeja soveltaa myös sopimusvastuussa.

⁴⁰¹ Kausaaliiteetin ja arvioimisen tässä puheena olevaan eroon vertautuvasta suhteesta ks. King 1981 s. 1353–1354.

roitu *negatiivisilla kontrafaktuaaleilla*. Negatiivinen kontrafaktuaali on kausaali-suhdetta koskevan lausuman johdos. Kysymys on kausaali-*ketjun* puuttuvan premissin toteamisesta. Esimerkiksi kausaalisuutta koskeva lause voi olla: henkilö kaatuu, jos tienpinta on liukas. Kontrafaktuaalissa tehdään päätelmä: Jos tienpinta ei olisi ollut liukas, henkilö ei olisi kaatunut. Kysymys on jonkin tapahtumakulun, selvitetyn ja havaitun tapahtumakulun edellytysten täsmentämisestä. Positiivisissa kontrafaktuaaleissa kausaalikäsitteillä operoidaan eri suhteessa. Toteutumaton todellisuus avautuu negatiivisia kontrafaktuaaleja laajempaan. Edellisessä esimerkissä kontrafaktuaalin rakentaminen ei rajoittuisi vain sen toteamiseen, että henkilö ei olisi kaatunut, vaan tämän lisäksi tarkastelukulma olisi laajennettava, ja kerrottava, mitä henkilö olisi tehnyt selvittyään kaatumatta. Olisiko tämä mennyt kauppaan, pudonnut matkaa jatkaessaan kadunrakennustyömaalle kaivettuun kuoppaan vai jäänyt istumaan keskelle työmaata, jossa maansiirtokone olisi jostakin syystä välttämättä ajanut hänen päälleen?⁴⁰²

Adekvaattisuusarvioinnissa on pohjoismaisen ajattelutavan mukaan tavanomaisesti kysymys sen pohtimisesta, seurasiko vahinkotapahtumasta ja vahinkoteosta ensinnäkin oikeudenloukkaus ja seurasivatko tätä oikeudenloukkausta tietyt seurausvahingot⁴⁰³. Differenssiopin edellyttämässä arvioinnissa pitäisi puolestaan pystyä päättämään, miten maailma todennäköisesti kehittyi. Arvio pitäisi pystyä tuottamaan ainakin vaikeissa tapauksissa ilman, että arviointia voidaan rakentaa todellisten, jo todentuneiden seurausvahinkojen perustalle. Jo taloudellisen seurausvahingon tunnistaminen edellyttää tätä.⁴⁰⁴ Voidaan tietysti ajatella, että osa reaali-*vahingosta* seuraavista seurausvahingoista voidaan yksilöidä differenssiopissakin. Näin on esimerkiksi vahinkotapahtumasta aiheutuneiden erityisten kulujen – vahingon selvittelemisestä ja esimerkiksi kateostosta tai -myynnistä aiheutuneiden kustannusten – osalta. Kulujen adekvaattisuusarviointi on mahdollinen, kun voidaan arvioida, olivatko ne vahinkotapahtuman juridisesti relevantteja seurauksia.⁴⁰⁵ Tilanne on ongelmallinen kahdessa korvausaiheessa: menetetyssä voitossa ja saamatta jääneissä ansioissa. Näiden korvausaiheiden konkreettista kiinnityskohtaa todellisiin tapahtumiin ei voida osoittaa. Arviointi voidaan kiinnittää ainoastaan abstrakteihin ajattelullisiin tekniikoihin. Differenssioppi edellyttää sellaisten ajatusoperaatioiden olemassaoloa, joiden avulla voidaan simuloida, mitä olisi tapahtunut, jos vahinkotapahtumaa ei olisi

⁴⁰² Kontrafaktuaaleista ja niiden aiheuttamista ongelmista oikeudessa ks. esim. Strassfeld 1992 erityisesti s. 393–407; Strandberg 2005 s. 13–15.

⁴⁰³ Ks. tästä pohjoismaisessa keskustelussa vähän tunnetusta saksalaisperusteisesta erottelusta Andersson 1993 s. 303–304.

⁴⁰⁴ Ks. esim. Stang 1927 s. 79–86; Saxén 1962 s. 163–164.

⁴⁰⁵ Ks. esim. Persson 1953 s. 213. Perssonin mukaan kulujen voidaan sanoa olevan varsinaisessa mielessä adekvaattisia vahinkotapahtumaan nähden.

sattunut, puhtaasti ilman kytkentää todennettaviin seurausvahinkoihin ja negatiivisiin arviointikehikoihin.

Menetetyllä voitolla ja ansiotuloilla ei näytä kuitenkaan olleen itsenäistä asemaa adekvaattisuusongelmina. Adekvaattisuusarviointi kohdistui etusijassa todennettaviin fyysisiin muutoksiin, vahinkotapahtuman reaalisiin seuraamuksiin. Yksi mahdollisuus olisi ajatella, että menetetyn voiton ja ansiotulon osalta koko hypoteettinen tapahtumakulku rakentuisi yksittäisten rahamääräisiä seurausvahinkojen tappioerä ja niiden syntymekanismeja koskevien vahingonkärsijän väitteiden varaan. Tällöin tuomioistuimien arvioisi, olisiko jokainen väitetty tappioerä adekvaattisessa syy-seuraussuhteessa vahinkoon. Esimerkiksi Stang näyttää adekvaattista syy-seurausyhteyttä käsitellessään oletettavan asian olevan näin.⁴⁰⁶ Tilanne ei ole kuitenkaan täysin yksiselitteinen, sillä Stang päätyi myös ajattelemaan, että sekä reaalivahinkojen että taloudellisen vahingon rahamäärän tuli olla adekvaattisessa syy-yhteyssuhteessa vahinkotekoon. Stangin ajattelu on tässä suhteessa mielenkiintoista. Vaikka Stang ajatteleekin, että adekvaattisuusarvioinnin tulisi periaatteessa kohdistua taloudelliseen vahinkoon eli vahingon rahamäärään, hän hylkää tällaisen arvioinnin, koska

”det bare er forholdsviis faa tilfælde, man kan si, at den økonomiske skade falder udenfor adekvansen, vilde kravet paa den faa liten betydning, om man indskrænket sig til at operere med den økonomiske skade.”⁴⁰⁷

Tästä syystä on välttämätöntä, Stang kirjoitti, ”falde tilbage paa [...] den konkrete skade”. Stangin mukaan myös vahinkoseurausten – konkreettisina ilmiöinä – tulee olla syy-yhteydessä vahinkotekoon tai -tapahtumaan. Taloudellinen vahinko, joka on adekvaattisessa syy-yhteydessä vahinkotapahtumaan, ei tule korvattavaksi, jos se konkreettinen vahinkoilmiö, josta se seurasi, ei ollut adekvaattisessa syy-yhteydessä vahinkotapahtumaan.⁴⁰⁸ Henry Ussing oli samaa mieltä: ”I nyere nordisk Litteratur opstilles gerne den Regel, at Ansvarer kun omfatter adækvate Følger.”⁴⁰⁹ Korvausta ei voitu vaatia arviointihetken – tavanomaisesti toimintahetken – näkökulmasta ennakoimattomista vahinkoseurauksista: vahingon tuli sisältyä niihin mahdollisuuksiin, jotka toimijan tai järkevän miehen tuli ottaa huomioon.⁴¹⁰ Vahinkojen arviointi oli pääasiassa tosiasiallisen maailman suuntaan toimimista.

⁴⁰⁶ Ks. Stang 1927 s. 76.

⁴⁰⁷ Stang 1927 s. 86.

⁴⁰⁸ Stang 1927 s. 86–87. Stang myöntää, että hänen lähestymistapansa, jossa korostuu vaatimus, että sekä taloudellisen vahingon että konkreettisen vahingon tulee olla syy-yhteydessä, oli poikkeama normaalista opista, jossa edellytettiin vain konkreettisen vahingon adekvaattisuutta (Stang 1927 s. 88).

⁴⁰⁹ Ussing 1947 s. 149.

⁴¹⁰ Ks. Ussing 1947 s. 149–150. Ks. myös esim. Lassen 1917–1920 s. 252–253 ja 346.

Pohjoismaisessa doktriinissa vahingon todennäköisyys on ylipäättään keskeisessä asemassa sen adekvaattisuutta arvioitaessa.⁴¹¹ Stang kytki ennakoitavuuden ihmiselämässä välttämättömään epävarmuuteen ja piti luonnollisena, että kun ihmisten tekoja arvioitiin oikeudellisesti, otettiin huomioon ne todennäköisyydet, joiden varassa ihminen oli alun perinkin toiminut.⁴¹² Oikea tapa järjestää adekvaattisuusarviointi oli, että ennakoitavuutta arvioitiin objektiivisesta, normaali-ihmisen näkökulmasta, mutta että tätä näkökulmaa täydennettiin subjektiivisella arvioinnilla. Samanlainen suhtautuminen ulottui myös tuottamusarviointiin. Sekin järjestettiin riski- ja todennäköisyysarviointien pohjalle.⁴¹³

Ei lienekään yllättävää, että myös ensimmäiset, 1950-luvulla pohjoismaiseen kirjallisuuteen ilmaantuvat nimenomaiset hypoteettisen tapahtumakulun rakentamisen kuvaukset hyödyntävät nekin todennäköisyyslaskelmille perustuvia tekniikoita. Esimerkkinä on syytä mainita ruotsalainen Knut Rodhe.

Rodhen malli siitä, miten hypoteettinen tapahtumakulku rakennetaan, perustuu *todennäköisyyslaskelmille*. On myös syytä huomata, että Rodhen mallissa hypoteettisen tapahtumakulun osalta liikutaan tosiasiallisen maailman tasolla ja periaatteessa *empiirisesti, kokemusperäisesti* selvitettävien säännönmukaisuuksien puitteissa, jotka ovat olemassa oikeudellisesta toiminnasta riippumatta. Hypoteettinen tapahtumakulku ja käsitys todellisuudesta luodaan siten, että

”man dels konstruerar ett hypotetisk händelseförlopp, dels fastställer ett redan förflutet verkligt sådant, dels eventuellt konstruerar en fortsättning på detta verkliga händelseförlopp. Denna procedur består i en kombination av iakttagelser beträffande det verkliga händelseförloppets redan förflutna del och på erfarenhet grundade sannolikhetsberäkningar beträffande det hypotetiska händelseförloppet och fortsättning av det verkliga. Så långt rör man sig på ett utomrättsligt plan.”⁴¹⁴

Puhtaasti tosiasiallisen piirissä liikkunut arviointi ei kuitenkaan aina ollut Rodhen mukaan mahdollista. Rodhe näki, että ajoittain oikeudellisilla, asioiden kulua koskevilla standardeilla saattoi olla merkitystä. Rodhe jatkaakin:

⁴¹¹ Ks. esim. Øvergaard 1951 s. 40–45; Augdahl 1955 s. 320; Saxén 1962 s. 44–47; Saxén 1995 s. 139–158. Ks. erityisesti Andersen 1959 s. 305, joka tosin hahmottaa ennakoitavuusarvioinnin viime kädessä kohtuullisuusarvioinniksi, jonka kohteena on, onko vahingonaiheuttajalle perusteltua asettaa vahingonkorvausvelvollisuus (s. 317–319). Kokoavasti Andersson 1993 s. 94–95, erityisesti alaviite 239 ja siinä mainitut lähteet.

⁴¹² Stang 1927 s. 75–79.

⁴¹³ Ks. esim. Stang 1927 s. 82–87; Ussing 1947 s. 149–150.

⁴¹⁴ Rodhe 1984 s. 468–469. Korostukset MV. Lähteen julkaisuvuosi on harhaanjohtava. *Obligationens rätt* – siitä huolimatta, että käyttämäni painos on vuodelta 1986 – ”material som blivit tillgängligt efter den 1 april 1955 har endast i något undantagsfall kunnat beaktas” (s. III).

”Möjligheterna att med anspråk på tillförlitlighet genomföra de nyss angivna sannolikhetsberäkningarna äro begränsade, och det skulle bli ganska litet utrymme för exempelvis tillämpning av regler om skadestånd, därest man skulle vara hänvisad till sådana beräkningar. Härmed har rättslivet icke låtit sig nöja. Det har för olika situationer utbildats vissa standardiserade antaganden, som tillgripas då en tillräckligt tillförlitligt sannolikhetsberäkning icke är möjlig.”⁴¹⁵

Toinen ruotsalainen tutkija, Ulf Persson, käsitteli hypoteettista tapahtumakulkua muutama vuosi Rodhea aikaisemmin. Perssonin ajatuskulut olivat Rodhea monimutkaisempia. Persson ajatteli, että differenssiopin keskeinen tavoite on luoda käsitys siitä, minkälaisia seurauksia vahinkotapahtumalla oli. Keskeinen kysymys tutkimuksen alkuosassa on, miten vaihtoehtoisia vahinkoseurausten syitä pitäisi käsitellä. Vapauttaako vaihtoehtoinen vahinkotapahtuman syy vastuusta ja vaikuttaako sellaisen olemassaolo vastuun laajuuteen? Miten differenssiopin edellyttämä hypoteettinen tapahtumaketju rakennetaan, siitä Persson oli hiljaa. Perssonin väitöskirjassa on kuitenkin toisaalla mielenkiintoisia osioita. Persson nimittäin täydensi perinteisiä ja myös epäinformatiivisia lähtökohtiaan ajatuksella esineiden funktioista ja näiden funktioiden merkityksestä vahingonkorvauksen laskemiselle. Funktioasetelman tuominen vahingonkorvausoikeuteen avaa differenssioppia mielenkiintoisella tavalla: Persson voi erottaa tuotanto- ja vaihtokäytössä olevat esineet kulutukseen tarkoitetuista esineistä.⁴¹⁶ Erottelulla on myös operatiivista merkitystä:

För ersättningsfrågor, vilka avse konkreta situationer, får därför den privatekonomiska indelningen av nyttigheterna i förvärvskapital och konsumtionskapital större betydelse än som eljest brukas tilläggas densamma. Frågan huru värderingen sker eller kunde ske kan icke besvaras enhetligt, utan skiljer sig principiellt med hänsyn till dessa två typer av nyttigheter.⁴¹⁷

Persson päätyy lopulta siihen, että ”de gängse metoderna för värdebestämning kunna angivas i dessa moment a) återanskaffningskostnad; b) försäljningsvärde; c) omkastningsvärde.”⁴¹⁸ Jälleenhankintakustannuksessa ei Perssonin mukaan ole kysymys differenssiopin mukaisesta arvioinnista lainkaan.⁴¹⁹ Käytännön seurausvahinkojen osalta Perssonin esitys on loppuun asti epämääräinen. Persson ei pyri hahmottamaan käyttöarvo- eli tuottokorvauksen laskemistapoja, vaan tyy-

⁴¹⁵ Rodhe 1984 s. 469. Ks. myös hyvin lyhyesti Strahl 1948 s. 18–19.

⁴¹⁶ Ks. erottelusta Persson 1953 s. 303

⁴¹⁷ Ks. Persson 1953 s. 302.

⁴¹⁸ Ks. Persson 1953 s. 306.

⁴¹⁹ Ks. Persson 1953 s. 308–309.

tyy korostamaan – sinällään perustellusti – kustannusten perusteella laskettavan korvauksen merkitystä.⁴²⁰

8 NORMAALI LIIKETOIMINTA

Viittasin *Hadley v. Baxendale* -ratkaisun yhteydessä *normaalisuuteen* sinä tematiikkana, johon differenssiopin ja myös todellisuutta koskevat pohdinnat kietoutuvat. Hypoteettisia tapahtumakulkuja luodaan yhtäältä väittämällä ja perustelemalla, että ne ovat normaaleja eli juuri niitä, jotka olisivat välttämättä toteutuneet. Normaalisuus saa merkittävän ja ideologisen aseman tässä arvioinnissa. Kun pyritään arvioimaan, mitä hypoteettisessa maailmassa olisi tapahtunut, puhutaan jatkuvasti asioiden normaalista kehityksestä. Normaali toimii oikopolkuna koskaan todentumattomaan maailmaan. Normaaleissa tapahtumaketjuissa asioiden esitetään tapahtuvan niitä koskevien tavanomaisten säännönmukaisuuksien mukaan.

Kun jostakin seikasta a sanotaan normaalisti voitavan odottaa seuraavan b, tapahtuu mielenkiintoinen siirtymä. Taustalla näyttää vaikuttavan ajatus, että näiden normaalien säännönmukaisuuksien, normaalien toimintatapojen, normaalien odotusten selvittäminen olisi lopultakin aina empiirinen kysymys. Asiamiesten, jotka pyrkivät tuomaan esille, mitä olisi tapahtunut, käsitetään kiistelevän tosiasiakysymyksistä. Tuomarin, joka puolestaan tekee esitetyn todistelun perusteella ratkaisun siitä, mitä olisi tapahtunut, ymmärretään hänenkin toimivan tosiasioiden eikä normien suhteen. Todisteluratkaisu on ensisijaisesti tosiasiaratkaisu. Siihen ei liity oikeuden sisältöä muotoavia kannanottoja. Tällaiset ajatukset ovat mielenkiintoisia erityisesti epistemologiselta kannalta.

Helpoimmillaan asetelma on yksinkertainen. Perustyyppisessä deliktivastuussa kausaalisuusongelmat eivät ole merkittäviä. Kun esine on vahingoittunut tai tuhoutunut, vahinkotapahtuman välittömät seuraukset on helppo tunnistaa. Ne ovat yhtä kuin esineen kokemat muutokset. Asetelma on sama ruumiinvammoissa. Koskaan tapahtumattoman kuvittelemisen ongelmat ovat vähäisiä, kun fyysisessä maailmassa operoitaessa voidaan useimmiten olettaa, että esineet ja kehot olisivat pysyneet fyysisesti muuttumattomina. Kuten jo edellä totesin, kontrafaktuaalin muodostaminen on helppoa. Liiketoiminnan seurausvahingoissa perspektiivit avautuvat sen sijaan arvaamattomasti.

Paradoksaalista näyttää olevan, että oikeudenulkoisista empiirisistä säännönmukaisuuksista näyttää aina tulevan oikeudellisia säännönmukaisuuksia, koska tuo-

⁴²⁰ Ks. esim. Persson 1953 s. 400–485 vahingonkorvauksen määrän käytännön laskemisesta ja vrt. s. 485–491 seurausvahinkojen käsittelystä.

marien uskotaan tuntevan nämä säännönmukaisuudet. Todistelun osalta kysymys on siis siitä, että sen joka vetoaa asioiden *normaaliin* kehityskulkuun, ei tarvitse todistaa tai näyttää, että näin on, että normaali kehitys olisi johtanut johonkin lopputulokseen, koska normaali jo itsessään perustelee tällaisen löydöksen.⁴²¹ Se on muuttunut oikeudellisesti automaattisesti olemassa olevaksi todellisuudeksi. Sen sijaan sen osapuolen, joka vetoaa epänormaaliin kehitykseen, on näytettävä väitteensä toteen. Voimme ajatella, että tuomioistuimien ”tietää” tai sen tulee tietää, mikä on normaalia ja mikä puolestaan epänormaalia, mitkä ovat ihmisten käyttäytymistä ja käyttäytymisen lopputuloksia hallitsevat ”luonnonlait”.⁴²²

Vaikka tietäisimme, että normaalisuus on hypoteettisen tapahtumakulun arvioinnissa taustalla, että hypoteettiset tapahtumakulut koostetaan normaalien säännönmukaisuuksien pohjalta, emme silti tiedä, mikä on normaalia ja miten tuomari selvittää, mikä on normaalia. Kaukana ei liene ajatus, että normaalisuuden ilmestymisen myötä oikeudelliseen kielenkäyttöön tuotiin taas uusi käsite, jonka sisältö ja merkitys on aikanaan näyttänyt itsestään selvältä käsitettä käyttäneille mutta joka oikeudelliseen kielenkäyttöön vakiinnuttuaan on avannut ennakoimattomien merkitysten Pandoran lippaan. Ajatus normaalisuudesta nimittäin tuo mukanaan monipuolisten konnotaatioiden verkon.

Millä perusteella voimme väittää, että jokin on normaalia tai että jokin ei ole normaalia? Mitä normaali ylipäättään on? On nähdäkseni selvää, että normaalisuus viittaa osaltaan *luonnollisuuteen*, kahdessa suhteessa. Yhtäältä *normaali* on viittaus asioiden todelliseen, luontaiseen, soveliaaseen ja hyvään laitaan.⁴²³ Normaali on toivottavaa, perusteltua ja siksi tavoiteltavaa. Juuri tämän ominaisuutensa takia normaalisuus voidaan asettaa myös normatiiviseksi lähtökohdaksi.⁴²⁴ Toisaalta normaalisuuden käsite tuo mukanaan myös ajatuksen arvostuksista vapaasta empiirisestä positiivisuudesta. Kun asiat ovat normaaleja, ne ovat tosiasiallisesti yleisiä. Normaalisuuteen ei tällöin (välttämättä) liity ajatusta tavoiteltavuudesta, vaan ainoastaan toteamus siitä, että asia on normaalisti jollakin tavoin.

Tässä suhteessa normaalisuus on tavattoman vaikeaselkoinen käsite. Vielä monimutkaisemmaksi asetelman tekee normaalisuutta koskevien oikeudellisten ratkaisujen sisäsyntyinen normatiivisuus. Kun normaalisuudella operoidaan oikeudellisissa konteksteissa ja perustellaan oikeudellista ratkaisua, ensi näkemältä on kysymys jostakin oikeuden ulkopuolisesta. Normaali kuuluu tosiasiamailmaan. Onko kysymyksessä kuitenkin tosiasiaratkaisu? Väitän, että ei ole. Nor-

⁴²¹ Ks. Halila 1955 s. 293–297.

⁴²² Ajatus on nyttemmin vakiintunut todistus-oikeudellisissa kirjallisuudessa. Ks. esim. Lappalainen 2001 s. 299–300; Strandberg 2005 s. 119–138.

⁴²³ Ks. esim. Hacking 1990 s. 160–169.

⁴²⁴ Ks. esim. Ewald 1999; Ewald 2003.

maalaisuudella operoiminen muuttaa empiirisesti normaaleiksi ja tavanomaisiksi havaitut toimintatavat oikeudensisäisesti ensisijaisiksi ja etuoikeutetuiksi. Kun normaali artikuloidaan ja asetetaan oikeudellisen hahmottamisen lähtökohdaksi oikeudellisissa käytännöissä, se luo epistemologisen lukittuman. Oikeudellinen käytäntö lukitsee oikeudelliseksi todellisuudeksi normaalin todellisuuden. Normaalisuudesta tulee *oikeudessa* todellista ja kiinteää. Siihen kiinnittyä tulevaisuuselementti: oikeudellisesti oletetaan, että normaali jatkuu. Tosiasiallisesta ja empiirisesti selvitetävästä, jatkuvasti muuttuvasta ja uusintuvasta tulee oikeudellinen, jähmeä ja lukittunut. Koska jokin on normaalia, se myös pysyy sellaisena. Oikeus luo todellisuutta – tai pikemminkin sen käsitteellisen rakenteen – vahvistamalla sen, mikä on normaalia.

Käsitteen vaikeaselkoisuus ja edellä esitelty normaalilla operoimisen kaksoisluonne todellisuutta artikuloivana ja luovana instrumenttina puoltaa kirjallisuudessa normaalille taloudelliselle toiminnalle hahmotettujen yksityiskohtien tarkastelemista. Mitä tarkoitettiin 1900-luvun alussa normaalilla taloudellisella toiminnalla? Mikä oli normaalia vahingonkorvausoikeudellisesta näkökulmasta? Minkälaiset seuraukset olivat odotettavia, ennakoitavia ja perusteltuja? Minkälainen oli vahingonkorvausoikeuden ympärilleen konstruoima normaali maailma? Mitä siellä tapahtui? Jos näihin kysymyksiin vastataan, saadaan osviittaa siihen, minkälaisena kirjoittajat maailmaa pitivät ja millainen he sen halusivat olevan. Asiaa voidaan nähdäkseni lähestyä parhaiten tarkastelemalla niitä esimerkkejä⁴²⁵, joita eri kirjoittajat esittävät tarkastellessaan vahingonkorvauksen määrän laske- mista koskevia sääntöjä.⁴²⁶

Pohjoismaissa normaalia taloudellista toimintaa käsitteli perusteellisimmin ja myös monipuolisimmin esimerkein Fredrik Stang. Ussingilta ei esimerkkejä löydy ja hänen esityksissään eri vahinkotilanteiden käsittely pysyy täysin abst-

⁴²⁵ Huomionarvosta on, että esimerkiksi Matajan esityksen välillistä vahinkoa koskevat osat ovat varsin vaatimattomia. Esitys on lyhyt. Mataja kiinnittää paljon enemmän huomiota yksittäisten kappaleiden tuhoutumisen ja vahingoittumisen seurausten käsittelyyn (Mataja 1888 s. 155–180) kuin välilliseen vahinkoon (s. 181–188). Esimerkkejä ei juuri ole. Mataja puhuu korttipeleistä, osakkeista ja satunnaisesti myös tehtaista kysymyksenasetteluja kuitenkin avaamatta. Vastaava asennoituminen heijastuu myös Fischerin esitykseen. Tavanomaiseen tapaan Fischer pohtii esityksessään abstrakteja tilanteita. Hän esittää, että saamatta jäänyt voitto on korvattava, jos 1) vahingonkärsijällä oli siihen jo vahinkohetkellä kypsä oikeus, 2) tämä olisi sen joka tapauksessa ansainnut, koska kaikki oikeuden edellytykset olivat olemassa, 3) vahingonkärsijä olisi tavanomaista huolellisuutta noudattamalla voinut saada oikeuden voittoon, tai 4) kun oikeus riippuu kolmansien menettelystä, vahingonkärsijä olisi saanut tällaisen oikeuden, jos asiat olisivat sujuneet niin kuin tavallisesti. Ks. Fischer 1903 s. 59–63.

⁴²⁶ Pysyttelen tässä kohdin aineellisessa vahingossa. En käsittele lainkaan aineettoman vahingon korvaamista.

raktilla tasolla.⁴²⁷ Sama koskee Oscar Platouta,⁴²⁸ Jul. Lassenia⁴²⁹, Hjalmar Karl-grenia⁴³⁰ ja pitkälti myös Ivar Strahlia⁴³¹. Myös Jens Øvergaardin jonkin verran edellisiä myöhäisempi esitys liikkuu varsin yleisellä tasolla.⁴³² Lähteistö siis oh-jaa Stangia kohti. Käsittelen seuraavassa Stangin lisäksi myös Tore Alménin *Köp och byte av lös egendom*- teoksessa esittämiä kantoja.

Kokonaan oma lukunsa ovat saksalaiset 1800-luvun varallisuus oikeudelliset tutkimukset, joissa roomalaisen oikeuden ja sen lähteissä esitettyjen esimerk-kien vaikutus on selvästi nähtävissä. Esimerkiksi differenssiopin isä Friedrich Mommsen esittelee *Die Lehre von dem Interesse* -tutkimuksessaan menetetyt voiton tyyppitilanteina muiden muassa vesijättömaiden menettämisen, löytö-tavarat ja vahingonkorvauskanteet⁴³³, orjien toimittamatta jäämisestä tai kuo-lemasta seuranneet perinnön menettämiset ja esimerkiksi erityisjälkisäädök-sen esittämisen kieltäytymisestä aiheutuneen vahingon.⁴³⁴ Toki Mommsenilla on modernimpiakin esimerkkejä. Hän käsittelee esimerkiksi vuokratulojen menettämistä⁴³⁵ silloin, kun vahinko seuraa siitä, että *diligens homon* – huolel-lisen ihmisen – muutoin suunnittelemt ja todennäköisesti toteuttamat toimet jäävät vahinkotapahtuman vuoksi pelkiksi suunnitelmiksi.⁴³⁶

Samassa yhteydessä Mommsen pohtii myös erilaisten suunniteltujen liike-toimien estymisestä aiheutuvia vahinkoseurauksia, joita hänen mukaansa ei ajan kirjallisuudessa tavallisesti pidetty korvattavina. Mommsenin mukaan ongelmana näiden liiketoimien osalta on sen arvioiminen, olisiko vahingon-kärsijä tehnyt tällaisia liiketoimia vai ei. Mommsen jakaa liiketoimet eri luok-kiin niiden konkreettisuusasteen perusteella ja ehdottaa, että näitä luokkia käsiteltäisiin myös vahingonkorvausoikeudellisesti eri tavalla. Jos vahingon-kärsijä oli jo sopinut myyvänsä esineen markkinahintaa korkeammasta hin-nasta, vahingonkorvauksen tulee kattaa vahinkoerä. Edellisiä ongelmallisem-pia ovat Mommsenin mukaan sellaiset tulevat liiketoimet, joihin vahingonkär-sijä oli suunnitellut ryhtyvänsä mutta jotka hänen velallisansa maksuviiväs-tyksen vuoksi estyvät, kun vahingonkäräjällä ei ole tarpeeksi rahaa liiketoi-mien tekemiseen. Jos liiketoimet olivat saavuttaneet konkreettisen asteen, menetys tulee korvata. Jos ne puolestaan olivat vain sarja suunniteltuja siirto-ja, joihin liittyy epävarmuustekijöitä, ja perustuvat suotuisan markkinakehi-

⁴²⁷ Ks. Ussing 1946 s. 164–166; Ussing 1947 s. 169–172.

⁴²⁸ Ks. Platou 1914 s. 571–585

⁴²⁹ Ks. Lassen 1917–1920 s. 345–351.

⁴³⁰ Karlgren 1943 s. 139–150.

⁴³¹ Ks. kuitenkin Strahl 1948 s. 16–17, jossa Strahl mainitsee lyhyesti muutaman esimerkin, muun muassa tehtaan palamisen.

⁴³² Ks. Øvergaard 1951 s. 297–308.

⁴³³ Ks. Mommsen 1855 s. 177.

⁴³⁴ Ks. Mommsen 1855 s. 178–180. Ks. myös Cohnfeldt 1865 s. 91–92 ja 104–105.

⁴³⁵ Ks. Mommsen 1855 s. 182. Ks. myös Fischer 1903 s. 55.

⁴³⁶ Ks. Mommsen 1855 s. 181. Ks. myös Cohnfeldt 1865 s. 101; Fischer 1903 s. 55.

tyksen spekulatiiviselle hyödyntämiselle, korvauksen maksaminen ei ole perusteltua.⁴³⁷

Vaikka esimerkiksi Mommsenin ja Cohnfeldtin pohdinnat ovatkin nykyjuristille vaikeaselkoisia, kuvastuu niissä eräs tärkeä seikka. 1800-luvun ja 1900-luvun alun saksalaisissa vahingonkorvausoikeudellisissa esityksissä kuva liiketoiminnasta perustuu edelleen kauppiaiden toimintaan markkinoilla.⁴³⁸ Tuotantotoiminnasta ei esitetä vielä esimerkkejä: vahingonkorvausoikeudelle tehtaita, tehtaanomistajia ja tuotantotoiminnassa yksittäisiin kappaleisiin kiinnittyviä valtavia odotuksia ei vielä ole olemassa. Kauppiaan kate on edelleen vahingonkorvausoikeudellisen maailman suurin voittoprosentti.

Lähtökohtana Stangilla oli, kuten olen jo edellä esittänyt, vahingonkärsijän taloudellisen intressin mukainen täysi korvaus.⁴³⁹ Vahingonkorvausoikeuden perusidea on, että vahingonkorvauksen tuli kattaa sen intressin arvo, joka esineellä tai oikeudella oli vahingonkärsijän taloudessa. KytKentä todellisuuteen on vahva:

”Jeg har her forutsat, at man kan bringe paa det rene, hvilken hensigt den skadelidende hadde med tingen, og at man endvidere kan gaa ut fra, at han vilde realisert sin hensigt, om ikke den ansvarsbetingende begivenhet var støtt til.”

Stang esittää muutamia esimerkkejä erilaisista tilanteista. Ne voi jakaa karkeasti kolmeen luokkaan: tuotantotoimintaan, tukku- ja vähittäiskauppaan ja ansio-työhön.⁴⁴⁰

Ensimmäinen, lukumääräisesti merkittävin ja muutoinkin tärkeimmältä vaikuttava esimerkkiryhmä liittyy teolliseen tuotantotoimintaan. Stang viittaa usein nimenomaisesti tehtaisiin ja tehtailijoihin ja kätketymmin sarja- ja massatuotannon etuihin ja tällaisen tuotantotavan erityispiirteisiin. Yksittäisiin esineisiin liittyi tuotanto-odotuksia. Näitä odotuksia on Stangin mukaan suojattava: vahin-

⁴³⁷ Ks. Mommsen 1855 s. 185–187; Cohnfeldt 1865 s. 99–104.

⁴³⁸ Ks. esim. Cohnfeldt 1865 s. 109–110. Cohnfeldt pohtii värikkäästi markkinasuhteiden vahingonkorvausoikeudellisesta merkitystä. Kauppiastoimintaan keskittyvä lähestymistapa sävyttää edelleen myös Fischerin (Fischer 1903 erityisesti s. 54–62) ja Matajan (Mataja 1888 erityisesti s. 181–188) esityksiä. Mataja kehittää varsin edistyksellistä konjekturaalisen eli epävarman menetetyt voiton laskumenetelmää, joka perustuu voiton todennäköisyydelle, mutta toteaa tätä ennen: ”Ein anderer Fall ist beispielweise die Beschädigung des Dampfmotors in einer Fabrik, welche auch die Arbeitsmaschinen zur Ruhe nötigt. Dieser Fall führt uns jedoch schon auf ein anderes Gebiet” (Korostus MV).

⁴³⁹ Ks. Stang 1927 s. 291.

⁴⁴⁰ Yksi Stangin esimerkeistä on varsin vaikeasti luokiteltavissa. Kysymys on yhdessä juoksemaan tottuneesta nelivaljakosta. Stang yrittää esimerkin avulla perustella, miksi yksittäisen esineen merkitystä on arvioitava kokonaisuuden osana eikä vain erillisenä omaisuusesineenä. Hänen mukaansa valjakkohevosten arvoa ei voida arvioida määrittämällä kunkin hevosen arvo erillään toisista, vaan valjakon arvo on suurempi kuin hevosten yhteenlaskettu arvo. Ks. Stang 1927 s. 292.

gonkorvauksen laskemistekniikat muotoiltava siten, että perusteltujen tuotanto-odotusten suojaaminen on mahdollista.

Ensimmäiseksi Stang toteaa, että tehtailijalle hänen omistamansa tonttimaan arvo on suurempi kuin sen markkina-arvo. Tonttimaahan kiinnittyy muita taloudellisia intressejä. Jos maa-alue on ”nødvendig tilbehør til en fabrik”, mutta se ei ole tehtailijan käytössä, hän ei voi käyttää sitä tuotantotarkoituksiinsa ja siten hän menettää osan maa-alueeseen liittyvää intressiään.⁴⁴¹ Toisessa vastaavassa esimerkissä Stang vertaa teollisessa käytössä olevaa leimasinta toiseen samanlaiseen leimasimeen, joka on romukauppiaan hallussa. Jos tehdaskäytössä oleva leimasin varastetaan, tehdas voi seisoa 14 päivää, kun taas romukauppiaille leimasimen katoamisesta ei ole juuri minkäänlaista haittaa tai se on hyvin pieni.⁴⁴² Esimerkin tarkoituksena on korostaa, että yksittäisen esineen käyttö määrittää sen merkityksen ja että vähäpätöiseltäkin vaikuttavaan esineeseen saattaa kiinnittyä ja kytkeytyä huomattavia tosiasiallisia taloudellisia intressejä.

Samaa teemaa pyrkii perustelemaan myös kolmas Stangin esimerkeistä. Stang totesi, että vahingonaiheuttajan on korvattava vahinko silloin, kun se johtuu siitä, että vahingonkärsijä ei voinut saada hyötyä investoinnista, jonka piti vähentää tuotantokustannuksia. Esimerkkinä Stang käyttää maa-aluetta, jonka tehtaanomistaja on ostanut voidakseen tehostaa toimintaansa ja alentaakseen tuotantokustannuksiaan. Jos maa-alueen kauppaa jää rasittamaan oikeudellinen virhe, ”skal man ikke spørre, hvad fabrikeren kunde solgt tomten for, og heller ikke, hvad han har betalt for den, men hvilken værdi den vilde hat *som led i hans bedrift*.”⁴⁴³ Neljäs esimerkki ei koske varsinaisesti tuotantotoimintaa, mutta näyttää rinnastuvan läheisesti siihen. Stang toteaa, että jos laiva tuhoutuu, vahingonkorvauksen tulee kattaa sekä jo solmittujen rahtaussopimusten että tulevaisuudessa todennäköisesti solmittavien sopimusten perusteella saatavat tulot. Stangin mukaan todennäköisesti solmittavien sopimusten perusteella saatavien tulojen menettämisen tulee olla vahingonkorvausoikeudellisesti relevantti vahinkotapahtuma, vaikka konkreettista, kypsää subjektiivista oikeutta tällaisiin saamisiin ei olisi laivan tuhoutumishetkellä sinällään ollutkaan olemassa.

”Forat en interesse skal ha saa stor fasthet, at den faar økonomisk værdi, maa den som regel ha grundlag i en ret. Altid er det imidlertid ikke nødvendig; ofte regner man i det praktiske liv med utsigter, som ikke har retslig hjemmel.”⁴⁴⁴

⁴⁴¹ Ks. Stang 1927 s. 292.

⁴⁴² Ks. Stang 1927 s. 292.

⁴⁴³ Ks. Stang 1927 s. 308.

⁴⁴⁴ Ks. Stang 1927 s. 295.

Stang esittää, että esineen tai oikeuden käyttötavan pitää olla todennäköinen ja vahingonkärsijän konkreettisten mahdollisuuksien ja kykyjen piirissä, jotta vahingonkorvausta voitaisiin tuomita ja intressi määritellä juuri tuon käyttötarkoituksen perusteella. Esimerkkinä Stang käyttää taas maa-aluetta. Jos myydyssä maa-alueessa, jonka ominaisuudet olisivat poikkeuksellisen otolliset sähkölaitoksen rakentamiselle, ilmenee jonkin virhe, vahingonkärsijä voi vaatia vahingonkorvausta sähkölaitoskäytön estymisestä vain, jos hänellä olisi ollut tosiasiallisesti mahdollisuus, kyky ja aikomus käyttää maa-aluetta tällaiseen käyttötarkoitukseen.⁴⁴⁵

Stangilla *tidsintresse* onkin yksi merkittävistä teemoista. Hänen mukaansa *verum rei pretium*, myyntiarvo tai jälleenhankinta-arvo eivät ole tyydyttäviä vahingonkorvauksen laskemistekniikoita juuri siksi, että aika on rahaa ja liiketoiminnassa ajan kuluminen merkitsee rahan menettämistä. Jos jokin esine on vahinkotapahtuman takia pois omistajansa hallusta tai sen käyttö muutoin estyy, voi syntyä vahinkoa, joka edellä mainittuja tekniikoita käyttämällä jää korvaamatta ja huomiotta⁴⁴⁶. Toisaalta ajalla on merkitystä markkinoiden määrittelemisessä. Tässä suhteessa Stang tunnistaa kauppiaiden toiminnan peruslogiikan. Jos esimerkiksi kauppiaan tai tehtailijan kevävarasto tuhoutuu talven kynnyksellä, varaston arvoa ei saa laskea sen tuhoutumishetken arvon perusteella. Tällöin päädyttäisiin liian vähäiseen arvoon. Oikeampi tapa on pyrkiä määrittämään, mitä tavaroista olisi maksettu sesongin huippuaikana keväällä, ja pitää näitä hintoja perustana vahingonkorvausta laskettaessa.⁴⁴⁷

Tuotantotoimintaan liittyvät esimerkit ovat kaiken kaikkiaan vähissä pohjoismaisessa vuosisadan alun kirjallisuudessa. Stang on käsittääkseni ainoa asiaa vähääkään laajemmin käsitellyt kirjoittaja. Toisaalta esimerkiksi Tore Alménin Ruotsin vuoden 1905 köplagin (kommentaarissa tuotantotoiminnan keskeytymisestä aiheutuvaan tappioon sentään viitataan. Almén toteaa, että esimerkiksi tilatun koneen tai kivihiilen toimituksen viivästymisestä saattaa seurata, että tehtaan toiminta joudutaan keskeyttämään joksikin aikaa. Tästä saattaa seurata lukuisia välillisiä vahinkoseurauksia: valmistuksessa käytettäväksi suunnitellut raaka-aineet saattavat pilaantua, henkilökunnalle saatetaan joutua maksamaan turhaan palkkoja, suunniteltuja voittoja menetetään ja sijoitetulle pääomalle ei saada tuottoa. Almén toteaa, että tällaiset vahingot ovat pääasiassa korvattavia, mutta vahingon ja sen määrän täsmällinen näyttäminen voi olla vaikeaa. Alménin mukaan tuomioistuinten ei tulisiakaan tästä syystä asettaa liian korkeita näyttövaatimuksia arvioidessaan vahingon olemassaoloa ja sen suuruutta.⁴⁴⁸ Vastaesimerk-

⁴⁴⁵ Stang 1927 s. 308, korostus MV.

⁴⁴⁶ Ks. Stang 1927 s. 307–308.

⁴⁴⁷ Stang 1927 s. 312.

⁴⁴⁸ Ks. Almén 1934 s. 352–353.

kiluettelo on kuitenkin vakuuttava: vahingon laskemisen keskeisin ongelma näyttää olevan hintojen vaihtelun huomioon ottaminen, johon liittyviä vahingonkorvausoikeudellisia ongelmia Almén käsittelee hyvin laajasti.⁴⁴⁹ Tässä suhteessa Almén vaikuttaa hyvin edustavalta esimerkiltä.

Toisessa esimerkkiryhmässä on kysymys kauppiastoiminnasta, vähittäis- ja tukkukaupasta.⁴⁵⁰ Tämä liiketoiminnan muoto näyttää eroavan tuotantotoiminnasta siinä, että esineitä ei muokata, yhdistetä toisiin ja siten tehdä toisiksi, vaan niitä välitetään, ostetaan ja myydään sellaisinakin kuin ne ovat. Työtä ja raaka-aineita ei yhdisty toisiinsa. Toimijan mahdollisuudet ovat rajoitetummat: hän voi saada myyntivoittoa, mutta voiton suhde tavarahan ostohintaan on tavanomaisesti varsin vaatimaton. Vahingonkorvauksen määrän tulee perustua sille ”salgspris, han antagelig kunde opnaadd”, jotta kauppiahan koko intressi tulee korvatuksi. Stang tosin huomauttaa, että useimmiten ensinnäkin vahingonkorvauksen rajana on kuitenkin jälleenhankintahinta eli kateoston hinta. Menetettyä liikevoittoa ei tavanomaisesti korvata. Tämä johtuu vahingon rajoittamisvelvollisuudesta. Kauppiahan tulee tehdä kateosto ja siten pyrkiä rajoittamaan vahinkoa. Toisaalta epätavallisen isoja voittoja ei myöskään korvata, koska ne eivät ole ennakoitavia. Stangin esimerkeistä käy ilmi, että hän tekee erottelun tukkukauppiahan ja vähittäiskauppiahan välillä. Erottelu saa myös operatiivista merkitystä, sillä Stang toteaa, että tukkukauppiaille korvaus tulee maksaa tukkuhintojen ja vähittäiskauppiaille vähittäiskauppahintojen perusteella.⁴⁵¹

Alménin teos on kauppiaiden toiminnan osalta hyvinkin yksityiskohtainen. Almén pohtii muun muassa ostajan oikeutta saada korvausta toimittajan sopimusrikkomuksen vuoksi menetetyistä kauppavoitosta, erityyppisten sopimussakkoehtoien perusteella kolmansille maksettavien vahingonkorvausten korvattavuutta. Erityisen yksityiskohtaisesti Almén käsittelee markkinahintojen vaihtelun merkitystä.⁴⁵²

Kolmas Stangin mainitsemista tilanteista, joissa intressikorvauksen mukainen korvauksen maksaminen on olennaisen tärkeää, koskee ansiotyötä ja vahingonkärsijän kuolemasta seuraavaa elatuksen menetystä. Työ tai pikemminkin työkyky on kuitenkin omalaatuisessa asemassa. Työ ei kuitenkaan saa merkittävää asemaa. Stang viittaa epämääräisesti yksilön ansionhankintakykyyn (*ehrværvene*) ja toteaa, että jos se heikkenee, korvausta on maksettava.⁴⁵³ Henkilövahinko-

⁴⁴⁹ Ks. Almén 1934 s. 353–369

⁴⁵⁰ Ks. vastaavasta jaosta 1800-luvun kirjanpidollisissa esityksissä esim. Boyns – Edwards – Nikitin 1998.

⁴⁵¹ Ks. Stang 1927 s. 310–311.

⁴⁵² Ks. Almén 1934 s. 353–354 ja 362–368.

⁴⁵³ Ks. Stang 1927 s. 305.

jen saama vähäinen huomio ei ole epätavanomaista, kun sitä vertaa muun ajan pohjoismaiseen kirjallisuuteen.

Stangin pohdinnat muistuttavat eräässä mielessä Perssonin ajatuksia. Esineen merkitys riippuu sen saamasta funktiosta, siitä minkälaiseen käyttöön vahingonkärnsijä oli ajatellut sen laittaa. Myös esineiden funktiomääritelmät muistuttavat Stangilla ja Perssonilla suuresti toisiaan, vaikka Stang ei sinällään esineen funktioista puhukaan. Ajatus on ikään kuin sisäänrakennettuna Stangin esitykseen. Kuten Perssonillakin, Stangilla tärkein raja näyttää kulkevan tuotantokäytössä olevien tavaroiden ja vaihdettavien tavaroiden välillä.⁴⁵⁴

9 ELÄVÄ TALOUS

Edellisen luvun lopussa (h)aavekuvan talouskäsitys oli hengetön. Esitin, että siinä kysymys ei ollut taloudesta ja taloudellisesta toiminnasta nykyisessä mielessä, vaan toimimisesta vapauden piirissä, vapaana yksilöstä eli abstraktin tahdon vapauden käyttämisestä. Talous oli hengetön entiteetti, koska se määriteltiin niin abstraktisti, että sitä eivät enää asuttaneet todelliset ihmiset vaan abstrakti roolihahmo, täysi-ikäinen porvarismies, jonka elämä talouden ja siten varallisuusoikeuden piirissä rajoittui tavaroiden eli hyödykkeiden ostamiseen, myymiseen ja vaihtamiseen. Väitin, että Vain taloudellinen vahinko on korvattava -periaatteeseen ei ollut lopulta sisäänrakennettu kokonaista kuvaa ihmisten taloudesta. Väitin, että periaate paljastui pääosiltaan ideologisten lähtökohtiensa määrittämäksi ja kytkeytyi sellaisena osaksi laajempaa kokonaisuutta, jossa talouden sisällöllä, toimijoiden asenteilla, näiden itseymmärryksellä, intentioilla ja aikomuksilla ei ollut ratkaisevaa merkitystä. Talous tunnistettiin formaaleilla, muodollisilla kriteereillä. Sen moninaiset merkitykset kapenivat abstraktin tahdonvapauden käyttämiseen rajatuilla hyödykemarkkinoilla, toimimiseen hyödykkeiden suhteen olosuhteissa, jotka olivat äärimmilleen yksinkertaistetut ja sosiaalisesti puitteistamattomat. Taloudessa operoivat kärjistäen intressiensä ohjaamat koneet, eivät verta ja lihaa olevat ihmiset.

Tällainen väite on – kuten edellä esitetyistä esimerkeistä huomaamme – vain osa totuutta. Talous oli hengetöntä vain yksityisoikeuden perusrakenteen, sen käsiterakennelmien ja sääntelylogiikan tasolla. Vaikka taloudellinen toiminta vain taloudellinen vahinko on korvattava -periaatteen puitteissa ymmärrettiinkin ensi sijassa abstraktin tahdon vapauden käyttämiseksi, abstrakteilla, merkitysköyhillä markkinoilla, hengettömyys ei ulottunut kaikkialle. Differenssiopissa talouden todellisuus ja sen moninaisuus oli välttämätöntä ottaa haltuun. Oli pak-

⁴⁵⁴ Ks. Persson 1953 s. 300–303.

ko luoda käsitys siitä, mitä todellisessa ihmisten taloudessa tapahtui. Tällöin huomio kiinnittyi toimijoihin, siihen sosiaaliseen maailmaan, johon toimijat sijoituivat. Väitin edellä, että differenssiopin mukainen arviointi kiinnitettiin (h)aavekuvassa normalisuuteen, tavanomaisiin odotuksiin ja yksilöiden tavanomaiseen toimintaan. Tämän viitekehyksen omaksuminen johti puolestaan siihen, että talous sai sisältöä. Abstraktin tahdonvapauden käyttämisen sijaan jouduttiin hahmottamaan sitä, miten yksilöt tosiasialla käyttäytyivät ja omaa toimintaansa hahmotivat. Voidaankin sanoa, että differenssiopissa talous muuttuu hengettömästä eläväksi.

Mitä elävä talous oli (h)aavekuvassa, jos sitä tarkastellaan differenssiopin tarjoamien linssien läpi? Vastaus tähän kysymykseen ei ole yksiselitteinen. Nähdäkseni voidaankin sanoa, että (h)aavekuvassa on näkyvissä useampia talouksia, jotka vaikuttavat rinnakkain. Kauppiaiden sekä maanomistajien ja kapitalistien talouksien taustalla häilyy – pitkälti epäolennaisena ja hyvin epämääräisenä – myös (palkka)työläisen talous. Kullakin taloudella on omat reunaehdot. Niillä on omat kysymyksenasettelunsa, jotka tulevat oikeudellisen argumentaation osiksi, kun näiden talouksien perusongelmiin pyritään vastaamaan differenssiopissa.

Teoreettisesti kaikki on yksinkertaista. Kaikkea voidaan hahmottaa abstraktioperiaatteen tuomien käsitteellisten linssien läpi. Tosiasiallinen maailma paistaa kuitenkin ajoittain abstraktioiden verhon läpi. Käsittelin edellä lyhyesti lähinnä Fredrik Stangin kirjoituksiin perustuen niitä käsityksiä taloudesta, jotka heijastuvat pohjoismaisesta kirjallisuudesta 1800-luvun viimeisinä vuosikymmeninä ja 1900-luvun alkupuoliskolla. Erotin tässä yhteydessä tuotantotoiminnan ja kauppiastoiminnan toisistaan. Teksteissä näkyy selvä historiallinen kehitys: kauppiaiden ja maanomistajien toiminnasta siirrytään vähitellen teolliseen tuotantoon 1900-luvun ensimmäisten vuosikymmenten aikana. Kauppiaiden toiminta on pitkään etualalla. Sitä käsitellään eniten. Sen hahmottamiseen uhrataan eniten aikaa ja energiaa. Tutkijat pohtivat, miten menetettyä kauppavoittoa tulee kohdella, miten kolmansien osapuolten kanssa tehtyihin sopimuksiin otettuihin sopimussakkoihin tulee suhtautua ja mikä on muuttuvien markkinahintojen vaikutus vahingonkorvauksen määrään. Ei liene erityisen uskallettua tehdä tästä sitä johtopäätöstä, että kauppiaitten toiminta hahmotettiin vahingonkorvausoikeudellisesti merkittävimmäksi taloudellisen toiminnan luokaksi.

Tuotantotoiminta pysyy taustalla hyvin pitkään, erityisesti Pohjoismaissa. *Hadley v. Baxendale* -ratkaisua on pidetty oikeudellisessa kirjallisuudessa reaktion teollistuvaan yhteiskuntaan. Sen ajateltiin luoneen niitä keinoja, joita teollisen toiminnan vahingonkorvausoikeudellisessa hallinnassa tarvittiin. Ratkaisussa omaksuttu ennakoitavuusrajoitus – ja sen rinnakkaisilmiöt muissa oikeusjärjestyksissä – vei vahingonkorvausoikeuden uudelle refleksiivisyyden tasolle: luonnollisuuteen ja ainoaan oikeaan lähestymistapaan viittaavat selitysmallit ei-

vät enää riittäneet. Mahdollisista selitystavoista oli valittava oikea. Oikea kehityskulku oli normaali kehityskulku, se, jonka varaan rationaalisesti, omaa hyötyään maksimoiden toiminut yksilö olisi valintansa rakentanut. Tuotantotoimintaan liittyvät vahingonkorvausoikeudelliset ongelmat ovat toki samalla hyvin hankalia ja moniulotteisia. Yksittäiseen esineeseen liittyvät odotukset ja mahdollisuudet nousevat kokonaan uudelle tasolle verrattuna kauppiastoiminnan suhteellisen rajoitettuihin tulevaisuuden voitto-odotuksiin, myyntikatteeseen. Vähäarvoisen kappaleen puuttuminen saattaa johtaa kokonaisen valtavan tehtaan ja sen käytössä olevan työvoiman toimeentuloon. Menetettyjen voittojen suhde sen esineen tai suorituksen arvoon, jonka puuttumisesta ne johtuvat, ei ole missään nimessä luonnollinen tai ennalta määrätty. Päinvastoin, yksittäiseen esineeseen kiinnittyvä voiton mahdollisuus voi olla täysin ennakoimaton, ulkopuoliselle totaalisen läpinäkymätön:

”Lægger man tingsværdien til grund, faar erstatningsklagene et litet vekslende indhold. Har to personer stjaalet hver sin sæk hvetemel og fortæret det, skal de saaledes praktik talt betale samme erstatning, idet en forskjel bare kan betinges av melets kvalitet og av konjuncturene. Lægger man derimot intressen til grund, blir indholdet av erstatningsklagene mere vesklende; tapet av en sæk hvetemel kan jo for den ene eier repræsentere en større skade end for den anden. Den moderne beregningsmaate stiller da ogsaa meget vanskeligere opgaver for dommere og skjøns mænd end den gamle.”⁴⁵⁵

Menetetyn intressin arvo ja siten maksettavan vahingonkorvauksen määrä riippui kokonaan siitä asemasta, joka esineellä oli vahingonkärsijän taloudessa. Se juontuu niistä prosesseista, joita esineeseen tai suoritukseen kiinnittyi ja jotka olivat siitä riippuvaisia. Maailma oli kuitenkin yksinkertainen. Maailma voitiin luoda ja tehdä olevaksi, kuvitella aidosti ja epäilyksettä todeksi. Tämä edellytti, että syy-yhteyksysymysten oletettiin olevan yksinkertaisia. Tapahtumaketjut katkesivat luonnostaan ennen kuin niiden hallitseminen kävi tuomarille mahdottomaksi. Maailma ja taloudellinen toiminta ovat vahingonkorvausoikeudellisin keinoin hallittavissa.

Mikä merkittävintä, elävä talous oli elävää taloutta vain porvarillisen talouden sisällä. Talouskäsitys oli edelleen hyvin rajoittunut, koska sitä rajoittivat sekä idea porvarillisesta tavaravaihdosta ja vielä vaatimus markkina-arvojen tuottamasta objektisuuden piiristä.

⁴⁵⁵ Stang 1927 s. 296.

4. LUKU

Kaikki tai ei mitään

Tässä luvussa käsittelen viimeistä kolmesta perinteisen vahingonkorvausoikeuden rakenneperiaatteista. Kaikki tai ei mitään-periaatteen mukaan vahinko on korvattava kokonaisuudessaan tai ei lainkaan. Binaarista vastuuperusteharkintaa on seurattava binaarinen vastuun laajuuden laskeminen. Näen periaatteen ilmauksena varallisuus oikeudelle hahmottuvasta moraalisesta neutraalisuuden vaatimuksesta. Periaate on siis varallisuus oikeuden perinteisen sääntelylogiikan looginen seuraus, jonka omaksuminen täydellistää varallisuus oikeuden amoraalisuuden. Kun edes oikeudenvastaiseen tekoon ei reagoida syyllisyyttä vastaavalla seurauksella vaan vahingon korjaavalla siviilioikeudellisella oikeusseuraamuksella, varallisuus oikeuden voidaan väittää aidosti pysyttelevän etäällä yksilöiden ja näiden taloudellisen toiminnan ohjaamisesta.

(H)aavekuvassa vahingonkorvausvelvollisuus oli leimallisesti siviilioikeudellinen sanktio. Sellaisena se oli kategorisesti erilainen kuin rangaistus. Kun vahingonkorvausvelvollisuus ei ollut rangaistus, preventiotavoite jäi alisteiseksi korvaamistavoitteelle. Se oli (toivottu) sivuvaikutus, mutta prevention tavoittelemisen ei ohjannut vahingonkorvausoikeuden rakentamisessa omaksuttuja rakenteellisia ratkaisuja. Olisi preventio sitä vaatinut tai ei, kaikki tai ei mitään -periaate pysyi vahingonkorvausoikeuden metafyyssisenä lähtökohtana, josta ei saanut poiketa.

Luvun tärkein johtopäätös syntyy rangaistuksellisuuden ja prevention teemojen yhdistelmänä. Se on vastaus kysymykseen, miksi vahingonkorvausoikeus oli niin tärkeää pitää erillään rangaistuksesta ja preventiosta. Väitän, että taustalla pelko siitä, että vahingonkorvausoikeudesta tulisi ihmisen muokkaamisen väline. Sitä rangaistus oli. Tällainen olisi kuitenkin ollut täysin mahdotonta varallisuus oikeudessa, koska sen lähtökohtana oli, että yksilö oli valmis.

1 TALOUDELLISEN ARVON SIIRTÄMINEN JA MORAALINEN NEUTRAALISUUS

(H)aavekuvan keskeinen dogmi on, että vahinkojen korvaaminen on ja sen tulee olla moraalisesti neutraalia. Vahinkoja korvattaessa siirretään vahingon taloudellinen arvo vahingonaiheuttajalta vahingonkärsijälle. Näihin kahteen ideaan tiivistyy myös kolmas (h)aavekuvaa koskeva teesini. Pysin seuraavassa esittämään, millä tavoin ja miksi vahinkojen korvaamisen säännöissä voidaan ja tulee pysytellä moraalisesti neutraaleina. Idea vahinkojen korvaamisen moraalista neutraalisuudesta kietoutuu tiukasti yhteen sekä vain taloudellinen vahinko on korvattava -periaatteen että vahingonkorvauksen määrän ja taloudellisen arvon kytkevän idean kanssa. Toisaalta moraalisen neutraalisuuden idea ei kuitenkaan tyhjene yksinomaan näihin kahteen teesiin, vaan on itsenäinen. Taustalla näyttää olevan perinteiselle varallisuus oikeudelle ominaiseen sääntelylogiikkaan kytkeytyviä seikkoja, joiden avulla voimme täydentää kuvaa tästä sääntelylogiikasta ja varallisuus oikeudesta.

Kahdessa ensimmäisessä teesissä erittelemäni korvaamisen taloudellisuutta korostavat ajatustavat ovat yhteydessä juuri vaatimukseen korvauksen moraalista neutraalisuudesta. *Vain taloudellinen vahinko on korvattava* -periaatteen ja taloudellisen arvon korvaamisesta koskevan normatiivisen vaatimuksen myötä kurottaa esille taloudellisen toiminnan objekti(ivi)nen eli empiirisesti todennettavissa ja mitattavissa olevien ilmiöiden kenttä. Taloudellisen kentästä tulee myös vahingonkorvaus oikeudellisen vaikuttamisen tila.

Samalla taloudellisen alue asettuu vastapariksi moraalisten ilmiöiden subjektiiviselle ja vaikeasti hallittavalle kvalitatiivisten merkitysten kentälle. Liberaalin hallinnan peruspiirteiden ja taloudellisen arvon objektiivisuuden myötä varallisuus oikeudesta tulee amoraalista. Amoraalisuutta ylläpitävät taloudellisen elämän ja toiminnan omalakisuus ja luonnollisuus. Taloudessa ei ole intohimoja, vain rationaalinen intressi, joka hallitsee yksilöitä ja saattaa nämä tavoittelemaan omia etujaan. Talouden piirissä yksilöt saavat ajaa omia etujaan. Hyvä taloudellinen toiminta on lainmukaista: muita määreitä sille ei aseteta.

Neutraalisuuteen ja amoraalisuuteen liittyy toinenkin ulottuvuus: taloudellinen arvo. Koska taloudellinen vaikuttaminen voi olla objektiivista, se rinnastuu aitoon, neutraaliin ja puhtaaseen oikeudelliseen vaikuttamiseen. (H)aavekuvassa vahinkojen korvaaminen kohdistuu tästä syystä aina tosiin ja aitoihin ilmiöihin, joiden olemassaolosta tai merkityksestä ei tarvitse kiistellä. Kunhan pysytellään taloudellisen piirissä ja operoidaan taloudellisen arvon edellyttämällä tavalla, voidaan välttyä liittämästä vahingonkorvaukseen yksilön vapautta kaventavia, yksityisoikeuden teoreettisesta rakenteesta poikkeavia merkityksiä. Juuri taloudellisen objektiivisuus, sen todellisuus ja mitattavuus, perustelee vaikuttamisen neutraalisuutta. Taloudellisen piirissä liikuttaessa ei luistella subjektiivisen arvoinnin ehkä kantavilla kevytjälillä, vaan ollaan objektiivisen, kiistatta vahvan

teräsjään päällä. Talous ja amoraalisuus kietoutuvat näissä kahdessa suhteessa yhteen ja vahvistavat toisiaan.

Olen käsitellyt taloudellisen piiriä ja taloudellisen arvon käsitettä edellä varsin yksityiskohtaisesti, siksi en enää palaa niihin. Esityksen polttopisteeseen tarkentuu seuraavassa vahingonkorvauksen määrän harkinta. *Alles-oder-Nichts*-periaate eli *kaikki tai ei mitään* -periaate avaa mahdollisuuden päästä amoraalisuuden jäljille. Yhteys syntyy ehkä yllättävästä suunnasta: rikos- ja vahingonkorvausoi-
keuden jännitteisestä suhteesta.

Valotan ensin *Alles-oder-nichts*-periaatteen taustaa ja sen kytköksiä taloudelliseen arvoon ja ylipäättään varallisuusoikeudelle ominaiseksi määriteltyn taloudelliseen elämäntilanteeseen. Tämän jälkeen sivuan lyhyesti periaatteen merkitystä silloin, kun pyritään perustelemaan, miksi ei-taloudellista vahinkoa ei tule korvata. Jaksossa 4 pohdin, minkälainen yhteys voi muodostua kaikki tai ei mitään -periaatteen ja vahingonkorvausoikeudelle hahmotettavan funktion välille.

Jaksot 5 ja 6 ovat tämän jakson teeman kannalta teoreettisesti tärkeimmät. Pyrin niissä selvittämään, miksi vahingonkorvausvelvollisuutta ei voida sanktiona rinnastaa rangaistukseen. Lähden liikkeelle siitä uhasta, jota vastaan kaikki tai ei mitään -periaate mobilisoitiin (h)aavekuvassa. Uhka on syyllisyysasteen perusteella tapahtuva vahingon määrän arviointi. Jos syyllisyyden aste otettaisiin huomioon vahingonkorvauksen määrää arvioitaessa, vahingonkorvausoikeus menettäisi olennaisen osansa: se ei enää vain siirtäisi vahinkoa vaan se rankaisisi. Syyllisyyden huomioon ottaminen olisi rankaisemista ja siten moraalisesti ei-neutraalia. Siinä pyrittäisiin ohjaamaan käyttäytymistä.

Jaksossa 5 käsittelen Allan Serlachiuksen yritystä erottaa rankaiseminen vahinkojen korvaamisesta. Serlachiuksen oivaltava havainto on, että rangaistuksellakin voi olla korjaavaa vaikutusta. Korjaava vaikutus tulee esille siinä, että rangaistus pyrkii korjaamaan rikollisen mielen, sen poikkeavaa kriminaalia dispositiota. Havainto johtaa tämän luvun tärkeimpään huomioon, kun yhdistän sen Michel Foucault'n rangaistuksen tarkoitusta koskeviin tärkeisiin ajatuksiin. Ajattelen nimittäin, että rangaistuksellisuuden kieltäminen on (h)aavekuvan kannalta tärkeää, koska se ylläpitää illuusiota vahinkojen korvaamisen moraalista neutraalisuudesta. Vahinkojen korvaaminen ei ole kuitenkaan (h)aavekuvassa neutraalia ainoastaan siksi, että vahinkoja korvataan taloudellisen käsitteen luoman neutraalin arviointikentän sisällä. Se on neutraalia siksi, että vahingonkorvausvelvollisuuden asettaminen ei muuta ihmisen persoonallisuutta, jos vahingonkorvausvelvollisuus asetetaan oikein ja (h)aavekuvan edellyttämällä tavalla. Tämä saa vahingonkorvausvelvollisuuden asettamisesta huolimatta käyttää vapaata tahtoaan mielensä mukaan, oikukkaastikin⁴⁵⁶. Jos yksilö loukkaa oikeudenvastai-

⁴⁵⁶ Ks. perinteisen varallisuusoikeuden oikukkaasta ihmisestä Pöyhönen 2000 s. 36.

sella teolla tai laiminlyönnillä toisen oikeutta, hän on velvollinen korvaamaan koko aiheuttamansa vahingon, ei enempää tai vähempää.

2 ALLES ODER NICHTS

Taloudelliseen palautuva moraalisen neutraalisuuden vaatimus liittyy läheisesti saksalaisperäiseen Alles-oder-nichts-periaatteeseen. Tämän suomeksi parhaiten kaikki tai ei mitään -periaatteeksi kääntyvän 1800-luvun lopussa vakiintuneen vahingonkorvausoikeuden keskeisen maksiimin mukaan vahingon korvaamisen käytännöt on järjestettävä siten, että vahinko joko korvataan kokonaisuudessaan tai sitä ei korvata ollenkaan. Binaarista vastuuperustetta⁴⁵⁷ on seurattava binaarinen vastuun laajuuden harkinta.⁴⁵⁸ Jos vastuuperuste on olemassa, vahingonaiheuttaja on tuomittava maksamaan vahingonkärsijälle tämän menetyksen koko määrä, ei vähempää, mutta ei myöskään enempää.⁴⁵⁹

Periaate on tätä nykyä lähes tuntematon suomalaisessa kirjallisuudessa.⁴⁶⁰ Suoranaisia viittauksia *Alles-oder-Nichts*-periaatteeseen ei juurikaan esiinny edes pohjoismaisessa tai saksalaisessa 1900-luvun alun kirjallisuudessa.⁴⁶¹ Periaate jäi täyden korvauksen periaatteen varjoon. Se ei ollut suinkaan merkityksentön. Periaatetta ei vain tarvinnut useinkaan operationaalistaa, koska sen perussi-

⁴⁵⁷ Vastuuperuste on kaikessa yksinkertaisuudessaan oikeudenvastainen menettely. Perinteisessä vahingonkorvausoikeudessa henkilö on vahingonkorvausvastuussa, jos hän on loukannut toisen henkilön subjektiivista oikeutta objektiivisen oikeuden vastaisella teolla tai laiminlyönnillä. Oikeudenvastaisuuden käsitteestä ks. esim. Sipilä 1936; Tolonen 1972; Dufwa 1999. Tilannetta tietenkin mutkistaa *ankara vastuu*, jossa vahingonkorvausvastuu ei seuraakaan oikeudenvastaisesta, vaan oikeudenmukaisesta teosta.

⁴⁵⁸ Sama koskee myös syy-yhteyspohdintoja. Vastuu on pyritään kohdistamaan vain ja ainoastaan yhteen tekoon tai tekojen ryhmään ja yhteen vahingonaiheuttajaan tai -ryhmään. Ks. esim. King 1981 s. 1363–1364.

⁴⁵⁹ Lähtökohta omaksuttiin esimerkiksi BGB § 249:n yleisessä vahingonkorvausvelvollisuutta koskevassa säännöksessä. (Motive zum EBGB s. 17–18; Mertens 1967 s. 99–101). Yleensä Alles-oder-Nichts-periaate jäi vaikuttamaan vain piiloisesti. Sen sijasta ilmaistiin, että vahingonkorvauksen määrän tuli vastata vahingonkärsijän intressiä. Ks. tältä osin saksalaisessa kirjallisuudessa esim. Motive zum EBGB s. 18; Windscheid 1887b s. 752–753; Mataja 1889 s. 155–156; Fischer 1903 s. 35 ja 156–159; Gierke 1917 s. 963–963, pohjoismaisesta kirjallisuudesta ks. Stang 1927 s. 288–296; Ussing 1947 s. 169–170.

⁴⁶⁰ Suomalaisessa, viimeisen 20 vuoden aikana julkaistussa kirjallisuudessa siihen ei käsittäkseni viitata. Håkan Andersson viittaa periaatteeseen väitöskirjassaan käsitellessään BGB:n syntyäikojen kiistakysymyksiä (Andersson 1993 s. 28). Englannissa Tony Weir on eräissä artikkelissaan (Weir 2004) seurannut periaatteen alamäkeä ja sivuuttamista sikäläisen oikeuden lähtökohdasta yhdeksi vahinkojen korvaamisen monista tavoitteista.

⁴⁶¹ Saksalaisessa kirjallisuudessa puhutaan ns. *Total Reparation* -periaatteesta, joka on pitkälti synonyyminen kaikki tai ei mitään -periaatteen kanssa. Ks. esim. Würthwein 2001 s. 235 ja 239; Jansen 2003 s. 112–113; Jansen 2007 s. 553–554.

sältö oli jo kiteytynyt elimelliseksi osaksi intressikorvauksen paradigmaa. Intressikorvaus edellytti vahingonkäräjän intressin selvittämistä. Juuri intressi tuli korvata, oli vahinkojen korvaamisen lähtökohta. Koko intressi, ei enempää eikä vähempää.⁴⁶²

Täyden korvauksen ja kaikki tai ei mitään -periaatteen sisällöt ovat pitkälti yhteneväiset. Painotuserot ovat kuitenkin merkittävät. Täyden korvauksen periaatteessa korostuu vahinkojen korvaamisen kytkös luonnollisiin prosesseihin. Täysi korvaus korostaa intressikorvauksen ja vahinkotapahtuman taloudellisen arvon korvaamisen merkitystä. Kyse on vahingonkorvauksen laskeamisen tavoista: vahingonkorvauksen on vastattava intressiä.⁴⁶³ Myöhemmin täyden korvauksen periaatteen vastapariksi sukeutuu kohtuuserusteinen sovittelu. Kaikki tai ei mitään -periaatteessa puolestaan korostuu moraalisen neutraalisuuden vaatimus. Luonnollisten prosessien ja taloudellisen arvon muodostumisprosessien simulointi on kaikki tai ei mitään -periaatteessa jo itsestäänselvyys. Vaatimus kohdistuu korvaussumman jälkikäteistä, moraalisen perustein tehtävää mukauttamista vastaan. Mielenkiintoista on huomata, että sovittelua *ei* alun perin aiottu sallia muulla kuin taloudellisella, osapuolten varallisuusolojen perusteella. Tässä kohtaa keskustelu on jo siirtynyt toiselle tasolle. Karkeasti esitettynä sovittelussa teon ja sen tehneen yksilön moraalisen subjektuuden sijasta arvioidaan ihmistä sosiaalisena, luokkasidonnaisena olentona, jonka elämän määräävät tämän varallisuusolot.

Alles-oder-Nichts-periaate perustuu binaariselle logiikalle. Jo sellaisena se vaikuttaa kytkeytyvän laajempiin modernin oikeuden käsitteellisiin rakenteisiin.⁴⁶⁴ Moderni oikeudellinen ajattelu on aina pyrkinyt yksinkertaisuuteen ja tarkkarajaisuuteen. Yksi keino on ollut omaksua kaksivaiheinen, binaarinen logiikka. Yksilöiden toiminta on modernissa oikeusparadigmassa joko objektiivisen oikeuden ja siten myös toimijan subjektiivisten oikeuksien mukaista tai objektiivisen oikeuden vastaista ja jonkun toisen subjektiivista oikeutta loukkaavaa.⁴⁶⁵

⁴⁶² Ks. esim. Stang 1927 s. 288–296; Ussing 1947 s. 169–170.

⁴⁶³ Ks. esim. Ylöstalo 1975 s. 375–376.

⁴⁶⁴ Koko periaate tulee mielekkääksi samalla hetkellä, kun yhtenäinen culpa-periaatteelle ja abstraktille varallisuuskäsitteelle perustuva moderni vahingonkorvausoikeus saa alkunsa. Tavallisesti Jheringin on käsitetty muotoilleen ensimmäisenä modernin culpa-periaatteen. Ks. Jhering 1867 s. 8. 1900-luvun alussa myös saksalaisissa oppi- ja käsikirjoissa tapahtuu selkeä siirtymä. Puchtan (Puchta 1863 s. 558–573) ja Windsheidin (Windscheid 1887b s. 259–263 pandektioikeuden oppikirjoista tutut yksittäisdeliktit jäivät sivuosaan, kun huomio kiinnittyi enenevässä määrin sekä vahingon määrän laskemiseen mutta myös yleisen oikeudenvastaisuuskriteerin määrittelyyn. Ks. myös Jansen 2003, jossa Jansen selvittää yhdelle yhtenäiselle vastuuperusteelle rakentuvan vahingonkorvausoikeuden juuria.

⁴⁶⁵ Ajatus on olennainen osa esimerkiksi Weberin käsitystä modernista, formaalisti rationaalisesta oikeudesta: Oikeus levittäytyy koko yhteiskunnan päälle kaiken kattavana peitepiirroksena, jossa on jokaista kuviteltavissa olevaa inhimillistä käyttäytymismuotoa koskeva yleinen normi. Normin sovelluksen lopputuloksena on, että käyttäytyminen on joko normin kieltämää tai sen sallimaa, normi kiinnittää siihen jonkin sanktion tai sitten ei. Ks. Tuori 2000 s. 47–49.

Samaan tapaan sopimus joko – tultuaan solmituksi – sitoo tai sitä ei ole vielä päätetty. Vahinko joko korvataan tai sitä ei korvata. Kaikkea oikeudellista päätöksentekoa karakterisoi se, että harmaita alueita ei ole.

On syytä panna merkille Alles-oder-Nichts-periaatteen looginen yhteys taloudellisen arvon taloudelliseen korvaamiseen ja vahingon poistamiseen. Emme voisi sanoa, että vahinkojen korvaaminen tulee järjestää kaikki tai ei mitään -periaatteen pohjalta, jos säännösten taustalle ei postuloitaisi ajatusta rahan käyttämisen luomasta mittaamisen objekti(ivi)suudesta ja kyvystä rahan avulla vaikuttaa aidosti ja neutraalisti vahinkoon eli poistaa se. Kaikki tai ei mitään -periaatteen olemassaolo edellyttää, että vahingon rahamäärä voidaan tosiasiaassa määrittää ja vahvistaa. Edelleen se edellyttää, että vahinko voidaan *siirtää* pois vahingonkäräjältä vahingonaiheuttajan kannettavaksi siirtämällä sen taloudellinen arvo.

Taloudellisen arvon käsite, sille hahmotettava objekti(ivi)suus ja sen havaittu luonnollisuus⁴⁶⁶ perustaa kaikki tai ei mitään -periaatteen legitimitetin. Juuri sen ansiosta voidaan nimittäin sanoa, että jokin luonnollinen ja oikea vahingon määrä on olemassa. Kun korvauksen määrä on objekti(ivi)sesti arvioiden vahingon määrä, kaikki todellinen vahinko tulee korvatuksi. Tämä vahinkojen korvaamiselle hahmotettava objekti(ivi)suus on kuitenkin vain taloudellisen arvon objekti(ivi)suutta: se rakentuu niiden menetelmien varaan, joilla taloudellista arvoa ”mitataan”. Taloudellinen arvo on objekti(ivi)sta vain niin kauan kuin taloudellisen arvon mittaamisessa käytettäviä menetelmiä pidetään objekti(ivi)sinä. Ei ole epäilystäkään siitä, etteikö tällainen käsitys olisi varsin vahva. Ilman objekti(ivi)sen taloudellisen arvon mahdollisuutta periaatekaan ei olisi mielekäs.

Kaikki tai ei mitään -periaatetta voidaan käyttää myös perustelevaan ei-taloudellisen vahingon rajaamista korvausvastuun ulkopuolelle. Koska ei-taloudellista vahinkoa ei voida legitimoimalla siirtää rahallisen suorituksen avulla, sitä ei tule korvata.⁴⁶⁷ Aineettomasta vahingosta maksettava korvaus näyttää ylittävän talouden luonnollisten prosessien perusteella objekti(ivi)sesti laskettavan korvauksen määrän. Vahingotapahtuma saa merkityksiä, jotka eivät ole todellisia ja varmennettavia. Vahingonkorvauksella ei ole mielekästä käyttöyhteyttä, koska aineettoman vahingon määrää ei voida laskea järkevästi luonnollisia prosesseja apuna käyttäen. Kun objekti(ivi)sta määrää ei ole, vahingonkorvausta voidaan maksaa joko liikaa, jolloin tullaan rikkoneeksi rikastumiskieltoa vastaan, tai liian vähän, jolloin vahingonkäräjä tulee alikompensoituksi. Itse asiassa koko kysymyksenasettelu ei ole edes mielekäs. Periaatteella ei ole sijaa aineettoman vahingon

⁴⁶⁶ Ks. edellä jaksot 3.2 ja 3.3 vaihto- ja käyttöarvosta esitettyä.

⁴⁶⁷ Ks. tätä koskien esim. Ussing 1947 s. 209–211.

korvaamisessa: aineettoman vahingon määrä jää aina tuomioistuimen harkinnan varaan.⁴⁶⁸

Kaikki tai ei mitään -periaate on taloudelliselle elämänalueelle perustuvan vain taloudellinen vahinko on korvattava-periaatteessa kuvastuvan rajauksen jatketta. Vahingonkorvausoikeudellisen vaikuttamisen merkityshorisontti lukittiin (h)aavekuvassa siten, että ongelmat, joita ei-taloudellisiin vahinkoihin kohdistuva rahallinen vaikuttaminen voisi aiheuttaa, eivät koskaan realisoidu. Vahingonkorvausvelvollisuus määriteltiin siten, että rahan käyttäminen saattoi näyttää neutraalilta ja myös olla sitä. Ongelma oli, että aineetonta vahinkoa tosiasiaassa normistossa korvattiin.

Yksi strategioista korjata tätä systemaattista epäkohtaa kohdistui suoraan aineettomaan vahinkoon. Ei-taloudellisesta vahingosta maksettava korvaus pyrittiin irrottamaan vahingonkorvausoikeudesta, työntämään marginaaliin ja karakterisoimaan ei-vahingonkorvausoikeudeksi. Näin teki esimerkiksi Fredrik Stang, joka pyrki erottamaan ei-taloudellisen vahingon korvaamisen oikeasta vahingon korvaamisesta. *Oppreisning*-korvaus, jota maksettiin Ikrafttrædelseloven § 19 II⁴⁶⁹:n perusteella silloin, kun ”handlingen [er] forsætligt eller av gruvt oaktsamhet kan retten derhos paalægge den skyldige at yde den fornærmede efter billighet avpasset pengesum som oppreisning for den ved handlingen voldte tort og smerte eller for anden skade av ikke-økonomisk art” tuli pitää erillään oikeasta vahinkojen korvaamisesta. *Oppreisning*-korvaus ei Stangin mukaan ollut vahingonkorvausta, vaan pikemmin rangaistuksen luonteinen seuraamus.⁴⁷⁰ Stangin suhtautuminen lienee ollut jyrkkyydessään epätavallinen. Vaikka kirjallisuudessa ei ehdotettukaan tavanomaisesti vastaavia kielenkäytöllisiä muutoksia, ei ole epäilystä siitä, etteikö ei-taloudellisen vahingon korvaamiseen olisi yleisesti suhtauduttu kirjallisuudessa sekä torjuvasti että väheksyvästi. Suomessa Ekström toi selvästi julki Pohjoismaissa yleisemminkin hyväksytyn ajatuksen, että ei-taloudellisen vahingon korvaaminen ei ole oikeaa ja aitoa vahingon korvaamista toteuttamalla, että immateriaalinen vahinko ei ole ”en verklig skada”.⁴⁷¹ Samanlainen suhtautuminen sävyttää myös Henry Ussingin esityksiä⁴⁷², joista ensin mainituksa Ussing sittemmin kuuluisaksi tulleella tavalla tematisoi Tanskan oikeuden mukaista oprejsning-korvausta koskien, että ”vore Lovbestemmelser om ikke-

⁴⁶⁸ Ks. esim. Fischer 1903 s. 295–316; Sipilä 1936 s. 9–12.

⁴⁶⁹ Momentin alkuperäistä sanamuotoa oli muutettu lailla, joka annettiin 26.7.1911.

⁴⁷⁰ Ks. Stang 1927 s. 369–370. Ks. Stangin kritiikistä Øvergaard 1951 s. 358–359. Øvergaardin mielestä Stangin pyrkimys erottaa ei-taloudellisen vahingon korvaaminen taloudellisen vahingon korvaamisesta oli ”merkelig”. Øvergaard ei pitänyt Stangin esittämiä varallisuusosoikeuden luonnollisiin rakenteisiin viittaavia perusteluja kestävinä. Hänen mukaansa oli parempi pidättäytyä ”historiallisessa vahinkokäsityksessä teoreettisten formulaatioiden sijaan.”

⁴⁷¹ Ks. Ekström 1921–24 s. 901–903.

⁴⁷² Ks. Ussing 1947 s. 205–210.

økonomisk skade synes overvejende at være Udslag af en Tendens til at give den skadelidende et *Plaster paa Saaret*.”⁴⁷³

Toki vastakkaisiakin mielipiteitä esitettiin. Tanskalaiset Jul. Lassen, Carl Popp-Madsen ja jo edellä käsitelty Hermann Scheel lienevät parhaat esimerkit. Jul. Lassenin mielestä aineettoman vahingon korvaaminen oli perusteltua, koska raha saattoi toimia, ei vain ”ekvivalenttina”, vaan myös surrogaattina. Toiseksi Lassen esitti myös, että preventionäkökohdat perustelivat tietyissä tapauksissa immateriaalisen vahingon korvaamista.⁴⁷⁴ Hänen suhtautumisensa onkin varsin hyväksyvää. Scheel puolestaan esitti jo edellä käsitellyllä tavalla, että ei-aineettonta vahinkoa tulisi korvata mahdollisimman laajalti. Hänen mukaansa aineellisen ja ei-aineellisen vahingon korvaamisen edellyttämien rahan käyttötapojen välillä ei ollut lopultakaan suurtakaan eroa.⁴⁷⁵ Carl Popp-Madsen lienee suhtautunut 1900-luvun pohjoismaisista tutkijoista myönteisimmin ei-taloudellisen vahingon korvaamiseen. Hän kehittelikin erityisen uuden vahingonkorvauksen tyyppin eli ns. *bodin*. Bodia, eli jonkinlaista hyvityssakkoa tuli maksaa, kun vahinkoa aiheuttanut teko osoitti erityistä piittaamattomuutta yleisesti hyväksytyistä yhteiselämän säännöistä ja periaatteista.⁴⁷⁶

Lienee kiistatonta, että 1900-luvun ensimmäisten vuosikymmenten kuluessa ei-taloudellisen vahingon korvaaminen sai negatiivisen sävyn, joka sillä on säilynyt tähän päivään asti.⁴⁷⁷ Sylltätehdas löytynee Saksasta samaan tapaan kuin esimerkiksi syyllisyyden asteen ja vahingonkorvausvelvollisuuden välisen yhteyden kieltämisessä. Aineetonta vahinkoa on pidetty hankalana ja illegitiiminä, koska se ei sijoitu vahingon määritelmien ytimeen. Aineettoman vahingon korvaamiseen on sittemmin suhtauduttu torjuvasti ja väheksyvästi, ja sen korvattuutta on pyritty rajoittamaan juuri siitä syystä, että aineettoman vahingon korvaaminen johtaisi vahingonkärsijän ylikompensatioon. Aineettoman vahingon korvaamisessa kuvastuu kaikki tai ei mitään -periaatteen negatiivinen ulottuvuus: se edellytti, että vahinkoa ei saanut korvata enempää kuin sitä tosiasiassa neutraaleja ja luonnollisia rahamääräisen arvioinnin tapoja käyttäen saatettiin sanoa syntyneen.

⁴⁷³ Ks. Ussing 1947 s. 209, korostus MV.

⁴⁷⁴ Ks. Lassen 1917-1920 s. 248.

⁴⁷⁵ Ks. Scheel 1893 s. 452.

⁴⁷⁶ Ks. Popp-Madsen 1933 s. 284-294.

⁴⁷⁷ Ks. tästä kokoavasti Sisula-Tulokas 1995 s. 55. Sisula-Tulokas toteaa, että ei-taloudellisten vahinkojen ajatellaan tavallisesti olevan korvausaiheina ”svaga, subjektiva, obestämda”. Ks. myös Ekstedt 1977 s. 39. Esimerkkinä vähättelevästä ja karkeasta lähestymistavasta ks. Routamo – Ståhlberg 1995 s. 268, jossa todetaan ykskantaan, että esimerkiksi kivun ja säryn korvaaminen on ongelmallista ja johtaa useimmiten vain korvauksen määrää koskevan riitaan. Suhtautuminen on vuoden 2006 painoksessa muuttunut. Mukaan on tuotu esimerkiksi perusoikeusargumentti. Ks. Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006 s. 388.

En kuitenkaan väitä, että rahan neutraalin käyttämisen mahdottomuus olisi ainoa syy niiden rajaamiseen vahingonkorvausoikeudellisesti relevanttien vahinkojen ulkopuolelle. Oma merkityksensä on myös modernin vahingonkorvausoikeuden ideologisella viitekehyksellä, kuten olen pyrkinyt jo edellä osoittamaan. Sama koskee ehkä myös esimerkiksi Hemmon esittämää selitystä, jonka mukaan immateriaalisten elämänalueiden, kivuttomuuden ja esimerkiksi tunnekokemusten (taloudellinen) merkitys on viime aikoina lisääntynyt⁴⁷⁸. Näistä selityksistä ensin mainitun yksityiskohtainen tarkasteleminen olisi huomattavan vaikea tehtävä. Kysymykseen vastattaessa jouduttaisiin ottamaan kantaa niin ajan lääketieteellisiin, erityisesti kivun, säryn ja muun tilapäisen haitan luonnetta sekä psyykkisten sairauksien ominaispiirteitä koskeviin kuin myös ylipäättään inhimillisen kokemuksen hahmottamista koskeviin käsityksiin. Psyykkisiin kokemuksiin liittyvän taloudellisen vaihdannan vähyyttä koskevan diagnoosin arvioiminen on yksinkertaisempaa. Lienee selvää, että kun mielihyvän ostamisen merkitys ei ollut ilmeinen, taloudelliseen toimintaan liittyvät reaaliset argumentit eivät kannustaneet ottamaan huomioon esimerkiksi tunteiden merkitystä.

Palaan takaisin pieneltä ekskursiolta ei-taloudellisen vahinkoon. Edellä esitetyn perusteella on helppo havaita, että kaikki tai ei mitään -periaatteella on läheiset yhteydet sekä vain taloudellinen vahinko on korvattava -periaatteeseen että vahingon määrä on sen taloudellinen arvo -maksiimiin. Periaate on yhtä aikaa näiden kahden muun periaatteen jatkoa että niiden edellytys. Kun vahingolla on objekti(ivi)nen taloudellinen määrä, on luonnollista, että se tuomitaan kokonaisuudessaan. Mikä tärkeämpää, kaikki tai ei mitään -periaate määrittää, mitä aito ja oikea vahinkojen korvaaminen on. Sen vaikutus ei kuitenkaan rajoitu vain vain taloudellinen vahinko on korvattava -periaatteen vahvistamiseen tai taloudellisen vahingon objekti(ivi)suuden uudelleenartikulointiin. Sillä on toinenkin merkitys: rangaistuksellisuuden karkottaminen. Käsittelen kuitenkin ensin prevention ja vahingonkorvauksen määrän yhteyttä.

3 SIVIILIOIKEUDELLISEN SANKTION PREVENTIIVISET VAIKUTUKSET

Vuosisadan alun pohjoismaisessa kirjallisuudessa vahingonkorvaamisvelvollisuus luokiteltiin lähes säännönmukaisesti *erityiseksi siviilioikeudelliseksi* velvoitteeksi. Siviilioikeudellisena velvoitteena vahingonkorvausvelvollisuuden funktio ja tarkoitus suhteessa vahingonaiheuttajaan ja vahingonkärsijään oli eri kuin rangaistuksella. Vahingonkorvaus poikkesi jo perusolemukseltaan rikosoi-

⁴⁷⁸ Ks. tästä Hemmo 2005b s. 157.

keudellisista seuraamuksista.⁴⁷⁹ Vahingonkorvausvelvollisuus oli oma erityinen oikeudenvastaisesta toiminnasta seuraava seuraamustyyppinsä ja siksi sitä koskivat sille ominaiset omat normatiiviset lähtökohdat. Siviilioikeudellisena seuraamuksena vahingonkorvausvelvollisuus oli tiivistettävissä hyvin yksinkertaisesti: vahingonkorvausvelvollisuuden tarkoituksena on siirtää vahinko sen aiheuttaneen kannettavaksi. Juuri vahingon siirtäminen teki sanktiosta yksityisoikeudellisen ja erotti sen rikosoikeudellisesta sanktiosta.

”Erstatning er *helt civilistisk* retsinstitut; den opgave er att dække en skade, ikke at ramme skadevolderen eller at skræmme. Erstatningslæren maa derfor bygges op paa økonomiske og formueretslige betragninger, ikke paa pønale.”⁴⁸⁰

Erityisesti Fredrik Stang korosti vahingonkorvausvelvollisuuden siviilioikeudellista luonnetta. Stangin kantoja tässäkin asiassa väritti voimakas vakaumus siitä, mitä vahinkojen korvaaminen oli. Hänen mukaansa vahingonkorvausvelvollisuutta koskevien normien yksityiskohdat oli rakennettava siviilioikeuden yleisten oppien ja periaatteiden varaan. Niiden tuli olla siviilioikeudellisia normeja, jotka myös heijastivat siviilioikeudellisia lähtökohtia.⁴⁸¹ Voidaankin sanoa, että Stang ajattelee vahingonkorvausoikeuden perusrakenteen olevan apriorinen ja eräässä mielessä metafyyminen, välttämätön. Siitä ei keskustella.

Siirtäminen tarkoitti välttämättä juuri korjaamista: vahingonkorvausvelvollisuus oli ymmärrettävä juuri materiaalisessa mielessä asioiden luonnollista tilaa järkyttäneen oikeudenloukkauksen poistavaksi ja maailmaa korjaavaksi seuraamukseksi.⁴⁸² Samalla juuri rangaistuksellisuus määrittyi siviilioikeudellisuuden vastapooliksi.⁴⁸³ Jos vahingonkorvausvelvollisuus rankaisisi, se menettäisi siviilioikeudellisen luonteensa.

Tässä suhteessa Stangin ajatukset ovat V. A. Lundstedtin ajatuksiin nähden vastakkaiset. Lundstedtille vahingonkorvausoikeudellisessa sääntelyssä ei ollut mitään erityisen siviilioikeudellista, maagista tai itsestään selvää. Ei ollut olemassa luonnollista ja välttämätöntä tapaa hahmottaa vahingonkorvausoikeutta⁴⁸⁴. Oli vain ja ainoastaan yhteiskuntahyöty ja sen vaatimukset. Vahingonkorvausoikeutta tuli lähestyä juuri yhteiskuntahyödyn sanelemana oikeu-

⁴⁷⁹ Ks. esim. Forsman 1893 s. 132–139; Serlachius 1901 s. 58–85.

⁴⁸⁰ Stang 1927 s. 8, korostus MV.

⁴⁸¹ Vahingonkorvausoikeuden ensisijaisista tarkoituseristä Stangilla, ks. esim. Stang 1927 s. 48–49. Prevention merkityksestä ks. Ussing 1914 s. 54–56.

⁴⁸² Ks. Wendehorst 1999 kokoavasti s. 7–13; Wagner 2006 s. 452–453.

⁴⁸³ Ks. esim. Motive zum EBGB s. 22.

⁴⁸⁴ Lundstedt ajatteli, että suuri osa vahingonkorvausoikeutta perustuu teorioille, joiden justifikaatioperiaatteet ovat valtaosin metafyyisiä, skolastisia. Argumentaation taso jää tällöin Lundstedtin mukaan aika lailla heikoksi. Ks. Lundstedt 1923 av. 1 s. 55.

denalana, jonka rakenteet tuli perustella järjestelmällisesti, vapaana perinteisistä metafyyysisistä postulaateista ja dogmeista. Normeilla ei ollut mitään apriorista, luonnollista suuntaa, vaan niiden sisältö tuli rakentaa yhteiskuntahyödyn edellyttämällä tavalla.⁴⁸⁵ Lundstedtin ajattelu – Stangiin nähden vastakkaisesti – perustui preventiotavoitteen korostamiselle ja sen kieltämiselle, että vahinkojen korvaamisessa, vahingon siirtämisessä olisi jotain itseisarvoista. Lundstedt ajattelee, että vahingonkorvausvelvollisuus oli lopultakin olemassa, koska se oli tarpeen ”för att pressa samhällsmedlemmar till att fullgöra kontrakt och andra åtaganden, till att icke åsidosätta ett visst mått av omsorg vid handhavandet av annans egendom och angelägenheter samt till att i allmänhet iakttaga ett sådant handlingssätt, som i samlevnaden människor emellan framstår såsom oeftergivligt.”⁴⁸⁶

Vahingonkorvausvelvollisuuden siviilioikeudellinen luonne rakentui erityisesti suhteessa sanktioon eli siis vahingonkorvausvelvollisuuden vahinkoja estävään vaikutukseen. Väitän, että preventiotavoite ei saa (h)aavekuvassa vahinkojen korvaamisen käytäntöihin ulottuvaa merkitystä. Preventiotavoite jäi alisteiseksi vahingonkorvausoikeuden ”luonnonoikeudelliselle” perusrakenteelle: vaikka preventiotavoitteen olemassaolo myönnettiin, sitä ei operationaalisoidu justifioimaan sellaisia vahinkojen korvaamisen käytännön järjestämistapoja, jotka poikkeaisivat vahingonkorvausoikeuden luonnonoikeudellisista lähtökohdista. Neutraalisuutta tai *Alles-oder-Nichts*-periaatetta ei juuri ehdotettu uhrattavaksi preventiotavoitteen toteuttamiseksi, vaikka juuri *Alles-oder-Nichts*-periaatteesta poikkeaminen ylikompensatioon päin olisi palvellut parhaiten preventiotavoitteen saavuttamista.⁴⁸⁷

Stang totesi teoreettisen asetelman ykskantaan sanomalla, että materiaallinen korjaaminen oli verrattomasti tärkeämpi vahingonkorvausoikeuden funktio kuin preventio. Vahingonkorvausoikeudellinen normisto saattoi johtaa preventiivisen tavoitteen toteuttamiseen eli siis ehkäistä oikeudenloukkauksia ja niistä johtuvia vahinkotapahtumia. Tämä oli kuitenkin toisarvoista. Preventio oli oikeudenkäytön faktinen, empiirisesti todennettava seuraus, jolla ei kuitenkaan saanut ollut

⁴⁸⁵ Voitaneen sanoa, että Lundstedtin metafyyysisiä kiinnekohtia olivat juuri yhteiskuntahyödyn käsite ja preventio, ajatus velvoittautumistunteen synnyttämisestä tietynlaisten tosiasiallisten sanktiomekanismien avulla.

⁴⁸⁶ Lundstedt 1923 s. 86.

⁴⁸⁷ Ks. esim. Wagner 2006 s. 470–471. Wagner esittää, että rikastumiskielto voitaisiin ymmärtää toisinkin: perinteisestä näkökulmasta ylikompensatorista vahingonkorvausta voidaan perustella sillä, että muutoin vahingonaiheuttaja rikastuu. Jos esimerkiksi vahingonaiheuttaja on aiheuttanut samanlaista vahinkoa monelle vahingonkärsijälle, mutta joutuu korvaamaan aiheuttamansa vahingon vain osalle vahingonkärsijöistä, ylikompensatorisella vahingonkorvauksella voidaan varmistaa, että vahingonaiheuttaja ei hyödy oikeudenvastaisesta menettelystään.

normatiivista merkitystä.⁴⁸⁸ Tästä tosiasiallisesta normiston luonteenpiirteestä ei saanut tehdä normatiivisia johtopäätöksiä:

”Om det utelukkende har til hensigt at fjerne skaden, eller om det agsaa har andre øiemed, f.eks. virke pønalt, er likegyldig.”

Stang ei näytä olleen yksin korostaessaan vahingonkorvausvelvollisuuden siviilioikeudellista luonnetta⁴⁸⁹, vaikka esimerkiksi hänen preventiotavoitteen vähäistä merkitystä ja painoarvoa koskevat mielipiteensä jäivätkin ilman vastakaikua pohjoismaisessa kirjallisuudessa.⁴⁹⁰

Saksassa von Liszt totesi, että vahingonkorvausvelvollisuudella on kaksi *so-siaalista* funktiota: vahingon siirtäminen (*Ausgleich*) ja hyvittäminen (*Genugthuung*). Siirtäminen on vain toinen vahingonkorvausvelvollisuuden perustehtävistä. Tätä ei ollut Lisztin mukaan otettu tyydyttävällä tavalla huomioon BGB:tä laadittaessa: ”Diese Gleichgültigkeit gegenüber den Interessen des durch ein Delikt verletzten Einzelnen hat ihren tieferen Grund wohl darin, dass das BGB die soziale Funktion der Ersatzpflicht als eine wichtigen Mittels im Kampfe gegen das Unrecht nicht richtig gewürdigt hat.”

Allan Serlachius, suomalaisen 1900-luvun alun rikosoikeuden suuri nimi, jonka tuotantoon palaan jäljempänä toisessa yhteydessä, hahmotti vahingonkorvausoikeuden perusluonteen vastaavalla tavalla⁴⁹¹. Samoin tekivät Jaakko Forsman⁴⁹², F. W. Ekström⁴⁹³ ja myös Arvo Sipilä väitöskirjassaan, jonka vahinkojen korvaamista koskeva osio kuvaa saksalaisvaikutteisudessaan esirealistisen skandinaavisen lainopin perussitoumuksia varsin osuvasti⁴⁹⁴.

Tanskassa Henry Ussing oli omaksunut Stangin esittämän kanssa melko samanlaisen siviilioikeudellisuuden määrittelytavan, mutta hahmotti vahingonkorvausoikeuden funktioita avarakatseisemmin, ehkä Lundstedtin ansiosta, kuten hän itsekin toteaa⁴⁹⁵. Vaikka Ussing vielä 1900-luvun alussa ajatteli, että vahingonkorvausvelvollisuuden pääasiallinen tarkoitus oli siirtää vahinkoa⁴⁹⁶, myöhemmin hän muutti mieltänsä ja ajatteli, että sillä saattoi olla myös muita vaikutuksia: myös preventionäkökohdat olivat merkittäviä. Ussingin ajattelulle omi-

⁴⁸⁸ Ks. esim. Hernberg 1927 s. 353

⁴⁸⁹ Ks. esim. Ussing 1947 s. 10–13

⁴⁹⁰ Ks. esim. Ussing 1947 s. 16–17. Ks. myös Lundstedt 1923 s. 83–84; Øvergaard 1951 s. 18–21. Vrt. esim. von Lisztin (Liszt 1898 s. 1–2) kirjoituksiin.

⁴⁹¹ Ks. Serlachius 1901 s. 77.

⁴⁹² Ks. Forsman 1893 s. 132–150.

⁴⁹³ Ks. Ekström 1921–24 s. 903–904.

⁴⁹⁴ Ks. Sipilä 1936 s. 7–20.

⁴⁹⁵ Ks. tästä Ussing 1947 s. 16, jossa Ussing ”skylder navnlig Lundstedt at jeg nu ser noget anderledes paa Betydningen af Genoprettelsen.”

⁴⁹⁶ Ks. Ussing 1914 s. 53–54.

naista on hyvin varovainen tyyli. Hän näyttää välttäneen varomattomia kannanottoja ja rakensi esityksensä vankasti voimassa olevan oikeuden sääntöjen perustalle.

Ussing ei ollut Uppsalan koulun realisti – tai skandinaavinen realisti kuten Björne nimittäisi. Vahingonkorvausoikeuden perinteiset, mutta Uppsalan koulun filosofiset lähtökohdat todella omaksuneiden realistien metafysiisiksi tuomitsemat lähtökohdat ovat vahvasti läsnä hänen teksteissään. Ussing oli eräällä tavalla päättämätön, mikä heijastuu myös hänen vahingonkorvausvelvollisuuden luonnetta koskeviin pohdiskeluihinsa: Ussing tunnustaa preventiivisen vaikutuksen olemassaolon eikä pyri työntämään vahingonkorvausoikeuden ulkopuolelle sellaisia vahingonkorvaussääntöjä, jotka eivät vastanneet moderneja käsityksiä. Perinteiset lähtökohdat tuntuvat kuitenkin ohjaavan vahvasti hänen suhtautumistaan preventiiviseen vaikutukseen ja sen normatiiviseen asemaan. Asenne on lopulta torjuva. Preventiivisten näkökohtien painoarvo ei riitä kääntämään Ussingia kannattamaan perinteisestä poikkeavia systematisointiperusteita ja normatiivisia ratkaisuja. Ussingin esityksessä preventiivisten tavoitteiden korostamista vastaan puhuivat käytännölliset syyt. Jos säädettäisiin, että vahingonkorvausvastuun laajuus saadaan määrätä vapaasti syyllisyyden perusteella,

”det vil forringe den Sikkerhed, Erstatningsreglerne giver. Og selvom Regeln formes som en blot Bemyndigelse for Domstolene til at lempe Erstatningen ved ringere Grader af Skyld, er den nogen Fare for, at Sikkerheden skal blive svækket.”⁴⁹⁷

Vilhelm Lundstedt on 1900-luvun alun pohjoismaisen vahingonkorvauskeskustelun kiintoisimpia hahmoja. Hän oli Uppsalan yliopiston siviilioikeuden ja roomalaisen oikeuden professori, joka käännynnäisen innolla ryhtyi seuraamaan Axel Hägerströmin oppeja.⁴⁹⁸ Mitä Lundstedt ajatteli täyden korvauksen ja kaikki tai ei mitään-periaatteesta, on jäänyt minulle hämäräksi. Lundstedt ei nimittäin koskaan kirjoittanut suoranaisesti vahingonkorvauksen laskemisesta. Voisi olettaa, että Lundstedt olisi nähnyt periaatteissa metafyyssisen, ideologisen lukituman, joka olisi välttämätöntä purkaa, muistuttavathan periaatteet pitkälti juuri niitä vahingonkorvausoikeuden keskeisdogmeja, erityisesti tuottamusta, jonka kimppuun Lundstedt hyökkäsi⁴⁹⁹. Ehkä raha ja taloudellisen käsitteet olivat Lundstedtille vielä liian metafysiisiä paljastuakseen sellaisiksi. Mene ja tiedä. Lundstedtin ajatukset ovat kuitenkin erityisesti vuoden 1923 *Kritik av nordiska skadeståndsläror* -artikkelissa mielenkiintoisella tavalla ristiriitaiset. Lundstedtin arvostelun kohteena artikkelissa on tuottamuskäsite ja oikeudenvastaisuusoppi,

⁴⁹⁷ Ks. Ussing 1947 s. 178. Vrt. myös Ussing 1914 s. 54–55.

⁴⁹⁸ Lundstedtin ajattelusta ks. kokoavasti esim. Helin 1988 s. 109–124.

⁴⁹⁹ Ks. esim. Lundstedt 1923 s. 87.

joiden hän osoittaa olevan puhtaita kehäpäätelmiä: teko on oikeudenvastainen, koska siitä seuraa vahingonkorvausvastuu ja teosta seuraa vahingonkorvausvastuu, koska se on oikeudenvastainen. Muuta asiasta ei voi ajatella.⁵⁰⁰ Lundstedtin ratkaisu on käänteinen Stangiin nähden: preventio on ensisijainen ja korvaamisen siviilioikeudellinen luonne ja siihen Stangin kertomuksessa elimellisenä osana kuuluva ja sen edellyttämä kaikki tai ei mitään -periaate jää pikemminkin preventiivisten näkökulmien onnekaaksi, joskin luonnolliseksi johdannaiseksi. Lundstedt esittää seuraavaa:

”Att detta penningbelopp skall betalas till den skadade samt att det beräknas efter skadans storlek och icke efter andra grunder beror naturligtvis därpå, att samhällets intresse av frånväro av ifrågavarande vårdslöshet gent emot medmänniskor närmare bestämt just utgöres av dess intresse, att dess medlemmar må kunna leva trygga för skada. [...] Det gäller ju att åstadkomma en press på folk att icke orsaka, resp. att förhindra skada, som en med önskvärd aktsamhet handlande människa skulle ha förutsett, alltså just beräknelig skada. *Redan därav* följer att en plikt att återställa mera än beräknelig skada måste falla utanför culpabegreppets syftemål.”⁵⁰¹

Lundstedtin lähtökohta on tietenkin kritiikille altis ja kiinnittyy itse asiassa hyvin perinteisiin lähtökohtiin.⁵⁰² Ensimmäisenä voidaan kiinnittää huomiota siihen vahvaan suhteeseen, joka Lundstedtin kertomuksessa näyttää muodostuvan vahingonkorvauksen ja vahingon riittävän poistamisen välille. Voidaan nimittäin ajatella, että ne vahinkotapahtumat, joiden osalta preventiotavoitteen toteuttaminen olisi tärkeintä, ovat usein sellaisia, että niistä seuraava Lundstedtin tarkoittama ”beräknelig skada” on vähäinen. Näin on asianlaita esimerkiksi kuolemantapauksissa. Vainajalle ei korvata mitään siitä, että hänen elämänsä päättyy ennen aikojaan. Kuoleman jälkeen tuomittava vahingonkorvaus johtaa todennäköisesti mataluutensa vuoksi alipreventioon. Toinen vastaväite on jatketta tälle väitteelle: Eikö preventio toteutuisi tehokkaammin silloin, kun vahingosta korvattaisiin enemmän kuin sen todellinen määrä? Tällöin vahingonkorvausvelvollisuuden pelotevaikutus olisi suurempi. Näihin vastaväitteisiin Lundstedt ei tarjoa perusteltua vastausta.

Lundstedtin esittämät näkökohdat avaavat uuden mahdollisuuden tarkastella preventiotavoitteen merkitystä vahingon laskemisen sääntöjen kannalta. Tilanetta voitaneen parhaiten kuvata sanomalla, että preventio ja kaikki tai ei mitään -periaate ovat eri puolilla siviilioikeudelliseen diskurssiin 1900-luvun alussa syntyvää halkeamaa, eräässä mielessä kaksi kokonaan erilaisen juridisen ajatte-

⁵⁰⁰ Ks. myös Lundstedt 1948 s. 47–111.

⁵⁰¹ Lundstedt 1923 s. 87, korostus MV.

⁵⁰² Vastaava argumentti esiintyy esimerkiksi Jul. Lassenilla. Ks. Lassen 1917–1920 s. 345–347 ja erityisesti alaviitteessä 8 mainittua lähteistöä.

lun genren ilmiä. Nousevassa realistisessa traditiossa kielenkäyttö perustui prevention metaforalle. Tämä traditio suhtautui oikeudenloukkauksiin ihmisten yhteiselämän erottamattomina ja luonnollisina osina. Oikeudenloukkaukset sijoittuvat normaalin kentälle, ihmisyhteisön elämän hyväksyttäväksi, joskin epätoivottavaksi osaksi. Ne ovat ihmisyhteisön sosiologisia tosiasioita, joita ei voida eikä ole edes järkevää yrittää kitkeä kokonaan pois.

1800-luvun lopun pandektioikeudellisen kielenkäytön, johon traditioon myös esimerkiksi Hermann Scheel omissa vahingonkorvausoikeuden preventiivisiä vaikutuksia koskevassa pohdiskelussaan näyttää liittyvän,⁵⁰³ kannalta tällainen ajatus vaikuttaa hyvin oudolta. Kielenkäyttö on jyrkempää. Hyvä esimerkki lie-nee Dernburg, joka kirjoittaa pandektioikeuden laajassa esityksessään seuraavaa vääryydestä, *Unrecht*:

”Aufgabe des Rechtsordnung ist die Ueberwindung des Unrechtes. Es gilt dies für das objective wie für das subjective Unrecht.”⁵⁰⁴

Franz von Liszt jatkaa:

”Die Aufgabe des Schadenersatzes ist nicht nur die Ausgleich und der in der Rechtssphäre des Verletzten eingetretenen Störung. Seine Aufgabe als Deliktsfolge ist vielmehr auch die Bekämpfung des Unrechtes und damit die Sicherung der Rechtsordnung.”⁵⁰⁵

Mitä Dernburg ja Liszt tarkoittavat vääryyden vastaisella taistelulla, jää epäselväksi. Jonkinlaista johtoa ajatteluun voidaan saada Lisztin erästä huolenaiheesta: hänen mukaansa oli käsittämätöntä, että BGB:tä valmisteltaessa ei mitenkään otettu huomioon sitä, että varatonta vahingonaiheuttajaa vastaan vahingonkärsijän ei ole mieltä ajaa vahingonkorvauskannetta. Vääryyden vastainen taistelu näyttääkin tähtäävään yleisen lainkuuliaisuuden ja oikeusjärjestyksen – eli yhteiskuntasopimuksen – ylivallan voimistamiseen.⁵⁰⁶

von Lisztin tekstissä esiintyvä ”*Kampf gegen das Unrecht*” on mielenkiintoinen ilmaisu. Kysymys ei liene suoranaisesti preventiotavoitteesta, vaan pi-

⁵⁰³ Ks. Scheel 1893 s. 458–459. Scheel mainitsee, että vahingonkorvaussanktio voi estää pahan tahdon ilmenemistä ja vähentää myös yleistä välinpitämättömyyttä muiden hyvästä.

⁵⁰⁴ Dernburg 1900 s. 196–197.

⁵⁰⁵ Liszt 1898 s. 2. Liszt hyökkää kirjoituksessaan voimakkaasti BGB:ssä omaksuttuja käsityksiä vastaan. Hänen mukaansa BGB:ssä kuvastuu täysin vääränlainen käsitys vahinkojen korvaamisen sosiaalisesta tarkoituksesta. (Liszt 1898 s. 3).

⁵⁰⁶ Miten vääryyden torjuminen ja sitä vastaan käytävä taistelu suhteutuu perinteisen varallisuus-oikeuden periaatteisiin, on kokonaan toinen asia. Lähtökohtaisesti istuvuus on huono. Näyttääkin todennäköiseltä, että kielenkäyttö on pikemminkin peräisin rikosoikeudesta kuin varallisuus-oikeudesta. Ks. kuitenkin jaksot 2.7 ja 2.8 perinteisen varallisuus-oikeuden hallinnan mentaliteetista.

kemminkin kamppailusta lain ja sääntöjen kunnioituksen puutetta, riittämättömmän lainkuuliaista persoonallisuutta vastaan. Ero vääryyttä vastaan taistelemisen ja modernin preventioajattelun välillä on merkittävä: preventio tulee mahdolliseksi vasta, kun prevention kohde on osa normaalia yhteiskuntaa, ei patologia. Patologia, vääryys, on kitkettävä kokonaisuudessaan⁵⁰⁷, kun taas normaalia voidaan hallita kynnysten ja tavoitteiden avulla. Preventio näyttäytyy tilastoihin ja sosiologiseen tietoon liittyvänä tavoitteena. Preventiossa, sen modernissa mielessä, tarkoituksena ei ole estää säännön rikkomista yksittäistapauksessa vaan populaatiossa. ”Kampf gegen das Unrecht” ei sisällä tällaista populaatioon viittaamista, vaan se kohdistuu nähdäkseni suoraan yksilöön, joka on asettunut yhteiskunnan ulkopuolelle ja rikkonut yhteiskuntasopimusta.⁵⁰⁸ Lundstedt kirjoittaakin, että syy on siinä ”vanliga feluppfattningen om grunden till uppställandet av den s.k. culperegeln. Man har [...] trots att skadeståndsansvaret vore en reaktion mot skadegörarens pliktvidrighet, i det att handlingens klandervärda egenskap ansetts utgöra en isolerad rättfärdighetsgrund till skyldigheten att betala skadestånd.”⁵⁰⁹

Oli miten oli. Pohjoismaiden osalta näyttää siltä, että Lundstedt voitti funktioista käydyn taistelun, mutta vahingonkorvausoikeuden metafysiset tuulimyllyt jäivät samaan aikaan seisomaan. Sosiologinen, vääryyden hyväksyvä preventiokielenkäyttö tuli hyväksytyksi. Tätä nykyä vahingon siirtäminen ja vahinkojen ehkäiseminen ovat tasavertaisia, hyväksytyjä vahingonkorvausoikeuden tavoitteita.⁵¹⁰ Tilanne ei ole kuitenkaan missään nimessä yksinoikoinen. Vaikka funktioasetelmassa preventiotavoite on näkyvä ja hyväksytty, kaikki tai ei mitään -periaate ja täyden korvauksen periaate hallitsevat edelleen vahingonkorvausoikeutta. Preventio ei ylety – edelleenkaan⁵¹¹ – vahingonkorvauksen määrään. Vahingonkorvauksen arvioinnissa ei pyritty preventiivisesti optimaaliseen korvauksen määrään.

⁵⁰⁷ Ks. myös Savigny 1840 s. 332: ”Unrecht ist ihnen Störung der Freyheit durch fremde Freyheit, die der menschliche Entwicklung hinderlich ist, und daher als ein Übel abgewehrt muß.”

⁵⁰⁸ Foucault hahmottaa rangaistuksen klassista ratiota juuri näin. Rikollinen asettuu yhteiskunnan ulkopuolelle tehdessään rikoksen. Ks. Foucault 2002a s. 79–81. Tulkintaa tukee myös edellisessä alaviitteessä esiintyvä Savigny. Välittömästi siteeratun jälkeen Savigny viittaa yhteiskuntasopimukseen selittäessään, miksi vääryyttä vastaan paras suoja on oikeus. Oikeus syntyy ”durch verständige Übereinkunft, indem Jeder ein Stück sein Freyheit gebe, um das Übrige sicher zu retten” (Savigny 1840 s. 332).

⁵⁰⁹ Lundstedt 1923 s. 83–84.

⁵¹⁰ Ks. moderneista käsityksistä erityisesti Hellner 1972.

⁵¹¹ Vaikka esimerkiksi kohtuusarvioinnin voidaan väittää johtaneen varsin pitkälle kaikki tai ei mitään -periaatteesta luopumiseen, preventionäkökohdat ovat hyvin alisteisessa asemassa vahingonkorvauksen määrää kohtuullistettaessa. Ks. tästä esim. Hemmo 1996 s. 76–121.

4 KORVAAMINEN, RANKAISEMINEN JA SYYLLISYYDEN ASTE

Rangaistuksellisuuden jatkuva uhka on kaikki tai ei mitään -periaatteen tärkein taustatekijä. Periaatteen oli tarkoitus torjua tuota uhkaa. Vahingonkorvausvelvollisuuden asettamisen ja rangaistuksen langettamisen välille pyrittiin (h)aavekuvassa rakentamaan tiukka ja vedenpitävä erottelu. Ne pidettiin käsitteellisellä ja myös käytännöllisellä tasolla tiukasti toisistaan erossa. Vahingonkorvausvelvollisuus oli varallisuus oikeudellinen seuraamus, ei missään nimessä rangaistus. Jos vahingonkorvaukseen liittyi rangaistuksellisia piirteitä, vahinkojen korvaaminen lakkasi olemasta vahinkojen korvaamista. Tavoite johti siihen, että hyvin luonnollisilta näyttävät yhteydet rankaisemisen ja vahingonkorvausvelvollisuuden välillä pyrittiin katkomaan mahdollisimman tehokkaasti ja kattavasti. Samalla periaatteeseen tukeutuminen ja sen korostaminen esti, että vahingonkorvaus olisi voitu tehokkaasti mobilisoida prevention tavoittelemiseen.

Vahingonkorvausoikeus muuttuu rangaistukselliseksi, jos hyväksytään ajatus, että vahingonkorvauksen määrän arvioinnissa on otettava tai voidaan ottaa huomioon vahinkoa aiheuttaneen teon osoittama tekijän syyllisyys.⁵¹² Tekijän syyllisyys on rikosoikeudellisille rangaistuksille ominainen mittausperuste. Jos syyllisyyden asteen ja vahingonkorvauksen välille luodaan yhteys, vahingonkorvausvelvollisuus muuttuu rangaistussanktioksi. Vaatimus, että syyllisyys oli otettava huomioon, oli levinnyt laajalti 1800-luvun lopun saksalaisessa oikeuskirjallisuudessa.⁵¹³ Tavallisesti se liitetään Rudolph Jheringiin ja hänen kuuluisaan *Keine Übel Ohne Schuld*-periaatteeseensa.⁵¹⁴ Jheringin idea oli, että vahingonkorvauksen määrän tuli vastata tekijän syyllisyyden astetta.⁵¹⁵ Ajatus sai kannatusta myös saksalaisessa kirjallisuudessa, vaikka se hylättiinkin hyvin nopeasti BGB:n valmistelun ja viimeistään sen säätämisen myötä.⁵¹⁶ Suuret linjaratkaisut oli tässä vaiheessa tehty ja kiveen hakattu, vaikka melkoinen traditio – jopa BGB:tä valmistelleessa ensimmäisessä komissiossa – olikin kannattanut päinvastaista säännöstöä vain muutamaa vuotta aikaisemmin.⁵¹⁷ Rangaistuksellisuuden taustalla oli ”naive ursprüngliche Rechtsgefühl”, jonka tarkoituksena oli ”gewähre Sühne durch Strafanspruche gegen den Schädiger”.

⁵¹² Ks. esim. Motive zum EBGB s.17.

⁵¹³ Ks. esim. Stang 1927 s. 374 alaviitteessä 345 esitettyä luetteloa kirjallisuudesta, jossa ajatuksen suhtauduttiin myönteisesti ja esim. Jansen 2004 s. 460 alaviitteessä 129 esitettyä ajatuksen lainsäädännöllisistä sovelluksista.

⁵¹⁴ Ks. esim. Jhering 1867 s. 8 ja 60–74.

⁵¹⁵ Ks. Jhering 1867 s. 54.

⁵¹⁶ Ks. esim. Fischer 1903 s. 263–269.

⁵¹⁷ Ks. Dernburg 1915 s. 771.

Pohjoismaissa erityisesti norjalainen Oscar Platou oli puhunut syllisyyden asteen huomioonottamisen puolesta. Platoun mukaan oli järjetöntä ylläpitää järjestelmää, jossa vähäisestä, ehkä mitättömästäkin tuottamuksesta seuraisi täysi ja helposti kohtuuttoman suureksi nouseva vahingonkorvausvastuu. Platou piti kaikki tai ei mitään -periaatetta epäloogisena. Rajatapauksissa *casus/culpa*-arvostelmien sattumanvaraisuus teki mahdolliseksi todellisuudessa ”udtale hvad der er levende Ret”. Tämän vuoksi oli välttämätöntä antaa syllisyyden asteen vaikuttaa vahingonkorvausvastuun ulottuvuuteen.⁵¹⁸

Platoun näkemykset jäivät Pohjoismaissakin vähemmistön mielipiteiksi, nähtävästi viimeistään BGB:stä ja saksalaisesta kirjallisuudesta saatujen systeemi-impulssien myötä. Syllisyyden asteen merkityksen kieltävä normatiivinen lähtökohta tuli vallitsevaksi Pohjoismaissa ja on sitä – tietyn varauksin⁵¹⁹ – edelleenkin. Teema on vahvasti esillä niin Stangilla, Karlgrenilla⁵²⁰ kuin Ussingilla-kin⁵²¹, kuten myös esimerkiksi Suomessa Sipilällä^{522, 523}.

Stangin esitys lienee siinä ilmaistujen hyvin selkeiden ja yksiselitteisten kantojen vuoksi havainnollisin. Stangin mielestä Platou oli täysin väärässä. Vahingonkorvaukselle oli Stangin mielestä nimittäin – juuri siviilioikeudellisena oikeussuojakeinona – ominaista, että sen suuruutta *ei* ”skall avpasses efter skyldgraden”.⁵²⁴ Syllisyyden huomioon ottaminen oli harhaoppista. Tämän lisäksi Stang epäili koko hankkeen teknistä mielekkyyttä. Hän ihmetteli, miten sopeuttamisessa voitaisiin menetellä. Yksi vaihtoehto oli, että vain tietyt vahingot korvattaisiin, kun syllisyys olisi vähäistä. Stang ei itse asiassa kerro, miksi tällainen menettely pitäisi hylätä. Hän sanoo ykskantaan, että ”at nogen i nutiden vil følge denne vei, kan jeg imidlertid ikke tro.”⁵²⁵ Merkittävämpi vihollinen näyttää olevan jo Platoun ehdottama suhteellinen ajattelutapa, jossa vahingon määrä jaetaan vahingonaiheuttajan ja vahingonkärsijän kesken näiden syllisyyden suhteessa. Yllättävää on, että Stang suhtautuu myötävaikutussääntöön hyväksyvästi. Hän ei näe mitään ongelmaa syllisyyden jakamisessa, jos vahingon-

⁵¹⁸ Ks. esim. Platou 1897 s. 269–297, erityisesti s. 277–281.

⁵¹⁹ Ks. esim. Hemmo 1996 s. 76–86.

⁵²⁰ Ks. Karlgren 1972 s. 194–197.

⁵²¹ Ussing 1914 s. 54–55; Ussing 1947 s. 177–178.

⁵²² Sipilä 1936 s. 7–20.

⁵²³ Ks. Stangin yhteenvetoa oikeuskirjallisuuden tilasta Stang 1927 s. 375–376 alaviitteessä 350. Stang tulee siihen lopputulokseen, että useimmiten syllisyyden asteen merkitystä korostavissa esityksissä oli kysymys vain adekvaattisuusvaatimuksen esittämisestä: vahingonkorvausvelvollisuuden tuli kattaa kokonaan se vahinko, jonka vahingonaiheuttajan syllisyyttä osoittanut käyttäytymisen oli aiheuttanut. Ks. tästä esim. Lassen 1917–1920 s. 248. Toinen vastaava saksalaisen kirjallisuuden tilan selvitys löytyy Ussingilta. Ks. Ussing 1914 s. 54 alaviite 52. Ks. myös Ekelöf 1991 s. 33–36.

⁵²⁴ Ks. Stang 1927 s. 9 ja myös esim. s. 43 ja s. 423.

⁵²⁵ Ks. Stang 1927 s. 377.

aiheuttaja on myötävaikuttanut vahinkoon. Vastaväite tulee muualta. Jos myötävaikutusta ei ole, tekniikka on järjetön. Vielä raskauttavampaa on, että kun vahinko on aiheutettu yksipuolisesti, tekniikka pakottaa vahingonaiheuttajan ja vahingonkärsijän intressiyhteyteen vahingonkärsijän tahdon vastaisesti.⁵²⁶ Sitä paitsi, sekin jättää kaiken tuomarin harkinnan varaan.⁵²⁷

Lopputulos Stangilla on joka tapauksessa, että vahingonkorvauksen tuli toimia binaarisen logiikan mukaan. Sen tuli joko kattaa aiheutetun vahingon määrä kokonaisuudessaan tai sitä ei tullut lainkaan tuomita. Vahingonkorvauksen määrää ei saanut missään nimessä arvioida vapaasti harkiten, luonnollisiin ja objekti(ivi)siin menetelmiin kiinnittymättä, subjektiivisesti – siten kuin rangaistuksen määrä mitattiin. Vahingonkorvauksen määrä tuli arvioida luonnollisten prosessien perusteella. Jos tästä peruslähtökohdasta poikettaisiin, ajatteli Stang:

”[man] staar i strid med selve grundtanken i erstatningsretten og motvirker dens hovedsaklige formaal: at dække en skade.”⁵²⁸

Kaikki tai ei mitään -periaatteesta johdettu vaatimus oli, että vahingonkorvaus oli tuomittava aina samanlaisissa *vahinkotapahtumissa* samansuuruisena, ottamatta huomioon vahingonaiheuttajan menettelyn laatua. Vahingonkorvausharkinta ei saanut kohdistua tekoon, sen oli kohdistuttava teon seurauksiin.

Ero rikosoikeuteen on selvä. Rikosoikeuden itsestään selvä lähtökohta on, että rikoksesta tuomittavan rangaistuksen on oltava sitä ankarampi mitä moitittavampaan rikokseen rikoksenteijä on syylistynyt. Erityistä julmuutta osoittavalla tavalla tehdystä, tahallisesta toisen hengen riistämisestä on tuomittava ankarampaan rangaistukseen kuin jos sama lopputulos, kuolema, olisi aiheutettu esimerkiksi vähäisellä huolimattomuudella.

Miksi oli niin tärkeää säilyttää vahingonkorvauksen siviilioikeudellinen erityisluonne sanktiona? Miksi vahingonkorvausoikeuden piti olla vahinkojen korvaamista? Miksi vahingonkorvauksen ei voinut liittää rangaistuksellisia implikaatioita? Siksikö, että vahingonkorvausoikeus oli siviilioikeutta? Siksikö, että vahingonkorvauksen luonteeseen kuuluu, että sen on pakko toimia binaarisen logiikan mukaan myös vahingon määrää arvioitaessa? Varmasti näinkin on. Edellä kuvatut taloudellisen elämänpiirin ja taloudellisen arvon teemat selittänevät myös oman osansa periaatteen merkityksestä. Kun luonnollinen vahingon määrä voidaan laskea, se pitää myös korvata. Ajattelen kuitenkin, että eräs tärkeä seikka jää vielä huomiotta. Tässä kohdin on syytä jälleen palata siviilioikeuden

⁵²⁶ Ks. Stang 1927 s. 378.

⁵²⁷ Ks. Stang 1927 s. 380.

⁵²⁸ Ks. Stang 1927 s. 9.

sääntelylogiikkaan ja kysyä, mitä kaikki tai ei mitään -periaate voisi merkitä sääntelylogiikan kannalta.

Kielto yhdistää syyllisyyden aste ja vahingonkorvauksen laajuus rakentuu nähdäkseni kolmesta suunnasta.

Ensinnäkin kyse on yksinkertaisesti siitä, että vahingonkorvausvelvollisuus haluttiin puhdistaa rangaistuksellisista konnotaatioista, jotta sen voitaisiin sanoa olevan yksityisoikeudellinen sanktio. Tällöin sen on välttämätöntä olla oikeudenvastaisen toiminnan neutraali seuraus. Seurauksen tuli määrittyä yksityisoikeudellisen toiminnan omilla ehdoilla. Korvauksen määrän oli oltava luonnollinen. Sitä määrittäessä pysyteltiin yksityisen toiminnan piirissä, yksittäisten, tasa-arvoisten yksilöiden oikeussuhteissa ja taloudellisen elämänalueen rajojen sisällä. Vahingonkorvausvelvollisuus ei näin ollut yksityissakko, *Privatstrafe*, jossa yksityinen olisi voinut käyttää valtion pakkokeinokoneistoa ja väkivalta-monopolia oman henkilökohtaisen kostonsa välineenä. Toiseksi oli yhtä lailla tärkeää tehdä selväksi, että vahingonkorvausvelvollisuus ei ollut myöskään yhteiskunnan kosto oikeudenvastaisesta menettelystä.⁵²⁹ Kostaminen oli rikosoikeuden tehtävä.

Toiseksi vallankäyttö oli näissä suhteissa olennaista. Oli tärkeää, että vahingonkorvaussanktioon ei liittynyt rankaisemiselle ominaista hierarkkista valtasetelmää, kuten rankaisemiseen aina välttämättä kuuluu – oli sen tarkoitus siten kostaminen, pelottaminen tai kasvattaminen. Vahingonkorvauksessa kohtasivat kaksi tasa-arvoista yksilöä tasavertaisina.⁵³⁰ Se, että joku havaittiin velvolliseksi korvaamaan aiheuttamansa vahinko, ei vielä rikkonut tätä horisontaaliselle tasavertaisuudelle perustuvaa asetelmää – teema johon palaan jäljempänä tässä luvussa.

Kolmas, ehkä kahta edellistä merkittävämpi tekijä liittyy siviilioikeudelle määriteltyyn sääntelytehtävään. Siviilioikeus ei saanut ohjata yksilöiden valintoja, pakottaa näitä valitsemaan jotakin tiettyä menettelyä sallittujen vaihtoehtojen joukosta. On pidettävä mielessä porvarillisen siviilioikeudellisen sääntelyn perustehtävä: vapauden infrastruktuurin luominen. Siviilioikeuden tuli luoda ne rajat, joiden sisällä yksilöt saattoivat tavoitella omaa etuaan. Yksilön tuli voida toimia omien joskus hyvinkin oikukkaiden preferenssiensä mukaisesti. Siviilioikeuden mahdollisuuksien määrittely toi mukanaan myös rajoituksia: vapauden infrastruktuurin luominen oli siviilioikeuden *ainoa* sallittu tehtävä. Muuta siviilioikeuden

⁵²⁹ Ks. esim. Windscheid 1887b s. 756; Larenz 1987 s. 422–424.

⁵³⁰ Yksilöllisyys ilmenee joskus myös toisessa suhteessa rangaistuksellisuuskeskustelussa. Rankaisemisen on katsottu olevan vahingonkorvausoikeudessa mieletöntä, koska vahingonkorvausoikeudelliset toimijat ovat usein muita kuin luonnollisia henkilöitä. Oikeushenkilön tuottamuksen arvioimista ja vahingonkorvauksen määrittämisestä sen perusteella on pidetty mielettömänä vielä viimeaikaissakin kirjallisuudessa. Ks. esim. Wagner 2006 s. 362–364.

lioikeudellisella sääntelyllä ei saatu tehdä. Eräs tulkinta kaikki tai ei mitään -periaatteen synnylle ja välttämättömyydelle on, että periaatteessa vapauden infrastruktuurin luomiseen tähtäävälle siviilioikeudelle ominainen sääntelyloogiikka ulotettiin myös vapauden käyttämisen rajojen ulkopuolelle, oikeudenloukkauksiin. Seikka on vaikeaselkoinen. Vaikka henkilö olisi luokannut toisen subjektiivista oikeutta, oli tärkeää pidättäytyä tuomitsemasta loukkaajaa *eettisesti* ja *moraalisesti*.

On tietenkin selvää, että kaksi ensin mainittua perustelua olivat tärkeitä. Pyrin seuraavassa tarkastelemaan tarkemmin viimeistä mainitsemaani perustelua. Tulkitsen, että kaikki tai ei mitään -periaatteessa on kyse moraalien ja etiikan sekä taloudellisen toiminnan ohjaamisen suhteesta. Kaikki tai ei mitään -periaate rajaa rahan ja vahingonkorvauksen käyttömahdollisuutta: kumpakaan ei saa käyttää ilmaisemaan moraalisia seikkoja ja mitä ilmeisimmin kahdesta syystä: koska niin ei saa tehdä ja koska raha ja vahingonkorvaus eivät siihen pysty. Tärkein syyllisyyden asteen ja vahingonkorvausvelvollisuuden laajuuden välistä kytkeä vastaan puhuva seikka 1900-luvun kirjallisuudessa on rangaistuksellisuuden epämääräisyys ja ei-objektiivisuus. Rahalta katoaa objektiivisuus ja sen käyttämisestä tulee mielivaltaista, kun liikutaan ulos taloudellisen kentältä.⁵³¹ Samalla menetetään myös oikeusvarmuus. Taloudellisen toiminnan perusta tippuu pois.

Kuten BGB:n valmisteluaineistossakin todettiin:

”Der Entwurf wirkt hiermit die für die Fälle, wo die Schadensersatzpflicht in einem Verschulden des Verpflichteten begründet ist, in mehreren Kodifikationen, namentlich auch im preuß. Landrechte, aufgestellte Abstufung des Umfanges der Schadensersatzpflichts je nach der Art oder dem Grade des Verschuldens. Die Hereinziehung moralisierender oder strafrechtlicher Gesichtspunkte, worauf jene Abstufung beruht, muß bei der Bestimmung der civilrechtlichen Folgen unerlaubten, widerrechtlichen Verhaltens durchaus ferngehalten werden.”⁵³²

5 RANGAISTUS JA VARALLISUUSOIKEUDEN SÄÄNTELYLOGIIKKA

Varallisuusoikeuden amoraalisuuden vaatimus on koko ajattelutavan keskiössä. Varallisuusoikeus ei saa ohjata subjektejaan. Varallisuusoikeuden on sääntelylogiikkansa edellyttämällä tavalla pysyttävä etäällä. Miten luonnollisen kor-

⁵³¹ Ks. Scheelin lainaamia BGB § 221:n perusteluja (Scheel 1893 s. 444–445.).

⁵³² Motive zum EBGB s. 18.

vaamisen vaatimus liittyy vaatimukseen siitä, että varallisuus oikeus ei saa ohjata subjektejaan, on visainen kysymys.

Selkeä tilanne olisi, jos – vastoin siviilioikeuden sääntelylogiikan peruspiirteitä – siviilioikeudellisen seurauksen määrää arvioitaisiin teon moitittavuuden valossa kaikissa tapauksissa. Tällöin vahingonkorvausvelvollisuus ulotettaisiin jopa sinällään subjektiivisen oikeuden mukaisiin tekoihin. Vaikka teko ei olisi kielletty, siitä saattaisi seurata vahingonkorvausvelvollisuus, jos se osoittaisi syyllisyyttä. Vahingonkorvausvelvollisuuden laajuus määrittyisi sen perusteella, miten moitittavana tekoa pidettäisiin. Tällaisessa järjestelyssä siviilioikeudellisen puuttumattomuusperiaatteen⁵³³ ydinsisältö kävisi merkityksettömäksi. Puuttumattomuusperiaatteen mukaanhan siviilioikeudellisella sääntelyllä ei saa pyrkiä vaikuttamaan niihin valintoihin, joita vapaat ihmiset objektiivisen oikeuden vaatimusten mukaisesti toimiessaan tekevät.

Siviilioikeudellinen toiminta oli (h)aavekuvassa jo käsitteellisesti taloudellisen tahdonvapauden käyttämistä.⁵³⁴ Yksilöiden taloudellisen tahdonvapauden tuli olla ehdotonta: he saivat lähtökohtaisesti toimia haluamallaan tavalla, kunhan toimivat objektiivisen oikeuden määrittämien subjektiivisten oikeuksiansa rajoissa. Oikeuden tehtävänä oli sovittaa yhteen yksilön tahdonvapaus muiden yksilöiden tahdonvapauden kanssa.⁵³⁵ Wächter totesikin, että

”Der Berechtigte ist befugt, sein Recht, so weit es reicht, vollständig auszuüben, sollte es für den Verpflichteten auch noch so unangenehm oder hart sein (quo iure suo utitur, nemini facit iniuriam). Man kann daher sein Recht selbst dann ausüben, wenn man es auch schlechten Motiven thut; denn so lange man sich lediglich innerhalb der Kreises seines Rechtes hält, kommt es auf dem Rechtsgebiete auf die Motive unseres Handels nicht an.”⁵³⁶

Juuri moraalisten ja eettisten arvostelmien kieltä on hyvin olennainen siviilioikeudellisen sääntelylogiikan osalta. Yksilöiden oli saatava toimia mielensä mukaan. Tahdonvapautta saatettiin rajoittaa toisten oikeuksien suojaamiseksi, mutta siviilioikeutta ei saanut käyttää muuhun. Kun yksilön toimintaa arvosteltiin siviilioikeudellisesti, ainoita sallittuja arvostelmia olivat:

- 1) Olet toiminut objektiivisen oikeuden mukaisesti.
- 2) Olet toiminut objektiivisen oikeuden vastaisesti.⁵³⁷

⁵³³ Ks. Pöyhönen 2000 s. 92.

⁵³⁴ Ks. esim. Pöyhönen 2000 s. 33–66. Ks. Karhun vapauskäsityksen kritiikistä Paasto 2001.

⁵³⁵ Ks. esim. Savigny 1840 s. 7–8.

⁵³⁶ Ks. Wächter 1880 s. 169.

⁵³⁷ Ks. esim. Tadros 1998 s. 84–85, jossa Tadros samaistaa Foucault’n *juridisen* ja oikeudenvastaisen ja oikeudenmukaisten tekojen logiikan. Tadros selittää myös, että juridiselle oli ominaista tutkinnassa tuotettu totuus henkilön toiminnasta eli siitä, oliko tämä rikkonut oikeuden normia vas-

Vahingonkorvausoikeudessa, kun vahingonkorvausvelvollisuus seuraa oikeudenvastaisesta toiminnasta, liikutaan aina ei-sallitun eli kielletyn alueella. Periaatteessa olisi mahdollista ajatella, että tällöin siirryttäisiin alueelle, jossa normaalit lainalaisuudet eivät pidä. Ehkä amoraalisuuden ja neutraalisuuden vaatimuksista voitaisiin luopua, kun yksilö oli siirtynyt sallitusta kiellettyyn. Näin ei kuitenkaan käynyt. Vaikka yksilöt olisivatkin valinnoillaan asettuneet sallitun rajojen ulkopuolelle, yksilöitä ei saanut siviilioikeudellisella sääntelyllä varsinaisesti ohjata toimimaan tahtonsa vastaisesti. Oikeudenvastaista tahtoa tuli kuitenkin seurata sanktio. Paradoksi on siinä, että sanktion asettaminen näyttäisi välttämättä ohjaavan ja arvosteleavan. Eritoten syyllisyyden mukaan sovitettu vahingonkorvausvastuu olisi ollut selkeästi toiminnan moraalista ja eettistä arvostelemista. Sellaisena se oli kiellettyä, vaikka kaukana edellä mainitusta objektiivisen oikeuden mukaisiin tekoihin liitetystä vahingonkorvausvelvollisuudesta olisikin. Miksi? Perusteluksi riitti ehkä, että tällainen vaikuttaminen olisi kohdistunut suoraan yksilöön ja tämän persoonaan, ei yksilön toimintaan ja sen raamittamiseen eikä oikeudenmukaisen yhteiskunnan sääntöjen artikuloimiseen.

Tässä kohtaa voidaan esittää tärkeä huomio erityisesti oikeustaloustieteellisen suuntauksen esittämän vahingonkorvausajattelun eroavaisuuksista (h)aavekuvaan nähden, vaikka asia sinällään onkin anakronistinen (h)aavekuvan arvioinnin kannalta. (H)aavekuvalla ominainen vahingonkorvausoikeudellinen ajattelu poikkeaa oikeustaloustieteellisestä erityisesti siinä, että (h)aavekuvassa *vahingonkorvaussanktio ei ollut oikeudenvastaiselle teolle tai laiminlyönnille määrätty hinta*. Ajatus olisi ollut mahdoton 1800-luvun lopun ja 1900-alun oikeustieteilijöille. Ajattelutapa näyttää tulleen mahdolliseksi vasta ankaran vastuun yleistymisen myötä 1900-luvun keskimmäisten vuosikymmenten aikana. Tuolloin hahmotettiin vahingonkorvausoikeuden olevan yhä enemmän eri toimintojen aiheuttamien riskien allokontia sille taholle, joka ne pystyisi luontevimmin kantamaan.⁵³⁸ Oikeudenvastaisuuspohdintojen ero Calabresin teoriaan onnettomuuksien kustannuksien tehokkaasta jaosta on äärimmäisen jyrkkä. (H)aavekuvassa vahingonkorvausvelvollisuus on seurausta *teosta, joka on kategorisesti kielletty*. Coaselle ja Calabresille samainen teko on *onnettomuus*, jonka aiheuttamat kustannukset ja mahdollisten tulevien vastaavanlaisten onnettomuuksien aiheuttamat kustannukset on sosiaalisesti optimaalisella tavalla minimoitava ja myös jotenkin jaettava.⁵³⁹

taan ja toisaalta näytösmäinen rangaistus, jonka tarkoituksena oli osoittaa totuuden ja oikeuden herravalta oikeutta vastaan rikkoneeseen nähden. Ks. Tadros 1998 s. 88.

⁵³⁸ Ks. esim. Coase 1960; Calabresi 1970. Ks. saksalaisesta tutkimuksesta, jossa otetaan kantaa vahingonkorvauksen mahdolliseen ns. *Verhaltenssteuerung*-funktioon Wagner 2006 s. 451–471.

⁵³⁹ Ks. Coase 1960; Calabresi 1970.

Olemme paradoksin jäljillä. Vaikka vahingonkorvausoikeudellisesti sanktioit-
dut teot ovat yhtä lailla kiellettyjä kuin rikosoikeudellisestikin kriminalisoidut
teot (useimmiten vieläpä samoja tekoja), teot eivät ole silti samanlaisia oikeudel-
lisessa mielessä. Niissä on jokin perustavaa laatua oleva ero, joka välittyy seu-
raamusjärjestelmään. Vahingonkorvausoikeus toimii eri tavalla kuin rikosoikeus
silloin, kun sen tarkoitus on vääryyden vastainen taistelu. Ajatus saattaa vaikut-
taa varsin epäselvältä ja epämääräiseltä. Jos sitä lähestytään vain postuloimalla
varallisuus oikeudelle tehtävä ylläpitää mahdollisimman täydellistä vapautta, ero
ei selity. Eron syyn täytyy olla toinen. Lienee syytä tehdä pieni ekskurssi Allan
Serlachiuksen pohdintoihin rangaistuksen ja vahingonkorvauksen välisestä suh-
teesta, sillä uskon, että Serlachius tekee rankaisemisen ja vahingonkorvausvel-
vollisuuden välisistä eroista tärkeän ja nähdäkseni myös hyvin harvinaisen huo-
mion.

Serlachius lähtee liikkeelle saksalaisessa kirjallisuudessa vakiintuneesta⁵⁴⁰ ja
myös Stangille tutusta ajatuksesta, että vahingonkorvausvelvollisuus eroaa ran-
gaistuksesta olennaisimmillaan siinä, että sen ainoa tarkoitus on ”att *hela* ett
förhändenhavande sådant [ondt]”⁵⁴¹. Serlachius muuntaa tavanomaista lähtökoh-
taa, että vahingonkorvauksen tarkoituksena on siirtää vahinko vahingonaiheutta-
jan kannettavaksi ja vaikuttaa vahingonkärsijän asemaan siten, että tämän raiteil-
taan suistunut oikeusasema korjaantuu ja asettuu oikeuden mukaisiin uomiinsa.
Tässä mielessä Serlachius hyväksyy sen lähtökohdan, että rangaistus ja vahin-
gonkorvaus on mielekästä erottaa toisistaan. Toinen parantaa, toinen ei paranna.

Rangaistus voi asettua vahinkojen korvaamisen radikaaliksi vastapooliksi ja
vahingonkorvaukseen nähden käänteiseksi sanktioksi. Rangaistus ei nimittäin
korjaa pahaa: sillä aiheutetaan sitä. Vahingonkorvausvelvollisuus puolestaan ei
aiheuta pahaa, sillä korjataan sitä.

Juuri pahan aiheuttaminen on Serlachiuksen mukaan rangaistukselle ominai-
nen vaikutuskanava. Serlachius piti rangaistukselle yleisesti hyväksyttynä tun-
nusomaisena elementtinä nimenomaan sitä, että ”straffet utgör ett mot förbryta-
ren riktadt ondt.”⁵⁴² Ajatus oli ajankohtana myös yleisesti hyväksytty⁵⁴³. Pahan
ajateltiin tavallisesti kohdistuvan rangaistavan oikeushyviin. Vapausrangaistuk-
sessa se kohdistui tämän henkilökohtaiseen vapauteen, sakkorangaistuksessa
varallisuuteen.⁵⁴⁴ Serlachius käsitti asian kuitenkin tavallisesta poiketen: hänen
mukaansa oli kiistanalaista, minkälaista ”pahaa” rangaistaessa haluttiin aiheut-

⁵⁴⁰ Ks. Serlachiuksen lähteistöä, Serlachius 1901 s. 70 ja 71. Vastaavat lähteet ovat esillä myös
Forsmanin esityksessä. Ks. Forsman 1893 s. 132–145.

⁵⁴¹ Ks. Serlachius 1901 s. 70, korostus MV.

⁵⁴² Ks. Serlachius 1901 s. 58.

⁵⁴³ Ks. esim. Forsman 1893 s. 132 100.

⁵⁴⁴ Serlachius 1901 s. 59, viittauksin mm. v. Lisztin.

taa, ja päätyi esittämään ”materialisteista” poiketen, että rangaistuksen aiheuttama paha oli ennen kaikkea ”psykkistä pahaa”. Se, että rangaistus aiheutti useimmiten myös konkreettista ”fyysistä” ja varallisuusasemaan vaikuttavaa ”pahaa”, oli Serlachiuksen ajattelussa merkittävää. Pahan aiheuttaminen ei – kuten Serlachius esitti Lisztin ajattelevan⁵⁴⁵ – ollut rangaistuksen ainoa tuntomerkki. Serlachiuksen käsitys rangaistuksen vaikutuksesta on varsin symbolistinen: ”[D]et solemna ogillandet, det autoritativa uttalandet ”Du har gjort orätt” är det psykiska onda.”⁵⁴⁶

Serlachius korostaakin, että rangaistuksen ei tarvitse olla fyysinen. Sen ei tarvitse aiheuttaa fyysistä kärsimystä ollakseen rangaistus. Ajatus johtaa Serlachiuksen lähestulkoon utopistisille raiteille. Hän visioi yhteiskunnan, jossa eettinen kehitys voisi viedä siihen lopputulokseen, että rangaistuksen fyysisyydestä voitaisiin kokonaan luopua ja siirtyä kokonaan psyykkisen paheksunnan varaan perustuvaan rikosoikeuteen.

Kun tietoista pahan aiheuttamista eli rankaisemista ja toisaalta vahingonkorvausvelvollisuutta pyritään sovittamaan toisiinsa, Serlachius tulee mielenkiintoiseen ja samalla totutuista dogmaattisista lähtökohdista poikkeavaan tulokseen: perinteinen erottelu ei pidä perusteluiltaan, muutoin kyllä. Rangaistus ei aiheuta yksinomaan pahaa, vaan se voi myös korjata; vahingonkorvausvelvollisuus korjaa, mutta aiheuttamalla pahaa. Serlachius poikkeaa aikalaisistaan siinä, että hän ei edes pyri väittämään, etteikö vahingonkorvausvelvollisuuden asettamisestakin voisi aiheutua tosiasiallisesti pahaa:

”I motsats till straffet, som afser att tillfoga ett ondt, går skadeståndet ut på att hela ett förhandenvarande sådant. Härmed är åter ingalunda sagdt, att skadeståndet ej skulle medföra ett ondt. *Tvärtom kan man säga, att så sker i regeln.*”⁵⁴⁷

Tämän myönnytyksen aiheuttama ongelma on melkoinen: jos vahingonkorvausvelvollisuus tosiasiaassa tuottaa pahaa, miten rangaistus ja vahingonkorvausvelvollisuus voidaan pitää erossa toisistaan? Miten tämän jälkeen voidaan katkaista rankaisemisen ja vahingonkorvausvelvollisuuden asettamisen välille rakentuva rakenteellinen yhteys? Serlachius kääntyy jokseenkin yllättävästi toisaalle. Hänen mukaansa on syytä kiinnittää huomiota rangaistuksen reparatiiviseen vaiku-

⁵⁴⁵ Ks. Serlachius 1901 s. 59.

⁵⁴⁶ Ks. Serlachius 1901 s. 60.

⁵⁴⁷ Serlachius 1901 s. 70, korostus MV. Vastaava passus on myös Lisztin tekstissä: ”Wenn der Verbrecher zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wird, so ist diese Strafe zugleich eine Genugthuung für den Verletzten; und wenn jener gezwungen wird, diesen eine ausgiebige Ersatzleistung zu bieten, so liegt darin für den Verbrecher ein Übel, das er vielleicht schmerzlicher empfindet, als ein nicht zu hoch bemessene Strafe” (Liszt 1898 s. 3.).

tukseen. Ratkaisu löytyy mahdollisuudesta pyyhkiä rangaistuksella pois rikoksen vaikutuksia. Serlachius rakentaa rangaistuksen ja vahingonkorvausvelvollisuuden välistä eroa tästä suunnasta, vaikka ensi näkemältä voisi olettaa tällaisen argumentin vaikuttavan juuri päinvastaiseen suuntaan.

Serlachius ajatteli, että rangaistuksen olennaisin tunnusmerkki oli, että se pyrkii psykofyysisen vaikutuksen avulla tekemään rikollisesta lainkuuliaisen. Serlachius siirtää tämän idean reparatiiviseen vaikutukseen. Kun rangaistus – edes sakkorangaistus – ei voi korjata rikollisen aiheuttamaa muutosta maailmassa, Serlachius ajattelee, että reparatiivinen vaikutus kohdistuu muualle. Rangaistuksen reparatiivinen vaikutus ei kohdistu fyysiseen maailmaan. Se kohdistuu sen sijaan rikoksen psyykkisiin vaikutuksiin. Rangaistus saattoi korjata ihmisten mielten ja psyykkeiden vaurioita. Nykypäivän näkökulmasta yllättävää on, että Serlachiuksen reparaatio ei kohdistunut rikoksen uhriin tai rikoksen raiteiltaan saattamaan yhteisöön. Justifioidun koston tematiikka ja kostamisen tuottaman psykologisen helpotuksen kautta toteutuva psykologinen hyvitys⁵⁴⁸ ei siis tule esille Serlachiuksen ajattelussa. Hän ei pyri rangaistuksen avulla sulkemaan rikoksen avaamaa ympyrää. Lähtökohtana oli, että rangaistuksen korjaava vaikutus kohdistui *rikolliseen ja tämän mielenlaatuun*⁵⁴⁹:

”Efter brottets kvarlevande brottsliga disposition, denna moraliska smitta är det, som straffet med sitt onda, sitt motgift åsyftar att reparera.”⁵⁵⁰

Vahingonkorvauksella tähän ei pyritä. Vaikka niin kävisikin, kysymys on sivuvaikutuksesta:

”å andra sidan också skadeståndets fysiska onda får sin rätta plats, framstår ej såsom dess ändamål utan såsom en följd af dess ändamål, hvilket är godtgöra den materiella skada, den förörrättade lidit.”⁵⁵¹

⁵⁴⁸ Ks. näistä tematiikoista esim. Sherwin 2003 s. 1406–1410.

⁵⁴⁹ Serlachius ajattelee, että syyllisyys (*skuld*) edellyttää aina arvostelmaa, joka kohdistuu henkilön luonteeseen. Tuomiossa, jossa syyllisyys vahvistetaan, todetaan: ”Du är ond”.

⁵⁵⁰ Serlachius 1901 s. 65.

⁵⁵¹ Serlachius 1901 s. 75. Tällaista johtopäätöstä tukee Serlachiuksen mukaan myös, että vahingonkorvausvelvollisuus voidaan asettaa, vaikka henkilö ei olisi menetellytkään oikeudenvastaisesti. Toisaalta juuri ankaran vastuun käsittelyssä on myös Serlachiuksen heikkous. Serlachius kieläytyy ajattelemasta, että ankara vastuu ja tavallinen vahingonkorvausvastuu eroaisivat perusteiltaan toisistaan. Niillä on Serlachiuksen mukaan sama perusta: yksilölle asetettava, tämän individualiteetista kumpuava vastuu toimiansa ja laiminlyöntiensä ennakoitavista seurauksista.

6 KURINPIDON KAUHU

Serlachiuksen lausuma tuo mieleen Michel Foucault’n *Tarkkailla ja rangaista* -tutkimuksen ja sen keskeiset ideat. Kun Serlachius toteaa, että rangaistuksen tulee korjata luonteenlaatua, en voi välttää ajattelemasta, että luonteenlaatua korjataan Foucault’n kuvaamalla tavalla juuri vankiloissa. Vankiloissa yksilö alistetaan erilaisten kurinpidollisten teknologioiden valtaan. Mielenlaadun korjaaminen edellyttää kurinpittoa. Rangaistuksen keskeiseksi teemaksi Serlachiuksen kertomuksessa, jos sitä luetaan Foucault’n hahmottelemaa historiallista taustaa vasten, muodostuu yksilön normaalistaminen siten, että hänen rikollinen, kaitsematon mielenlaatunsa muuttuu säyseän ja lainkuuliaisen henkilön tietoisuudeksi.

Michel Foucault’n perusteeksi oli, että 1700-luvun ja 1800-luvun aikana syntyneen uudentyyppisen vankilalaitoksen tehtävänä oli alistaa yksilön ruumis kurille. Vankilassa yksilö oli alttiina jatkuvalle ja systemaattiselle tarkkailulle. Hänen ruumistaan rajoitettiin, se asetettiin työhön. Kontrolloimalla ruumista, sen yksittäisiä toimintoja, liikesarjoja, pienintäkin liikettä, yksilö voitiin alistaa kurille. Tarkoituksena oli muokata yksilön mieltä, tehdä tästä vaarallisen ja arvaamattoman yksilön sijasta kuuliainen ruumis, joka toimii edellytetyllä tavalla.⁵⁵² Lopullisena tavoitteena kurinpidossa ja rangaistuksessa oli poikkeavan yksilön normaalistaminen, määritellyn standardin mukaisen ihmisen luominen kurittomasta ja holtittomasta yksilöstä. Foucault’n keskeinen ajatus oli, että 1700-luvun lopun reformisteille vankiloiden idea tiivistyi juuri normaalistamiseen, kurinpitovallan ulottamiseen poikkeaviin yksilöihin, näiden muokkaamiseen yhteiskunnan normaaleiksi, tuottavaan ja säännölliseen työhön kykeneviksi jäseniksi.⁵⁵³

Tämä edellytti vankiloiden ja rangaistuksen rationaliteetin muutosta. Foucault väittää, että aiempi suvereenin kostavalle miekalle ja rangaistuksen suvereenin vallan kaikessa loistossa ja kauheudessaan paljastavalle spehtaakkelille tai yhteiskuntasopimuksen rikkomisen seurauksia korostaneelle ulossulkemiselle⁵⁵⁴ perustunut rangaistuksen rationaliteetti korvaantui uudella, vaivihkaisemmalla rankaisemisella. Tässä rankaisemisen dispositiivissa ei enää nostettu rikosta normin rikkomisen aktina esille ja nähtäväksi samalla tavalla kuin aikaisemmin. Kurinpidollisen, korjaavan rankaisemisen käytännöille ominainen toiminnan rationaliteetti työnsi rikollisen erilliseen laitokseen, jossa tämän rikos käsiteltiin poikkeavan luonteenlaadun tuotoksena, ei suvereeniin kohdistuvana niskurointiina. Lopputulos oli, että uusi rangaistus ei ollut punitiivinen. Sillä ei pyritty kos-

⁵⁵² Ks. Foucault 2001 s. 185–266.

⁵⁵³ Ks. Foucault 1988; Foucault 2001 s. 298–303.

⁵⁵⁴ Ks. Foucault 2002a s. 80–81.

tamaan normin rikkomista. Reformistien haaveilemissa vankiloissa ei rangaistu, aiheutettu rikolliselle tuskaa tuskan tuottamisen itsensä vuoksi tai pyritty kostaamaan rikollisen tottelemattomuutta lain ja suvereenin edessä. Rangaistuksen tarkoitus oli korjaava, reformatiivinen. Yksilö parannettiin.⁵⁵⁵

Foucault'n toinen keskeinen ajatus oli, että vankilalaitos epäonnistui tässä tehtävässään. 1800-luvun ensimmäisinä vuosikymmeninä kävi selväksi, että vankiloissa ei onnistuttu normaalistamaan ihmisiä. Ne eivät tosiasiaassa korjanneet ihmisen luonteenlaatua. Vankilalaitoksesta huolimatta rikollisuus ei vähentynyt. Rangaistut uusivat rikoksensa. He eivät tointuneet kuuliaisiksi ruumiiksi. Vankiloista aiheutui eräässä mielessä enemmän ongelmia kuin ne ratkaisivat. Vankilaan joutuneen perheen talous raunioitui. Vankila toimivat itse asiassa rikollisuuden ja rikollisten kasvualustoina.⁵⁵⁶

Serlachiuksen ja Foucault'n ajatusten yhteensovittaminen on jossakin määrin vaikeaa. Tämä johtuu siitä, että Serlachiuksen esityksessä vankeusrangaistus ja vankilalaitos eivät ole näkyvästi esillä. Rangaistuksen korjaava vaikutus ei Serlachiukselle hahmotu 1700-luvun lopun reformistien esittämän vankilalaitoksen kautta. Ihmisten alistaminen kurille, konkreettinen ruumiin kautta tapahtuva yksilön luonnon kesyttäminen, hänen persoonallisuutensa muuttaminen, jää taustalle, eräänlaiseksi kirjoittamattomaksi alaviitteeksi.

Tämän ulottuvuuden lukisi kuitenkin mielellään osaksi Serlachiuksen kertomusta ja niin voi mielestäni tehdä. On väistämätöntä, että Serlachiuksella rangaistuksella vaikuttaminen tapahtuu ainoastaan rangaistuksen aiheuttaman psyykkisen pahan eli lähinnä sen ilmentämän moraalisen ja eettisen paheksunnan kautta. Tilanne on ristiriitainen siinä, että Serlachiuksen kertomuksessa rangaistuksen todellisuus jää syrjään. Osittain tämä varmasti johtuu siitä, että verratessaan rangaistusta ja vahingonkorvausvelvollisuutta Serlachius tulee kiinnittäneeksi huomiota lähinnä sakkorangaistukseen, koska se muistuttaa muodoltaan eniten vahingonkorvausvelvollisuutta. Siinä käytetään samaa välinettä: rahaa. Vankeusrangaistus eroaa jo muodoltaan niin selvästi vahingonkorvausvelvollisuudesta, että vastaavuutta vahingonkorvausvelvollisuuden ja vankeusrangaistuksen välillä on vaikea nähdä. Serlachiuksella rangaistus typistyykin *Straff och skadeståndissa* pelkäsi tuomioksi, jota ehkä seuraa jokin todellinen paha, mutta samalla tosiasialliset rankaisemisen käytännöt jäävät toissijaisiksi. Vahingonkor-

⁵⁵⁵ Ks. esim. Foucault 2002a s. 97–98, ks. myös s. 88–92, jossa Foucault erottelee muita kontrollimuotoja.

⁵⁵⁶ En tässä kohdin mene siihen, millaisen vastauksen Foucault antaa kysymykseen, miksi vankilalaitos selvästi tunnistetusta epäonnistumisestaan huolimatta saattoi selvittää lähes muuttumattomana kaikista uudistamisyrityksistä huolimatta. Ks. Foucault 2001 s. 371–400. Ks. myös lyhyesti Garland 1990 s. 149–150.

vausvelvollisuus saa sen sijaan tosiasiallisen sisällön: siinä on kysymys rahan maksamisesta.

Taustalle voi ehkä lukea idean, jonka mukaan vapausrangaistus on luonnollinen tapa rangaista: se on vapautta korostavan yhteiskunnan yksinkertaisin ja tasa-arvoisin rangaistuksen muoto.⁵⁵⁷ Tämä rangaistuksen ja vahingonkorvausvelvollisuuden analyysissä ilmenevä epätasapaino mahdollistaa sen, että Serlachius voi sanoa:

”Åtskillnaden mellan straffet, och skadeståndet består således ej i den faktiska påföljd, de medföra för den dömde, utan i den olika afsikt, som ligger till grund för dem. Medan straffet afsiktigen tillfogar ett ondt för att utplåna det orättas psykiska värkningar, vänder sig skadeståndet mot dess fysiska följd, med de yttre störningar i rättsförhållandena, detsamma åstadkommit.”⁵⁵⁸

Oikeastaan epätasapainon merkitys on analyysin lopputulosten kannalta mitätön. Jos Serlachius olisi ottanut huomioon rangaistusten, erityisesti vapausrangaistuksen, todellisuuden, ero olisi ollut todennäköisesti entistä selvempi. Foucault’n kuvaamassa vankilassa suoritettavan vankeusrangaistuksen ja tuomioistuimen asettaman vahingonkorvausvelvollisuuden identiteettivaikutuksien välille olisi avautunut ammottava kuilu.

On kuitenkin kiinnostavaa miettiä, miksi Serlachius ei lopulta havainnut vankiloiden ja vankeusrangaistuksen merkitystä kriminaalin poikkeavan luonteensa laadun muuttamisessa. Vaikka Foucault jäljittääkin modernin vankilalaitoksen synnyn 1700-luvun loppuun ja 1800-luvun alkuun ja pitää Benthamin *panopticon*-kehittelyjä esimerkkinä täydellisestä kurinpidollisesta vankilasta, rikosoikeustieteeseen kurinpito, vankeusrangaistus ja vankilalaitos yksilöä muuttavana instituutiona näyttävät tulleen varsin myöhään. Pasquino mainitsee rikosoikeudellisen seuraamusjärjestelmän tietoisesta kurinpidollistumisen alkupisteestä vuoden 1885.⁵⁵⁹

Ilman positivistisen kriminologisen koulun vaikutustakin lopputulos on Serlachiuksen analyysissä hyvin selvä: Hän nimittäin toteaa vahingonkorvausvelvollisuudesta seuraavaa:

”icke [...] kan skadeståndet, som ålägges den uppstudsige, betraktas såsom en reaktion, hvilken afsåge att kufva honom, att bringa honom till [lagens] underdånighet. [...] Huru man än ser saken, låter sig alltså skadeståndet ej upp-

⁵⁵⁷ Vrt. esim. Foucault 2001 s. 317–318.

⁵⁵⁸ Serlachius 1901 s. 70.

⁵⁵⁹ Ks. Pasquino 1991; Sitte 1995. Vrt. Foucault 2002a s. 83, jossa ajankohta on merkittävästi aiempi. Sitte esittää mielenkiintoisia näkökulmia juuri hoitavan rangaistusajattelun ja ns. uusklassisen rangaistusajattelun suhteesta. Rangaistusteorioiden ja kriminaalipolitiikan suhteista yleisesti ks. Lappi-Seppälä 1987 s. 125–145; Nuutila 1997 s. 21–37.

fattas såsom en motvärkan mot det orättas psykiska orsaker, afseende att stärka individens aktning för lag och rätt.”⁵⁶⁰

Huomio on nähdakseni erityisen tärkeä: vahingonkorvausvelvollisuuden ja rangaistuksen välinen ero on (h)aavekuvassa luotava juuri siksi, että oikeudelliselta ohjaamiselta voitaisiin välttyä ja vahingonkorvausoikeus pitää siviilioikeudellisenä, vapauden infrastruktuuria konstituoivana oikeudenalana. Siksi vaikuttaa kin perustellulta todeta, että kaikki tai ei mitään -periaatteen merkitys ei tyhjene vain neutraaliksi hahmotetun taloudellisen kentän luomaan objekti(ivi)sten mitaamiskäytäntöjen luomaan neutraalisuuteen. Neutraalisuutta on välttämätöntä pitää myös yllä toisessa suhteessa. Varallisuus oikeudella ei saa olla *identiteetti-vaikutuksia*. Sen tarkoituksena ei ole eikä saa olla ihmisen mielenlaadun muuttaminen. Serlachiuksella tämä vaatimus kääntyy peräti diagnoosiksi vahingonkorvausvelvollisuuden ja rangaistavuuden edellytysten eroista. Hänen mukaansa vahingonkorvausharkinta rakentuu ulkoisten käyttäytymismuotojen tasolla ”rätt och slätt efter en normalhandling”. Riksvastuussa mittapuuna käytetään puolestaan ihmisen *persoonallisuutta*, joka kuvastuu hänen suhtautumiseensa tai kuten Serlachius asian ilmaisee: ”genomsnittsmänniskans aktning för annans rätt och, för att kunna afgöra huruvida ett minus härutinnan föreligger, måste taga hänsyn till den handlande personens egenart i öfrigt.”⁵⁶¹

Nyt varallisuus oikeuden sääntelylogiikka voidaan ymmärtää uudella tavalla. Edellä toisessa luvussa kuvatussa mielessä, *makrotasolla*, varallisuus oikeudella ei saa pyrkiä vaikuttamaan taloudellisen toiminnan rakenteisiin siinä mielessä, että vapauden infrastruktuurista poikettaisiin. Metafyysinen, hallinnan mentaliteetin sanelema rakenne oli yhtä aikaa luotava ja säilytettävä. Siksi varallisuus oikeuden tuli pysytellä etäällä toiminnasta ja luoda formaalisen, sosiaalisista puitteistaan nostetun ja abstrahoidun vapauden infrastruktuuri. Ei enempää eikä vähempää. Makrotasolla sääntelyn rakenne takaa lopputuloksen. Vain taloudellinen vahinko korvataan -periaate ja vahingon määrä on sen taloudellinen arvo -idea ovat tämän vakaumuksen johdannaisia. Kun pysyteltiin taloudellisen piirissä ja toimittiin sen ehdoilla, vapauden infrastruktuuri säilyi.

Mikrotasolla, joka saa ilmauksensa erityisesti kaikki tai ei mitään -periaatteessa, sama vaatimus kääntyy vaatimukseksi sääntelyn amoraalisuudesta suhteessa yksittäisen ihmisen luonteenlaatuun. Varallisuus oikeudella ei saanut pyrkiä ohjaamaan taloudellisen elämänpiirin sisällä spontaanisti syntyvän toiminnan lopputuloksia. Kuten jo edellä huomautin, tilanne olisi täysin selvä, jos syyllisyyttä määrältään heijastava vahingonkorvausvelvollisuus kiinnitettäisiin aina ja mahdollisena sanktiona jokaiseen tekoon, jota voidaan pitää moitittavana: vahingon-

⁵⁶⁰ Serlachius 1901 s. 72–73, korostus MV.

⁵⁶¹ Serlachius 1901 s. 102.

korvausoikeus olisi mitä moraalisin instrumentti. Näin ei kuitenkaan ole. Vahingonkorvausvelvollisuus seuraa vain oikeudenvastaisesta eli tuottamuksellisesta teosta – tai hieman myöhemmin 1800- ja 1900-luvun vaihteesta tietyissä tilanteissa myös tuottamuksesta riippumatta⁵⁶². Amoraalisuuden vaatimus heijastuu ensinnäkin binaariseen vastuuperusterakenteeseen. Amoraalisuuden vaatimus konkretisoitui siinä siten, että moitittavuuden arviointi saattoi ylipäätään kohdistua vain selkeästi kiellettyihin eli oikeudenvastaisiin tekoihin. Sallitun sisällä ei ohjattu.

Toisaalta ne ihmiset, jotka syyllistyvät kiellettyyn tekoon, olisivat voineet olla rikosoikeudelliseen tapaan konkreettisen moraalisen ohjaamisen kohteina. Tärkeää on huomata myös kaikki tai ei mitään -periaatteen vaikutus. Moraalista ohjaamista rajoitettiin vielä toisesta suunnasta: binaarista vastuuperustetta seurasi binaarinen vastuun laajuuden arviointi. Kun vastuuperusteessa ei ollut harmaita alueita, niitä ei saanut olla vastuun laajuuden harkinnassakaan.

Miksi? Kysymys on ennen kaikkea ihmisestä eli yksilöstä ja tämän identiteetistä. Puuttumattomuusperiaate – perusteluineen – ulottuu myös ihmiskäsitykseen. Varallisuus oikeudella ei saa pyrkiä kasvattamaan ihmisiä tai ohjaamaan näiden valintoja.⁵⁶³ Graham Burchell esittää Adam Smithiin viitaten, että ihminen voi liberalistisen käsityksen mukaan olla rationaalinen vain silloin, kun hän saa toteuttaa omia intressejään. Burchell kirjoittaa:

⁵⁶² Ankarassakin vastuussa lähtökohtana on täysi korvaus. Kyse on vain erillisestä vastuuperusteesta, johon vastuuperusteen erityislaadusta huolimatta sovelletaan normaaleja seuraamuksia koskevia sääntöjä. Miksi ankara vastuu järjestyy samojen periaatteiden varaan kuin normaali vahingonkorvausvastuukin, on kiinnostava kysymys. Kun François Ewald on luonnehtinut ankaraa vastuuta peräti uuden oikeustyyppin, kokonaisen oikeudellisen rationaliteetin airueeksi, on suorastaan paradoksaalista, että ankaraa vastuuta seuraavan vastuun laskentaperusteet järjestettiin – ainakin ensin, ennen vakuutusjärjestelmien kehittymistä – perinteisten, liberaalien lähtökohtien varaan.

Joka tapauksessa ankaran vastuu ilmaantuminen vaikuttaa olleen omiaan vankentamaan vakaukseen, että vahingonkorvauksen tuli olla amoraalista, kuin heikentämään sitä. Ankarassa vastuussa *vahingonkorvaussanktio* – siis ne seuraamukset, jotka saattoivat johtua oikeudenvastaisesta teosta – saatettiin ulottaa myös ei-oikeudenvastaiseen tekoon. Tästä syystä oli syytä pitää erityisen tarkasti huolta siitä, että ainakaan voimassa olevan oikeuden mukaisesta tai peräti sen vaatimasta teosta ei asetettu moittivaa seurausta. Tästä tehtiin – varmasti ainakin skandinaaviselle realistille kehäpäätelmältä haistettava – päätelmä, että tavallinenkaan vahingonkorvausvastuu ei voinut eikä saanut olla moittivaa. Kun ankara vastuu asettui oikeuden systematiikassa osaksi vahingonkorvaussäännöstöä, myös normaalin culpa-vastuun laajuudesta ja sen perusperiaatteista käyty keskustelu näyttää saaneen ratkaisunsa. Koska vahingonkorvausseuraamuksen tuli olla yhtenäinen kaikkialla missä sitä käytettiin, sen moraaliset ulottuvuudet tuli järjestää mahdollisimman konservatiivisesti, siten, että yhdestä ja samasta vahingonkorvauksesta saatettiin puhua myös uuden vastuutyyppin yhteydessä.

⁵⁶³ Vrt. esim. Tadros 1998 s. 92.

”It is the opacity of economic processes, the necessary invisibility of a non-totalizable multiplicity of essentially atomic points of calculation and action, that founds the rationality economic agents as individual subjects of interest: *only* the isolated subject of interest is rational, only the individual is in a position to know his or her own interest and able to calculate how best to pursue it.”⁵⁶⁴

Alles-oder-Nichts-periaatteessa onkin nähdäkseni kysymys rationaalisuuden varmistamisesta mikrotasolla. Varallisuusoikeudessa ihminen eli *täysivaltainen mies* on subjektina jo valmis. Hänet on tehty, kasvatettu, muokattu ja koulutettu muualla.⁵⁶⁵ Kun varallisuusoikeus ei moiti edes silloin, kun yksilö on rikkonut toisen subjektiivista oikeutta, taloudellisen toimijan rationaalisuuden edellytykset voivat säilyä. Hän voi pysyä sinä yksilönä, joka hän on. Kontrasti ihmistä muokkaavaan rangaistukseen on mitä ilmeisin.

Tärkeää on myös huomata se käsitteellinen tila, johon varallisuusoikeuden toimijat sijoittuvat. Tila ja sille ominaiset toimijat eivät ole samoja kuin rikosoikeudessa, vaikka teko voisikin olla tismalleen sama. Rikosoikeudessa rikollinen – murhaaja, raiskaaja, varas tai ryöstäjä – asettuu järjestäytyneen kansalaisyhteiskunnan ulkopuolelle. Hän on paha, kuten Serlachiuskin asian ykskantaan ilmaisee. Hänellä on rikollinen mielenlaatu, joka on korjattava, jonka nitistämiseksi yhteiskunnan on ryhdyttävä toimenpiteisiin. Kun rikollisia tuomitaan kriminalisoinnissa kuvatuista teoista, ”samalla annetaan tuomioita myös intohimoista, vieteistä, poikkeavuuksista, vammoista, sopeutumattomuudesta sekä ympäristö- tai perintötekijöiden seurauksista: tuomitaan pahoinpitelyistä, mutta niiden kautta joutuu tuomion kohteeksi myös aggressiivisuus, jaellaan tuomioita väkisinmakaamisesta, mutta samalla perversiteetistä; rangaistaan murhista, joihin liittyy myös viettejä ja haluja.”⁵⁶⁶

Varallisuusoikeudessa, kun täysin samaa tekoa käsitellään vahingonkorvausoikeudellisissa raameissa, sama tekijä on vain vahingonaiheuttaja, ei rikollinen, ei järjestäytyneen yhteiskunnan ulkopuolella, eikä kasvattamisen kohde. Kun vahingonkorvausvelvollisuus rajoitetaan vain aiheutuneen vahingon korjaamiseen, todellisen vahingon suuruiseksi, tälle tielle ei päädytä. Varallisuusoikeudesta ei tule samanlaista normaalistamisen välinettä kuin rikosoikeudesta. Toisaalta ehkä myös oikeudellisen nimeämisen ja luokittelemisen voima on yksi syy, miksi vahingonkorvausvelvollisuus ja rangaistus haluttiin niin selkeästi erottaa toisistaan.

Koulutus- ja muokkausnäkökulma on syytä pitää mielessä, kun tarkastellaan prevention mahdollisuutta perinteisessä varallisuusoikeudessa. Liszt ja Dernburg

⁵⁶⁴ Ks. Burchell 1991b s. 134.

⁵⁶⁵ Ks. esim. Shamir 2008 s. 4–5.

⁵⁶⁶ Ks. Foucault 1998 s. 27.

puhuivat vääryyden kitkemisestä. Vääryys oli poistettava yhteiskunnasta. Tärkeää on huomata, että vääryyden kitkeminen kohdistuu *tekoihin*: oikeudenvastainen teko oli se vääryys, joka oli poistettava. Teon psykologisiin syihin ei vielä rangaistuksella pyritty puuttumaan. Jo skandinaaviselle realismille ominaisessa preventiökäsityksessä näkökulma muuttuu. Ekelöf – prosessioikeuden asiantuntijana – puhuu jo yleisten moraalikäsitteiden muokkaamisesta prevention vaikutusmekanismina.⁵⁶⁷ Tosin Ekelöfkin myöntää, että vahingonkorvausoikeudessa moraalikytkentä ei ole yhtä selvä kuin rikosoikeudessa.⁵⁶⁸ Yksilöstä pysytellään tässäkin tapauksessa kaukana.⁵⁶⁹

Paradoksaalista kyllä, vapauden infrastruktuurin peruspiirteitä heijastavasta ja kodifioivasta varallisuus oikeudesta sukeutuu toisaalta myös jättimäinen koulutushanke. Hankkeen perimmäisenä tavoitteena on muokata massoista juuri edellytetyn sivistyneen vapauden toteuttamiseen kykeneviä hyviä kansalaisia, oikeita taloudellisia toimijoita, jotka pystyvät toimimaan siten kuin liberaaliin taloudelliseen osallisten on tapana tehdä.⁵⁷⁰ Abstrakteille periaatteille perustuvilla oikeussäännöillä pyrittiin muokkaamaan massojen identiteettiä, opettamaan näillä, miten sivistyneen ihmisen tuli toimia.⁵⁷¹ P. S. Atiyah huomautti *The Rise and Fall of Freedom of Contract* -tutkimuksessaan kuivasti, että hanke epäonnistui, koska abstraktit säännöt eivät lopulta ohjanneet herrasmiestä. Hänen toimintaansa määrasivät pitkällisessä koulutuksessa herrasmieheen iskostetut morali- ja käyttäytymiskoodit, jotka kertoivat, miten vapautta voitiin käyttää.⁵⁷² Abstraktit periaatteet eivät olleet koskaan riittäneet. Massoista ei voitukaan kouluttaa ainakaan varallisuus oikeudessa valitulla keinolla haluttuja, sivistyneitä, vapauden käyttämiseen tottuneita kansalaisia.⁵⁷³

Vielä yksi huomio. Tehdään ajatuskoe. Siirretään Foucault’n ajatus kurinpidollisten teknikoiden valtaamasta rikosoikeudesta varallisuus oikeuteen. Siinä kuvastuu siviilioikeuden luojien kauhukuva:

⁵⁶⁷ Ks. Ekelöf 1991 s. 17.

⁵⁶⁸ Ks. Ekelöf 1991 s. 26.

⁵⁶⁹ Ks. Ekelöf 1991 s. 7.

⁵⁷⁰ Ks. esim. Atiyah 1979 s. 256–286 ja s. 655.

⁵⁷¹ Ks. esim. Fitzgibbonsin (Fitzgibbons 1997 s. 106–110) erittäin mielenkiintoista esitystä Adam Smithin oikeusteoriasta ja käsityksistä oikeudesta.

⁵⁷² Ks. Atiyah 1979 s. 655.

⁵⁷³ Ks. esim. Atiyah 1979 s. 655. Vrt. toisaalta esim. Schwab 2000 s. 346, joka Hans Schulte-Nölkeen viitaten esittää, että BGB olisi vasta sata vuotta syntymänsä jälkeen saamassa arvoisensa vapaiden ihmisten yhteiskunnan. Atiyah kuvaa tätä koulutusprojektia toteamalla, että siinä herrasmiehen käyttäytymis- ja kunniakoodi pyrittiin siirtämään massoille yksinkertaisten ja yksiselitteisten sääntöjen ja periaatteiden avulla. Vapauden suojaaminen ja kultivoiminen ei riittänyt, mutta liian lähellekään ei toisaalta haluttu mennä. Oikeus vaikutti etäältä, mallina. Se kertoi, mikä oli kiellettyä ja mikä sallittua, mutta ei suoranaisesti pakottanut eikä ohjannut. Se muodosti vapaudelle puitteet.

”Rangaistuksen ihanteellisena huipentumana olisi loputon kuri eli kuulustelu, joka ei koskaan päättyisi, tutkinta, joka jatkuisi rajattomiin pikkutarkkana ja yhä erittelevämpänä tarkkailuna, tuomitseminen, joka olisi samanaikaisesti sekä päättymätöntä todistusaineiston keräämistä että sellaisen rangaistuksen harkittua lievyyttä, joka nivoutuisi tutkinnon sitkeään uteliaisuuteen, oikeuskäsittely, joka olisi samalla kertaa sekä jatkuvaa poikkeaman mittaamista suhteessa saavuttamattomaan normiin että äärettömyyden tavoitteluun pakottava asymptoottinen liike. Kidutus on looginen päätös inkvisition ohjaamalle oikeuskäsittelylle. Tarkkailun alaiseksi asettaminen on kurinpito- ja tutkintamenetelmien valtaaman oikeuden luonnollinen jatke.”⁵⁷⁴

Jos lainauksen ensimmäisen sanan korvaa sanalla vahingonkorvaus, käsillä on liberaalin varallisuus oikeuden kauhukuva. Jos kaikki tai ei mitään -periaatteesta poikettaisiin, päädyttäisiin kaltevalle pinnalle, jonka päässä häämöttää juuri edellä kuvattu kauhukuva. Tämä kauhukuva perustelee sitä, miksi kaikki tai ei mitään -periaatteesta haluttiin pitää tiukasti kiinni siitä huolimatta, että se saattoi johtaa useissa tapauksissa epäoikeudenmukaisiin lopputuloksiin.

⁵⁷⁴ Foucault 2001 s. 310.

TOINEN OSA

Vahinkojen korvaamisen tekniikat ja tavoitteet

5. LUKU

Fyysinen todellisuus ja sen ennallistaminen

Tässä luvussa siirryn kehittämään voimassaolevalle normistolle uutta taustateoriaa korvaamisesta. Tarkastelun kohteena ovat yksinkertaisimmat vahinkotapahtumat, välittömät esine- ja henkilövahingot. Väitän, että välittömiä esine- ja henkilövahinkoja korvataan ensi sijassa korjaamalla. Vahingonkorvausta tuomitaan määrä, jolla vahingoittunut esine voidaan korjata vahinkotapahtumaa edeltäneeseen tilaansa. Tuhoutuneesta esineestä korvataan vastaavan esineen uudelleenhankinnasta aiheutuvat kustannukset. Henkilövahingoissa vahingonkorvauksen määrä on yhtä kuin kehon (ja mielen) korjauskustannukset.

Taloudellisen arvon julkisivuun ilmestyy ensimmäinen halkeama. Rahan viitekehys muuttuu suorien esine- ja henkilövahinkojen osalta. Kun vahinkojen korvaamisen tavoitteeksi asetetaan näissä vahingoissa fyysinen ennallistaminen, rahaa käytetään suoraan ja välittömästi fyysiseen ennallistamiseen. Raha ei ohjaa arvon kiertotielle. Sillä ainoastaan ostetaan raaka-aineita, työtä ja taitoa, ja kootaan ennallistamiseen tarvittavat resurssit.

1. ARVOSTA ENNALLISTAMISEEN

(H)aavekuvassa korvaamisen peruslähtökohdat rakentuivat kolmen periaatteen varaan. Vain taloudellinen vahinko oli korvattava. Vahingonkorvauksen määrän tuli vastata vahinkotapahtuman aiheuttaman taloudellisen menetyksen arvoa. Vahingonkorvauksen tuli olla moraalisesti neutraalia. Asetelmaa hallitsi taloudellisen arvon käsite. Se perusteli, mikä vahinko oli korvattavaa ja miten sitä tuli korvata.

Edellisessä osassa kävi selväksi, että (h)aavekuvan tarjoama vahinkojen korvaamisen taustalla hämmöttävä ontologia on läpikotaisin ongelmallinen, niin lähtökohdiltaan kuin yksityiskohdiltaan. (H)aavekuva on tiukasti sidoksissa tiettyyn leimallisesti porvarilliseen käsitykseen yhteiskunnasta ja ihmisestä. Vahingonkorvausoikeus lukittuu tiukasti rajattuun paikkaan, osaksi siviilioikeutta ja varallisuus oikeutta ja sille hahmotetaan tehtävä näille oikeudenaloille ominaisella tavalla. Paikka rajoittaa vahingonkorvausoikeuden normatiivisia mahdollisuuksia. Moraaliset kannanotot, preventio, kohtuullisuuden tavoittelemine, hyvittäminen, symbolinen merkityksenanto tai esimerkiksi taloudellisen tehokkuuden tavoittelu ovat marginaalisia tavoitteita (h)aavekuvassa. Niiden tavoittelemine on sallittua vain silloin, kun se ei edellytä (h)aavekuvan edellyttämien aprioristen normirakenteiden muokkaamista.

Samaan aikaan on selvää, että (h)aavekuvan periaatteet eivät sovi yhteen voimassa olevan normiston kanssa. (H)aavekuva ei ole pätevä representaatio normistosta tai sen taustalla vaikuttavista tosiasiallisista yleisistä opeista. Vahingonkorvausoikeus järjestyy tosiasiasa (h)aavekuvasta poikkeavien käsitysten varaan, mutta tätä taustaa ei ole kirjallisuudessa pystytty tyydyttävällä tavalla artikuloimaan. (H)aavekuvan tilalle tarvitaan uusi teoreettinen viitekehys, jonka varassa vahingonkorvauksen määrän arviointia koskevia sääntöjä voidaan ymmärtää. Tutkimuksen toisessa osassa tarkoitukseni ovatkin kaksijakoiset: yhtäältä kuvata voimassa olevaa normistoa ja toiseksi kehitellä (h)aavekuvalle vaihtoehtoja teoreettista ajattelutapaa.

Lähden tässä kehittyessä liikkeelle kaikkein kouriintuntuvimmista vahinkotapahtumista, esineiden ja kehojen vahingoittumisesta. Suljen tarkastelun ulkopuolelle monimutkaiset ja monopoliset syy-seurausketjut, jotka esineisiin saatavat kiinnittyä. Sulkeistan tulevaisuutta koskevat odotukset ja esimerkiksi keskeytyneeseen liiketoimintaan tai ansiotyöhön kytkeytyneet tulonmenetykset. Nyt puhutaan vain raaoista fyysisistä tosiasioista, fyysisten kappaleiden muutoksista ja näiden muutosten korvaamisesta.

(H)aavekuvassa fyysisten kappaleiden korvaamisen käytäntöjä hallitsee vaihtoarvon yksinkertainen ja selkeä hahmo. Korvaamisen lähtökohtana on *esineen taloudellinen arvo*. Kun esinevahinkoja korvataan, korvataan esineen arvo. Differenssiopin mukaisessakin arvioinnissa esineen arvo on yhtä kuin differenssi-

opin mukaan laskettava taloudellinen menetys. Kyse ei ole vain (h)aavekuvan lähtökohdasta. Tilanne on edelleen sama vahingonkorvausoikeuden valtavirrassa. Esimerkiksi Routamo, Ståhlberg ja Karhu opettavat, että esinevahinkojen korvaamisessa soveliaan mittapuun etsimisessä on kysymys valinnasta ”myyntiarvon, käyttöarvon, jälleenhankinta-arvon, päivänarvon ja tuottoarvon välillä”.⁵⁷⁵ Heidän mukaansa esinevahingon korvaamista koskeva vahingonkorvauslain 5:5 jättää avoimeksi ”mm. seuraavat ongelmat:

- mitä *arvoa* tarkoitetaan (käyttöarvoa omistajalle, myyntiarvoa jne.)
- minkä ajankohdan mukaan *arvo* määritellään,
- kuinka valinta korjaamisen ja tuhoutuneeksi katsomisen välillä tehdään, ja
- minkä ajankohdan mukaan *arvonalennus* määritellään.”⁵⁷⁶

Arvon korostaminen ei ole kuitenkaan täysin poikkeukseton lähtökohta. Mika Hemmo esittelee varsin lyhyessä esinevahinkojen korvaamista koskevassa *Vahingonkorvausoikeuden* jaksossa esinevahinkojen korvaamiskäytäntöjä kasuistisesti, suhteessa erilaisiin käytännön tilanteisiin, eikä pyri luomaan korvauskäytäntöjen taustalle minkäänlaista niitä systematisoivaa rakennetta.⁵⁷⁷ Lähtökohdat ovat varsin modernit: Hemmo korostaa korjaamista ja konkreettista uudelleen-hankintaa. Silti arvon terminologia nostaa päätään, eritoten, jos puhutaan vahinkojen korvaamisen yleisistä lähtökohdista. Vahinkojen korvaaminen kun edellyttää aina *arvostamista*.⁵⁷⁸ Vanhemmassa kirjallisuudessa arvo on keskeisessä asemassa. T. M. Kivimäen ja Matti Ylöstalon *Siviilioikeuden oppikirjassa* se on saksalaiseen tapaan täysin keskeinen ja itsestään selvä teoreettinen lähtökohta.⁵⁷⁹ Sama koskee Y. J. Hakulisen *Velvoiteoikeutta*.⁵⁸⁰ Hans Saxénin vuonna 1975 ilmestyneessä *Skadeståndsrättissä*⁵⁸¹ näkyy puolestaan selvästi Ulf Perssonin väitöskirjan *Skada och värde*⁵⁸² vaikutus.

Ruotsissa Jan Hellner suhtautui tunnetusti kriittisesti differenssioppiin ja esitti johdonmukaisesti 1960-luvulta lähtien, että sen käytännön hyöty oli vähäinen. Hänen mukaansa kutakin vahinkolajia koskevia sääntöjä olikin hyödyllisempää tarkastella erikseen. Esinevahingoissa Hellner kuitenkin lähti liikkeelle arvon korvaamisesta. Skadeståndslagin terminologian mukaisesti esinevahingossa korvattiin joko esineen arvo tai sen korjauskustannukset ja arvonalennus sekä muut kustannukset. Arvokytkentää korostaa se, että esinevahingon välittömistä seu-

⁵⁷⁵ Ks. Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006 s. 405, korostus MV.

⁵⁷⁶ Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006 s. 405, korostukset MV.

⁵⁷⁷ Ks. Hemmo 2005b s. 199–201.

⁵⁷⁸ Ks. Hemmo 2005b s. 201–202.

⁵⁷⁹ Ks. Kivimäki 1946 s. 187–189; Kivimäki – Ylöstalo 1973 s. 492–493.

⁵⁸⁰ Ks. Hakulinen 1958 s. 323–325

⁵⁸¹ Ks. Saxén 1975 s. 276–280.

⁵⁸² Ks. Persson 1953.

rauksista muodostuva vahinkoerä oli Hellnerin terminologiassa *värdeersättning*, arvonkorvaus.⁵⁸³

Bengtsson ja Strömbäck ovat *Skadeståndslagen*-kommentaarissaan samoilla linjoilla. Esinevahingosta on tuomittava korvaus täyden korvauksen periaatteen mukaisesti. Bengtssonin ja Strömbergin omaksuman terminologian mukaan esinevahingossa maksetaan korvausta juuri jostakin ”som brukar nämnas värdeersättning”⁵⁸⁴. Arvon ja korvauksen välinen kytkentä on kirjattu myös Ruotsin skadeståndslagen valmistelutöihin 1970-luvun alussa: *Regerings proposition 1972:5*:ssä todetaan, että korvauksen tulee vastata ”den förmögenhetsvärde som går förlorat till följd av att ett föremål skadas”⁵⁸⁵.⁵⁸⁶ Carl Martin Roosin käsityksiä puolestaan kuvanee jo se ensimmäinen huomio, jonka hän esittää aloittaessaan käsittelemään esinevahingosta maksettavan korvauksen suuruutta. Roos toteaa:

”Skadeståndslagen ger ingen närmare vid vägledning hur man vid totalskada skall bestämma den skadade egendomens värde.”⁵⁸⁷

Aivan viime vuosina tiukka arvokytkeä on Ruotsissa kokenut jonkinasteisen renessanssin. Kehitys sai alkunsa vuonna 1998, kun Richard Hagerin väitöskirja *Värderingsrätt* ilmestyi. Hagerin väitöskirja käsittelee ensi sijassa pakkolunastuskorvauksia, mutta se laajenee lopulta koskemaan kaikkia oikeusjärjestelmän erilaisia korvaussääntöjä, vakuutus oikeudesta ja vahingonkorvausoikeudesta yhtiö-, immateriaali- ja vero-oikeuteen. Perusajatuksena on, että kaikkia näitä eri oikeudenalojen sääntöjä yhdistää se, että niissä pyritään määrittämään eri esineiden ja asioiden *arvo*. Hagerin *värderingsrätt*-oikeudenalassa oikeudellisen sääntelyn kohteena on siis nimenomaisesti *arvostaminen* ja erilaisilla *arvon* menetelmillä operoiminen. Pyrkimys arvon määrittämiseen yhdistää näitä sääntöjä ja luo oikeudenaloille taustakehikon. Tämä käy ilmi esimerkiksi siitä, miten Hager määrittelee tutkimuksensa toisen jakson, jossa hän käy läpi eri oikeudenalojen arvostussääntöjä. Hager kirjoittaa, että jakson tarkoituksena on selvittää

”eventuella principiella likheter och skillnader, samt beröringspunkter, mellan de olika områden, vilket kan leda till en fördjupad förståelse för *rättslig värdering* som sådan. En fördjupad och breddad kunskap om den rättsliga värderingens huvudproblem och olika lösningar härpå, kan också bidra till att lösa

⁵⁸³ Ks. esim. Hellner 1973 s. 274–275; Hellner – Radetzki 2006 s. 412–413.

⁵⁸⁴ Bengtsson – Strömbäck 2002 s. 292.

⁵⁸⁵ s. 578.

⁵⁸⁶ Vrt. kuitenkin Bengtsson – Nordenson – Strömbäck 1985 s. 217, korostus MV, jossa kytkentä taloudelliseen arvoon on vielä välittömämpi: ”I dessa situationer uppkommer frågan hur förlusten skall värderas.”

⁵⁸⁷ Roos 1990 s. 270.

de enskilda frågeställningar, som uppkommer i en värdering, som ytterst kan komma avgöras av en domstol.”⁵⁸⁸

Svensk juristtidningin mielenkiintoisessa arvo-”teemanumerossa” Hager esittää arvoa entisestään korostavia mielipiteitä. Hän toteaa muun muassa seuraavaa:

”Utgångspunkten för rättslig värdering i de ersättningssituationer som här åsyftas är att söka det individuella så att säga korrekta eller rätta värdet, dvs. för varje enskilt fall finns det ett objektivt riktigt värde som domstolen har att finna. Det är fråga om att träffa rätt på kronan och öret. Värderingen skall vara fullt ut objektiv i den mening att alla de val som kan behöva träffas i olika detaljfrågor skall genomföras på ett sätt som för det enskilda fallet är det enda rätta sättet.”⁵⁸⁹

Marcus Radetzki tuntuu jakavan samat lähtökohdat Richard Hagerin kanssa. Radetzki lähtee esityksessään esinevahinkoja koskevassa esityksessään liikkeelle Ruotsin vahingonkorvauslain (skadeståndslag) 5 luvun 7 §:n tulkinnasta. Radetzkin mukaan säännös ”syftar uppenbarligen till att återställa det värde som skadade egendomen representerade före skadan.” Tämän jälkeen Radetzki toteaa yleisen vahingon laskemista koskevan periaatteen edellyttävän, että ”ersättningen skall motsvara den skadade egendomens värde före skadan.”⁵⁹⁰ Toisaalla Radetzki kirjoittaa, että sama lainkohta nimenomaisesti edellyttää, että ”skadeståndet avseende sakskada bestämmas till ett belopp motsvarande det skadade föremålets värde.”⁵⁹¹ Radetzkin mukaan lähtökohtana vahingon suuruuden arvioinnissa on vahingoittuneen esineen taloudellinen arvo. Radetzki toteaa, että arvon määrittäminen on kuitenkin ”en tämligen besvärlig uppgift” yhtäältä johtuen säännöksen epämääräisyydestä ja toisaalta siitä, että arvon määrittämiseen on tarjolla useita, usein keskenään ristiriitaisiin lopputuloksiin johtavia tekniikoita, joiden välillä on tehtävä ratkaisutilanteessa valinta.⁵⁹²

Lähtökohtana useimmille esinevahinkojen korvaamisen teoreettisille hahmotamistavoille ovat sekä suomalaisen että ruotsalaisen vahingonkorvauslain esinevahinkoja koskevat, sisällöllisesti toisiaan muistuttavat säännökset. Kummassakin säännöksessä puhutaan *arvonkorvauksesta*. Suomalaisessa vahingonkorvauslain esinevahinkojen korvaamista koskevan 5 luvun 5 §:ssä todetaan, että ”esinevahinkona on korvattava esineen korjauskustannukset ja vahingosta aiheutuneet muut kulut sekä arvonalennus taikka tuhoutuneen tai hukatun esineen arvo ja lisäksi tulojen tai elatuksen vähentyminen”. Säännös on sanonnaltaan seka-

⁵⁸⁸ Hager 1998 s. 33.

⁵⁸⁹ Hager 2007 s. 284.

⁵⁹⁰ Radetzki 2004 s. 24.

⁵⁹¹ Radetzki 2004 s. 71, korostus MV.

⁵⁹² Radetzki 2004 s. 71–72, korostus MV.

va ja monitulkintainen. Jo puhtaasti semanttisesti säännöksen sisäiset alistussuhteet ovat vaikeasti tulkittavia.⁵⁹³ Esityöt eivät tuo valaistusta tulkintaan. Lähtökohdat ovat kuitenkin selkeät. Kun tuhoutuneiden tai hukattujen esineiden osalta pääteknikaksi ilmoitetut arvon korvaaminen ja arvonalennus esiintyvät silloinkin, kun esine ei ole tuhoutunut, arvo näyttää määrittelevän tehokkaasti esinevahinkojen korvaamisen ytimeksi arvon korvaamisen.

Muissa pohjoismaissa doktriinin tilanne näyttää olevan sama kuin Suomessa ja Ruotsissa. Arvo on lähtökohta. Norjassa Nygaard on todennut, että ”[u]tmåling av det økonomiske tapet går som nemmt ut på å *verdsetja den faktiske skaden i pengar*”⁵⁹⁴ ja ”[v]ed totalskade er det økonomiske tapet lik tingens *pengeverdi*”⁵⁹⁵. Vahingonkorvauksen määrän kannalta ratkaisevaksi kysymykseksi tuleekin totaali vahinkoa koskien: ”Hvad er tingens pengeverdi?”⁵⁹⁶ Saksassa esimerkiksi Karl Larenz on todennut, että rahamääräinen korvaaminen⁵⁹⁷ on BGB § 251.2 momentin perusteella ”in der Regel Wertersatz; er bezweckt, den Ersatzberechtigten für den in seinem Vermögen eingetreten Wertverlust zu entschädigen.”⁵⁹⁸ Yhdysvalloissa markkina-arvo on esinevahinkojen ja myös seurausvahinkojen korvaamisen lähtökohta. Vastaava tilanne vallitsee myös Englannin oikeudessa.⁵⁹⁹

⁵⁹³ Säännöstä olisi puhtaasti sanamuodon perusteella mahdollista tulkita ainakin kolmella tavalla: 1) osittaisen esinevahingon perusteella korvattaisiin *aina* korjauskustannukset, muut kulut sekä mahdollinen arvonalennus, tuhoutuneen esineen osalta arvo ja kummankin vahinkotyyppin osalta vielä tulojen ja elatuksen vähentyminen; 2) osittaisen että totaali vahingon osalta voidaan tuomita joko esineen korjauskustannukset, tällöin siten ymmärrettynä, että ne kattavat myös jälleenhankintakustannukset, tai sen arvo, tämän lisäksi korvattaisiin kaikissa tapauksissa muut kulut ja tulojen ja elatuksen vähentyminen; tai 3) osittaisessa esinevahingossa korvataan vain korjauskustannukset, muut kulut ja arvonalennus, tuhoutuneesta esineestä korvataan arvo ja tulon ja elatuksen vähentyminen. Erityisen ongelmallista on, että jälleenhankintakustannuksia ei mainita säännöksessä, jolloin tämä tappiolaji on jouduttu kirjallisuudessa tuomaan sisään systematiikkaan yhtenä arvon käsitteen variaationa.

⁵⁹⁴ Nygaard 2000 s. 72, korostus alkuperäisessä.

⁵⁹⁵ Nygaard 2000 s. 73.

⁵⁹⁶ Nygaard 2000 s. 73. Ks. myös Lødrup 2006 s. 339–342. Tanskan osalta ks. esim. Vinding Kruse 1989 s. 348–351; Eyben – Nørgaard – Vagner 1995 s. 221–223.

⁵⁹⁷ BGB § 249.1:ssä säädetään ensisijaisesti luontoissuoritusvelvollisuudesta. Vahingonaiheuttajalla on käytännössä velvollisuus ennallistaa kappaleiden tila vastaamaan vahinkotapahtuman tilaa. Vahingonkärsijällä on kuitenkin BGB § 249.2:n nojalla oikeus vaatia, että vahingonkärsijä suorittaa vahingonkorvausta ennallistamiseen tarvittavan määrän. Ks. Deutsch 1976 s. 439–440; Larenz 1987 s. 472–474 ja 487–489; Lange – Schiemann 2003 s. 225–228; Schlechtriem – Schmidt-Kessel 2005 s. 146–151. Luontoissuoritusvelvollisuussäännöksen juurista ks. Wolter 1985.

⁵⁹⁸ Larenz 1987 s. 472. Ks. myös Würthwein 2001 s. 382–384; Jansen 2003 s. 511.

⁵⁹⁹ Yhdysvaltalaisessa oikeuskäytännössä tämä lähtökohta on vahvistettu esimerkiksi tapauksessa *American Soc’y of Composers, Authors and Publishers v. Showtime/The Movie Channel, Inc.*, 912 F.2d 563 (2d Cir.1990) s. 569. Erilaisista arviointimenetelmistä ks. erityisesti *Schonfeld v. Hilliard*, 218 F.3d 164 C.A.2 (N.Y.) 2000 kohdat 19–24. Oikeuskirjallisuudessa on puolestaan todettu, että mitään markkina-arvoa ei välttämättä ole olemassa, vaan kyse on eräänlaisesta fiktiosta. Ks. esim.

Arvoa korostava lähestymistapa on tullut kirjatuksi myös yhteiseurooppalaisen akateemisen valmistelun tuloksena syntyneen *Principles of European Tort Law* -periaatekokoelman⁶⁰⁰ artiklaan 10:203, joka kuuluu seuraavasti:

(1) Where a thing is lost, destroyed or damaged, the basic measure of damages is the *value* of the thing or the *diminution in its value* and for this purpose it is irrelevant whether the victim intends to replace or repair the thing. However, if the victim has replaced or repaired it (or will do so), he may recover the higher expenditure thereby incurred if it is reasonable to do so.

Lähtökohtana artiklassa esinevahingon korvaamisessa on esineen arvo ja siinä vahinkotapahtuman seurauksena tapahtuvat muutokset. Joko esineen arvo tai vahinkotapahtumasta johtuva arvonalennus on korvattava. Artiklassa kuvastuu vahingonkorvauksen tarkoitukseen liittyvä vastakkainasettelu abstraktin taloudellisen arvon ja konkreettiseen tilanteeseen kiinnittyvän esineen korjaus- tai jälleenhankintakustannusten korvaamisen välillä. Taloudellisen arvon korvaaminen hahmottuu artiklassa ensisijaiseksi, prototyyppiseksi korvaamisen tavaksi, mikä käy ilmi jo asian esitysjärjestyksestä. Abstrakti arvo ohittaa konkreettiset kustannukset ja asetetaan vahinkojen korvaamisen teoreettiseksi lähtökohdaksi. Esineen taloudellisen arvon muutoksen korvaaminen on esinevahingon korvaamisen lähtökohta. Arvoa tai arvonalennusta korkeammat korjaus- tai jälleenhankintakustannukset voidaan korvata, *jos* se on kohtuullista. Kustannukset ovat arvon erityistapauksia. Niiden arvoa itsenäisinä vahingonkorvausoikeudellisina tekniikoina laskee se, että ne ymmärretään vain taloudellisen arvon approksimaatiokeinoiksi silloin, kun ”uhri” on tosiasiaassa turvautunut tai tulee turvautumaan esineen korjaamiseen tai uudelleenhankkimiseen.

Henkilövahingoissa tilanne on pohjoismaisessa kirjallisuudessa esinevahinkojen korvaamista epämääräisempi. Henkilövahingolla on muitakin kuin puhtaasti materiaalisia seurauksia. Siinä valinta on tehtävä useiden vahingon arvioinnissa vaihtoehtoisten viitekehysten välillä. Viitekehyksinä voivat olla fyysiset tunteukset, sosiaalinen toiminta, ansiotyö tai esimerkiksi elämänilo. Vaikeasti kvantifioitavia vahinkoeria ovat muun muassa kipu, särky ja muu tilapäinen haitta vammasta seuraavina tuntemuksina, vamman pysyvien seurausten vaikutus yksilön elämään, vamman vaikutus yksilön työkykyyn ja mahdollisuuksiin ansaita. Henkilövahinkojen korvaamisessa on siis lukuisia puhtaasti teknisiä ongelmia. Kuten Roos toteaa varaushintaa täyden korvauksen referenssinä käsitellessään:

Dobbs 1993 s. 216. Anglosaksisista käsityskannoista ks. esim. Allen – Hartshorne – Martin 2000 s. 159–161; McGregor 2003 s. 1030 ja 1072.

⁶⁰⁰ Principles of European Tort Law on European Group on Tort Law’n toimittama ja kokoama periaatekokoelma.

”Komplicerat blir det att kräva full ersättning för personskador. Redan frågan om reservationspriset [tai taloudellinen arvo, MV] för en avhuggen tumme är problematisk – vad skulle den skadelidande ha tagit betalt för att frivilligt ha fått den avhuggen.”⁶⁰¹

Tätä nykyä lääketiede ja terveydenhoito ovat nousseet ratkaisevaan asemaan henkilövahinkojen korvaamisessa.⁶⁰² Lääketieteellinen tieto määrittää, mitkä vahingot ovat korvattavia henkilövahinkoja ja eri kustannuserien korvattavuutta arvioidaan niin ikään pääasiassa lääketieteellisesti näkökulmasta ja lääketieteellisen tiedon perusteella. Taloudellisen arvon vaatimus painuu taustalle ja lääketieteellinen tieto dominoi. Taloudellisesta arvosta ei ole kuitenkaan tullut täysin yhdentekevää henkilövahinkojen korvaamisessa. Yhteys rakentuu henkilövahinkojen korvaamisessa hieman hankalasti, epäsuorasti, eräällä tavalla häpeillen ja anteeksipyydellen. Taloudellisesta arvosta joudutaan puhumaan kustannusten välityksellä. Vahingonkärsijä menettää taloudellista arvoa, jos ja kun hän joutuu vahingon vuoksi suorittamaan erilaisia maksuja ja kun vahingosta aiheutuu hänelle kuluja. Kustannusten korvaamisen on taloudellisen arvon palauttamista. Yhteys on siis ohuehko. Taloudellisella arvolla ei ole näillä kohdin ”itsenäistä” asemaa eikä operatiivista merkitystä.

Arvo on henkilövahingoissa taustalla. Se vaikuttaa ja kuvastuu yleisissä lähtökohdissa, mutta siitä ei juuri puhuta yksittäisten henkilövahinkosääntöjen yhteydessä. Vaikutelma on, että differenssioppia ja täyden korvauksen periaatetta pidetään käyttökelpoisina henkilövahingon hahmottamisen ja korvaamisen lähtökohtina, mutta niistä ei vain puhuta henkilövahingoissa.⁶⁰³

⁶⁰¹ Roos 1990 s. 31. Roosilla on korostuneesti esillä mielenkiintoinen vahingonkorvausoikeuden vahinkokäsitteen siirtymä: ajatus siitä, että täysi korvaus voisi vastata varaushintaa. Ajatus on selkeästi oikeustaloustieteellistä perua ja sinällään mielenkiintoinen vahinkokäsitteen uudelleenmäärittely, joka saattaisi avata mielenkiintoisia linjoja erityisesti vaikeasti kvantifioitavien vahinkotyyppien korvaamiseen. Tässä ajatuksessa vahingonkorvaus rinnastetaan indifferenssin tuottamiseen. Pohjoismaisessa kirjallisuudessa sen lieene ensimmäisenä – eksplisiittisesti – esittänyt Werin (Werin 1979 s. 349–359), joka oli koulutukseltaan ekonomisti. Ks. yhdysvaltalaisesta kirjallisuudesta Craswell 1988 s. 636; Cooter 2003 s. 1097–1098, jossa indifferenssin tavoittelemisen esitetään olevan taloustieteellinen ilmaisu sopimusvahingonkorvauksen tavoitteille. Ks. myös Eisenberg 2005 s. 979, jossa Eisenberg omassa viitekehyksessään kyseenalaisilla perusteilla erottaa indifferenssiperiaatteen nimenomaisesti koskemaan vain sopimusperusteista vahingonkorvausvastuuta, koska deliktiperusteinen vahingonkorvaus perustuu hänen mukaansa vain ”kulujen” korvaamiselle. Sitten idea on pohjoismaisessa kirjallisuudessa päätynyt ainakin Anders Vinding Krusen vahingonkorvausoikeuden yleisesitykseen (Vinding Kruse 1989 s. 341). Vrt. jäljempänä av. 827 ja sen kohdalla esitettyyn. Sekä Vinding Kruse että Roos näyttävät pitävän sitä historiallisesti ”alkuperäisenä ja oikeana” täyden korvauksen määritelmänä ja sinä tavoittamattomana ideaalina, jota kohti vahingonkorvausoikeudellisia sääntöjä pitäisi kehittää.

⁶⁰² Ks. jäljempänä jaksossa 3.8 esitettyä.

⁶⁰³ Varhaisesta saksalaisesta esimerkistä ks. esim. Weinrich 1902 s. 68–69 ja 78–81, jossa BGB § 249:n esittelyn jälkeen siirrytään sujuvasti henkilövahingon korvaamiseen tyyppitilanteeseen. Dif-

Yleisesti ottaen arvo vaikuttaisi edelleen olevan keskiössä, kiistämättömiä lähtökohtia. Differenssioppi ja arvopuhe rakentuvat arvolle. Miksi? Syy on monimutkainen ja liittyy rahaan, niin ajattelen. Nyt jo useamman vuosisadan mittainen traditio kertoo, että yksittäiset esineet eivät sijaan voi koskaan olla suoranaisesti vahingonkorvausoikeudellisen manipulaation kohteita. Vahingonkorvauksen on välityttävä taloudellisen arvon kautta.⁶⁰⁴ Jos näin olisi, emme puhuisi vahinkojen korvaamisesta vaan luontoissuoritusvelvollisuudesta, joka puolestaan ei ole vahingonkorvausoikeudelle ominainen keino.⁶⁰⁵

Tilanteen lukitsee varsin vaikeaselkoinen rahaa ja taloudellista arvoa koskeva ajatus, jota pyrin valaisemaan aiemmin väitöskirjan ensimmäisessä osassa. (H)aavekuvassa raha hahmotettiin ulko-oikeudelliseksi instrumentiksi, jolla on oma kiinteä luontonsa. Koska rahan luontoon kuuluu, että raha voi välttämättä ilmaista vain taloudellista arvoa, on oikeuden sisälläkin omaksuttava tämä rajoitus. Rahalla ei voitu vaikuttaa suoraan esineisiin tai kehoihin. Ja koska raha on ainoana mielekkäänä mahdollisuutena valittu vahinkojen korvaamisen instrumentiksi, rahan käyttäminen pakotti aina ja välttämättä arvon kiertotielle. Vahinkojen korvaamiseen tarvittiin välittävä tekijä eli taloudellinen arvo, jota vahingon korvauksen määrää laskettaessa pyrittiin haarukoimaan, siitäkin huolimatta, että useimmiten käytettävä vahingonkorvauksen mittapuu olivat korjaus- tai uudelleenhankintakustannukset, käytännössä siis esineen ennallistaminen.

Esineen fyysisen olotilan palauttamisesta puhuminen ei ole tieteisopissa omaksuttujen käsitysten mukaan mahdollista, kun puhutaan vahingon korvaamisesta. Esine häipyä kirjallisuudessa säännönmukaisesti taka-alalle, taloudellisen arvon abstraktion taakse.⁶⁰⁶ Fyysinen manipulaatio tulee vasta taloudellisen arvon siirtämisen jälkeen ja silloinkin se on toisarvoista: vahingonkärsijä saa tehdä vahingonkorvauksena haltuunsa saamallaan rahalla eli taloudellisella arvolla mitä haluaa. Suoraa yhteyttä vahingoittuneeseen esineeseen ei luoda. Esine jää toissijaiseksi. Tämä edellytys on tärkeä. Rahavälitteisyys ja vahingonkorvauksen hahmottaminen taloudellisen arvon palauttamisen kautta luo vahingonkärsijälle

ferenssiopin mukaista vahinkojen korvaamisen teoreettista jäsentämistä ei korosteta. Differenssiopin ainoa operationaalinen käyttö koskee vakuutuskorvausten vähentämiskysymystä. Ks. Weinrich 1902 s. 69–75.

⁶⁰⁴ Ks. tästä lähtökohdasta esim. ja sen aiheuttamasta tarpeettomasta käsitteellisestä ongelmakentästä Victorin – Hager 2006 s. 795–796. Ks. myös Persson 1953 s. 337–343.

⁶⁰⁵ Ks. esim. Meder 1989 s. 70–81; Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006 s. 365.

⁶⁰⁶ Lähtökohta kuvastuu erittäin selvänä Ulf Perssonin väitöskirjassa (Persson 1953). Perssonille näyttää olevan mahdotonta käsittää, että taloudellinen arvo itsessään voisi olla jonkinlainen illuusio, vaikka kaikki hänen esittämänsä näyttäisi itse asiassa puhuvan tällaisen johtopäätöksen puolesta.

rajoittamattoman vapauden tilan.⁶⁰⁷ Jos arvoa ei korvattavisi, käsillä olisi luontoisuoritusvelvollisuus. Ja se ei ole modernissa oikeudessa mahdollista.

Vahingonkärsijän valinnanvapaus onkin suuri ongelma, joka jää vaivaamaan yrityksiä korostaa ennallistamistavoitteen merkitystä. Säännösten lähtökohtana pidetään, että vahingonkärsijä voi vapaasti valita, vaatiiko vahingonkorvausta ennallistamiseen tarpeellisten toimenpiteiden aiheuttamien todellisten tai todennäköisten kustannusten perusteella vai vaatiiko korvattavaksi arvoa – mitä ikinä arvo kussakin tapauksessa tarkoittaakin. Samoin vahingonkärsijä voi vapaasti valita, mihin käyttää saamansa vahingonkorvauksen. Vaikka vahingonkorvaus tuomittaisiin todennäköisten korvauskustannusten perusteella, vahingonkärsijä ei ole velvollinen korjaamaan esinettä. Tavanomaisesti vahingonkärsijä valitsee laskutavoista kannaltaan edullisimman, useimmiten juuri ennallistamiskustannukset. Arvon käsite toimii näissä rajoittimena: se rajoittaa vahingonkorvauksen määrää ja ohjaa siten vahingonkorvausoikeudellista vaikuttamista. Arvo määrittää valinnanvapauden käyttämisen rajat, ja kaiken lisäksi varsin tiukasti.

Tällaisessa lukutavassa taloudelliseen arvoon tiivistyy enemmän merkitystä kuin vain ajatus vahingonkorvauksesta rahamääräisenä suorituksena, joka sinällään on taloudellista arvoa, yleistä ostovoimaa. Taloudellisen arvon mukana tulee myös se painolasti, joka käsitteeseen liittyy. Tämä painolasti liittyy käsitteeseen taloustieteellisen tradition ja sen arviointimenetelmät. Muualla ja toisissa tarkoituksissa tehdyt päätökset siitä, mitä taloudellinen arvo sen määrän arvioimisen menetelmien mielessä on, ovat tiettyjä vahingonkorvausoikeudessa mahdollisia normatiivisia vaihtoehtoja legitimoivia teemoja. Tästä seuraa, että tietyissä tilanteissa ulko-oikeudelliset ideat siitä, mitä taloudellinen arvo ja miten sen arvo voidaan määrittää ja missä se kuvastuu, määrittävät sen, mitä taloudellinen arvo on oikeudessa. Samalla nämä käsitykset määrittävät myös sen, miten vahinkoja korvataan. Kun esineen arvon perustyyppi on vaihtoarvo, vaihtoarvo on luontevin vaihtoehto, kun vahingonkorvausoikeudessa pitää määrittää esineen arvo.

Olennaista on, että arvoa korostavat ajattelutavat antavat kuitenkin vääristyneen kuvan vahingonkorvauksen määrän laskemisen menetelmistä ja myös vahinkojen korvaamisen tavoitteista. Arvon käsite on erittäin epämääräinen. Tämä kuvastuu myös kirjallisuudessa. Vaikka taloudellisen arvon hahmo on taustalla, se saa monia konkreettisia merkityksiä silloin, kun korvauksen laskemisen menetelmiä tarkastellaan. Kirjallisuudessa puhutaan vaihtoarvosta⁶⁰⁸, markkina-ar-

⁶⁰⁷ Vrt. esim. Simmel 1990 s. 396, jossa Simmel hahmottaa rahamääräisen verotuksen syntymisen merkitystä liberalismiin ja porvariston synnylle.

⁶⁰⁸ Ks. esim. Kivimäki – Ylöstalo 1973 s. 493.

vosta⁶⁰⁹, myyntiarvosta⁶¹⁰, päivänarvosta⁶¹¹, jälleenhankinta-arvosta⁶¹², arvonalennuksesta⁶¹³, arvonnäytteenä⁶¹⁴, arvonnäytteenä⁶¹⁵, käyttöarvosta⁶¹⁶, tuottoarvosta⁶¹⁷ tai hypoteettisesta tuottoarvosta⁶¹⁸. Kysymyksiin, mitä kaikki nämä arvot ovat, miten ne liittyvät toisiinsa, voi vastata vain samoin kuin Bill Dufwa oikeudenvastaisuusopin käsitelmäärittelyissä syntynyttä sekasotkua taivastellessaan: ”Nu är det bara Gud som begriper allt detta!”⁶¹⁹

Onko näillä eri arvokäsitteillä *tekniikkoina* mitään muuta yhteistä kuin se, että kaikkien väitetään olevan jossakin suhteessa arvoja? Nähdäkseni ei. Eri arvokäsitteet perustuvat toisistaan hyvin poikkeaville oletuksille siitä, minkälainen mekanismi tuottaa kulloinkin arvon. Siinä, missä vaihtoarvo ja päivänarvo voivat olla suhteellisen lähellä toisiaan siinä mielessä, että kummassakin arvo määrittyy markkinavaihdossa esineen yleiseksi, kaikille yhtäläiseksi arvoksi, jälleenhankinta-arvo on konkreettisempi. Se ei perustu markkinoiden voimaan tuottaa yleispätevä totuus esineestä. Arvon liittäminen mitä erilaisimpien sanojen perään legitimoi näin luotujen laskentamenetelmien asemaa. Niihin kiinnittyy objekti(ivi) suuden, neutraalisuuden ja yleisyyden hyvää karmaa. Tosiasiassa tilanne vaikuttaa käänteiseltä: jonkin asian väittäminen ja selittäminen jonkin arvon menetelmän ilmaukseksi ei selitä mitään. Pikemminkin se kätkee alleen ne tekniikat ja tavoitteet, joita vahinkojen korvaamiselle asetetaan. Kun vahingonkorvausoikeudessa operoidaan arvokäsitteillä, argumentit voivat olla harhaanjohtavia. Peliin vedetään valttikortti, jonka taustojen – sille ominaisten menetelmien ja tavoitteiden – tarkastelu pyritään estämään ja kieltämään.

⁶⁰⁹ Ks. esim. Hager 1998 s. 55–56.

⁶¹⁰ Ks. Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006 s. 405: ”Myyntiarvo on se määrä, joka esineestä myytessä voitaisiin saada juuri ennen vahingon tapahtumista.” Ks. myös Persson 1953 s. 445–459; Radetzki 2004 s. 97–100; Bengtsson – Strömbäck 2006 s. 324.

⁶¹¹ Ks. Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006 s. 406: ”Kun uuden renkaan hankintahinnasta on vähennettävä se määrä, jolla uuden renkaan hinta ylittää vaurioutuneen renkaan hinnan, päädytään renkaan päivänarvoon.” Vrt. Radetzki 2004 s. 72–97.

⁶¹² Ks. Lødrup 2006 s. 341; Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006 s. 406. Vrt. Radetzki 2004 s. 78–80.

⁶¹³ Ks. Radetzki 2004 s. 80; Bengtsson – Strömbäck 2006 s. 324–325.

⁶¹⁴ Ks. Radetzki 2004 s. 81; Lødrup 2006 s. 340.

⁶¹⁵ Ks. Radetzki 2004 s. 104–105; Lødrup 2006 s. 340.

⁶¹⁶ Ks. Kivimäki – Ylöstalo 1973 s. 393; Meder 1989 s. 70–72; Radetzki 2004 s. 101; Bengtsson – Strömbäck 2006 s. 324; Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006 s. 405

⁶¹⁷ Ks. Bengtsson – Strömbäck 2002 s. 294; Radetzki 2004 s. 101–103; Hellner – Radetzki 2006 s. 414. Tuottoarvolla Hellner ja Radetzki tarkoittavat ”det kapitaliserade värdet av det brukande som ägaren går miste om”.

⁶¹⁸ Ks. esim. Hellner – Radetzki 2006 s. 414. Hypoteettisella tuottoarvolla tarkoitetaan esineen suunnitellusta, vahinkohetken käytöstä poikkeavan käytön mahdollista tuottamaa voittoa. Hellner ja Radetzki esittävät, että tällainen esineen käyttö voi tulla korvattavaksi vain poikkeuksellisesti ja vaatii näyttöä pitkälle eteistä suunnitelmista.

⁶¹⁹ Dufwa 1999 s. 88.

Lähtökohtanani tässä luvussa on välittömien esine- ja henkilövahinkojen korvaamista vahingonkorvausoikeudellinen normisto. Tarkoitukseni on tarkastella normistoa ilman etukäteistä sitoutumista taloudellisen arvon ja sen arvioimiselle ominaisten tekniikoiden selittävään skeemaan. Pyrin osoittamaan, että taloudellisen arvon palauttamista keskeisempi tavoite normistossa itsessään on *esineiden ja kehojen fyysisen ennallistamisen tavoite* ja että säännöt heijastuvat tätä tavoitetta. Jos esine vahingoittuu, ensisijainen vahingonkorvauksen määrä ovat esineen korjauskustannukset, ei esineen taloudellinen arvo jollakin tavoin määritettynä. Jos esine tuhoutuu, vahingonkorvaus mitoitetaan ensi sijassa siten, että vahingonkärsijä voi hankkia tilalle toisen, tuhoutunutta vastaavan esineen. Tilanne on sama henkilövahingoissa. Jos keho vahingoittuu, emme puhu vamman taloudellisesta arvosta emmekä mittaa henkilövahingon arvoa. Korvattavaksi tuomitaan hoito- eli ennallistamiskustannukset. Vahingon määrän laskemisessa ensisijainen menetelmä on, että korvattaviksi tuomitaan fyysisen ennallistamisen kustannukset. Kuten Christiane Wendehorst kirjoittaa:

”Alle drei Ersatzformen – Herstellung in Natur, Auszahlung des erforderlichen Betrags und Ersatz in Geld – haben das gleiche Ziel, nämlich die möglichst naturgetreue Wiederherstellung der Vermögenssphäre des Geschädigten.”⁶²⁰

En väitä, että kaikki esine- ja henkilövahinkojen korvaamista koskevat säännöt voitaisiin järjestää ennallistamisen ja fyysisen manipulaation pohjalta. Ennallistamistavoitteelle perustuva vahingonkorvauksen sääntöjen jäsennostapa on omien edellytystensä vanki. Siihen on sisäänrakennettuna oletus siitä, että vahingonkärsijät todella useimmissa tapauksissa haluavat ennallistaa vahingoittuneet kappaleet ja että konkreettinen, fyysinen maailma on heidän käsityksissään ensisijainen arvon abstraktiin maailmaan nähden. Jos näin ei ole ja vahingonkärsijä on vain kiinnostunut arvosta, jäljempänä luonnostelemani ennallistava esinevahingonkorvaus on vaikeuksissa. Kiusallisia asetelmia voi syntyä esimerkiksi silloin, kun korjauskustannuksia vaaditaan korvattavaksi, vaikka vahingoittunut esine on jo myyty eteenpäin⁶²¹, tai kun vahingonkärsijällä ei ole aikomustakaan tehdä jälleenhankintaa, mutta hän vaatii silti jälleenhankintakustannusten korvaamista. Aika ja menetetyt mahdollisuudet sekä liikutulot ja elatus – jäävät niin ikään aina fyysisen ennallistamisen ulottumattomiin. Näiden vahingon ulottuuksien hallitsemiseen tarvitaan toisenlaisia välineitä.

Suurin osa esine- ja henkilövahinkojen säännöistä voidaan kuitenkin järjestää ennallistamistavoitteen perusteella. Ratkaiseva kysymys kuuluu, heiluttaako koi-

⁶²⁰ Wendehorst 1999 s. 92.

⁶²¹ Tilanne tunnetaan saksalaisessa kirjallisuudessa fiktiivisten korjauskustannusten (*fiktive Reparaturkosten*) nimellä. Ks. Lange – Schiemann 2003 s. 230–231.

ra häntää vai häntä koiraa. Systematisoidaanko esine- ja henkilövahinkojen korvaamista koskevat säännöt siten, että pääsääntö, ennallistamisen kustannusten korvaaminen, on systematiikan keskuksessa? Vai järjestetäänkö säännöt periferian, välittömän esine- tai henkilövahingon seurausvahinkojen suunnasta? Vai olisiko peräti syytä erottaa välittömään henkilö- tai esinevahinkoon ja välitöntä vahinkoa seuraavaan vahinkoon vaikuttaminen toisistaan ja käsitellä aiheita erikseen ja eri näkökulmista?

Ensimmäinen ja toinen vaihtoehto luovat vahingonkorvausoikeuteen yhtenäisen teoreettisen kentän, mutta samalla vaikeita anomaliaita. Ennallistaminen jää normistojen teoreettiseksi kontrapunktiksi. Kuten jo tutkimuksen johdannossa totesin, perusteesini on, että kaikelle vahinkojen korvaamiselle – ja kaikille vahinkotilanteille – ei ole välttämätöntä asettaa yhtä ja yhtenäistä viitekehystä. Vahingonkorvausoikeudellisen säännösten taustalle voidaan asettaa lukuisia korvaamisen käsitteellisiä skeemoja, jotka vaihtelevat kunkin korvattavan kohteen ominaislaadun ja sen korvaamisessa perusteltavien tavoitteiden mukaan. Tästä syystä on luontevaa ajatella, että suorien esine- ja henkilövahinkojen korvaaminen voidaan järjestää ensisijaisesti järkevän fyysisen ennallistamisen tavoitteen varaan, mutta seurausvahinkoja⁶²² on puolestaan hahmotettava jostakin toisesta näkökulmasta, jota hahmottelen luvun seuraavissa jaksoissa.⁶²³

Mitä käytännön merkitystä käännoksellä voi olla? Abstraktilla tasolla korvaamisen lähtökohdat muuttuvat. Yksi perustelu sille, miksi arvosta olisi pidettävä kiinni, on, että arvolle perustuva on objektiivinen tapa määrittää vahingonkorvauksen määrä. Kun arvo määritetään, ei jouduta ottamaan kantaa kunkin arviointitilanteen konkreettisiin olosuhteisiin, ja siksi arvo on vahingonkorvauksen neutraali määrä. Ajatus ei pidä paikkaansa. Arvo on neutraali vain siinä tapauksessa, että hyväksymme (h)aavekuvassa kuvastuvan poliittisen järjestelmän neutraalisuuden. Jos olemme vakaasti sitä mieltä, että vahingonkorvausoikeudessa tulee jokaista sosiaalista tilannetta hahmottaa lopulta kirjanpidollisella tekniikalla, kaikki on hyvin. Arvosta puhuminen kätkeekin taakseen tärkeitä ontologisia valintoja. Arvon varjossa tehdään tärkeitä vahingon luonnetta – ja ihmisten sosiaalista ympäristöä – muovaavia päätöksiä. Sovellettavaa arvokäsitystä valittaessa kun myös päätetään, minkälaiseen sosiaaliseen maailmaan esine halutaan oikeudellisessa katsannossa sijoittaa. Kun esimerkiksi harkitsemme sitä, pitääkö jokin esine korvata sen tuotto- vai päivänarvon mukaan, emme vain valitse, kumpi arvokäsitys on merkittävämpi. Sen sijaan kerromme, minkälaisena esineenä tuhoutunutta tai vahingoittunutta kappaletta tulee pitää: oliko se ensi

⁶²² Käytän seurausvahinkotermiä jokseenkin samassa mielessä kuin Wendehorst omaa *Restverstörung*-käsitettään (Wendehorst 1999 s. 28–32), viittaamaan fyysiselle ennallistamiselle rakentuvan korvausmenetelmän käyttämisen jälkeen jäljelle jääviin häiriöihin.

⁶²³ Ks. esim. Wendehorst 1999 s. 90–92.

sijassa taloudellisen toiminnan väline vai vain satunnaisesti sellaiseen käytettävä kulutusesine.

Toiseksi arvokytkenällä voi olla vaikutusta suoraan sisältöön, jonka säännöt saavat tulkinnassa. Korvausharkinnan rajatapauksissa taloudellisen arvon systemaattinen etusija saattaa esimerkiksi johtaa siihen, että jälleenhankintakustannusten tuomitsemisen ”järkevyyttä” arvioidaan suhteellisen ankarasti ja rajoittavasti. Tällöin systemaattisen rakenteen suunnasta tuleva paine korvata ensi sijassa taloudellista arvoa ja eritoten sen legitiimeintä varianttia, vaihtoarvoa, saattaa johtaa siihen, että korjaus- tai jälleenhankintakustannusten sijaan tuomitaan korvaus esineen ”objektiivisen” markkina-arvon mukaan. ”Subjektiviisen” uudelleenhankeintakustannuksen sijasta korvataankin tätä alempi vaihtoarvo.

Taloudelliseen arvoon palauttaminen aiheuttaa ongelmia myös toisessa suhteessa. Se, että esinevahinkoja hahmotetaan ensisijaisesti taloudellisen arvon kautta, on nähdäkseni johtanut esine- ja henkilövahinkojen jatkuvaan eriytymiseen. Esine- ja henkilövahinkojen korvauskäytännöt eivät ole enää yhteismitallisia: ne näyttäytyvät hyvin erilaisina, lähes yhteen sovittamattomina. Eriytyminen ei ole välttämätöntä. Henkilövahinkojen osalta väitteeni on nimittäin sama kuin esinevahingoissa: henkilövahingoista maksettavan korvauksen perusidea ja funktio on (mahdollistaa) ihmisen kehon palauttaminen siihen olotilaan, jossa se oli ennen vahinkotapahtumaa.

2 ESINEIDEN KORJAAMINEN JA UUELLEEN HANKKIMINEN

Väitän, että esine- ja henkilövahinkojen korvaamisessa ensisijainen tavoite on esineen vahinkotapahtumaa edeltäneen fyysisen tilan, sen fyysisen identiteetin palauttaminen.⁶²⁴ Vahingonkorvausvelvollisuuden asettamisen tarkoituksena on toimia vahinkotapahtuman välittömien ilmenemismuotojen suhteen eli ennallistaa esineiden ja kehojen vahinkotapahtumaa edeltänyt tila.⁶²⁵ Jos vahingonkärsijä

⁶²⁴ Ks. vastaavasti esim. Lange – Schiemann 2003 s. 252. Lange ja Schiemann kirjoittavat: ”Für den Geldanspruch gem. § 249 II ist die entstandene Vermögensdifferenz nicht entscheidend. Der Geschädigte kann vielmehr so viel verlangen, wie sie zur Wiederherstellung der in ihm in seinen persönlichen Rechtsgütern zugefügten Verletzung erforderlich ist, sofern zur Wiederherstellung nicht unverhältnismässige Aufwendungen i.S.d. § 251 II S. 1 benötigt werden.” (Lange – Schiemann 2003 s. 252). Saksassa asennoitumista esineisiin ja kehoihin perustelee ns. *integriteetti-intressi*. Ks. myös Keuk 1972 s. 192–262, erityisesti s. 203–205.

⁶²⁵ Ympäristövahingonkorvauksessa ennallistaminen on niin ikään aiempaa tärkeämmässä asemassa. Ennallistamiselle perustuvat laskentamenetelmät ovat kuitenkin melko lailla monimutkaisempia kuin vahingonkorvausoikeudessa ja erityisesti henkilö- ja esinevahingoissa. Ks. esim. Larsson 1999 s. 534–570; Sandvik 2002 s. 323–353.

haluaa korjata vahingoittuneen esineen tai hankkia tuhoutuneen esineen tilalla toisen vastaavan esineen, hänelle tarjotaan siihen vahingonaiheuttajan kustannuksella lähtökohtaisesti mahdollisuus. Sama koskee itsestään selvänä lähtökohdana myös ihmisten kehoja. Teoreettisessa katsannossa vahingonkärsijän oikeus saa normatiivisesti suositun aseman esineen taloudelliseen arvoon nähden. Vaikka ennallistaminen olisi vahingonaiheuttajan kannalta epäedullisempaa kuin arvontorjaus, vahingonkärsijällä on *lähtökohtaisesti* oikeus vaatia vahingontorjaukselta juuri ennallistamiskustannusten mukaan. Samanlainen asetelma hahmotuu myös henkilövahinkojen korvaamisen taustalle. Sekin järjestyy korjaamisen eikä korvaamisen varaan.

Esinevahingoissa ennallistamisen eli fyysisen palauttamisen tavoite on kiteytynyt kahteen, esinevahinkojen korvaamisessa käytettävään, normatiivisesti ensisijaisena pidettävään tekniikkaan: esineiden jälleenhankintakustannuksiin ja korjauskustannuksiin. Näitä kahta menetelmää pidetään jo tätä nykyä kirjallisuudessa pääasiallisina ja ensisijaisina esinevahingon korvaamisen tapoina.⁶²⁶

Deliktiperusteisen esinevahinkojen korvaamisen lisäksi konkreettisella fyysisellä ennallistamisella näyttää olevan ensisijainen asema sopimusvahingonkorvauksessa. Sopimusvelallisen oikeus suorituksensa korjaamiseen ja vahingonkorvauksen tuomitseminen sopimusoikeudellisessa vahingonkorvauksessa virheettömän suorituksen hankkimiskustannusten suuruisena kuuluvat selvästi samalle fyysiselle ennallistamisen tavoitteelle perustuviin laskentamenetelmiin.⁶²⁷

Jälleenhankintakustannus on vahingonkorvauksen laskemisen pääsääntö myös sopimusvastuussa. Esimerkiksi kauppalaain (355/1987) 68 §:ssä säädetään, että jos kauppa on purettu ja ostaja on tehnyt kateoston tai myyjä myynyt tavaran uudelleen, hinnat lasketaan sopimuksen mukaisen hinnan ja kateostossa tai -myynnissä maksetun hinnan perusteella. Kysymys on ns. konkreettisesta vahingonkorvauksen laskentamenetelmästä.⁶²⁸ Kateoston tai -myynnin ja menetetyn voiton korvauksen välillä on voimakas yhteys. Jos kateostosta tai -myynnistä aiheutuneet ylimääräiset kustannukset korvataan, pääsääntöisenä oletuksena on, että sopimusvelkoja on saanut täyden korvauk-

⁶²⁶ Ks. esim. Hemmo 2005b s. 199–201; Bengtsson – Strömbäck 2006 s. 318–325; Hellner – Radetzki 2006 s. 411–415; Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006 s. 409. Vrt. Kuitenkin Radetzki 2004 s. 71–74. Marcus Radetzki lähtee omassa kielenkäytössään – perinteitä kunnioittaen – liikkeelle försäkringsavtalslagin 38 §:stä, jossa todetaan, että esineen arvona ”skall anses motsavara vad det omedelbart före försäkringsfallet skulle hava kostat att få godset ersatt med nytt gods av samma slag efter avdrag av vad godset kan hava förlorat i värde genom ålder och bruk, nedsatt andvändbarhet eller annan omständighet.” Hänen mukaansa tämä arvo on ns. päivänarvo. Suuri kysymys Radetzkin mukaan on, onko päivänarvo määrättävä objektiivisesti ja subjektiivisesti. Radetzki tulee siihen lopputulokseen, että arvioinnin on pääasiassa oltava subjektiivista.

⁶²⁷ Ks. sopimusvahingonkorvauksen ja ennallistamisen jännitteistä ja niiden syistä esim. Webb 2006.

⁶²⁸ Ks. esimerkiksi CISG:in vastaavansisältöisen säännöksen osalta Stoll – Gruber 2005 s. 773–779.

sen vahingostaan, jos velallinen korvaa kauppahinnan ja kateoston tai -myynnin välisen erotuksen.⁶²⁹ Vastaavat ennallistavaa lähestymistapaa ilmentävät myös myyjän korjausoikeutta koskevat säännöt.⁶³⁰ Niissäkin korostuu korjaamisen merkitys.

Jälleenhankintakustannuksilla tarkoitetaan niitä kustannuksia, jotka aiheutuivat vahingoittunutta tai tuhoutunutta esinettä vastaavan esineen hankkimisesta. Korjauskustannuksilla puolestaan tarkoitetaan niitä kustannuksia, jotka aiheutuivat, kun esine korjataan mahdollisimman täydellisesti alkuperäiseen, vahinkotapahtumaa edeltäneeseen kuntoonsa.⁶³¹

Oikeustilaa hämmentää, että jälleenhankintakustannuksien käsitteellä on läheinen yhteys vaihtoarvon käsitteeseen. Jälleenhankintakustannus on jo käsitteellisesti lähellä esineen vaihtoarvoa, se hinta, jolla sen voi hankkia markkinoilta. Yhtäläisyys on kuitenkin vain osittainen. Jälleenhankintakustannus määrittyy konkreettisissa olosuhteissa. Yksittäistapauksellisenä ja kulloisistakin olosuhteista, tarpeista ja järkevistä toimintatavoista riippuvaisena jälleenhankintakustannukselta puuttuu vaihtoarvon yleistettävyyttä, ”totuudellisuus”, joka liittyy vaihtoon. Jälleenhankintakustannusten idealla ei ole sitä normatiivista voimaa, joka voisi perustella, miksi jälleenhankintakustannukset voisivat olla objekti(ivi)sia ja tosia, miksi ne olisivat yhtä kuin esineen arvo. Taloudellisen arvon ja objekti(ivi)suuden liitto horjuttaa jälleenhankintakustannusten asemaa vahingonkorvauksen määrän mittapuuna.

Pohjoismaisessa esinevahinkodoktriinissa erotellaan esinevahingot toisistaan sen perusteella, miten vakavasta vahingosta on kysymys. Vahinkotapahtumat jaetaan totaali- ja osavahinkoihin (*totalskada* ja *delskada*).⁶³² Totaalivahinko on käsillä, kun esine on tuhoutunut kokonaan tai se on vahingoittunut niin pahoin, että korjaaminen ei ole mielekäästä. Osavahingossa esine puolestaan on vaurioitunut vain siinä määrin, että korjaaminen on vielä mielekäästä.⁶³³ Suomessa erotelu ei ole nimenomaisena erityisen korostunut, mutta sille perustuva ajattelu on kuitenkin vallitseva ja kuvastuu myös vahingonkorvauslain 5 luvun 5 §:n sanamuodossa.⁶³⁴

⁶²⁹ Ks. esim. Ramberg 1995 s. 683.

⁶³⁰ Ks. Ramberg 1995 s. 403–416.

⁶³¹ Tarkemmasta käsittelystä ks. tämän jaksossa 3.3 esitettyä.

⁶³² Ks. esim. Saxén 1975 s. 276–278; Hellner – Johansson 2000 s. 412–413; Nygaard 2000 s. 73–78; Hemmo 2005b s. 199–201; Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006 s. 403–406.

⁶³³ Ks. esim. Eyben – Nørgaard – Vagner 1995 s. 221–224; Radetzki 2004 s. 71–72; Hellner – Radetzki 2006 s. 412–413; Lødrup 2006 s. 341.

⁶³⁴ Ks. esim. Hemmo 2005b s. 199–201, joka ei mainitse erottelua nimenomaisesti, mutta rakentaa esinevahinkojen korvaamista koskevan esityksensä sen varaan. Samoin esim. Saxén 1975 s. 276–278 450; Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006 s. 403–406.

Aina ei ole selvää, onko käsillä totaali- vai osavahinko. Esine voi vahingoittua pahoin, mutta se voidaan silti korjata. Korjaamisen kustannukset voivat ylittää selkeästi sen hinnan, joita vastaavista esineistä tavallisesti maksetaan. Tällöin joudutaan pohtimaan, onko esine vahingonkorvausoikeudellisesti arvioiden tuhoutunut, vaikka se edelleenkin tosiasiaassa olisi olemassa ja palautettavissa alkuperäiseen tilaansa. Totaali- ja osavahingon rajat eivät määrity esineen fyysisen kunnan perusteella, vaikka niin normaalissa kielenkäytössä olisikin.

Normaalisti kun esine korjataan, sen identiteetti säilyy periaatteessa muuttumattomana. Se on edelleen sama esine, esinettä on vain työstetty. Vahingoittuneita kohtia manipuloidaan ja muokataan, vioittuneet osat poistetaan ja korvataan toisilla. Tuhoutunut esine puolestaan menettää identiteettinsä. Ainoa keino palauttaa vahingonkärsijän varallisuuden identiteetti vastaamaan vahinkotapahtumaa edeltänyttä tilaansa on hankkia toinen, tuhoutunutta vastaava esine. Esineen identiteetti muuttuu, mutta vaikka jälleenhankinta on tehty, se pysyy vahingonkorvausoikeudellisessa mielessä silti muuttumattomana.

Fyysisellä arvioinnilla ei ole kuitenkaan ratkaisevaa merkitystä perinteisessä vahingonkorvausoikeudessa. Kirjallisuudessa on esitetty, että se, onko kysymys totaali- vain osavahingosta joudutaan ratkaisemaan vertaamalla todellista tai todennäköistä jälleenhankintakustannusta todelliseen tai hypoteettiseen korjauskustannukseen. Jos esine on fyysisesti tuhoutunut tai korjauskustannukset ylittävät merkittävästi jälleenhankintakustannukset, käsillä on totaali vahinko. Erottelulla on ratkaiseva normatiivinen merkitys. Vahinkotapahtuman luokittelu joko totaali- tai osavahingoksi ratkaisee, kumpaa ensisijaisista vahingon määrän laskemisen menetelmistä käytetään. Jos kyse on totaali vahingosta, jossa esine on vielä korjattavissa mutta kustannukset ovat liian korkeat, korjauskustannuksia ei tuomita korvattavaksi, vaikka vahingonkärsijä olisikin korjannut esineen. Vahingonkorvaus tuomitaan vastaavan esineen jälleenhankintakustannusten suuruuteen. Vahingonkärsijä saa kantaa itse korjaamisesta aiheutuneet kustannukset siltä osin kuin ne ylittävät jälleenhankintakustannukset.

Tämä kansainvälisessä katsannossakin hyväksytty periaate ei ole tietääkseni löytänyt tietään nimenomaisessa muodossa minkään maan vahingonkorvausoikeudelliseen lainsäädäntöön. Lainasin kuitenkin jo edellä yhteiseurooppalaisen valmistelun tuloksena syntyneen *Principles of European Tort Law* -periaatekoelman artiklaa 10:203, jossa todetaan, että "[the victim] may recover the higher expenditure incurred if it is reasonable to do so." Artiklan selitysosassa ei määritellä yksityiskohtaisesti, milloin vahingonaiheuttajan kannalta epäedullisemman vahingonkorvauksen laskemistavan valitseminen on perusteltua. Selitysosassa todetaan kuitenkin, että

"In general, it is reasonable to choose the less expensive way of compensation [...]. Therefore, specific reasons must support the more expensive form of res-

toration. For instance, it can be reasonable to buy a substitute if even complete repair would leave a certain risk of future damage. On the contrary it is clearly unreasonable if repair executed at a much higher price than a fully comparable substitute would cost.”⁶³⁵

Ulkomaaisessa oikeuskäytännössä periaate on kuitenkin saanut monia ilmenemismuotoja. Eurooppalaisissa vahingonkorvausperiaatteissa omaksuttu ”*if it is reasonable to do so*”-testi lienee muotoiltu Englannin oikeutta ainakin kielellisesti esikuvana pitäen. Englannissa on nimittäin käytössä vastaavalla tavalla muotoiltu testi, jota on sovellettu esimerkiksi ratkaisuisissa *Italian State Railways v. Minnehaha*⁶³⁶, *Darbishire v. Warran*⁶³⁷ ja *O’Grady v. Westminster Scaffolding Ltd*^{638 639}.

Esimerkiksi tapauksessa *O’Grady v. Westminster Scaffolding*⁶⁴⁰ Mr. O’Gradyn auto, ”a 1938 or 1939 M.G. open tourer of the T.B. model”, oli vahingoittunut, kun sen päälle oli pudonnut vastaajan tuottamuksellisen menettelyn seurauksena rakennustelineiden teräsosia. Mr. O’Grady oli korjauttanut auton – Madame Hortensian, kuten hän autoaan kutsui – ja tästä oli aiheutunut 250 sterling-punnan kustannukset. Vastaaja katsoi, että korjauskustannuksille perustuva vaatimus oli liian suuri. Auton arvo ennen vahinkohetkeä oli ollut noin 180 puntaa ja sen romuarvo vahinkotapahtuman jälkeen noin 40 puntaa. Kantaja olisi voinut hankkia korvaavan, vastaavanlaisen auton helposti. Davies J katsoi, että vastaajan väite ei tässä tapauksessa voinut menestyä. Mr. O’Grady oli menetellyt kohtuullisesti korjauttaessaan auton, koska tälle menettelylle oli järkevät perusteet. Davies J:n argumentaatio perustuu tässä kohdin pääasiassa sille, että vastaavaa korvaavaa autoa ei tosiasiassa ollut saatavilla markkinoilta ja että vastaajan väite auton vahinkotapahtumaa edeltäneestä arvosta oli epäluotettava. O’Gradyn auto oli esitetyn näytön perusteella ollut tavanomaista merkittävästi paremmassa kunnossa. Davies J toteaaakin, että Madame Hortensia ”had received his loving care and assiduous attention ever since [its purchase]”, siihen oli vahinkoa edeltäneenä vuonna vaihdettu moottori ja O’Grady oli ajanut sillä vuosittain 10 000–15 000 mailia.⁶⁴¹

⁶³⁵ European Group on Tort Law 2005 s. 169–170.

⁶³⁶ (1921) 6 Lloyd’s Rep. 12.

⁶³⁷ [1963] 1 W.L.R. 1067.

⁶³⁸ [1962] 2 Lloyd’s Rep. 238.

⁶³⁹ Ks. myös Poole 1996 s. 273, erityisesti av. 276–277.

⁶⁴⁰ [1962] Lloyd’s Rep. 238.

⁶⁴¹ Vrt. Allen – Hartshorne – Martin 2000 s. 159–160, jossa Davies J:n kaunis tyyli ja tapauksen myöhempi käyttö ennakkotapauksena näyttävät johtaneen kommentaattoria harhaan. Allen viittaa Pennycuik J:n lausumaan *Darbishire v. Warran* -tapauksessa ([1963] W.L.R. 1067, s. 1079). ”It is as though someone had elected to drive around in a mechanised replica of the Lord Mayor’s coach.” Vrt. kuitenkin Pearson L.J.:n lausumaan, jonka mukaan ”the assessment should be based

Tapauksessa *Algeiba v. Australind* höyryalus *Algeiba* vahingoittui vuonna 1918. Aluksen omistajat korjauttivat aluksen ensin tilapäisesti, siirsivät sen myöhemmin kuivatelakalle, jossa siihen tehtiin hallituksen sallimat korjaukset ja myöhemmin korjaukset saatettiin loppuun. Kaiken kaikkiaan aluksen korjaamiseen käytettiin noin 38 000 punttaa, kun sen myyntiarvo oli samaan aikaan noin 3 000 punttaa ja romuarvo 6 000 punttaa. Hill J katsoi kuitenkin, että aluksen korjaaminen oli ollut perusteltua. Korvaavaa alusta olisi ollut hyvin vaikeaa hankkia tai vuokrata, koska aluksen syväys oli sen käyttötarkoitukseen sopiva. Alus oli lisäksi tuottavassa liikenteessä. Näin ollen korjauttamalla laivan kantajat pikemminkin rajoittivat vahingon määrää siitä, mikä se olisi ollut, jos he olisivat jättäneet laivan korjaamatta.⁶⁴²

Saksassa on puolestaan omaksuttu erityisesti moottoriajoneuvovahingoissa tulkintalinja, jonka mukaan moottoriajoneuvojen osalta korjauskustannukset saavat olla noin 30 prosenttia vastaavan auton jälleenhankintakustannusta eli markkina-arvoa suuremmat ja silti ne korvataan.⁶⁴³ Syyt tähän liittyvät ajoneuvojen ominaislaatuun esineinä. Käytettyjen autojen kauppa on usein melkoista arpapeliä. Saman merkin saman mallin autot, jotka on valmistettu samana vuonna samalla tehtaalla ja joilla on ajettu lähes yhtä paljon, voivat poiketa toisistaan merkittävästi. Yleistä jälleenhankintahintaa ei siis ole olemassa, kun tavaroiden laatu vaihtelee merkittäväksi. Valinta korjauskustannusten ja jälleenhankintahinnan välillä jää vahingonkärsijälle. Jos jälleenhankintahinnalla saa ostettua paremman auton kuin oma auto olisi korjaamisen jälkeen ollut, vahingonkärsijä todennäköisesti valitsee jälleenhankintahinnan. Toinen *Langen* ja *Schiemannin* mainitsema esimerkkitapausryhmä ovat rakennusvirheet, joissa heidän mukaansa ”ist das Interesse des Eigentümers u.U. noch höher zu bewerten.”⁶⁴⁴ Edes 30 prosenttia suurempi epäsuhta ei ole johtanut korjaamiskulujen korvattavuuden epäämiseen.⁶⁴⁵ Vahingonkorvauksen määrää voidaan kuitenkin alentaa vähentämällä asunnon kunnon kohentumista vastaava määrä vahingonkorvauksesta.

Saksassa vastaava idea on luettu sisältyvän BGB § 249 (2):iin, jossa sen alkuperäisessä muodossa todetaan, että

Ist wegen Verletzung einer Person oder wegen Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten, so kann der Gläubiger statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen.

on the market price and not on the much higher cost of repairing the damaged vehicle.” ([1963] W.L.R. 1067, s. 1077.)

⁶⁴² *Algeiba v. Australind* (1921) 8 Lloyd’s Rep. 210.

⁶⁴³ Ks. *Lange – Schieman* 2003 s. 238.

⁶⁴⁴ Ks. *Lange – Schieman* 2003 s. 238.

⁶⁴⁵ Ks. *Lange – Schieman* 2003 s. 238.

Saksalaisessa oikeuskirjallisuudessa artiklan säännöksen on tulkittu edellyttävän, että vahingonkärsijä voi ryhtyä vain sellaisiin toimenpiteisiin, joita ”taloudellisesti toimiva ihminen pitäisi vahingonkärsijän olosuhteissa tarkoituksenmukaisina ja välttämättöminä.”⁶⁴⁶ Kyse ei ole vain käytettävän korjaamistavan valintaa koskevasta linjauksesta, vaan ajatus on nähdäkseni syytä ymmärtää laajemmin. Se, mikä vahingonkorvauksen määrän arvioimisen menetelmä voidaan valita, riippuu aina siitä, mikä menettely on järkevää ja mihin menettelyyn järkevästi toimiva ihminen ryhtyisi.

Samantyyppinen testi näyttäisi oikeuskirjallisuuden perusteella olevan voimassa olevaa oikeutta myös Suomessa ja muissa Pohjoismaissa. Testin oikeuskirjallisuudessa saamat semanttiset ilmenemismuodot ovat kuitenkin lähes poikkeuksetta *negatiivisia*. On vaikeaa löytää lausumaa, jossa todettaisiin, että vahingonkärsijä *voi* korjauttaa esineen, vaikka siitä aiheutuisi vastaavan esineen hankkimista korkeammat kustannukset. Esimerkiksi Routamo, Ståhlberg ja Karhu toteavat vain, että koska ”vahingonkärsijä vahingonkorvausoikeuden yleisen periaatteen mukaan on velvollinen tekemään voitavansa vahingon rajoittamiseksi, hän ei saa ryhtyä korjaamiseen, joka kustannuksiltaan *selvästi* ylittää esineen arvon.”⁶⁴⁷ He tosin toteavat saman tien passukseen liitetystä alaviitteestä ristiriitaisesti, että vähäisestikin esineen arvon ylittävien korjauskustannusten tuomitseminen edellyttää aina ”erityisiä syitä”⁶⁴⁸. Hemmo esittää puolestaan yleisesti, että vahingonaiheuttajan on järjestettävä korjaaminen niin, ettei siitä aiheudu ylimääräisiä kustannuksia vahingonaiheuttajalle.⁶⁴⁹ Minkälaisia seurauksia tällä maksimilla on nyt käsitellyissä tilanteissa, jää epäselväksi.

Ruotsissa Hellner ja Radetzki ovat vastaavalla tavalla esittäneet, että korvauksen tuomitseminen muutoin kuin korjauskustannusten perusteella on perusteltua, jos muun menetelmän, käytännössä jälleenhankintakustannuksen käyttäminen on ”*betydligt förmånligare för den skadeståndsskyldige*.”⁶⁵⁰ Samantapaisen muotoilun ovat omaksuneet myös Bengtsson ja Strömbäck, jotka toteavat:

”Inte alltid är nämligen ersättning för reparationskostnader den rimliga vägen. Om denna kostnad väsentligt överstiger återanskaffningskostnaden kan det, åtminstone sett i den skadeståndsskyldiges perspektiv, förefalla lämpligare att ersättningen utgår med kostnaden för återanskaffning av ett likvärdigt föremål, minus det skadade föremålets restvärde.”⁶⁵¹

⁶⁴⁶ Ks. Lange – Schiemann 2003 s. 227–228

⁶⁴⁷ Ks. Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006 s. 409, korostus MV. Ks. myös Saxén 1975 s. 122–124; Hemmo 2005b s. 200

⁶⁴⁸ Ks. Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006 s. 409 ja av. 445.

⁶⁴⁹ Ks. Hemmo 2005b s. 199.

⁶⁵⁰ Ks. myös Bengtsson – Strömbäck 2006 s. 323. Vrt. Hellner – Radetzki 2006 s. 415.

⁶⁵¹ Bengtsson – Strömbäck 2006 s. 324.

Oikeuskirjallisuudessa esitettyjen kantojen mukaan korjauskustannukset korvataan, vaikka vahingonkorvauksen määrä niiden perusteella laskettuna olisikin jonkin verran suurempi kuin esineen jälleenhankintakustannus. Miten paljon suurempi tällaisten kustannusten määrä voi olla, jää toistaiseksi avoimeksi. Sama koskee erityisesti esineen arvoa. Vahingonkärsijällä on oikeus korjauskustannusten perusteella laskettavaan vahingonkorvaukseen, vaikka esineen arvo olisikin korjauskustannuksia alhaisempi.⁶⁵²

Marcus Radetzki näyttää poikkeavan yhteispohjoismaisesta linjasta, joka sallii esineen jälleenhankintakustannusta tai vaihtoarvoa suurempien korvauskustannusten korvaamisen. Hän esittää, että vahingonkorvaus tulisi tuomita korjauskustannusten suuruusena ”endast i den mån denna understiger det skadade föremålets värde just före skadan med avdrag för eventuell restvärde.” Radetzkin mielestä juuri esineen arvo tulisi ensisijassa korvata eikä vahingonkärsijän mahdolliselle halulle tai tarpeelle säilyttää juuri vahingoittunut esine tulisi antaa erityistä merkitystä. Rajoitus on varsin tiukka. Jos korjauskustannukset ovat suuremmat kuin esineen arvo – ja nyt on syytä huomata, että Radetzki tarkoittaa arvolla vaihtoarvoa! –, niitä ei tule tuomita. Vahingonkorvauksen määrän tulee vastata esineen arvoa. Yhden poikkeuksen Radetzki on tosin tästä säännöstä valmis tekemään. Hän ehdottaa, että vahingonkorvaus tulisi laskea esineen arvoa suurempien korjauskustannusten perusteella, jos tähän on erityisiä syitä eli silloin, kun lemmikkieläin on vahingoittunut. Tulkintasuositus perustuu Radetzkin mukaan vakiintuneella oikeuskäytännöllä ja myös kirjallisuudessa kuvastuvalle konsensukselle pääsäännöstä.⁶⁵³

Radetzki on epätavallisen tiukoilla linjoilla myös tulkitessaan ratkaisusta NJA 1971 s. 126 luettavan *erityisiä syitä* -vaatimuksen sisältöä. Hän toteaa, että HD on ainoastaan kahdessa ratkaisussa todennut, että käsillä oli em. erityisiä syitä: lemmikkieläinten sairaanhoitokustannuksia koskevissa ratkaisuissa NJA 2001 s. 65 I ja II HD totesi, että oli erityisiä syitä tuomita korvattaviksi eläimen arvon ylittävät sairaanhoitokustannukset. Radetzki väittää, että ainoa johtopäätös, joka voidaan tehdä kolmenkymmenen vuoden hiljaisuudesta ja sitä seuranneista kahdesta lemmikkieläinratkaisusta, on, että erityisiä syitä tuomita arvoa suurempi vahingonkorvaus on vain silloin, kun vahingoittunut esine on lemmikkieläin.⁶⁵⁴

⁶⁵² Useimmiten tilanne on, että korjauskustannukset ylittävät esineen hankintakustannukset, jotka puolestaan ylittävät esineen (markkina-)arvon.

⁶⁵³ Ks. Radetzki 2004 s. 105–107.

⁶⁵⁴ Ks. Radetzki 2004 s. 106–107.

Radetzkin hyvin tiukka tulkinta vaikuttaa poikkeavan yleisesti hyväksytystä linjasta.⁶⁵⁵ Yleisesti hyväksytty periaate edellyttää, että korjauskustannukset tuomitaan, jos ne ovat kohtuulliset tai vain jonkin verran suuremmat kuin muutoin laskettu vahingon määrä. Rajoituksen tarkempi sisältö jää kuitenkin epäselväksi. Milloin korjaaminen on kohtuullista, vaikka siitä aiheutuisikin jälleenhankintaa tai esineen muutoin määritettävää ”arvoa” suurempia kustannuksia? Milloin korjauskustannus ei ylitä muiden laskentatapojen perusteella laskettavan vahingonkorvauksen määrää olennaisesti? Näihin kysymyksiin on vaikea vastata. Olennaisuus- tai kohtuullisuusvaatimuksen täsmällistä sisältöä on vaikea tarkasti määrittää oikeuskirjallisuudessa esitettyjen kantojen tai oikeuskäytännön perusteella.

Suomalaisessa julkaistussa tuomioistuinikäytännössä asiaa koskevia ratkaisuja ei käsittäkseni ole. Vakuutuslautakunta on kyllä asiaa useasti käsitellyt.⁶⁵⁶ Ruotsista voidaan mainita useampikin ratkaisu. Yksi näistä on jo edellä mainittu ratkaisu NJA 1971 s. 126, jossa korvausta ei tuomittu korjauskustannusten perusteella, vaan kohtuulliseksi korvaukseksi ja myös järkeväksi menettelyksi katsottiin auton markkina-arvon mukainen korvaus. Ratkaisu siis rajaa olennaisuusvaatimusta vain negatiivisesti, kertomalla milloin korjauskustannuksia ei ainaakaan pidä tuomita. Näin ratkaisu onkin syytä tulkita. Högsta Domstolen nimittäin katsoi ratkaisussa, että vahingoittuneen auton korjaaminen ei ollut perusteltua, koska vastaavan auton jälleenhankintakustannus olisi ollut puolet pienempi kuin tehtyjen korjausten loppuhinta. Tästä johtuen vahingonkorvausta tuomittiin vain jälleenhankintakustannuksia vastaava määrä.⁶⁵⁷

Radetzkin esityksessään varsin pitkälti käsittelemien⁶⁵⁸ lemmikkieläinratkaisujen NJA 2001 s. 65 I ja II tulkinta on vaikeaa. Yhtäältä näyttää siltä, että HD edellyttää ratkaisuisaan jo autotapauksessa mainittujen *erityisten syiden* olemassaoloa. Ratkaisujen perusteluja on syytä lainata varsin pitkälti. I-ratkaisussa HD kirjoittaa seuraavasti:

”Även vid partiell skada kan ersättningen bestämmas på olika sätt, antingen till skillnaden mellan återanskaffningsvärde och restvärde eller, som anges i lagen, till reparationskostnad och värdeminskning. Den sistnämnda metoden tillämpas som regel endast om den leder till ett för den skadeståndsskyldige förmånligt resultat. Skulle reparationskostnaden överstiga kostnaden för åter-

⁶⁵⁵ Ks. alla ns. lemmikkieläinratkaisuista selostettua. HD:n enemmistön perusteluiden voidaan periaatteessa tulkita tukevan Radetzkin mielipiteitä.

⁶⁵⁶ Ks. esimerkiksi alla alaviitteiden 662–665 kohdilla selvitettyjä ratkaisuja.

⁶⁵⁷ Pitkälti vastaava ratkaisu on NJA 1936 s. 693, jossa HD katsoi, että 250 kruunun arvoiseksi arvioitun kuorma-auton, jonka romuarvo arvioitiin noin 50 kruunuksi, korjaaminen 409 kruunun kustannuksin, ei ollut perusteltua. Tämän vuoksi vahingonkorvausta tuomittiin auton arvon perusteella.

⁶⁵⁸ Ks. myös Hemmo 2005b s. 199.

anskaffning av ett likvärdigt föremål har den skadelidande därför i allmänhet inte rätt till högre ersättning än vad som motsvarar återanskaffningskostnaden. *Särskilda omständigheter* kan emellertid föranleda att ägaren likväl anses berättigad till ersättning på grundval av reparation [...]. Vid sådant förhållande kan den skadelidande alltså vara berättigad till ersättning för reparationskostnad även om denna överstiger föremålets värde i oskadat skick. Det bör dock krävas att det kan anses rimligt att reparera föremålet och att kostnaden för reparationen håller sig inom rimliga gränser.”

HD:n lausumaa voi tulkita kahdella tavalla. Radetzkin tavoin voidaan ajatella, että jos korjauskustannukset ylittävät vähäisessäkin määrin esineen jälleenhankintakustannukset tulee vahingonkorvaus tuomita jälleenhankintakustannusten mukaan. Tässä tulkintavaihtoehdossa erityisiä syitä -edellytyksen merkitys korostuu samalla, kun ennallistavan korvauksen käyttöala kapenee. Objekti(ivi)sen jälleenhankintahinnan – eli käytännössä esineen vaihtoarvon – ylittävien korjauskustannusten tuomitsemiseen tarvitaan aina erityisiä syitä, silloinkin kun ne ylittävät vain vähäisessä määrin jälleenhankintakustannuksen. Toinen, ratkaisun sanamuodon kanssa huonosti mutta paremmin oikeuskirjallisuudessa esitettyjen kantojen kanssa linjassa oleva tulkintatapa on ajatella, että kohtuulliset korjauskustannukset tulee useimmissa tapauksissa korjata, jos ne eivät ole epäsuhdassa esineen todennäköiseen jälleenhankintahintaan. Kustannusten tulee olla kohtuulliset, mutta ne voivat olla ainakin jonkin verran esineen jälleenhankintahintaa suuremmat. Tässä tulkintavaihtoehdossa erityisiä syitä -edellytys saa merkitystä vain sen arvioinnissa, minkä suuruisia kohtuulliset korjauskustannukset voivat olla.

Tulkintavaihtoehdossa yleisen jälleenhankintahinnan ja korjauskustannusten väliin muodostuu eräänlainen ”turvaväli”. Jos vahingonkärtsijä haluaa säilyttää ja korjata esineen, voitaneen olettaa, että hänen mielestään esine on jossakin suhteessa arvokkaampi ja parempi kuin muut samanlaiset esineet eli esineen yleinen jälleenhankintakustannus. Tästä syystä on mielekästä tuomita maksettavaksi – yleistä – jälleenhankintahintaa jonkin verran korkeammat korjauskustannukset. Jos näin tehdään, vahingonkärtsijän intressi säilyttää juuri kyseinen esine saa suojaa.

HD:n ratkaisujen lopputulokset lemmikkieläintapauksissa ovat mielenkiintoisia tämän tulkinnallisen ristiriidan ratkaisemisessa. Tosiasiat muistuttivat sekä I- että II-ratkaisuissa toisiaan. I-ratkaisussa vastaajan omistama koira oli purrut kantajan kissaa kaulaan ja retuuttanut sitä useita kertoja maata vasten. Kissa oli kärsinyt aivotärähdyksen ja saanut lukuisia haavoja. Vammat olivat niin vakavia, että kissa lopetettiin eläinsairaalassa, jossa sitä oli tätä ennen tutkittu ja hoidettu. Tukholman käräjäoikeus – samoin kuin Svean hovioikeus ja myöhemmin myös HD – tuomitsi vastaajan maksamaan kissan sairaalahoidosta aiheutuneet kustannukset, reilut 6 000 kruunua. Kissan arvoksi puolestaan määriteltiin 100 kruu-

nua. II-ratkaisussa vastaajan omistama koira oli hyökännyt kantajan koiran kimppuun. Koiran saamat vammat olivat vakavia, mutta se ei kuitenkaan kuollut eikä sitä jouduttu lopettamaan. Sairaanhoidokustannuksista kertyi kaiken kaikkiaan noin 20 000 kruunun lasku. Koiran arvosta osapuolet olivat yksimielisiä: se oli noin 6000 kruunua.

Jos lemmikkieläinratkaisuja verrataan ratkaisuun NJA 1971 s. 126, on syytä panna merkille ainakin kolme seikkaa. Ensinnäkin korjauskustannusten⁶⁵⁹ ja eläinten arvon välinen suhde on kissan tapauksessa noin 60- ja koiran tapauksessa noin 3,5-kertainen. Verrattuna NJA 1971 s. 126-tapauksen autoon, kysymys on selkeästi merkittävämmistä korjauskustannusten ja arvon välisistä epäsuuhdistista. HD viittaakin tähän ja distinktoi lemmikkieläimet muista esineistä:

”När det gäller att bestämma skadestånd i anledning av skada på ett sällskapsdjur kan detta i allmänhet inte betraktas som vilken sak som helst och det får därför anses rimligt att ägaren söker vård för djuret även om kostnaden härför kan beräknas komma att överstiga djurets ekonomiska värde.”

Toinen huomionarvoinen seikka on, että korjauskustannusten ja arvon välinen epäsuhta erityisesti I-ratkaisussa on erittäin suuri. Ratkaisuista on nähdäkseni tästä syystä hyvin vaikeaa tehdä päätelmiä korjauskustannusten ja jälleenhankintahinnan välisen rajan täsmällisestä sijoittumisesta. Tästä voidaan tehdä tärkeä huomio, joka on kolmas ratkaisujen perusteella merkittäväksi täsmentyvä seikka. Lemmikkieläinten loukkaannuttua *edes hyvin suuri epäsuhta* korjauskustannusten ja jälleenhankintahinnan välillä *ei* estä korjauskustannusten korvaamista. Toki voitaisiin ajatella, että syy-yhteysargumentteja voitaisiin käyttää, kun perustellaan, miksi tällaiset ”suhteettoman” suuret korjauskustannukset tulisi jättää korvaamatta. Voitaisiin esimerkiksi väittää, että syy-yhteys puuttuu, koska korjauskustannukset eivät ole riittävän ennakoitava seuraus vahinkotapahtumasta. Perustelu ei ole erityisen vakuuttava. Lemmikkieläimiin kiinnytään. Tunnesiteet voivat olla hyvin vahvoja ja voimakkaita. Eläinten kuolemaa surraan tavanomaisesti. Niiden terveydenhuoltoon käytetään merkittäviä summia rahaa. Vahingonaiheuttajan olisi näissä oloissa hyvin vaikea esittää, että hänen ei olisi ollut mahdollista mieltää, että eläimen omistaja saattaa hyvinkin pyrkiä tekemään kaikkensa pelastaakseen eläimen.

Tällainen tulkinta on omaksuttu myös Saksassa, jossa BGB § 251.2:ssa todetaan velvoiteoikeusuudistuksen jälkeen, että eläimiä ei saa kohdella esineiden

⁶⁵⁹ Ks. Alingsåsin kärjääoikeuden laamannin kielenkäyttöä II-ratkaisussa.

tavoin.⁶⁶⁰ Vastaavia muutoksia on havaittavissa myös USA:ssa. Lemmikkieläimet ovat siirtymässä käsitteellisesti pelkän omaisuuskappaleen asemasta lähemmäs ihmistä. Tällöin niiden todellinen ja oikeudellinen merkitys ovat paremmin linjassa toistensa kanssa.⁶⁶¹

Vaikka näyttää selvältä, että esineen jälleenhankintahinta tai sen myyntiarvo ei normistossa muodosta joustamatonta ylärajaa korjauskustannusten määrälle, on pakko myöntää, että suomalaisesta ja ruotsalaisesta oikeuskäytännöstä ei juuri saada tarkkaa johtoa sen suhteen, *milloin* korjaamista ei enää pidetä järkevänä. Ruotsalainen oikeuskäytäntö on tulkinnallisesti avointa, suomalaista oikeuskäytäntöä ei korkeimmasta oikeudesta ole. Liikennevahingoissa salliva suhtautuminen voi olla omiaan aiheuttamaan vaikeuksia, jos vahingonkorvausoikeuden ja vakuutusoiden arvostussääntöjen yhtenäisyyttä halutaan ylläpitää. Liikennevakuutuslain 6 §:n 3 momentin sanamuoto on epäonninen. Momentissa nimittäin todetaan, että ”moottoriajoneuvon vahingoittumisesta omistajalla on oikeus saada korvaukseksi joko korjauskustannus tai sitä vastaava määrä *tahi, kun moottoriajoneuvo on tuhoutunut tai sitä ei voida kohtuullisin kustannuksin korjata, sillä välittömästi ennen vahingon tapahtumista ollut käypä arvo*, jolloin vahingoittunut tai tuhoutunut ajoneuvo on luovutettava korvauksen maksajalle.” Vakuutuslautakunnan käytännöstä saa puolestaan kuvan, että kohtuullisina korjauskustannuksia pidetään korkeintaan auton käypää arvoa.⁶⁶² Samaan aikaan 1 momentissa todetaan, että korvaus määrätään vahingonkorvauslain 5 luvun säännöksiä, muiden muassa myös esinevahinkoa koskevaa 5 §:ää, soveltaen. Liikennevakuutuslain 6 §:n 3 momentti ja vahingonkorvauslain 5:5 ovat siis – jos edellä esittämäni tulkintasuositukset hyväksytään – ristiriidassa keskenään.

Liikennevahinkolaissa omaksuttu sanamuoto on siirtynyt myös vapaaehtoiisiin vakuutuksiin. Tavanomaisesti sovellettavien autovakuutusehtojen mukaan autolle aiheutuneet esinevahingot tulee pyrkiä korjaamaan. Vakuutuskorvaus kattaa tällöin korvauskulut. Vakuutusyhtiöt rajoittavat kuitenkin vastuutaan tästä määräämällä vakuutusehdoissa, että ”korjauskustannuksina maksetaan enintään omaisuudella ennen vahinkoa ollut käypä hinta vähennettynä vahingoittuneen omaisuuden jäännöshinnalla ja omavastuulla.”⁶⁶³ Käypä hinta puo-

⁶⁶⁰ Ks. Lange – Schiemann 2003 s. 239–240. Lange ja Schiemann toteavat nimenomaisesti, että moottoriajoneuvoja koskava ns. 130 prosentin sääntö ei päde eläimiin. Ks. 130 prosentin säännöistä edellä av. 645 kohdalla esitettyä.

⁶⁶¹ Ks. esim. Karp – Fershtman 2007 s. 257–261, jossa kirjoittajat selvittävät viimeaikaista oikeuskäytäntöä. Erityisen kiinnostava yllä käsitellyn aiheen kannalta on kansasilainen tapaus *Burgess v. Shampoo Pet Industries, Inc.*, 131 P.3d 1248 (Kan. Ct. App. 2006), jossa lemmikkieläimen arvon ylittävät korjauskustannukset tuomittiin korvattaviksi. Ks. yleisesti eläinten arvostamisesta esim. Duckler 2002; Livingstone 2004.

⁶⁶² Ks. esim. VKL 233/04.

⁶⁶³ Ks. esim. If Vahinkovakuutusyhtiö Oy:n Autovakuutusehdot AUT 640.7 kohta 6.3.1 ja 6.3.4.

lestaan määritellään vakuutuslautakunnan käytännössä siten, että käypänä hintana pidetään ”sitä käteishintaa, joka ajoneuvosta on yleisesti saatavissa vakuutustapahtuman sattumispäivän markkinatilanteessa, jos sitä pidettäisiin myytävänä tarkoituksenmukaisella tavalla. Käyvällä arvolla ei tarkoiteta auto-liikkeiden ulosmyynti- tai pyyntihintaa eikä vaihtohyvitysarvoa, vaan sellaista hintaa, jonka useampi kuin yksi henkilö olisi ollut valmis siitä todellisuudessa käteishintana maksamaan.”⁶⁶⁴ Käytännössä vahinkotarkastajat tekevät arvion vähäisten vastaavia autoja koskevien hintapyyntötietojen selvitysten jälkeen.⁶⁶⁵ Joskus vakuutuseläimissä määrätään vieläpä, että vakuutusyhtiöllä on oikeus lunastaa auto, jos korjauskustannukset ylittävät 2/3 osaa auton käyvästä arvosta.

Olisinkin taipuvainen kannattamaan englantilaista ja saksalaista linjaa. Epäsuhtauden korjauskustannusten ja jälleenhankintakustannusten tai markkina-arvon välillä tulee olla varsin merkittävä, jotta olisi syytä estää vahingonkärsijää vaatimasta vahingonkorvausta korjauskustannusten suuruisena. Tällainen ratkaisu on perusteltu monestakin syystä. Niistä tärkeimmät ovat pitkälti ontologisia. Ne liittyvät siihen, minkälaiseen ympäristöön vahinkotapahtuma sijoitetaan, kun vahingonkorvausratkaisu tehdään. Useimmat vahingonkärsijät hahmottavat vahingon juuri esineen fyysisten muutosten pohjalta. Jos vahingonkorvausoikeuden säännöt suosivat korjauskustannusten mukaista korvaamista, tämä preferenssi tulee huomioonotetuksi.

Toisaalta myös käytännölliset seikat tukevat ennallistamista. Luotettavaa selvitystä esineen jälleenhankintakustannuksesta voi olla vaikeaa hankkia. Riittävää kauppajien massaa ei välttämättä ole, koska eritoten käytettyjen esineiden markkinat ovat usein ohuita. Jos vastakkain ovat vahingonaiheuttajan palkkaaman asiantuntijan käsitys esineen arvosta eli uudelleenhankeintakustannuksesta ja vahingonkärsijän selvitys esineen todellisista tai todennäköisistä korjauskustannuksista, olisi nähdäkseni sallittava varsin tuntuvatkin poikkeamat väitetystä uudelleenhankeintakustannuksesta.

Usein on myös niin, että käytetyt esineet voivat olla hyvinkin käyttökelpoisia. Niillä on siis ”korkea käyttöarvo”, mutta niiden myyntihinta eli vaihtoarvo on olematon. Kun tällainen asetelma yhdistyy usein lähes olemattomiin käytettyjen esineiden markkinoihin, jotka eivät ole tavaroiden laadun suhteen läpinäkyviä, esimerkiksi todennäköisten keskimääräisten jälleenhankintakustannusten eli käytännössä ”vaihtoarvon” korvaaminen voisi johtaa siihen, että vahingonkärsijä

⁶⁶⁴ Ks. esim. VKL 233/04 ja VKL 134/05.

⁶⁶⁵ Vrt. esim. VKL 134/05, jossa vahinkotarkastajan lausunto sivuutettiin ja käyväksi arvoksi vahvistettiin kauppakamarin tavarantarkastajan lausunnon mukainen määrä.

ei tosiasiaissa voi hankkia vastaavanlaista esinettä vahingonkorvauksella.⁶⁶⁶ Päältä päin identtiseltä vaikuttavat esineet eivät ole tosiasiaissa toisiaan vastaavia lähemmässä tarkastelussa. Esineiden tunnearvo eli niiden merkitys yksilön persoonalle ja identiteetille voi niin ikään perustella funktionaalisesti ja taloudellisesti samanarvoisen esineen jälleenhankintakustannuksen ylittävien korjauskustannusten korvaamista.⁶⁶⁷

Toisaalta on yhtä lailla selvää, että jos vahingoittuneen kanssa identtinen esine on hankittavissa eikä esineen fyysisen perusidentiteetin säilyttämiseen muuttumattomana ole erityisiä syitä, jälleenhankintahinta muodostaa käyttökelpoisen – ja myös fyysisen palauttamisen näkökulmasta – ongelmattoman vahingonkorvauksen arvioinnin mittapuun.

Arvioinnin tuleekin jäädä yksittäiseen tapaukseen. Etukäteisiä rajalinjoja ja ratkaisulinjoja on vaikea, jos ei mahdotonta määritellä. Tärkeää olisikin suojata vahingonkärsijän perusteltuja odotuksia ja kunnioittaa sitä sosiaalista merkitystä, joka esineellä oli ja sitä sosiaalista tilannetta, johon esine sijoittui. Arvolle perustuva argumentaatiotapa on tässä suhteessa hyvin epäsensitiivinen.

3 ENNALLISTAMISEN KUSTANNUKSET

Korjaus- ja jälleenhankintakustannukset ovat ennallistamisen hinta. Vahingonaiheuttajan suoritettavaksi tuomittava vahingonkorvauksen määrä lasketaan kustannusten perusteella. Kustannusten laskemisen lähtökohdat ovat selviä. Vahingonaiheuttajan on korvattava tehokkaan, järkevän ja tarkoituksenmukaisen ennallistamisen aiheuttamat kustannukset. Jos vahingonkorvauksen määrä lasketaan korjauskustannusten perusteella, korvattavaksi tulevat järkevistä ja tarkoituksenmukaisista korjaustoimenpiteistä aiheutuvat kustannukset. Jos mittana ovat jälleenhankintakustannukset, tulee korvata järkevästä ja tarkoituksenmukaisesta uudelleenhankinnasta aiheutuvat kustannukset.⁶⁶⁸

Tarvittavat toimenpiteet ja niiden laajuus voivat vaihdella melkoisesti esineestä ja vahinkotapahtumasta riippuen.

⁶⁶⁶ Tämä ei useimmiten pitäne paikkaansa silloin, kun vahingonkärsijä on hankkinut korvaavan esineen itse ja velkoo tähän kulunutta määrää. Tällöin on kuitenkin mahdollista, että vahingonaiheuttaja väittää esineen tosiasiaissa olevan alkuperäistä parempi.

⁶⁶⁷ Ks. myös Mertens 1990 s. 328. Saksassa esimerkiksi perhevalokuvien korjaamisen suuriinkiin kustannuksiin on suhtauduttu hyväksyvästi. Ks. Lange – Schiemann 2003 s. 238.

⁶⁶⁸ Ks. esim. Webbin (Webb 2006 s. 57–58) esitystä todellisen korjaamisen merkityksestä vahingonkorvauksen määrän laskemiseen. Webb esittää, että sopimusperustaisessa vahingonkorvausvastuussa virheellisen suorituksen korjauskustannusten korvaaminen pitäisi ymmärtää osaksi ns. *performance interestin* korvaamista. Korjauskustannusten korvaaminen rinnastuisi siis luontois-suoritukseen eli *specific performanceen*.

Korjauskustannuksina korvattavia eriä ovat fyysisestä manipulaatiosta eli todellisesta korjaamisesta aiheutuvien kustannuksien lisäksi kulut ja kustannukset, jotka aiheutuvat korjaustarpeen ja korjaamisen järkevyyden selvittämisestä, esineen kuljettamisesta korjauspaikalle sekä mahdollisesta korjaamisen jälkeisestä katsastamisesta ja luokittamisesta.⁶⁶⁹ Varsinaisen fyysinen manipulaation kustannuksina korvattavaksi tulevat tarvittavat raaka-aineet ja tarvikkeet, näiden kuljetus- ja muut hankintakustannukset, itse korjaustyöstä maksettava korvaus sivukuluineen ja arvonlisäveroineen⁶⁷⁰, korjauksen suunnittelemiseksi tarvittavasta työstä maksettava korvaus sivukuluineen, esinevahingon jälkien siivouskulut⁶⁷¹ ja muut vahinkotapahtumasta seuraavat välttämättömät kustannukset, kuten esimerkiksi selvittelykustannukset.⁶⁷²

Korjaustoimenpiteiden on oltava paitsi välttämättömiä myös tarkoituksenmukaisia. Vaatimus seuraa vahingonkärsijän velvollisuudesta rajoittaa vahinkoa. Yleisen periaatteen mukaisesti vahingonaiheuttajan korjaukset on pyrittävä tekemään vahingonaiheuttajan kannalta kohtuullisella tavalla, käytännössä siis mahdollisimman vähäisin kustannuksin. Vahingonkärsijä ei saa valita vapaasti, kuka korjaa ja miten korjataan. Vain kohtuullisista toimenpiteistä aiheutuvat kohtuulliset kustannukset korvataan. Jos korjaukset olisi voitu tehdä alhaisemmin kustannuksin, vahingonkärsijä joutuu kärsimään maksamiensa todellisten ja kohtuullisten korjauskustannusten välisen erotuksen itse.

Uudelleenhankintakustannuksista merkittävin lienee useimmiten korvaavasta esineestä maksettu hinta. Muutoin korvataan pitkälti samat erät kuin korjauskustannuksinkin. Korvaus kattaa esinevahingon selvittelykustannukset, uuden esineen kuljetus-, etsimis-, neuvottelu- ja muut hankintakustannukset sekä mahdolliset hankinnan jälkeiset katsastamisesta ja luokituksesta aiheutuvat kustannukset.

Sekä korjaus- että uudelleenhankintakustannukset on helppo näyttää toteen, jos vahingonkärsijä on jo hankkinut korvaavan esineen tai teettänyt korjaukset. Vahingonkorvauksen määrä lasketaan toimenpiteistä aiheutuneiden laskujen ja/ tai maksukuittien perusteella. Harkintaa tarvitaan vain, kun päätetään, ovatko toimenpiteet olleet välttämättömiä ja tarkoituksenmukaisia ja tehtiinkö ne oikeaan aikaan.

Jos uudelleenhankintaa ei ole vielä tehty tai korjaaminen on vielä suunnitelman asteella, tilanne on edellistä mutkikkaampi. Hinnanmuodostus on todelli-

⁶⁶⁹ Ks. esim. Hemmo 2005b s. 199–200.

⁶⁷⁰ Vahingonkorvauksen ja vero-oikeuden suhde on Suomessa käsittääkseni lähestulkoon kokonaan kartoittamaton alue.

⁶⁷¹ Ks. esim. KKO 1994:42. Ks. myös NJA 2004 s. 566, jossa HD katsoi, että tienpinnan likaantuminen oli esinevahinko, jonka johdosta sen puhdistamisesta aiheutuneet kustannukset oli korvattava.

⁶⁷² Ks. esim. Hemmo 2005b s. 200.

suudessa monimutkaista ja sotkuista. Perinteiset vahingonkorvausoikeudelliset arvokäsitykset ovat puolestaan yksioikoisia ja perustuvat hyvin yksinkertaiselle käsitykselle siitä, mitä markkinoilla tapahtuu. Seikkojen yhteisvaikutus tekee vahingonkorvausharkinnasta hankalaa, kun pyritään löytämään sopiva menetelmä uudelleenhankintakustannuksen arvioimiseen.

Vaihtoarvo tarjoaisi yksinkertaisen ratkaisun: etsitään kysynnän ja tarjonnan tasapainopiste. Kun se löydetään, tiedetään esineen markkinahinta. Ongelmia ei olisi. Vaihtoarvo on kaikille sama, niin ostajille kuin myyjillekin, vaihdantaroolista riippumatta. Vaihtoarvon taustalla olevat oletukset markkinoista eivät kuitenkaan pidä paikkaansa. Kuten jo Mataja huomautti, markkinoita ja myös markkinahintoja on useimmiten yhden sijasta kaksi tai useampia, vähintäänkin yksi ostajille ja toinen myyjille.⁶⁷³ Mitä nopeammin jokin esine joudutaan myymään, sitä huonompi hinta siitä todennäköisesti saadaan ja päinvastoin. Tämä havainto voidaan laajentaa moderniksi käsitykseksi hinnanmuodostuksesta. Jos tarjolla on jonakin ajanjaksona n kappaletta jotakin identtistä esinettä tai hyödykettä, markkinoilla ei itse asiassa synny yhtä hintaa vaan hintajakauma.⁶⁷⁴ Yksittäisiä kauppvoja tehdään vaihtelevilla hinnoilla. Otosta voidaan kuvata graafisesti, sille voidaan laskea keskiarvo, keskihajonta, fraktiilit ja mitä erilaisimpia tilastollisia tunnuslukuja, mutta yhtä totuutta tavarán arvosta toteutuneiden kauppvojen hintajakauma ei kerro.

Jakauman ennustearvo yksittäisen tavarán todellisesta hinnasta voi olla vähäinen. Edustavaa otosta suuresta määrästä kauppvoja voidaan toki pitää luotettavana todennäköisyysjakamana, jolla on tietty ennustearvo. Täsmällistä korvausmäärää ei voida määrittää tällaisin apuvälineinkään ilman, että epävarmuus vaivaisi lopputulosta.⁶⁷⁵ Mikä tahansa tuomittava jälleenhankintahinta voi olla joko oikea tai väärä. Varmuutta ei ole, paitsi ehkä arvopaperimarkkinoilla ja muissa institutionaalisissa järjestelyissä, joissa lukuisat ostajat ja myyjät kerääntyvät yhteen vaihtamaan toistensa kanssa täysin samanlaisia tuotteita. Tällöinkin varmuus on haurasta, paikallista ja hetkellistä.⁶⁷⁶

Tämä on välttämättä otettava huomioon myös, kun hinnanmääritysmenetelmä valitaan. Viritetäänkö järjestelmä seuraamaan esineiden yleistä ja yleistettävää

⁶⁷³ Ks. Mataja 1888 s. 160–166.

⁶⁷⁴ Ks. esim. Hager 2007 s. 288–296.

⁶⁷⁵ Ks. esim. Hager 2007 s. 293–296. Hager päättää kirjoituksensa mielenkiintoiseen päätelmään. Hän toteaa: ”Man kan därför säga att det för den rättsliga värderingen finns ett objektiv värde för värderingsföremålet givet de tillämpliga ersättnings- och värderingsreglerna, medan det för den ekonomiska teorin inte förhåller sig på motsvarande sätt.”

⁶⁷⁶ Varmuus ulottuu vain kulloisenkin kaupankäyntipaikan sisälle. Jokainen transaktio luo oman tasapainotilansa. Jos aikahorisonttia halutaan avata hetkellisistä kombinaatioista ulospäin, joudutaan välttämättä tekemään ratkaisu, mikä ajankohta valitaan. Tuota tietoa markkinat eivät pysty tuottamaan.

arvoa vai korostetaanko esinettä sen konkreettisessa ympäristössä? Kun luonnollista ja oikeaan lopputulokseen johtavaa menetelmää ei ole, hinnanmääritykseen on syytä rakentaa jonkinlainen varmuusmarginaali, jolla varmistetaan, että vahingonkorvausoikeudelle asetettavat tavoitteet saavutetaan. Ratkaisevaksi kysymykseksi tuleeekin, kumman tulee kantaa varmuusmarginaalista aiheutuva rasitus: vahingonkärsijän vai -aiheuttajan. Tähän kysymykseen ei ole yksiselitteistä vastausta. Fyysisen ennallistamisen tavoite puoltaa arvioinnin virittämistä siten, että vahingonkärsijälle turvataan mahdollisimman laaja oikeus vahinkoa edeltäneen tilan palauttamiseen. Arvo painuu taustalle. Jos vahingonkorvauksen määrittämisessä erehdytään, lähtökohtana olisi, että erehdytään niin, että vahingonkärsijälle jää realistinen mahdollisuus ennallistaa fyysinen olotila.

Riskiä liian suuresta korvauksesta voidaan pienentää huolehtimalla siitä, että arviot ovat mahdollisimman luotettavia. Jos riski on erityisen suuri – suuntaan tai toiseen – en pidä mahdottomana, että vahingonkorvaustuomio voisi olla ehdollinen siinä mielessä, että vahingonkärsijä veloitetaan tekemään myöhemmin tili todellisista korjaus- tai uudelleenhankintakustannuksista. Jos arvio osoittautuu liian korkeaksi, vahingonkärsijä voitaisiin jo etukäteen velvoittaa palauttamaan saamansa perusteeton etu. Päinvastaisessa tapauksessa olisi luonnollista, että vahingonaiheuttaja voitaisiin velvoittaa suorittamaan mahdollinen erotus. Aina tällainen ei ole perusteltua. Jos vahingonkärsijä on elinkeinonharjoittaja ja vahingon tapahtuman riskin kantaminen on luonnollinen osa vahingonkärsijän liiketoimintaa, vahingonkärsijää ja todellisen maailman uudelleen kokoamiseen tähtäävää ”integriteetti-intressiä” ja sen toteutumista turvaavaa ”virhemarginaalia” ei ole nähdäkseni välttämätöntä sisällyttää arvioon.

Edellä kuvattuakin visaisempi ongelma johtuu erityisesti pakkolunastustilanteissa usein tavattavasta asetelmasta.⁶⁷⁷ Kun pakkolunastuskorvaus maksetaan, henkilö, jolta irtain esine tai kiinteistö lunastetaan, joutuu pakon eteen. Vaikka edellä esittämäni luotettavan jälleenhankintahinnan määrittämisen vaikeus si-
vuutettaisiin, törmätään silti toiseen paradoksiin. Se, että henkilö ei ole luopunut omistamastaan esineestä tai hallussaan olevasta oikeudesta käypää markkinahintaa vastaan, kertonee, että tämä arvostaa sitä enemmän kuin markkinahinnan mukaista rahamäärää. Taloustieteessä markkinahinnan ja kuluttajan arvostuksen välistä erotusta kutsutaankin *kuluttajaylijäämäksi*. Kuluttaja saa useimmiten enemmän hyötyä kuin kuvastuu hyödykkeen markkinahinnassa, kun hän ostaa tavarat tai palvelun.⁶⁷⁸ Kun vahingonkorvaustilanteissakaan *rahaa omaisuudesta*-vaihtokauppa ei ole vapaaehtoinen, miten suhtautua vaihtokaupassa esineen omistajalta häviävään kuluttajaylijäämään? Kaupunkilaisjärjellä ajatellen sen

⁶⁷⁷ Asetelma on tavallinen erityisesti kiinteistön pakkolunastuksessa. Ks. ruotsalaisesta keskustelusta esim. Hager 2007 s. 286; Norell 2007 s. 297.

⁶⁷⁸ Ks. esim. Parkin 1998 s. 166.

tulisi olla korvattavaa vahinkoa. Kuluttajaylijäämän mittaaminen – eritoten objekti(ivi)sesti – on kuitenkin mahdotonta.⁶⁷⁹ Tilanne on sama kuin esimerkiksi käyttöhyödyn korvaamisessa, jota käsittelen jäljempänä 5 luvun 3 jaksossa. ”Luonnollista” laskentamenetelmää ei ole. Vahingonkorvausharkinnassa joudutaan jonkinlaisen symbolis-normatiivisen harkintatilanteen eteen.

Joskus voidaan joutua kiistelemään siitä, milloin esine on identtinen aikaisemman kanssa. Riidan kohteena on, minkälaisen esineen vahingonkärsijä voi hankkia korvaamaan korjauskelvotonta esinettä. Kyse ei ole vain jälleenhankintakustannuksen määäämisestä. Identtisyiden arvioimiseen liittyvät ongelmat aktualisoituvat aina, kun esine joko vahingoittuu tai tuhoutuu. Jälleenhankinnassa seikka on kuitenkin korostuneempi, koska korjaamisessa lopputulos määräytyy pitkälti teknisesti, ilman suoranaisia valintoja eri vaihtoehtojen välillä. Kun esine voidaan tavanomaisesti korjata vain jollakin tietyllä teknisesti määräytyvällä tavalla, tekniset mahdollisuudet määrittävät lopputuloksen. Jälleenhankinnassa ennallistamisen tavoite joudutaan puolestaan tietoisesti asettamaan. Tavallisesti on pakko tehdä ainakin valinta, etsitäänkö käytetyn ja kuluneen esineen tilalle uutta, juuri valmistettua esinettä vai yritetäänkö tavanomaisesti käytännössä hankalampaa käytetyn esineen hankkimista.

Ulf Persson tematisoi 1950-luvulla, että esineiden identtisyyttä toistensa kanssa ei vahingonkorvausoikeudessa arvioida puhtaasti niiden fyysisten ominaisuuksien perusteella vaan esineiden käyttötarkoitusten, niiden funktioiden perusteella. Jos kahden esineen ominaisuudet suhteessa niihin käyttötarkoituksiin, joihin vahingonkärsijä sitä oli suunnitellut käyttävänsä tai joihin hän olisi sitä käyttänyt, ovat samat, voidaan kahden esineen todeta olevan samanlaiset, ei muutoin.⁶⁸⁰ Perssonin lähtökohta on oikea.⁶⁸¹ Identtisyysarviointi on ja sen tulee olla voimakkaan kontekstisidonnaista. Siinä on otettava huomioon esineen luonne, vahingonkärsijän sille antama merkitys ja suhteutettava nämä periaatteessa subjektiivisesti arvioitavat seikat objektiivisiin (vaiko objektisiin?), yleisesti puheena olevan esineen kaltaisiin esineisiin kiinnittyviin odotuksiin.

Tällainen esineen funktioihin ja sen kontekstiin kiinnittyvä ajattelutapa laventaa niiden esineiden joukkoa, joiden voidaan sanoa olevan identtisiä tuhoutuneen esineen kanssa. Jos vahingonkärsijän takki on vahingoittunut vahinkotahtuman seurauksena niin pahoin, että sitä ei voida korjata, arvioidaan toisten

⁶⁷⁹ Kuluttajaylijäämä muistuttaa suuresti perinteistä tunnearvoa. Ero on ehkä siinä, että tunnearvo viittaa eräässä mielessä affektiivisiin ja irrationaaliisiin arvostuksiin, joilla ei oikeasti olisi sijaa taloudellisessa arvostuksessa, kun taas kuluttajaylijäämässä ”ylimääräisen” syntytapaa ja syitä ei hahmoteta. Ylijäämä on vain olemassa. Ks. esim. Marshall 1920 s. 124; Bishop 1982. Vrt. Mataja 1888 s. 176–180. Mataja päättyy kannattamaan tunnearvon korvaamista. Miten ja minkä suuruiseksi, se jää tosin avoimeksi, Mataja kun ei tästä seikasta ole erityisen kiinnostunut.

⁶⁸⁰ Ks. Persson 1953 s. 408–411.

⁶⁸¹ Ks. myös Burrows 2004 s. 239–242.

takkien ja tuhoutuneen takin identtisyyttä sillä perusteella, minkälainen funktio takilla oli vahingonkäräjien elämässä. Esimerkki on yksinkertaisuudessaan baanaali, mutta jos analyysiä tarkennetaan, käy ilmi, että yksinkertaiselta vaikuttava arviointi saattaa muuttua ”oikeissa” olosuhteissa hyvin monimutkaiseksi. Takki voi olla vain vaatekappale, jolla suojaudutaan kylmää, tuulta ja sadetta vastaan. Se voi olla myös paljon muuta: luksusesine tai osa vahingonkäräjien sosiaaliseen asemaan kuuluvaa ja sille ominaista roolikalustoa. Uniikin *haute couture* -ilmapuvun ja tavallisen valmisvaatteen olennainen ero ei johdukaan välttämättä fyysisistä ominaisuuksista, vaateen materiaalista, työn laadusta, iästä tai edes hinnasta, vaan niistä sosiaalisista ja kulttuurisista merkityksistä, jotka esineisiin kiinnittyvät. Kun vahingonkorvausta vaaditaan jälleenhankintakustannusten perusteella, asiaa voidaan joutua arvioimaan monenlaisissa viitekehityksissä. Identtisyysarviointi saattaa siis rakentua puhtaasti fyysisten seikkojen varaan, mutta ajoittain asian luonto voi vaatia, että arvioitaessa otetaan kantaa myös esineen käytön sosiaalisiin ja kulttuurisiin ulottuvuuksiin.

Kirjallisuudessa on esitetty vaihtelevia käsityksiä siitä, minkä ajankohdan hintataso pitäisi ottaa huomioon uudelleenhankintakustannusta laskettaessa. Suomessa Routamo, Ståhlberg ja Karhu esittävät, että ”ajankohdan valinta on kohtuulliseen lopputulokseen pääsemiseksi tehtävä *in casu*, tapaus kerrallaan.” Kirjoittajien mukaan myös vaatimuksen ensimmäisen konkretisoinnin hetki voi olla ratkaiseva. Vaikka hinnat muuttuisivatkin tämän jälkeen riidan aikana, tällä ei välttämättä ole merkitystä.⁶⁸²

Ruotsissa Marcus Radetzki puolestaan lähtee Gunnar Nyberghia seuraten liikkeelle siitä, että esineen arvo määrätään tuomionantopäivän hintatason mukaan.⁶⁸³ Richard Hager puolestaan pitää lähtökohtana vahinkopäivää. Lähtökohdasta tosin voidaan tehdä lukuisia poikkeuksia.⁶⁸⁴ Nähdäkseni selvän pääsäännön tulee olla, että jos uudelleenhankinta on tehty, tulee tuomita todellinen uudelleenhankintahinta. Jos uudelleenhankintaa ei ole tehty, Nyberghin alun perin hahmottelema vaihtoehto vaikuttaa parhaalta. Jos ja kun vahingon korvaamisen tavoitteena on mahdollistaa korvaavan esineen hankkiminen, tuomion toimeenpanopäivän hintataso olisi optimaalinen mittapuu. Viimeistään tuomion toimeenpano, siis maksu, perustaa vahingonkäräjälle velvollisuuden ennallistaa esine tai kärsiä joutuisan ennallistamisen laiminlyömisestä aiheutuva vahinko. Tuomiota on kuitenkin vaikea perustaa sen toimeenpanoajankohdalle, koska toimeenpanopäivää saati sen hintatasoa ei voida tuomiota annettaessa tietää. Nyberghin ja

⁶⁸² Ks. Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006 s. 408.

⁶⁸³ Ks. Radetzki 2004 s. 110–114.

⁶⁸⁴ Ks. Hager 1998 s. 55–56.

oman käsityksenikin mukaan tuomionantopäivän hintataso on paras, joskin ei-optimaalinen mittapuu vahingon laskemiseen.⁶⁸⁵

Joskus voi käydä niin, että hintataso laskee uudelleenhankinta- tai korjausajankohdan ja tuomionantopäivän välisenä aikana. Tällöin vahingonaiheuttaja voi väittää, että vahingonkärsijän olisi tullut vahingon rajoitusvelvollisuuden nojalla odottaa ennen kuin hankki esineen. Lähtökohtaisesti vahingonkärsijällä on oikeus hankkia korvaava esine milloin tahansa. Nähdäkseni ei ole syytä tuomita todellista uudelleenhankintahintaa tai korvauskustannusta alhaisempaa vahingonkorvausta, jos vahingonaiheuttaja ei voi esimerkiksi näyttää, että vahingonkärsijällä ei tosiasiassa ollut perusteltua tarvetta hankkia esinettä valitsemanaan ajankohtana ja tämä oli tietoinen hintojen tulevasta laskusta, mutta ei silti odottanut. Sama koskee hinnan nousemista. Jos vahingonkärsijällä on perusteltu ja järkevä syy viivyttää uudelleenhankintaa, todellinen uudelleenhankintakustannus tulee tuomita, vaikka vahingonkärsijä olisikin ollut tietoinen hintojen noususta. Vahingonkärsijä on tällöin menetellyt vahingon rajoittamista koskevan velvollisuutensa mukaisesti.

Korjauskustannukset voidaan oikeuskäytännössä vakiintuneen kannan mukaan tuomita niiden suuruutta koskevan arvion perusteella, vaikka korjauksia ei olisi-kaan vielä oikeudenkäyntiajankohtana suoritettu.⁶⁸⁶ Suomalaisessa oikeuskäytännössä korkeimman oikeuden ratkaisuissa KKO 1944 II 162 ja KKO 1949 II 333⁶⁸⁷ vastaaja tuomittiin suorittamaan vahingonkorvausta esineiden korjauskustannuksia koskevien arvioiden perusteella. Ensimmäisessä ratkaisussa vahingoittunutta alusta ei koskaan korjattu tai olisi edes voitu korjata, koska alus oli, ennen kuin korjaukset oli ehditty suorittaa, jäänyt rauhanteossa luovutetulle alueelle. Turun hovioikeus, jonka ratkaisua KKO ei muuttanut, oli todennut, että kantaja oli joutunut laivan ajettua karille huonompaan asemaan kuin, jos laiva olisi palautettu vahingonkärsijälle ehjänä. Pelkkä oikeudenloukkaus perusti velvollisuuden korvata vahinko. Sillä, että laiva olisi joka tapauksessa menetetty kun se jäi luovutetulle alueelle, ei annettu merkitystä.⁶⁸⁸

KKO 1944 II 162-ratkaisussa kuvatun tilanteen kanssa läheisesti analoginen on englantilainen *London Corporation* -ratkaisu⁶⁸⁹. Ratkaisussa vastaaja tuomittiin korvaamaan kantajan alukselle aiheutuneen konkreettisen vahingon korjaamiseksi tarpeellinen määrä, vaikka alus oli ennen vahingonkorvausoi-

⁶⁸⁵ Ks. Nybergh 1956 s. 145.

⁶⁸⁶ Ks. esim. KKO 1944 II 162 ja KKO 1949 II 333. Ks. ratkaisuista ja niiden tulkinnasta Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006 s. 278.

⁶⁸⁷ KKO 1949 II 333 on varsin suorapiirteinen vahingoittuneen linja-auton korjauskustannuksia koskeva ratkaisu.

⁶⁸⁸ Ks. esim. Saxén 1962 s. 109, joka huomauttaa, että vahingonkorvausvelvollisuuden asettaminen näyttäisi johtavan siihen, että vahingonkärsijä rikastuu vahingonaiheuttajan kustannuksella.

⁶⁸⁹ [1935] P. 70 CA.

keudenkäyntiä myyty korjaamattomana romuksi eikä korjauksilla olisi ollut merkitystä aluksesta saatavaan hintaan. *London Corporation* -ratkaisua voitaneen pitää erikoisena, jos sitä tarkastellaan arvon näkökulmasta. Kantaja ei ilmeisesti aikonut enää käyttää alusta, koska se oli suhteellisen vanha ja vahingon sattumisaikana tonnistosta oli ylitarjontaa. Vahingoittuminen ei vähentänyt aluksen romuarvoa. Tästä näkökulmasta vahingonkärsijä ei menettänyt lainkaan taloudellista arvoa. Ratkaisu onkin ymmärrettävä vain, jos mahdollisuutta korjata vahingoittunut esine pidetään itseisarvoisena vahinkojen korvaamisen tapana ja arvonäkökulma asetetaan taustalle.⁶⁹⁰

Jos vahingonkärsijä ei voi tosiasiassa korjata tai korjauttaa esinettä, koska on esimerkiksi myynyt sen, korjauskustannusten tuomitseminen vaikuttaa kyseenalaiselta etenkin, jos vahingoittumattoman esineen myyntihinnan ja vahingoittuneen esineen myyntihinnan erotus oli pienempi kuin mitä korjauskustannukset olisivat olleet. Tällaisten saksalaisessa oikeuskirjallisuudessa *fiktiivisiksi* nimettyjen korjauskustannusten (*fiktive Reparaturkosten*) tuomitseminen vaikuttaa johtavan siihen, että vahingonkärsijä rikastuu. Ongelmaan ei ole yksiselitteistä ratkaisua.⁶⁹¹ Yhtäältä näyttäisi siltä, että perusteita tuomita vahingoittuneen esineen todellisen ja vahingoittumattoman esineen hypoteettisen myyntihinnan erotusta ylittävää vahingonkorvausta ei olisi. Saksassa on omaksuttu – ainakin osin – tällainen kanta. Fiktiivisiä korjauskustannuksia ei korvata.⁶⁹² Toisaalta vahingonkärsijän myyntiratkaisu voi olla tällaisissa tilanteissa pakotettu. Jos esine ei olisi vahingoittunut, hän ei olisi myynyt sitä. Korvauksen epääminen voisi jois-

⁶⁹⁰ Tämä lähtökohta heijastuu myös ratkaisun perusteluihin. Greer LJ totesi puheessaan, että ”She might have lived on in the hope that even shipowners sometimes successfully entertain, that an old vessel may have useful service for years to come in a time of boom, which everybody hopes will come some day. Further it was not established that the owners would have parted with their vessel, if she had not been damaged, at the same price as they had got for the damaged vessel. It must not be lost sight of that the saleable value of a vessel does not depend merely upon what the purchaser says he would like to pay; it depends also on what the owner may feel that he can successfully hold out for, in the hope that another purchaser will come forward and give him a better price than that which has been offered. Quite apart from that, however, I agree with the learned judge that in cases of this sort, the prima facie damage is the cost of repair, and circumstances which are peculiar to the plaintiffs – namely, that they have, before the damage has been determined, sold the vessel to be broken up, is an accidental circumstance which ought not to be taken into account in the way of diminution of damages, any more than it is in a case of the sale of goods, where the difference in market price and contract price is always allowed, regardless of the fact that having regard to what the purchaser has done, no such damages are in fact suffered by him.” Ks. *The London Corporation* P. 70 CA, s. 78.

⁶⁹¹ Ei ole perusteita esittää, että kysymys olisi Suomen oikeudessa lopullisesti ratkaistu pelkästään siksi, että korkein oikeus on 1940-luvulla tehnyt kaksi ratkaisua, joissa fiktiiviset korjauskustannukset on korvattu.

⁶⁹² Ks. esim. Lange – Schiemann 2003 s. 230–231. Poikkeuksena ovat Langen mukaan moottorijoneuvot. Vrt. Larenz 1987 s. 470–471. Ks. kuitenkin Jakob 1998 erityisesti s. 110–112 ja 180–182, joissa Jakob tulee siihen tulokseen, että tosiasiassa vahingonkärsijän määräysvapautta on rajojasti rajoitettu.

sakin tilanteissa johtaa vahingonkäräjien strategiseen käyttäytymiseen. Vahingonkäräjät todennäköisesti odottaisivat, kunnes tuomio on annettu ja vasta sitten myisivät vahingoittuneen esineen. On huomattava, että rikastumisvaara on olemassa myös, jos korjaaminen osoittautuu arvioitua halvemmaksi.

Miten tämä pulma pitäisi sitten ratkaista? Fyysisen ennallistamisen tavoite puhuu suhteellisen tiukan todellisuuskynnän puolesta. Lähtökohtana korvaamiselle tulisi olla, että korvaustuomio perustetaan kappaleiden fyysiselle kohtalolle. Jos vahingonkäräjä on ennen tuomion antamista myynyt esineen ja vahinko ei todennäköisesti vaikuttanut saatuu hintaan, fiktiivisiä korjauskustannuksia ei tulisi korvata. Jos taas saatu hinta jäi vahingon takia todennäköisesti alkupe-
räistä vähäisemmäksi, vain korjatun esineen todennäköisen myyntihintojen ja korjaamattoman esineen myyntihinnan välinen erotus tulisi korvata. Tällais-
taakaan sääntöä ei saa noudattaa ehdottomasti. Vahingonkäräjä voi joskus olla ta-
loudellisesti sellaisessa tilanteessa, että hän ei voi korjauttaa esinettä eikä jäädä
odottamaan vahingonkorvausoikeudenkäynnin pahimmillaan ehkä viiden vuo-
den päästä julistettavaa lopputulosta. Esine on pakko myydä. Miten tällaisissa
tilanteissa pitäisi menetellä? En tiedä. Näyttää siltä, että vahingonkorvauksen
suuruuden arvioinnissa joudutaan jälleen ottamaan huomioon symbolisia tekijöi-
tä⁶⁹³. Luonnollista mittapuuta vahingon määrälle ei ole.

Perinteisen systematiikan näkökulmasta edellä esittämäni pohdinnat eivät ole
edes mahdollisia. Velvollisuus suorittaa vahingonkorvausta syntyy velvoiteoi-
keudellisten sääntöjen mukaan, kun vahinko aiheutuu. Esinevahingoissa hetki on
käsillä silloin, kun esine muuttuu ensimmäisen kerran fyysisesti. Ideaalitapauk-
sessa korvauksen määrä voitaisiin myös määrätä jo tuolla hetkellä tuomiolla.
Tästä näkökulmasta vahingonkäräjällä näyttäisi olevan *subjektiivinen oikeus*
saada korvausta arvioitujen korjauskustannusten perusteella riippumatta siitä,
mitä esineelle on sittemmin tapahtunut. Tätä lähestymistapaa puoltaa myös se,
että perinteisesti vahingonkäräjä on vapaa tekemään saamallaan vahingonkor-
vauksella mitä haluaa.

Yksi arvokytkenän aiheuttamista anomaliaista on vahingonkäräjien oman
työn korvauskohtelu. Oli pitkään kiistanalainen kysymys, tuliko oma työ korva-
ta.⁶⁹⁴ Syyt olivat systemaattiset. Epäilevään suhtautumiseen vaikutti se, että va-
hingonkäräjien työstä ei aiheutunut tälle rahamääräistä kustannusta eikä varsin-
kaan ammattitaidottoman suorittamalle korjaustyön soveliaalle hinnalle muu-
toinkaan ollut yksiselitteistä objektiivista mittapuuta. Tästä syystä omalla työllä
ei näyttänyt olevan taloudellista arvoa.

⁶⁹³ Ks. jäljempänä erityisesti jaksossa 4.3 esitettyä.

⁶⁹⁴ Ks. tematiikasta yleisemmin suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa Krook 1989.

Asia oli pitkään epäselvä. Korkein oikeus otti asiaan osittain kantaa ratkaisusaan KKO 1990:107, jossa se näyttää muuttaneen kantaansa aiempaan nähden.⁶⁹⁵ A ja B olivat murtautuneet Naantalın kaupungin omistamaan rakennukseen ja ammuskelleet rakennuksen seiniä, kattoa ja kattovalaisimia. Kaupungille oli aiheutunut tästä esinevahinko, jonka korjaamisen se oli antanut omien, kuukausipalkkaisten työntekijöidensä tehtäväksi. Raastuvanoikeus totesi, että työmiesten palkat eivät olleet korvattavaa vahinkoa, koska vahingonkorvausta tuli maksaa vain sellaisista kustannuksista, joita vahingonkärsijälle ei olisi syntynyt, jos vahinkoa ei olisi tapahtunut. Kaupunki olisi joka tapauksessa joutunut maksamaan kuukausipalkkaisille työntekijöilleen palkat, eikä se ollut palkannut uusia työntekijöitä korjaustoimenpiteitä varten. Korkein oikeus ei juuri perustele ratkaisuaan, jolla se kumoaa raastuvanoikeuden tuomion:

”Vaikka kaupungille ei ole aiheutunut korjaustöistä ylimääräisiä palkkamenoja ylityökorvauksia lukuun ottamatta, kaupungille on työntekijöiden käyttämisestä rakennukselle tulneiden vaurioiden korjaamiseen aiheutunut vahinkoa, joka A:n ja B:n on kaupungille korvattava. Vahingon määränä on pidettävä työntekijöiden tuntipalkkoja sosiaalikuluihin.”

Ratkaisussa KKO 1994:42 korkein oikeus käytti samanlaista perustelutapaa. A oli heitellyt kunnan työntekijän mappeja, repinyt tämän papereita ja riipinyt työntekijän huoneessa olleista kukista oksia. Tämän lisäksi A oli lyönyt kunnan työntekijää, joka oli joutunut käymään sairaalassa. Korkein oikeus toteaa perusteluissaan, että

”vahingonkorvauslain 5 luvun 5 §:n mukaan esinevahinkona on korvattava esineen korjauskustannukset ja vahingosta aiheutuneet muut kulut. Haapaveden kunta on suorittanut A:n syyksi 1 ja 2 kohdissa luetuista rikoksista johtuneen rikosten jälkien siivoustyön omilla työntekijöillään, joille se on maksanut siivoustyön ajalta palkan. Kunnalle on siten tältä osin aiheutunut korvattavaa vahinkoa, joka on maksettujen palkkojen ja sosiaalikulujen suuruinen.”

⁶⁹⁵ Vrt. esim. KKO 1983 II 159. Ratkaisussa korkein oikeus hylkäsi vesihallituksen vaatimuksen vahingonkorvauksesta. Ympäristöaktivistit olivat tunkeutuneet Koirjärvellä vesihallituksen kaivinkoneen toimintasäteeseen sisäpuolelle ja kahliutamalla kaivinkoneeseen estäneet sen toiminnan. Vesihallitus vaati, että aktivistit veloitetaan korvaamaan Koirjärven laskuajan perkaustyön tahallisuudesta häiritsemisestä ja työskentelyn estämisestä valtiolle aiheutuneet ylimääräiset kustannukset. Vaatimus käsitti vesihallituksen työmiesten palkat siltä ajalta kun työt olivat keskeytyneinä ja muut työn estymisestä aiheutuneet kulut. Korkein oikeus totesi, että velvollisuutta kustannusten korvaamiseen ei ollut palkkojen osalta. Tätä KKO perusteli sillä, että ”vesihallitus ei ole näyttänyt palkan neensa työntekijöitä nimenomaan vahingonkorvausvaatimuksessa tarkoitettuja töitä varten. Kaivuustyön estymisestä ei siten ole aiheutunut palkkakustannusten lisääntymistä eikä liioin yleiskustannuksia.” Ks. myös KKO 1984 II 16 ja KKO 1982 II 117.

Korkeimman oikeuden ratkaisut näyttävät molemmissa tapauksissa järkeviltä. Ensinnäkin olisi outoa, jos samoista toimenpiteistä aiheutuvat kustannukset olisivat korvattavia silloin, kun vahingonkärsijä teettää ne oman organisaationsa ulkopuolisella taholla, mutta eivät korvattavia silloin, kun vahingonkärsijä teettää ne oman organisaationsa työntekijöillä. Toiseksi ei liene hyväksyttävää, että vahingonaiheuttaja voisi vapautua tosiasiallisesta vastuusta vain sillä sattumanvaraisella perusteella, että vahingonkärsijä valitsee omat työntekijänsä korjaustöiden suorittajiksi. Tällainen ajatus näyttää vaikuttavan korkeimman oikeuden perustelujen taustalla. On tietenkin selvää, että objekti(ivi)sella laskulla yksilöitävää kustannusta ei omaa kuukausipalkkaista työntekijää käytettäessä voida asettaa tuomion perustaksi. Vahingonkärsijä pääsee näin ollen itse määrittelemään vahingon määrän, kun hän kanteessaan valitsee vaadittavan vahingonkorvauksen laskemisen perusteen.

Se, että objektisuuden kaapua kantava lasku puuttuu, ei kuitenkaan liene erityisen suuri ongelma. Esitetyn korjauskustannuslaskelman järkevyyttä ja kohutuullisuutta voidaan arvioida vertaamalla sitä arvioon kustannusten suuruudesta silloin, kun työ annettaisiin ulkopuolisen urakoitsijan tai muun ulkopuolisen tahon suoritettavaksi. Jos organisaation sisäisestä työstä esitettävä laskelma johtaa merkittävästi kalliimpaan lopputulokseen kuin työn teettäminen ulkopuolisella, korvaus on syytä rajoittaa korkeintaan ulkopuolisen työn kustannuksia koskevan arvion määrään. Samanlainen argumentti voitaneen ulottaa myös vahingonkärsijän oman työn korvaamiseen. Jos vahingonkärsijän oman työnsä perusteella esittämä vaatimus ei ylitä sitä summaa, jolla työ olisi voitu teettää ulkopuolisella taholla, vahingonkorvaus tulee tuomita vaaditun suuruusena.⁶⁹⁶

⁶⁹⁶ Ks. Kaivola 1991 s. 434–435, joka korostaa kustannusarvion merkitystä korvauksen laskemismenetelmänä ja näkee oman tai omaan organisaatioon kuuluvan työn ennen kaikkea differenssioppiin liittyvänä ongelmana. Näin epäilemättä onkin. On kuitenkin syytä korostaa sitä, että ongelman aiheuttaa differenssiopin vahingon abstraktisuutta ja konkreettista rahamääräisyyttä korostava ulottuvuus, se että differenssioppiin liittyy elimellisenä osana edellä hahmoteltu formaalinen ja ”hengen” käsitys taloudellisesta toiminnasta (Ks. edellä jakso 2.9). Jos taloudellisen toiminnan määrittelyä muutetaan – kuten Kaivola kommentissaan pyrkii tekemään – ei jouduta ongelmiin differenssiopin kanssa.

Radetzki pohtii *Skadeståndsberäkning vid sakskada* -kirjassaan, tuleeko korjauskustannukset korjata niiden subjektiivisen vai objektiivisen määrän perusteella. Hän tulee vuodelta 1954 peräisin olevan hovioikeusratkaisun (FFR 1954 s. 153) perusteella siihen lopputulokseen, että korvaus tulee laskea *subjektiivisesti* mitä ikinä se sitten tarkoittaakin. Ratkaisussa valtio oli vaatinut korvattavaksi yksityisen sektorin mukaisia palkkakustannuksia, mutta ei ollut esittänyt näyttöä siitä, mitkä valtion ajoneuvolle aiheutuneen vahingon korjanneen valtion henkilöstön todelliset palkkakulut olivat olleet. Korvausta tuomittiin vastaajan myöntämän summan perusteella (Radetzki 2004 s. 105). Radetzkin tulkinta on kyseenalainen. Kuten jo edellä esitin, lienee perusteltua rajoittaa tuomittavan vahingonkorvauksen määrä siihen määrään, jolla vastaavan suorituksen olisi voinut hankkia ulkopuoliselta.

Vahingonkärsijän yksilöllisestä ”palkkavaatimuksesta” irtoavan ja markkina-arvokytkennän kautta objekti(ivi)seksi käsitettävän määrän tuomitseminen on tarpeen erityisesti silloin, kun vahingonkärsijällä ei ole ammattitaitoa korjaamiseen, mutta tämä silti itse korjaa esineen. Jos vahingonkärsijä vaatii korvausta korjaamiseen kuluneiden työtuntien perusteella, on usein oletettavaa, että ammattilainen olisi selviytynyt vastaavasta työstä nopeammin.

Toinen vahingonkärsijän oman tai tämän vakituisten työntekijöiden suorittamaan työhön liittyvä ongelma koskee muiden kuin työpalkassa realisoituvien mutta työhön välttämättä liittyvien kustannusten korvattavuuteen. Jos vahingonkärsijä käyttää työn suorittamiseen omia työkalujaan tai verstastaan, tästä aiheutuvat (pääoma)kustannukset tulisi voida periä vahingonaiheuttajalta. Saksassa tällaisten kustannusten korvattavuuteen on suhtauduttu myönteisesti. Jos esimerkiksi ison organisaation omistama moottoriajoneuvo on vahingoittunut ja korjattu organisaation omassa korjaamossa, organisaatio on saanut lisätä vahingonkorvaukseen myös ns. *Gemeinkostenzuschlagin* eli yleiskustannuslisän. Tämä lisäys kattaa ”auf die Reparatur zu verrechnenden Kosten für die Bereitstellung einer Werkstatt, von Arbeitsplätzen, eines Lagers.”⁶⁹⁷

Suomalainen oikeuskäytäntö on osin ristiriitaista. Ratkaisuja KKO 1990:107 ja 1994:42 näyttää olevan vaikea sovittaa yhteen kolmannen, myöhemmän ratkaisun KKO 1999:121 kanssa. Tässä ratkaisussa kaupungille ei tuomittu korvausta tahallaan aiheutetun väärän palohälytyksen perusteella niistä palkoista, joita se oli maksanut palomiehille hälytyksen selvittämiseen kuluneelta ajalta. Korkein oikeus totesi ratkaisun perusteluissa, että

”palokunnan ylläpitäminen on kunnan lakisääteinen tehtävä. Kaupungin olisi ollut suoritettava palomiehille kysymyksessä olevat kiinteät palkkakustannukset siinäkin tapauksessa, ettei N olisi aiheuttanut perusteetonta palohälytystä.”

Saarnilehto distinktoi KKO 1999:121-ratkaisun ratkaisusta KKO 1990:107 esittämällä, että aikaisemmassa ratkaisussa kysymys oli esinevahingon korvaamisesta ja siksi korvauskustannusten tuomitseminen oli luonnollinen vaihtoehto. Myöhemmässä ratkaisussa korvattava vahinko oli puolestaan puhdasta varallisuusvahinkoa.⁶⁹⁸ Tällöin palkkakustannukset eivät jää korvaamatta siksi, että ne olisivat turhia, vaan siksi että vahinkotyyppi on sellainen, että sitä ei korvata – jos erityisiä syitä ei ole. Erotteluperuste voisi periaatteessa pitää ja itse asiassa se sopii yhteen fyysisen ennallistamisen kustannuksia koskevan systemaattisen väitteeni kanssa. Ajatuksesta tulee kuitenkin jonkin verran kyseenalainen, jos ote-

⁶⁹⁷ Lange – Schiemann 2003 s. 304.

⁶⁹⁸ Ks. Saarnilehto 1999 s. 4–5.

taan huomioon, että ratkaisussa KKO 1999:121 vahingonaiheuttaja velvoitettiin korvaamaan aiheuttamansa ylimääräiset ajoneuvokustannukset, joiden asema on tosin siinä mielessä ongelmallinen, että vahingonaiheuttaja oli suostunut korvaamaan ne. Onko hälytykseen vastattaessa kulutettua polttoainetta pidettävä muista kuluista vahinkotyyppiltään poikkeavana esinevahinkona? Jos näin on, ongelmaa ei ole. Tällainen ajatus on kuitenkin outo. Polttoainetta kuluu samasta syystä kuin palkkakustannuksiakin syntyy. Rajalinjan vetäminen tuntuu keinotekoiselta juristerialta.

Erottamiskriteeriä tuntuu olevan järkevämpää etsiä työn luonteesta.⁶⁹⁹ Palomiesten pääasiallisena tehtävänä voitaneen pitää tulipalojen sammuttamista ja palohälytyksiin vastaamista. Heille ei ole olemassa vaihtoehtoista käyttöä. Heitä ei voida asettaa muuhun työhön, kuten esimerkiksi kunnan kirvesmiehiä.⁷⁰⁰ Jos tällainen erotteluteesi hyväksytään, joudutaan ongelmiin, sillä nyt ratkaisu KKO 1983 II 159 ei enää sovi kuvioon.⁷⁰¹ Vesihallituksen Kojjärvellä olleiden työmiesten palkat olisi tullut tuomita korvattaviksi, sillä vesihallituksen työmiehille voidaan olettaa olleen myös vaihtoehtoista käyttöä, olkoonkin, että heidän palkkansa maksoikin valtio verovaroista. Ehkä linjan vaihtelusta ei tarvitse olla liiaksi huolissaan. Kojjärvi-ratkaisun lopputulos näyttää yksinkertaisesti vain olevan epäonnistunut.

Ruotsissa on omaksuttu suoraviivainen lähestymistapa. HD on todennut ratkaisuisissa NJA 1950 s. 610, NJA 2001 s. 627, NJA 2004 s. 566 ja NJA 2008 s. 100, että yleinen periaate on, että ”kostnader för åtgärder som myndigheter är skyldiga att utföra får anses vara av sådan natur att de inte utan särskilt lagstöd kan återkrävas. Motiven för principen är att kostnader för vissa åtgärder inom ramen för offentligt finansierade samhällliga skyddsinsatningar normalt skall bäras av det allmänna.”⁷⁰²

⁶⁹⁹ Ks. Krook 1989 s. 235–236; Kaivola 1991 s. 433–436.

⁷⁰⁰ Tällaisella lähestymistavalla voitaisiin oikeuttaa ja sovittaa kokonaiskuvaan myös ratkaisut KKO 1984 II 16 ja KKO 1998:149, tosin ajatuksen faktapremissit ovat ontuvat. Palomiehet eivät liene täysin toimeettomia silloin, kun he eivät ole sammutustehtävissä, joten voitaneen ajatella, että heillekin voitaisiin löytää vaihtoehtoinen käyttö. Vrt. kuitenkin KKO 1992:131 ja Hemmo 2000 s. 282, jossa Hemmo korostaa ratkaisun perusteluihin ja KKO:n ratkaisuun 1992:131 tukeutuen pelastuslaitoksen tehtävien lakisääteisyttä ja pakollisuutta. Ks. Kaivola 1991 s. 435 tällaisesta argumentaatiosta ja sen soveltamisesta ratkaisuun KKO 1990:107.

⁷⁰¹ Ks. myös Krook 1989 s. 238.

⁷⁰² Ks. myös Andersson 1993 s. 578–579; Andersson 1997 s. 133–134.

4 ENNALLISTAMISEN EPÄONNISTUMINEN

Ennallistaminen voi luonnollisesti myös epäonnistua. Niin voi käydä kolmessa suhteessa. Ennallistaminen voi olla täysin *mahdotonta*, jos korjaaminen on täysin mahdotonta ja mitään korvaavaa esinettä ei voida hankkia. Toinen vaihtoehto on, että esine on ennallistamisen jälkeen *huonompi* kuin ennen. Kolmanneksi se voi myös päätyä aiempaa *parempaan* kuntoon.

Ensimmäinen ongelma on vaikeimmin ratkaistavissa. Uniikit ja ainutlaatuiset taideteokset ovat hyviä esimerkkejä. Jos kulttuurihistoriallisesti tai muutoin omistajalleen ja myös yhteisölle erityisen arvokas taideteos vahingoittuu restauroimiskelvottomaksi, menetystä ei pystytä korvaamaan ennallistamalla. Korjaaminen on jo määritelmän mukaan mahdotonta. Sama koskee jälleenhankintaa. Vastaavaa teosta ei yksinkertaisesti ole. Ennallistamiselle perustuva vahinkojen korvaaminen ei voikaan näissä olosuhteissa tuottaa soveliasta vastausta.

Näissä tilanteissa joudutaan siirtymään konkreettisesta esineestä hyvin abstraktille tasolle, jossa edes markkinahinnalla ei välttämättä ole merkitystä. Mielekkästä korvaavaa esinettä ei ole, joten vahinkoa laskettaessa ei voida kysyä, millä hinnalla vastaava esine voitaisiin hankkia. Korvaaminen joudutaan järjestämään epävarmalle pohjalle, esimerkiksi esineen (epä)todennäköisen myynti- tai hankintahinnan varaan. Niistä ei useimmiten ole hyvää selvitystä, koska korvaavien esineiden markkinoita ei ole. Taideteoksia ei välttämättä voi verrata toisiin taideteoksiin. Lopputulos on, että uniikkien esineiden omistajien esineiden fyysiseen olemassaoloon liittyviä odotuksia ei pystytä suojaamaan. Ennallistamisen tilalle joudutaan ottamaan rahamääräisen palauttamisen viitekehys, jossa markkinaprosessi ottaa ennallistamisen paikan, mutta tilanne on silti mahdoton. Miten määrittää hinta jollekin, mitä ei enää ole?

Vastaavankaltainen ongelma tavataan, kun puhutaan sinällään aivan tavanomaisista esineistä, joilla on *tunnearvoa*. Esine saattaa olla vahingonkärsijälle merkityksellinen, koska siihen liittyy muistoja tai se on ollut merkittävässä asemassa jossakin hänen elämänsä vaiheessa. Taloustieteellisestä näkökulmasta tunnearvossa esineen varaushinta on sen omistajalle rationaalisiin, kenen tahansa näkökulmasta tehtyihin ja markkinahinnassa kuvastuviin arvioihin nähden liian suuri.⁷⁰³ Esineeseen liittyy osin irrationaalisiksi hahmottuvia seikkoja, jotka voisivat saada jonkun maksamaan siitä enemmän kuin muut esineeseen kylmästi ja tunteettomasti suhtautuvat ihmiset.

Tunnearvoon ja sen korvattavuuteen on pitkään suhtauduttu torjuvasti. Vahingonkorvausoikeus toimii periaatteessa objekti(ivi)selta pohjalta: esineen arvo on sen yleinen arvo, arvo kenelle tahansa, se hinta, josta sen kaltaisia esineitä tavan-

⁷⁰³ Ks. esim. Werin 1979 s. 225–226.

omaisesti markkinoilla vaihdetaan. Tunnearvo on tavallisesti voinut saada relevanssia silloin, kun esine ei ole arvokas vain yhden subjektin silmissä. Jos useampi ihminen olisi valmis jostakin syystä maksamaan esineestä enemmän kuin siitä yleisesti maksettaisiin, ”tunnearvo” voi tulla korvattavaksi.⁷⁰⁴ Tunnearvolla on oltava normaalia markkina-arvoa vaikka sitten suppeilla markkinoilla, jotta siitä tulisi vahingonkorvausoikeudellisesti merkityksellistä.

Se, että esineellä on tunnearvoa, voi estää ennallistamisen, jos esine on tuhoutunut. Jos esineeseen liittyy tärkeitä muistoja tai se on muutoin vahingonkärsijälle erityisen tärkeä, sitä ei voi korvata toisella esineellä. Muistoja ei voida siirtää. Esine on siten vahingonkärsijälle korvaamaton. Jos esine vaihtuu toiseen ulkopuolisen näkökulmasta täysin sitä vastaavaan esineeseen, se ei ole vahingonkärsijälle enää sama esine, koska muistot häviävät. Tilanne on lohduton. Uudelleen-hankinta ei toimi ja objekti(ivi)sen myynti- tai hankinta-arvon korvaamisen vahingonkärsijä voi hahmottaa lähinnä loukkaukseksi. Kun tunnearvo ei ole oma erillinen vahinkolajinsa, vahinkotapahtuman käsitteellistämiseen ei ole tarjolla kunnollista välinettä.⁷⁰⁵ Ja vaikka tunnearvo olisikin oma korvattava vahinkolajinsa, tunnearvon laskeminen on vähintäänkin yhtä vaikeaa kuin esimerkiksi käyttöhyödyn menetyksen. Jos tunnearvoa halutaan korvata, luonnollisia menetelmiä ei ole. Korvauksen määrän harkinnan on ohjaututtava normatiivisten vaatimusten suunnasta. Jos tunnearvo halutaan ottaa huomioon⁷⁰⁶, sen korvaaminen on symbolisen hyvityksen tuomitsemista.

Ennallistamiseen tähtävällä vahinkojen korvaamisella voidaan kuitenkin antaa tiettyä merkitystä myös tunnearvolle. Jos esine ei ole tuhoutunut korjauskelvottomaksi, lienee syytä ajatella, että korjauskustannukset saavat ylittää merkittävästi vastaavan esineen jälleenhankintakustannukset. Sama koskee uudelleenhankintakustannusten ja ”arvon” välistä suhdetta. Jos esimerkiksi vahingonkärsijän kopiot perhevalokuvista ovat tuhoutuneet, niiden uudelleen-hankinnasta aiheutuvat huomattavat kustannuksetkin on korvattava.⁷⁰⁷ Mitä

⁷⁰⁴ Ks. esim. Grönfors 1963 s. 604.

⁷⁰⁵ Nykyisessä systematiikassa kärsimyskorvaus voisi tuoda helpotusta, mutta vahingonkorvauslain 5 luvun 6 §:n 1 momentin 4 kohdan vastuuperusteessa vaatimukset ovat ankaria. On epätodennäköistä, että säännöstä sovellettaisiin silloin, kun loukkaus kohdistuu vahingonkärsijän omaisuuteen.

⁷⁰⁶ Kysymys on myös *ontologiapolitiisesta* valinnasta. Haluammeko, että oikeusjärjestelmänkin piirissä tunnustetaan, että ihmiset voivat joskus arvioida esineitä niiden kokemusten valossa, jotka esineisiin heidän elämässään kiinnittyvät? Ovatko tällaiset seikat osa inhimillistä kokemusta? Jos näin on ja pidämme tunnearvoa vielä oikeudellisen suojan arvoisena, ei nähdäkseni ole muuta mahdollisuutta kuin ottaa ilmiöt tosissaan ja rakentaa niitä kunnioittava vahingon määrän arviointitapa. Seurauksena näyttää välttämättä olevan, että konkreettista vahingonkorvauksen määrää harkittaessa joudutaan luomaan ja uusintamaan esineen merkitys symbolisella tasolla rahamääräisesti.

⁷⁰⁷ Ks. Lange – Schieman 2003 s. 238. Valokuvaongelma on polttavampi kuin ensi näkemältä voisi arvata. Se tosin tuskin tulee aktualisoitumaan deliktiperusteisissa vahingonkorvausvastuussa

voimakkaampina tunnesiteitä pidetään, sitä suurempi epäsuhta vaikuttaisi hyväksyttävältä.

Kahdessa muussa mainitsemassani ennallistamisen epäonnistumisen tyypissä fyysinen korjaaminen ja uudelleenhankinta joutuvat niin ikään ainakin osin väistymään, mutta tällä kertaa siksi, että ennallistaminen onnistuu vain osittain. Esineestä tulee ainoastaan *lähes* – mutta ei aivan – samanlainen kuin se oli ollut ennen vahinkotapahtumaa. Joitakin vahinkotapahtuman jälkiä jää esineeseen. Tällöin joudutaan miettimään, miten sen ennallistamisen jälkeen jäljelle jääviin vahingon jälkiin reagoidaan.

Lienee lähes poikkeuksetonta, että vahingoittunut esine on aina jossakin mielessä erilainen kuin ennen vahinkotapahtumaa. Se ei ole kaikilta fyysisiltä ominaisuuksiltaan täysin entisensä. Tämä on loogisesti ajatellen välttämätöntä. Fyysiset muutokset jättävät jälkensä, korjattiin ne miten hyvin tahansa. Periaatteessa vastaava esine, joka on hankittu tuhoutuneen esineen tilalle, poikkeaa hyvin todennäköisesti aiemmasta esineestä jossakin suhteessa.

Esine voi olla ennallistamisen jälkeen joko *parempi* tai *huonompi* kuin ennen vahinkotapahtumaa. Miten huonommuutta tai paremmuutta arvioidaan, on vaikea kysymys. Viitekehys on epämääräinen. Lähtökohtana voitaneen pitää, että esineen ominaisuuksia arvioidaan – tai ainakin tulisi arvioida – kulloisenkin esineen käyttötarkoitusten ja käyttöympäristön omilla ehdoilla. Esinettä ei siis tule irrottaa konkreettisesta ympäristöstään eikä haltijastaan.⁷⁰⁸ Arviointi on konteksti- ja ympäristösidonnaista. Tarkoituksena on tunnistaa esineeseen kulloisesakin sosiaalisessa kontekstissa kohdistuvat tarpeet ja siten se paikka, jota esine vahingonkärsijän elämässä täyttää. Tämä puolestaan tarkoittaa sitä, että esineen merkitystä ei voida etukäteen luonnehtia tai lyödä lukkoon abstrakteilla säännöillä. Vahingonkärsijän elämäntilanne on ymmärrettävä ja esine sijoitettava siihen.⁷⁰⁹

vaan sopimusvastuussa. Elektroniset tallennuslaitteet ovat tunnetusti häiriöherkkiä. Kovalevyt ja muut tallennusalustat voivat mennä rikki. Kun näin käy, dataa katoaa. Kun perhevalokuvat ovat entistä useammin digitaalisessa muodossa, yhden tallennuslaitteen rikkoutuminen voi tuhota vuosien muistot, etenkin, jos kysymys on varmuuskopiolaitteesta. Tuleeko valmistajan, jonka virheellisestä tuotteesta vahinko on aiheutunut, korvata kuvien tunnearvo tai ainakin tietojen palauttamisesta aiheutuvat kustannukset? Ks. aiheesta esim. Boggs – Laske – Sarnecky 2006.

⁷⁰⁸ Esineen käyttöoikeuden haltijan ja omistajan välinen ero on systemaattisesti merkittävä. Doktriinissa on lähdetty tavanomaisesti siitä, että vahingonaiheuttaja joutuu korvaamaan esinevahingosta aiheutuvan haitan vain esineen omistajalle, ei sen sijaan niille, jotka jollakin oikeudellisella perusteella käyttävät esinettä.

⁷⁰⁹ Ks. esim. Meder 1989 s. 144–154; Burrows 2004 s. 246–248. Kontekstisidonnaisuuden merkitystä on korostanut suomalaisessa kirjallisuudessa erityisesti Juha Karhu. Ks. Pöyhönen 2000 s. 198–200; Karhu 2003 s. 803–806; Karhu 2007.

Kumpikin tilanne, se, että esineestä tulee huonompi tai että siitä tule parempi, pakottaa kvantifioimaan kvalitatiivisia muutoksia. Miten tämä tapahtuu? Miten ottaa huomioon rahamääristä ja ensi sijassa ennallistamiskustannuksille perustuvaa vahingonkorvausta määrättäessä se, että esine poikkeaa jollakin tavoin vahinkotapahtumaa edeltäneestä tilastaan, vaikka sitä on yritetty ennallistaa? Miten sovittaa ennallistamiskustannuksien perusteella tuomitun vahingonkorvauksen määrää siten, että ennallistamisen seurauksena syntynyt fyysinen tila, poikkeavuudet saavat soveliaan merkityksen?

Käsittelen ensin niitä ongelmia, jotka kohdataan, kun esineestä tulee korjaamisen tai uudelleenhankinnan seurauksena alkuperäistä parempi. Tämän jälkeen käsittelen päinvastaista tilannetta: sitä, että esinettä ei voida ennallistaa entiselleen, vaan se jää ennallistamisen jälkeenkin vahingonkärsijän näkökulmasta huonommaksi kuin vahingoittunut esine oli ollut vahinkotapahtumaa.

5 ESINEESTÄ TULEE PAREMPI

Kun esine korjataan, siitä saattaa tulla parempi kuin se oli ollut ennen vahinkotapahtumaa. On tavallista, että korjattaessa osa esineestä muuttuu korjaamisen jälkeen uudeksi tai ainakin uuteen verrattavaksi. Sama kysymyksenasettelu aktualisoituu jälleenhankintakustannuksia korvattaessa *uusi vanhan tilalle* -ongelmana.⁷¹⁰ Käsittelen kysymyksiä yhdessä. Jälleenhankinnan yhteydessä ongelma on korjaamista polttavampi, koska jälleenhankinta johtaa usein juuri kokonaan uuden esineen hankkimiseen vanhan ja jo kuluneen tilalle. Korjaamisessa vain osa esineestä tulee tavanomaisesti alkuperäistä tilaa paremmaksi.

Esimerkiksi ratkaisussa KKO 1955 II 78 keskiössä oli ongelma, joka syntyi, kun jo kulunut ja vanha esine korjataan. Räjäytystyö oli vahingoittanut rakennuksen kattoa. Katto korjattiin, mutta korjaamiseen käytetty huopa oli huomattavasti alkuperäistä huopaa parempilaatuista. Se ei ollut tietenkään kulunut. Huovan vaihtamisen takia katto tulisi muutenkin kestävämpään pitempään kuin alkupe-
räinen katto. Korkein oikeus katsoi, että vastaajaa ei voitu velvoittaa suorittamaan vahingonkorvauksena enemmän kuin katon korjaaminen vahinkotapahtumaa välittömästi edeltäneeseen kuntoon olisi edellyttänyt. Kun vahingonkärsijä oli kuitenkin korjannut katon alkuperäistä parempaan kuntoon, korjauskustannuksesta tehtiin ns. paremmuusvähennys. Paremmuusvähennyksen laskentaperusteista ratkaisussa ei anneta tarkempaa selvitystä. Perusteluissa todetaan yksikantaan, että arvonalennuksen suuruuden laskeminen perustuu arviolle vahingon määräs-
tä. Periaatteessa määrä voitaisiin laskea esimerkiksi vertaamalla materiaalikus-

⁷¹⁰ Ks. esim. Lange – Schiemann 2003 s. 259–264.

tannuksia toisiinsa. Ongelmaksi tosin tällöin jää se, että parempilaatuisen huopakaton käyttöikä oli alkuperäisestä huovasta tehdyn katon elinkaarta pidempi ja se, että vahingonkäräjät saattoi korjata aiemman, ehkä jo käyttöikänsä loppua lähestyneen huopakaton vahingonaiheuttajan kustannuksella.

Ongelman ydin onkin jännitteessä, joka syntyy vahingonkäräjien ja objektiivisen, kenen tahansa näkökulmasta esinettä tarkastelevan arvioijan käsitysten välille. Tuhoutuneen esineen tilalle hankittu tai korjattu esine on usein sinällään vahingonkäräjien tarkoituksella nähden jokseenkin identtinen tuhoutuneen kanssa, mutta objektiivisesti, ulkopuolisen tarkkailijan näkökulmasta arvioiden parempi kuin tuhoutunut esine oli ollut ennen tuhoutumistaan. Esine ei ole kulunut. Sen todennäköisestä käyttöiästä ei ole vielä kulunut osaa. Se näyttää paremmalta. Se toimii paremmin ja on muutenkin parempi kuin se, jonka se korvaa. Kun esine on parempi kuin vahinkotapahtumaa edeltänyt esine, uuden esineen saaminen jo käytössä kuluneen tilalle vaikuttaa parantavan vahingonkäräjien tilannetta siitä, mikä se olisi ollut, jos vahinkoa ei olisi sattunut. Tällainen puolestaan on ongelmallista erityisesti rikastumiskiellon näkökulmasta.⁷¹¹

Paremmuusvähennyksen tarpeellisuutta joudutaan pohtimaan eritoten, kun jo varsin pitkään käytetty esine vahingoittuu käyttökelvottomaksi. Tuhoutuneen esineen tilalle ei tavanomaisesti voida hankkia vastaavalla tavalla käytettyä esinettä. Tällaisia esineitä ei joko ole ylipäättään saatavilla tai vaihtoehtoisesti etsintäkustannukset ja muut uudelleenhankinnasta aiheutuvat transaktiokustannukset olisivat liian suuret. Ensin mainitusta esineiden ryhmästä edustavana esimerkkinä voitaneen pitää käytettyjä vaatteita. Toiseen ryhmään kuulunevat esimerkiksi erilaiset kulutuselektroniikkalaitteet ja autot.

Paremmuusvähennys on visainen ongelma. Vielä muutama vuosikymmen sitten vallitsi vielä epävarmuus siitä, tuliko ikä ja kulumisen ylipäättään ottaa huomioon vahingonkorvauksen määrää laskettaessa. Asia ei ollut selvä. Saxén esitti *Skadeståndsrättissä*, että iän ja kulumisen perusteella on tehtävä vakuutuslainsäädännön (312/1933) 37 §:ssä tarkoitettu vähennys: esineen jälleenhankintakustannuksesta oli vähennettävä määrä, joka vastaa sitä, mitä esine oli iän, käytön ja käyttökelpoisuuden vähenemisen vuoksi menettänyt arvossa.⁷¹² Tällaisen vähennyksen tekeminen oli Saxénin mukaan tarpeellista vain suhteellisen harvoin. Hänen mukaansa monet esineet olivat sellaisia, että ne kestivät koko ihmisiän. Tällaisten esineiden tuhoutuessa korvausta ei tullut vähentää.

Hieman aiemmin Hellner oli esittänyt, että asia ei ollut lainkaan selvä. Vahinkovakuutukset olivat Ruotsissa tuohon aikaan pääsääntöisesti ns. uusarvovakuutuksia. Esineestä korvattiin vastaavan uuden esineen jälleenhankintakustannuk-

⁷¹¹ Ks. esim. Saxén 1975 s. 278; Burrows 2004 s. 246–248; Radetzki 2004 s. 109–110.

⁷¹² Ks. Saxén 1975 s. 278.

set tekemättä vähennystä iän ja käytön perusteella, mutta Hellnerin mukaan ”man torde dock icke kunna ålägga en skadeståndsskyldig att regelmässigt utge en för den skadelidande så förmånligt beräknat ersättning”.⁷¹³ Hellneriä jonkin verran epäilevämmiin asiaan suhtautuivat vuonna 1984 Bengtsson, Nordenson ja Strömbäck, jotka totesivat, että ”det ligger nära till hands att man använder den [vakuutusopimuslain 37.1 §:ssä tarkoitettua menetelmää] också vid skadestandsberäkning.”⁷¹⁴

Nyttemmin vallitsevaksi on vakiintunut katsantokanta, jonka mukaan vähennys on tehtävä, jos korvaava esine on jossakin relevantissa mielessä parempi kuin tuhoutunut esine oli ollut välittömästi ennen vahinkotapahtumaa.⁷¹⁵ Sääntö käsitetään rikastumiskiellon johdannaiseksi: vahingonkorvauksella vahingonkärtsijää ei saa asettaa parempaan asemaan kuin missä tämä olisi ollut, jos vahinkoa ei olisi koskaan tapahtunut.⁷¹⁶ Useimmat kirjoittajat näyttävät korostavan, että arvioinnin ei tule olla erityisen tiukkaa. Siinä on korostettava vahingonkärtsijän etua.⁷¹⁷ Tuhoutuneen tilalle hankitun tai korjatun esineen tulee olla *merkittävästi* alkuperäistä parempi, jotta vähennys olisi perusteltua tehdä. Esimerkiksi vähäisen todennäköisen käyttöiän lisäyksen ei vielä tulisi johtaa siihen, että jälleenhankintahinnasta tehtäisiin vähennys.

Oikeuskäytännössä tällainen vähennys on tehty esim. ratkaisussa KKO 1969 I 5. Korjaamista koskeva vastaava ratkaisu on KKO 1955 II 78. Ruotsissa ongelmakenttää on sivuttu ratkaisuissa NJA 1936 s. 693, NJA 1940 s. 719, NJA 1971 s. 126. NJA 1940 s. 719 on tärkeä. Törmäyksessä vahingoittuneella autolla oli ajettu vain 6 000 kilometriä. HD katsoi, että uudella ja vanhalla autolla ei ollut käytännön eroa vahingonkärtsijän kannalta. Tämän vuoksi korvaus tuomittiin sen välirahan suuruisena, jonka vahingonkärtsijä oli joutunut suorittamaan vaihtaessaan vahingoittuneen auton uuteen saman mallin autoon. Tapauksessa ei pohdittu mahdollisuutta hankkia vastaavanlainen käytetty auto ja tämän mahdollisuuden vaikutusta vahingonkorvauksen todennäköiseen määrään. Tämä saattaa johtua siitä, että autoja oli 1930-luvulla vähemmän kuin nykyisin.

Loppu hyvin, kaikki hyvin. Jälleenhankintahinnasta tulee tehdä vahingoittuneen ja korjatun tai tuhoutuneen ja sen tilalle hankitun esineen *eroa* vastaava vähennys. Auki jää enää tärkein kysymys: mikä on vähennyksen oikea suuruus? Kysymys on visainen ja vaikea.

⁷¹³ Hellner 1973 s. 275.

⁷¹⁴ Bengtsson – Nordenson – Strömbäck 1985 s. 217.

⁷¹⁵ Ks. esim. Nygaard 2000 s. 74; Radetzki 2004 s. 109–110; Hemmo 2005b s. 200; Hellner – Radetzki 2006 s. 413; Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006 s. 406.

⁷¹⁶ Ks. nimenomaisesti esim. Nygaard 2000 s. 74.

⁷¹⁷ Ks. esim. Bengtsson – Strömbäck 2006 s. 324–325.

Yksi tapa lähestyä ongelmaa on pyrkiä vertailemaan esineiden ”objektiivisia” arvoja. Arvioinnin viitekehyyksiä tarkentuu tällöin esineiden markkina- eli myyntihinta. Paremmuusvähennyksen oikea määrä olisi tätä menetelmää käytettäessä korjatun tai korvaavan esineen myynti- tai hankintahinnan ja korjatun tai korvattavan esineen vahinkotapahtumaa edeltäneen myynti- tai hankintahinnan välinen erotus. Kun käytetyillä esineillä ei useinkaan ole tyydyttävästi toimivia markkinoita, tällainen vertailu tuottanee vain harvoin lisäarvoa. Mikä merkittävämpää, ennallistamistavoite on tässä menetelmässä täysin toissijainen. Sen suhteen palataan takaisin lähtöruutuun. Ennallistamistavoite ei saa mitään merkitystä, jos vahingonkärsijä voi saada korvauksena vain vahingoittuneen esineen kuvitteellisen markkinoilla määrittyvän osto- ja myyntihinnan. Lopputulos on Nygaardin kuvaama. Voidakseen ennallistaa esineiden tilan, vahingonkärsijän täytyy maksaa erotus omasta kukkarostaan.⁷¹⁸

Toinen mahdollinen vähennyksen määrän arviointimenetelmä on pyrkiä määrittämään, kuinka paljon pitempi uuden esineen käyttöikä todennäköisesti on ja pääomittamaan tämä parannus esineen käyttöiän funktioksi.⁷¹⁹ Jos vahingonkärsijä saa kaksi vuotta vanhan esineen tilalle uuden esineen ja esineen todennäköinen käyttöaika olisi esimerkiksi neljä vuotta, voisi olla perusteltua tehdä huomattavakin paremmuusvähennys. Vahingonkärsijä ”saa” kaksi ylimääräistä vuotta. Tällaiset laskelmat voivat olla hyödyllisiä.

Miten vähennys lasketaan yksittäistapauksessa, on epäselvää. Tavanomaisen käyttöajan laskeminen ei vielä kerro mitään juuri vahingoittuneesta tai tuhoutuneesta esineestä. Se voi olla tavanomaista huonompi tai parempi. Vahingonkärsijä saattaa olla myös tavanomaista saidempi tai leväperäisempi. Vielä vaikeammaksi arviointi muodostuu, kun esineen todennäköistä käyttöaikaa ei tiedetä tai se vaihtelee huomattavasti. Usein olisikin tarpeellista esittää näyttöä vahingonkärsijän suunnitelmista. Joissakin tilanteissa voitaneen toki edetä keskimääräisten oletusten varassa. Tällöinkin on huomattava, että laskelmat eivät kerro mitään totuudesta, vaan ne tuottavat vain yhden, tietyille oletuksille perustuvan käsityksen.

Kirjanpitovelvollisten kärsimissä vahingoissa tehtyjen poistojen käyttäminen voisi olla yksi mahdollinen tapa kvantifioida paremmuusvähennyksen määrä.⁷²⁰ Hellner ja Radetzki suhtautuvat tähän torjuvasti. Poistojen suuruuteen vaikuttavat sekä liiketaloudelliset tekijät että verosuunnittelu. Esineen taloudellinen käyttöikä voi olla – ja todennäköisesti onkin – sen laskennallista poistoaikaa pidempi⁷²¹. Ja kuten tarkkaavainen lukija muistaa tutkimuksen ensimmäisestä

⁷¹⁸ Ks. Nygaard 2000 s. 74.

⁷¹⁹ Ks. Radetzki 2006 s. 925–926.

⁷²⁰ Ks. esim. Bengtsson – Strömbäck 2006 s. 322.

⁷²¹ Ks. Hellner – Radetzki 2006 s. 413.

osasta, kirjanpidolliset konventiot ovat vain konventioita, eivät totuuden ilmiä. On myös selvää, että paremmuusvähennyksen tekeminen poistojen perusteella on mahdotonta silloin, kun vahingonkärtsijä ei ole kirjanpitovalvottu.

Vahinkovakuutuksessa esineen ikä ja sen välttämätön kulumisen käytössä on suhteellisen helppoa ottaa – ja poikkeuksetta tätä nykyä otetaan – huomioon ja kvantifioida erilaisin sopimuksellisin järjestelyin.⁷²²

Tietokoneet, matkapuhelimet ja muu viihde-elektroniikka näyttävät olevan erityisen ongelmallisia vakuutuskohteita. Tällaisten laitteiden käyttöikä on suhteellisen lyhyt – ehkä kolmesta viiteen vuotta –, mutta niiden hankintakustannukset ovat kuitenkin merkittävät. Koska tekninen kehitys on nopeaa, laitteita ei myöskään myydä pitkään, vaan ne korvaantuvat suhteellisen ripeään tahtiin uusilla, teknisesti kehittyneemmällä laitteilla. Mallien hyllykäs saattaa olla alle vuoden. Vakuutusehdoissa onkin tavanomaisesti omaksuttu varsin nopea ”poistotahti”. Esimerkiksi If Vahinkovakuutuksen vakuutusehdoissa toisen käyttövuoden vuoden jälkeen vastaavan koneen hankintakustannuksesta vähennetään joka vuosi kumulatiivisesti 30 prosenttia. Neljä vuotta vanha tietokoneesta voisi saada siis korvauksena enää noin 51 prosenttia sen jälleenhankintahinnasta.⁷²³

Vahingonkorvausoikeudessa kulumisen ja vanhentumisen ongelmaa ei voida ratkaista näin tyylikkäästi. Vakuutusjärjestelmän puitteissa kehitettyjä, sinällään yksiselitteisiä ja hyvin käyttökelpoisia mutta erittäin kaavamaisia vakuutusellisia korvauksen määrittämisen tekniikkoja ei voida ongelmitta siirtää vahingonkorvausoikeuteen. Laskentakaavoja ja poistojärjestelmiä ei voida siirtää vahingonkorvausoikeuteen, vaikka se hyvin kätevää ja houkuttelevaa olisikin. Vakuutustekniikoiden käyttökelpoisuus perustuu vakuutus sopimukselle, jossa niiden soveltamisesta on sovittu. Sopimuksessa korvauksen tasosta sovitaan etukäteen. Vahingonkorvausoikeudessa tällaista sopimusta ei ole. Onkin nähdäkseni vaikeaa perustella, miksi vahinkovakuutusellisia korvaustekniikoita sovellettaisiin siellä, missä vakuutusta ei ole. Vahingonkorvauksessa joudutaan etsimään kussakin yksittäistapauksessa sopivaa korvausmäärää.

⁷²² Ks. esim. Rantala – Pentikäinen 2003 s. 417–418.

⁷²³ Jälleenhankintahinnan määrittämiseen liittyy ongelmia. Tavanomaisesti kolme vuotta vanhojen spesifikaatioiden mukaan valmistettuja tietokoneita ei ole saatavilla. Jälleenhankintahinta joudutaan laskemaan vahingoittunutta konetta lähimmin vastaavan laitteen hankintahinnan perusteella. Tilanne voi olla ongelmallinen erityisesti hankinta-aikanaan kalliiden tietokoneiden vahingoittuessa. Jos konetta arvioidaan puhtaasti sen prosessorin, käyttömuistin ja kiintolevykapasiteetin perusteella, korvaavaksi laitteeksi voidaan muutaman vuoden jälkeen jo tarjota peruskoneita, joissa edellä mainitut seikat ovat tuhoutunutta laitetta vastaavat mutta joista puuttuu kalliimman hintaluokan laitteiden muita käyttöominaisuuksia. Tämä puolestaan voi johtaa vahingonkärtsijän näkökulmasta selkeään alikompensatioon.

Onkin enemmän kuin todennäköistä, että paremmuusvähennyksen määrä jää tuomarin arvion varaan niissä rajoissa, jotka osapuolten vaatimukset asettavat. Yksiselitteisiä laskusääntöjä ei voida esittää. Edes laskennassa käytettäviä oletuksia ja tekijöitä ei voida tyhjentävästi ennalta luetella. Tosiasia näyttääkin olevan, että paremmuusvähennyksen suuruuteen vaikuttaa tällöin monia tekijöitä, jotka ovat puhtaasti arvostuksenvärisiä, konkreettisia kontekstista riippuvaisia ja siten abstrahoisuuteen ja objekti(ivi)soimiseen pyrkivien määrittely-yritysten ulottumattomissa. Käytännössä tuomioistuimet joutuvat usein tekemään ratkaisunsa arvionvaraisesti, käyttämään rahaa ilman objekti(ivi)sia mittapuita eli oman harkintansa mukaan. Esineen todennäköinen myyntihinta muodostaa jonkinlaisen heuristisen apuvälineen: sitä vähempää ei ainakaan tule tuomita.

6 ESINEESTÄ TULEE HUONOMPI

Mitä tehdä, kun esine on ennallistamisen jäljiltä huonompi kuin ennen vahinkotapahtumaa? Vahingonkorvauslain 5 luvun 5 pykälässä säädetään näiden tilanteiden varalta, että korjauskustannusten lisäksi tulee korvata myös esineen arvonalennus. Säännöstekstissä palataan ennallistamisen teemasta arvон terminologiaan. Vaikka esine olisi säännöksessä esitetyn pääsäännön mukaan ensin pyritty ennallistamaan joko korjaamalla se tai hankkimalla tuhoutuneen esineen tilalle sitä vastaava esine, vahingonkorvauslain 5 luvun 5 §:ssä esineeseen ennallistamisen jälkeen jääviä vahinkotapahtuman jälkiä pyritään hallitsemaan arvон metaforan avulla. Jos ennallistaminen ei onnistu, siirrytään korvaamaan arvoa. On pystyttävä arvioimaan esineen ”arvo” ennen vahinkotapahtumaa ja toisaalta vahinkotapahtuman ja korjaamisen jälkeen. Arvonalennuskorvaus on paremmuusvähennyksen kääntöpuoli.

Arvonalennukseen liittyvät korvaustekniset ongelmat muistuttavatkin pitkälti niitä ongelmia, joita kohdataan, kun arvioidaan iästä ja kulumisesta tehtävän vähennyksen määrää silloin, kun esine on tuhoutunut kokonaan ja sen tilalle on hankittu uusi esine.

Vastaavanlainen teknologinen keino on käytössä myös sopimusvahingonkorvauksessa. Hinnanalennuksessa on teorian tasolla kysymys arvonalennuskorvauksesta. Arvon käsite on hinnanalennuksen lähtökohtana. Esimerkiksi kauppalaain 38 §:ssä todetaan, että ostajan vaatiessa hinnanalennusta hinnanalennus lasketaan niin, että alennetun ja sopimuksen mukaisen hinnan välinen suhde vastaa virheellisen ja sopimuksen mukaisen tavarán arvón välistä suhdetta luovutusajankohtana.⁷²⁴

⁷²⁴ Ks. hinnanalennuksesta esim. Ramberg 1995 s. 417–430; Sisula-Tulokas 1999. Sisula-Tulokkaan tutkimustulokset ovat ennallistamiselle perustuvan vahingonkorvausparadigman kannalta

Perinteinen peruseriaate on, että arvonalennuksena tuomittavan summan määrä on sama kuin esineen alkuperäisen arvon ja korjaamisen jälkeen sillä olevan arvon erotus. Arvo on yhtä aikaa sekä ongelma että ratkaisu. Jos asetelma olisi ratkaistavissa vain vahingoittumattoman ja vahingoittuneen esineen todennäköisiä myynti- tai hankintahintoja vertaamalla, arviointi olisi yksinkertaista. Näin on kuitenkin hyvin harvoin. Arviointitapa tuottaa kuitenkin ongelmia erityisesti silloin, kun esineelle ei ole hyvin toimivia markkinoita eli kun esineitä ei myydä tarpeellisessa määrin, jotta hinnanmääritysprosessi voisi toimia luotettavasti.⁷²⁵ Näin lieenee varsin usein.

Useimmiten vahingoittumattoman ja korjatun esineen hintojen käyttäminen arvonalennuksen määrää laskettaessa johtaa harhaan. Syynä on, että vahingonkäräjien käyttö saattaa poiketa huomattavasti siitä esineen käytöstä, jolle markkinahinta perustuu.⁷²⁶ Vahingonkäräjä saattaa myös arvostaa esineessä sellaisia ominaisuuksia, joita keskimäärin ei arvosteta ja joiden merkitys ei siten kuvastu markkinahinnassa.

Arvonalennuksen määräämisessä tilanne monimutkaistuu yksinkertaisesta skenaariosta huomattavasti, sillä näyttää selvältä, että markkinat ja esineen myyntiarvo eivät olekaan arvonalennusarvioinnin lähtökohtana. Vahingonkäräjien odotuksia ja tarkoituksia korostava näkökulma korostuu esimerkiksi Routamon, Ståhlbergin ja Karhun tavassa määrittellä arvonalennuksen soveliasta laskutapaa. Kirjoittajat toteavat, että arvon alentumiselle voi olla lukuisia syitä. Sitä voidaan pyrkiä haarukoimaan erilaisin laskutavoin. Myyntihintojen vertaamiselle perustuva laskutapa on näistä vain yksi. Laskelmat voivat perustua myös tuottoarvon alentumiselle tai jäljellä olevan käyttöiän lyhentymiselle.⁷²⁷ Nämäkin perusteet ovat epämääräisiä, jos vahinkojen korvaamisen säännöillä pyritään

mielenkiintoisia. Sisula-Tulokas nimittäin osoittaa, että käytännössä tuomittavat hinnanalennuskorvaukset vastaavat usein korjauskustannuksia, ei esineen arvojen erotusta (Sisula-Tulokas 1999 erityisesti s. 248–249).

⁷²⁵ Esimerkiksi liikenneonnettomuuksissa vahingoittuneiden, mutta sittemmin korjattujen autojen myyntihinnat ovat todennäköisesti huomattavasti alhaisempia kuin vastaavanikäisten ja muutoin vastaavalla tavalla käytettyjen, mutta liikenneonnettomuuteen joutumattomien autojen myyntihinnot. Välittömästi korjauksen jälkeen hinnanero lieenee suurimmillaan. Auton ikääntyessä eron voitaneen ajatella vähitellen pienentyvän. Käsillä on pitkälti ns. stigma-vahinko: vaikka auto fyysisesti arvioiden olisikin kunnossa, vahingon immateriaaliset jäljet jäävät rasittamaan sitä ja siitä maksetaan muita esineitä vähemmän. Ks. stigmahahingoista esim. Geisinger 1997; Young 2001.

⁷²⁶ Voidaan ajatella, että täydellisesti toimivilla markkinoilla hinta määräytyy esineen tosiasiallisten käyttöjen mukaan, vastaamaan sitä rahamäärää, jonka ihmiset keskimäärin ovat valmiita maksamaan saadakseen esineen haltuunsa. Esinevahingoissa keskimääräistä käyttöä ei voitane omaksua lähtökohdaksi. Näin ollen markkinahintakaan, jos sellainen olisi, ei voi aina toimia käytökelpoisena arvonalennuksen määränä.

⁷²⁷ Ks. Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006 s. 410. Ajattelutapa on tuottoarvon suhteen sikäli hankala, että siinä ansion ja elatuksen vähentyminen tulee korvatuksi esineen korjauskulujen myötä.

täsmällisyyteen ja varmuuteen, vahingon luonnollisen ja todellisen määrän käyttämiseen arvioinnin lähtökohtana.

Paremmuusvähennyksen, arvonalennuksen ja käyttöhyödyn menetyksen, jota käsittelen jäljempänä (jakso IV.3), laskemistapojen välillä on vahva perheyhtäläisyys. Kaikissa kolmessa vahinkoerässä arvionvaraisuus korostuu voimakkaasti, koska käyttökelpoisia ”luonnollisia” vahingon käsitteellistämisen ja rahamääräistämisen menetelmiä ei ole. Vahingonkorvauksen määrän arvioinnissa korostuvat normatiiviset lähtökohdat: joudutaan tekemään aktiivisesti päätös siitä, mikä on kohtuullinen, sovelias ja järkevä korvaus. Symboliset ulottuvuudet ja vahinkojen korvaamiselle asetettavat tavoitteet korostuvat korvausharkinnassa. Jos esineen fyysinen palauttaminen omaksutaan esinevahinkojen korvaamisen lähtökohdaksi, paremmuusvähennyksen asema muuttuu jonkin verran siitä, mikä se on silloin, kun esineen taloudellista arvoa pidetään korvaamisen teoreettisena lähtökohtana. Näyttää siltä, että rikastumiskiellon merkitys voisi vähentyä. Vähäiset parannukset on helpompi hyväksyä, kun fyysinen identiteetti asetetaan korvaamisen referenssiksi.

7 KEHOJEN KORJAAMINEN

Väitin edellä alustavasti, että henkilövahinkojen korvaamista hahmotetaan tätä nykyä pitkälti toiselta pohjalta kuin esinevahinkoja. Arvo ei ole henkilövahinkoja korvattaessa samalla tavalla keskeisessä asemassa kuin esinevahingoissa. Vahinkojen korvaamisen entinen yhtenäisyys on kadonnut, kun henkilövahinkoja ei enää haluta hahmottaa taloudellisen arvon muutoksiksi. Von Eyben, Nørgaard ja Vagner tiivistävät aselman osuvasti: Koska ihminen ”har ikke som en ting en genanskaffelseværdi eller en salgsværdi, [...] erstatningsoppgørelsen ved personskade bliver derfor af en anden karakter end ved tingskade.”⁷²⁸ Kuten jo edellä huomautin, pyrin tässä jaksossa osoittamaan, että von Eyben, Nørgaard ja Vagner ovat lopulta väärässä. Esine- ja henkilövahingoista maksettavalla korvauksella voi olla yhteinen pohja, vaikka ihmisellä ei olekaan jälleenhankinta- tai myyntiarvoa. Tämä yhteinen pohja ei ole arvossa. Löydän yhdistävän tekijän toisaalta, fyysisestä ennallistamisesta. Sekä esine- että henkilövahingosta maksettava korvaus *voidaan* järjestää samoista lähtökohdista, jos ajatellaan, että vahingonkorvauksen ensisijaisena tarkoituksena on fyysinen palauttaminen. Ensisijaiseksi korvauksen referenssiksi määräytyvät tällöin juuri edeltävässä jaksossa hahmoteltuun tapaan ennallistamiskustannukset.

⁷²⁸ Ks. Eyben – Nørgaard – Vagner 1995 s. 229.

Henkilövahinkoa korvattaessa korvaamisen ensisijainen tavoite on korjaaminen. Korvaamisen tarkoitus on mahdollistaa kehon fyysisen ja toiminnallisen identiteetin palauttaminen siihen tilaan, jossa se oli ennen vahinkotapahtumaa. Jos vahinkojen korvaaminen onnistuu, ihmisen keho on sekä funktionaalisesti, tuntemuksien suhteen että esteettisesti arvioiden samanlainen kuin se oli ennen vahinkotapahtumaa. Tällöin sen identiteetti on säilynyt muuttumattomana – vahinkotapahtuman ja onnistuneen ”korjaamisen” välinen aika pois lukien. Vahinkoteko pysyvässä ilmenemismuodossaan on tullut poistetuksi. Vahinkotapahtumasta ei ole enää jälkiä.⁷²⁹

Syyt siihen, että henkilövahinkojen korvaamisen järkevistä viitekehyksistä yksi on fyysinen ennallistaminen, ovat yhtä lailla eettisiä kuin käytännöllisiäkin. Käytännölliset syyt vaikuttavat uloskirjoitettuinana banaaleilta.

Korjaaminen on välttämätöntä, koska ihminen tarvitsee kehoaan. Jos keho ei toimi, ihminen ei toimi. Ja koska ihmisten elämä, fyysinen ja henkinen olemassaolo on varmasti sekä itseisarvoista että tärkein suojattava oikeus missä tahansa oikeusjärjestyksessä, lieene luonnollista, että vahingonkorvausoikeudessakin ihmistä suojataan ja korjataan viimeiseen asti. Konkreettinen korjaaminen on ainoa vaihtoehto, koska esineistä poiketen tuhoutuneen tai vahingoittuneen kehon korvaavan kehon hankkiminen on mahdotonta, koska ihmistä ei voida siirtää toiseen kehoon. Jos keho tuhoutuu, ihminenkin tuhoutuu. Mieli, oikeussubjektius, ei selviä ilman kehoa. Uudelleenhankinnan ja vanhassa kehossa jäljellä olevan taloudellisen arvon realisoimisen mahdollisuutta ei ole. Koska jälleenhankintaa ei voida tehdä – ja epäilemättä myös eettisistä syistä – keho pyritään aina palauttamaan mahdollisimman täydellisesti siihen tilaan, jossa se oli ennen vahinkotapahtumaa.

Palauttamisen ”järkevyyden” rajat ovatkin kauempana kuin esinevahingoissa. Vahingonaiheuttaja joutuu kustantamaan vahingoittamansa kehon ”korjaamisen” aina niin täydellisesti kuin julkiselle terveydenhuollolle allokoitujen resursien rajoissa on mahdollista.⁷³⁰

⁷²⁹ Palauttaminen on tietenkin rajallista: kokemukset, niin fyysiset kuin psyykkisetkin, ovat tietenkin jälkinä jäljellä. Niihin ennallistava vahingonkorvaus ei pysty vaikuttamaan. Tarvitaan muita keinoja. Palaan niihin useasti jäljempänä. Ks. esim. jakso 5.8 ja luku 6.

⁷³⁰ Kartesiolaiset viritykset ovat tietenkin läsnä mieli–keho-jaon myötä. Kun perinteisistä henkilövahingoista, ruumiinvammoista, sairauksista jne. ja niiden korvaamisesta puhutaan, ei oikeastaan voi välttyä hahmottamasta tilannetta juuri tällaisesta näkökulmasta. Kehon näyttäytyä mielen, oikeussubjektin lähimpänä ja tärkeimpänä omaisuuskappaleena.

8 SAIRAANHOITO

Sairaanhoidolliset toimenpiteet ovat tärkein kehojen korjaamisen muoto. Henkilövahingosta seuranneet sairaanhoitokustannukset on perinteisesti korvattu pääsääntöisesti täyteen määräänsä, täyden korvauksen periaatteen mukaisesti.⁷³¹ Sama periaate pysyy hallituksen esityksen mukaan voimassa henkilövahinkouudistuksen jälkeenkin.⁷³²

Sääntelyn nimenomaisena julkilausuttuna tavoitteena on, että vahingonkärsijä tulee asettaa siihen asemaan, jossa hän olisi ollut, jos vahinkotapahtumaa ei olisi koskaan sattunut.⁷³³ Lähtökohtana on siis edelleen periaatteessa taloudellisen arvon siirtäminen siten kuin differenssioppi edellyttää, vaikka huomattavasti yksinkertaisempi tavoite, todellisten sairaanhoidollisten kustannusten korvaaminen, korostuu kaikkialla sääntelyn yksityiskohdissa. Kytkeä taloudelliseen arvoon ja differenssioppiin on yhtä aikaa olemassa ja lähes hävinnyt. Sen ilmenemä on nyt täysi korvaus ja se kielenkäytön muoto, joka kulkee vanhasta tottumuksesta yhdessä täyden korvauksen periaatteen kanssa. Täyden korvauksen idea on puolestaan käytännössä tyypistynyt ajatukseen tietyllä tavalla ja tietyssä menettelyssä vahingonkärsijän fyysisen ja toiminnallisen identiteetin palauttamiseksi tarpeellisten kustannusten palauttamiseen. Arvolla ei siis ole itsenäistä operatiivista merkitystä henkilövahinkojen *välittömien* seurausten korvaamisessa.⁷³⁴

Henkilövahinko näyttäytyy hallituksen esityksessä juuri *terveydentilan häiriönä*.⁷³⁵ Häiriö voi ilmetä joko henkilön fyysisessä tai psyykkisessä terveydentilassa. Perinteisesti on katsottu, että äkillisen fyysisen terveydentilan muutoksen eli vanhassa säännöksessä tarkoitetun ruumiinvamman⁷³⁶ lisäksi myös jonkin ulkoisen tekijän aiheuttamaa *tautia* on pidettävä henkilövahinkona. Tähän lisään on lisättävä vielä mielensairaudet, joiden tunnistaminen on osoittautunut

⁷³¹ Kirjallisuudessa esitetyistä kannoista ks. esim. Hemmo 2005b s. 166; Bengtsson – Strömbäck 2006 s. 148–149; Hellner – Radetzki 2006 s. 375; Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006 s. 374–375.

⁷³² Ks. HE 167/2003 vp s. 29.

⁷³³ Ks. HE 167/2003 vp s. 30.

⁷³⁴ Ks. kuitenkin jäljempänä s. ansionmenetyksen korvaamisesta esittämäni.

⁷³⁵ Samoin on Ruotsissa ja ruotsalaisessa kirjallisuudessa: Ks. esim. Bengtsson – Strömbäck 2006 s. 140–142; Hellner – Radetzki 2006 s. 361–362.

⁷³⁶ Fyysisen terveydentilan muutos kattanee alleen varsin erilaisia vammamekanismeja. Tavallisia fyysisen terveydentilan muutoksia lienevät ulkoisen väkivallan ja onnettomuuksien aiheuttamat erilaiset ruhjeet, haavat ja muut pehmytkudosvammat, luunmurtumat ja elinten toiminnan häiriöt. Hallituksen esityksessä mainitaan kivun ja säryn korvaamisen yhteydessä erityisesti tinnitus, joka puolestaan johtuu korvan värekarvojen kuolemista, kun tarpeeksi voimakkaita ääniaaltoja osuu niihin. Ks. yhdestä esimerkkiluettelosta esim. Hellner 1973 s. 48.

ongelmalliseksi.⁷³⁷ Periaatteessa myös traumaattinen neuroosi eli ns. shokkivahinko on korvattava, jos vahingonkärtsijä voi osoittaa, että vahinkoteko on siihen adekvaatissa syy-yhteydessä.⁷³⁸ Voidaankin sanoa, että lääketiedekytkentä on tarpeen juuri näiden henkilövahinkojen legitimoimiseksi. Hallituksen esityksessä henkilövahingon käsitteen selitetään tarkoittavan kuitenkin samaa kuin aikaisemman lain sanonta ”ruumiinvamma ja muu henkilövahinko”. Kielenkäytöllisellä muutoksella ei ole tarkoitettu muuttaa voimassa olevan oikeuden materiaalista tilaa, vaan kysymys on vain kielenkäytön selkeyttämiseen tähtäävästä muutoksesta. Esityksessä henkilövahinko määritellään lääketieteellisen tiedon avulla – ”vastaisuudessakin”, millä ilmeisesti tarkoitetaan, että asia on ollut kiistatta näin jo ennen hallituksen esitystäkin.⁷³⁹

On nähdäkseni perusteita riittauttaa hallituksen esityksessä tässä kohdin omaksuttu lähtökohta. Viittaus terveydentilan häiriöön voi muuttaa tulkinnallista tilannetta ja vahvistaa lääketieteellisen tiedon merkitystä arvioitaessa, onko jokin muutos henkilövahinko vai ei. Aiempi sanonta vahvisti ensisijaiseksi tulkinnan ja harkinnan viitekehykseksi ”kansanomaisen” käsityksen henkilövahingosta, nyt tämä viitekehys on selkeän lääketieteellinen.⁷⁴⁰ On mielenkiintoista verrata hallituksen esityksen sanavalintoja esimerkiksi oppikirjoissa omaksuttuihin selitysmalleihin. Hallituksen esityksessä lääketiede saa huomattavasti keskeisemmän merkityksen kuin doktriinissa. Doktriinissa sen merkitys konkretisoituu lähinnä rajatapauksissa. Silloinkin käsillä on oikeudellinen harkinta, kun tuomioistuimet ovat ”melko avoimen ongelman edessä”.⁷⁴¹

Vahingonkorvauslain 5 luvun 2 §:ssä sääntely perustuu uudistuksen jälkeen *tarpeellisten sairaanhoitokustannusten* käsitteelle. Kaikki kehon ennallistamiseksi tarpeelliset sairaanhoitokustannukset tulee periaatteessa korvata. Sairaanhoitokustannusten käsite jakautuu hallituksen esityksessä viiteen vammatyypin: kustannuksia voi syntyä erilaisista 1) tutkimus-, 2) hoito- ja 3) niihin rinnastuvista toimenpiteistä, 4) hoitoon pääsemiseksi syntyvistä matkoista, joilla voidaan tarvittaessa käyttää saattajaa ja 5) niistä kuluista, jotka aiheutuvat, kun henkilövahingon kärsineen läheinen osallistuu vahingonkärtsijän hoitamiseen ja kuntouttamiseen akuutin sairausvaiheen jo päättyttyä.

⁷³⁷ Ks. vanhemmasta doktriinista esim. Hellner 1973 s. 48. Ks. myös Lech 1968, jossa Lech perustaa aineettomien vahinkojen korvaamisen rajoittamiseen tähtäävän argumentaationsa ns. *korvausneuroosi*-ilmiön varaan. Ks. myös Anderssonin (Andersson 1993 s. 501–509) kielteisen suhtautumisen syistä esittämää.

⁷³⁸ Ks. Hellner 1993; Bengtsson – Strömbäck 2006 s. 140–142.

⁷³⁹ Ks. HE 167/2003 vp s. 29.

⁷⁴⁰ Ks. esim. Brusiin 1953 s. 19.

⁷⁴¹ Vrt. esim. Saxén 1975 s. 64–69; Routamo – Hoppu 1977 s. 186–187; Arti 1981 s. 201. Ks. jäljempänä lääketieteellisen tiedon asemasta henkilövahinkoja ja tilapäistä haittaa tunnistettaessa jaksossa 7.3 esitettyä.

Tutkimustoimenpiteillä pyritään määrittämään ja varmistamaan, minkälainen terveydentilan häiriö vahingonkärsijälle on vahinkotapahtumasta aiheutunut. Tutkimustoimenpiteet ovat siis varsinaisia hoito- ja sairaanhoitotoimenpiteitä valmistelevia toimenpiteitä, joiden tarkoituksena on selvittää, minkälainen hoito on tarpeen ja välttämätöntä.⁷⁴² Niistä aiheutuneet kustannukset korvataan, jos tutkimus oli tutkimushetkellä lääketieteellisesti arvioiden tarpeellinen, vaikka se osoittautuisikin jälkikäteen tarpeettomaksi.⁷⁴³ Tämä rajausta tarkoittaa, että diagnoosi saadaan varmistaa tekemällä periaatteessa ”ylimääräisiä” tutkimuksia, jos vamman tai sairauden tarkoituksenmukainen hoito sitä vaatii.

Varsinaisia hoitotoimenpiteitä ovat erilaiset terveyden palauttamiseksi ja ylläpitämiseksi tehtävät toimenpiteet. Tällaisia voivat olla esimerkiksi sairaanhoito sairaalan osastolla, erilaiset kirurgiset operaatiot, joilla vammautuneen henkilön toimintakyky pyritään palauttamaan tai tämän tila vakauttamaan, psykologinen terapia, läikehoito ja myös lääkinnälliseen kuntoutukseen tähtäävät käsittelyt eli esimerkiksi fysioterapia. Hoitotoimenpiteiden kirjo on siis melkoinen. Vaikka toimenpiteiden tavoite ei olisikaan puhtaasti ennallistava, on nähdäkseni silti luontevaa käsittää lääketieteellisen hoitotoimenpiteen olevan osa ihmisen fyysisen identiteetin palauttamista. Kirjaimellisesti ottaen tässä suhteessa ongelmallisina voitaisiin pitää sellaisia toimenpiteitä, jotka kohdistuvat ihmisen tuntemuksiin. Parhaita esimerkkejä ovat esimerkiksi kipulääkitys ja muut kivun hallitsemiseksi tehtävät toimenpiteet, esimerkiksi hermoratojen tukkiminen. Tällaisista toimenpiteistä aiheutuvat kustannukset tulee joka tapauksessa korvata. Fyysisen identiteetin palauttamista ei saa ymmärtää liian rajoittavasti. Se kattaa myös psyykkiset tuntemukset.

Hoitoon rinnastuvia toimenpiteitä ovat ”erilaiset muut lääketieteelliseen tietoon perustuvat käsittelyt”. Esimerkkeinä mainitaan plastiikkakirurgiset operaatiot ja raiskatulle tehtävä raskauden keskeytys.⁷⁴⁴ Erottelukriteerinä lieenee pidettävä sitä, että lääketieteellisesti arvioiden tällaiset käsittelyt poikkeavat *terveyden* palauttamiseksi ja ylläpitämiseksi tarpeellisista toimenpiteistä siinä, että ne eivät ole *lääketieteellisesti arvioiden* potilaan ”luonnollisen” tilan ennallistamisessa välttämättömiä. Lääketiede onkin tässä kohtaa ratkaisun sijaan oikeudellinen ongelma. Se näyttää estävän tietynlaisten *oikeudellisesti arvioiden* selkeästi haitallisiksi hahmottuvien muutosten poistamisen, koska ainakin fysiologista toimintakykyä painottavat lääketieteen versiot näyttäisivät edellyttävän, että suoraanaisesti henkilön fysiologiseen toimintakykyyn vaikuttamattomat tapahtumat eivät ole lääketieteellisesti arvioiden merkittäviä. Kosmeettisten vammojen korjaaminen ei tavanomaisesti vaikuta potilaan keholliseen terveydentilaan suora-

⁷⁴² Ks. HE 167/2003 vp s. 30.

⁷⁴³ Ks. Hemmo 2005b s. 167.

⁷⁴⁴ Ks. HE 167/2003 vp s. 30.

naisesti mitenkään, paitsi että operaatiot heikentävät sitä operaatiosta toipumis-aikana.⁷⁴⁵ Arpi ei ole lääketieteellisesti arvioiden terveydentilan häiriö, vaan normaalin paranemisprosessin seuraus. Siitä ei ole useimmiten muuta kuin kos-meettista haittaa, joka taasen fysiologista viitekehystä korostavan ajattelutavan näkökulmasta näyttäytyy lähes epätodellisenä.⁷⁴⁶ Raskaus ei ole sekään fysiolo-gisesti ajatellen hoitoa vaativa sairaus, vaan pikemminkin luonnollinen, naissu-kupuolen lajielämään kuuluva tila. Vasta kun raskaus kontekstualisoidaan ja sen ymmärretään saaneen alkunsa raiskauksesta, tällainen ajatus on tietysti oikeudel-lisesti (ja myös lääketieteellisesti) täysin järjetön.

Vaikka hallituksen esityksessä lähtökohtana on täysi korvaus, varsinaisten tutkimus- ja terveydenhoito- ja sairaanhoitotoimenpiteiden osalta on syytä pitää mielessä, että vahingonkäräjän kannettavaksi tulee vain vähäinen osa näiden toimenpiteiden ”todellisista” kustannuksista. Julkinen terveydenhoito, johon vahingonkäräjät puolittain pakotetaan turvautumaan⁷⁴⁷ on vahvasti sub-ventoitu: potilaan maksettavaksi jäävät määrät eivät vastaa eri toimenpitei-den todellisia kustannuksia. Julkinen valta kattaa suurimman osan kuluista verotuloilla. Hoito on potilaalle lähes maksutonta. Vahingonaiheuttaja joutuu korvaamaan vain sen määrän, jonka vahingonkäräjä on todellisuudessa joutu-nut maksamaan hoidostaan, ei todellisia aiheuttamiaan kustannuksia. Valtiol-la, jonka kannettavaksi henkilövahingon aiheuttamat kustannukset viime kä-dessä jäävät, ei ole regressioikeutta vahingonaiheuttajaan nähden.

Matkakustannukset ja omaishoidosta aiheutuvat kustannukset poikkeavat luon-teeltaan jonkin verran tutkimus-, hoito- ja niihin rinnastettavista toimenpiteistä aiheutuvista kustannuksista eivätkä ole yhtä ilmiselviä sairaanhoidollisista toi-menpiteistä johtuvista kustannuksista. Hoitoon ja tutkimukseen hakeutumisesta aiheutuvat matkakustannukset on joka tapauksessa korvattava sairaanhoitokului-na, sama koskee saattajan käyttämisestä aiheutuvia kustannuksia, mikäli saatta-jan käyttäminen on tarpeellista.⁷⁴⁸

Läheisen tarjoamasta hoivasta aiheutuvien kustannusten asema on muita kus-tannuksia ongelmallisempi. Akuutin sairausajan kustannuksia koskee 5 luvun 2 d §. Pykälän mukaan vahingonkäräjän hoitamisesta tai tämän tervehtymistä tai kuntoutumista edistävästä toimenpiteistä aiheutuneet kohtuulliset kulut ja an-sionmenetykset korvataan suoraan läheiselle. Tällaista säännöstä ei ollut aiemmin

⁷⁴⁵ Arvella voi olla hyvin voimakkaita psyykkisiä vaikutuksia. Laajat rumentavat arvot voivat vai-kuttaa henkilön sosiaaliseen elämään hyvin rajusti.

⁷⁴⁶ Kyse on tietenkin vain tietynlaisesta, rajoittuneesta lääketiedekäsityksestä. Tavanomaista kai jo lieenee, että lääkärit hahmottavat ihmisten olevan psykofyysisiä kokonaisuuksia, jossa fyysisen ja mielen terveyden häiriöitä on vaikea erottaa toisistaan. Fyysisten vammojen ja sairauksien hoitoon ja erityisesti kuntoutumiseen kuuluu myös psyykkisestä hyvinvoinnista huolehtiminen.

⁷⁴⁷ Ks. jäljempänä alaviitteen 763 kohdalla esitettyä.

⁷⁴⁸ Ks. HE 167/2003 vp s. 31.

laissa, mutta oikeuskäytännöstä voidaan päätellä, että jonkinasteinen velvollisuus korvata läheiselle aiheutuneita kustannuksia oli olemassa jo ennen henkilövahinkouudistusta.⁷⁴⁹ Akuutin sairausajan jälkeen läheiselle aiheutuneet kulut ja ansionmenetys korvataan vahingonkorvauslain 5 luvun 2 §:n perusteella. Tämä tarkoittaa sitä, että kulut ja ansionmenetys korvataan vahingonkärsijälle eikä suoraan läheiselle.⁷⁵⁰ Vahingonkärsijän tulee itse siirtää saamansa korvaus läheiselle.⁷⁵¹

Tarpeellisten sairaanhoitokustannusten käsitteestä johtuu korvattavuuden rajoituksia. Sen avulla rajoitetaan kustannusten korvattavuutta eli sitä, mitkä kustannukset ovat korvattavissa. Ennallistamiseen tähtävien toimenpiteiden aiheuttamat kustannukset ovat pääasiassa korvattavia kahdella edellytyksellä. Kustannusten on oltava 1) tarpeellisia ja 2) niiden tulee johtua terveyden- tai sairaanhoidollisista toimenpiteistä. Nämä kriteerit ovat eksplisiittisyydessään lainsäädännössä uusia.⁷⁵² Korvattavuutta arvioidaan ensisijassa lääketieteellisen tiedon perusteella. Hallituksen esityksen mukaan vain ”yleisesti hyväksytyn lääketieteellisen käsityksen mukaiset” hoidot ja tutkimukset voivat olla pykälässä tarkoitettuja tarpeellisia toimenpiteitä. Terveydenhuollon ammattihenkilön on todettava hoidon tarve ja annettava soveliaista hoitoa. Hoidon tulee olla sellaista, että sen voidaan olettaa olevan lääketieteellisesti arvioiden sekä vaikuttavaa että tarpeen kulloisenkin terveydentilan häiriön hoitamiseksi.⁷⁵³

Hemmo esittää, että lääketieteellisesti hyväksyttävien hoitojen valikoiman täsmentämisessä voitaisiin käyttää apuna terveydenhuollon ammattihenkilöistä annetun lain 15 §:n säännöstä, jonka mukaan terveydenhuollon ammattihenkilön on ammattitoiminnassaan sovellettava yleisesti hyväksyttyjä ja kokemusperäisiä perusteltuja menettelytapoja koulutuksensa mukaisesti, jota hänen on pyrittävä jatkuvasti täydentämään.⁷⁵⁴ Koska terveydenhuollon ammattihenkilö ei voi tehdä vaihtoehtoisia hoitoja, vaihtoehtoiset hoidot eivät olisi terveyden- tai sairaanhoi-

⁷⁴⁹ Ks. HE 167/2003 vp s. 26. Viittauksella tarkoitetaan ilmeisesti tapausta KKO 1994:48, jossa todettiin, että läheisten sairaalakäynneistä aiheutuneet matkakulut olivat siten sairaanhoitoon liittyviä tarpeellisia kustannuksia, jotka vahingon aiheuttaja oli velvollinen korvaamaan vammautuneelle. Käynnit olivat KKO:n mukaan edistäneet vammautuneen tervehtymistä. Oikeuskäytäntö on tältä osin muuttunut. Henkilövahinkouudistuksen jälkeen kulut voidaan tuomita korvattavaksi suoraan läheiselle. Ks. HE 167/2003 vp s. 32.

⁷⁵⁰ Ks. HE 167/2003 vp s. 31–32.

⁷⁵¹ Ks. HE 167/2003 vp s. 32.

⁷⁵² Sääntely, kun säännöksen sanamuotoa täydennetään hallituksen esityksessä esitetyillä kannoilla, muistuttaa pitkälti esimerkiksi tapaturmavakuutuslain (20.8.1948/608) 15 ja 15a §:iä, joissa määrätään, milloin työtapaturmasta aiheutuneet sairaanhoitokulut korvataan vakuutuksesta.

⁷⁵³ Ks. HE 167/2003 vp s. 32.

⁷⁵⁴ Ks. myös HE 33/1994 vp 15 §:n yksityiskohtaiset perustelut. Pykälän perustelut ovat valitettavan lyhyet eikä niissä lainkaan tarkenneta, mikä taho voisi määritellä näiden kokemussääntöjen tarkemman sisällön. Riitatilanteessa tilanteen selvittämiseksi lausuntoa pyydetään – kuten tapana on – terveydenhuollon oikeusturvakeskukselta.

dollisia, eikä niitä tule siksi korvata.⁷⁵⁵ Hemmon ratkaisutapa on formalistinen eikä sitä voitane soveltaa täysin poikkeuksetta.

Useimmissa tapauksissa se, että vaihtoehtohoitoja ei korvata, ei johda vaikeisiin ratkaisutilanteisiin. Tilanne voi olla kuitenkin toinen silloin, kun vahingonkärtsijä on tosiasiaa käyttänyt vaihtoehtoisia hoitomuotoja ja väittää tilansa parantuneen niiden ansiosta. Tilannetta arvioitaneen Suomessa tavanomaisen koululääketieteen näkökulmasta. Jos syy-yhteys tilan paranemisen ja hoidon välillä voidaan näyttää, estettä hoitomuodosta aiheutuneiden kustannusten korvaamiselle ei liene olemassa. Esimerkiksi kivun hallitsemiseen tähtäävien akupunktiotoimenpiteiden kustannukset voivat hallituksen esityksen mukaan olla korvattavia. Jos syy-yhteyttä hoidon ja vahingonkärtsijän tilan välillä ei voida osoittaa, hoitomuodoista aiheutuvien kustannusten korvaaminen vaikuttaa systemaattisesti epäilyttävältä.

Englannissa vaihtoehtoisiiin hoitoihin on suhtauduttu ajoittain hyväksyvästi. Vaikka Langstaff et al. toteavatkin, että yksiselitteistä sääntöä vaihtoehtoisten hoitomuotojen korvattavuuden arvioimiselle ei voida tiivistää oikeuskäytännöstä, näyttää siltä, että hoidot ovat korvattavia, jos ”the treatment has given any relief to the claimant for his or her symptoms.”⁷⁵⁶

Koululääketieteen sinällään hyväksymien mutta kokeellisten hoitojen kohdalla tilanne voi olla ongelmallinen.⁷⁵⁷ Kun hallituksen esityksessä korvattavuus kiinnitetään ”yleisesti hyväksyttyyn lääketieteelliseen käsitykseen” ja todetaan jo yleisellä tasolla, että mistä tahansa hoidosta kertyneitä kustannuksia voidaan korvata vain sillä edellytyksellä, että toimenpiteiden voidaan lääketieteellisen tutkimustietoon nojaten osoittaa olevan ”riittävän vaikuttavia”, tuomioistuim voi joutua tuomarien koulutukseen vaikeasti sovitettavan tehtävän eteen: arvioimaan, mikä hoito on lääketieteelliseen tutkimustiedon perusteella tarpeeksi vaikuttava.⁷⁵⁸ Hemmo esittää perustellusti, että hoidon vaikuttavuutta ja tarpeellisuutta arvioitaessa tulisi ottaa huomioon ainakin, onko varmemmin samaan tulokseen

⁷⁵⁵ Ks. esim. Hemmo 2005b s. 167 av. 138, jossa Hemmo listaa tällaisina korvauskelvottomina hoitomuotoina mm. homeopatian, energiaterapian, kukkaterapian, jäsentenkorjauksen, naprapatian, kuhnekylyt, iirisdiagnostiikan ”ja lukuisat muut uskomushoidot”. Ks. myös Hemmo 2005b s. 4–11.

⁷⁵⁶ Ks. Langstaff et al. 2005 s. 225.

⁷⁵⁷ Ks. ongelmista lyhyesti esim. Hemmo 2001 s. 549.

⁷⁵⁸ Tilanne voi olla pulmallinen, jos hoitava lääkäri on ehdottanut kokeiluasteella olevaa hoitomuotoa, josta aiheutuneiden kustannusten korvattavuuden vahingonaiheuttaja myöhemmin korvausoiden käynnissä uuden lääketieteellisen tutkimustiedon perusteella kiistää. Tällöin hoitotoimenpiteestä ei ole välttämättä seurannut minkäänlaista hyötyä, mutta siitä on aiheutunut kustannuksia, jotka vahingonkärtsijä joutuu kantamaan. Tällaisen aselman sattumistodennäköisyyttä vähentää se, että julkisessa terveydenhuollossa toimenpiteistä itsessään ei laskuteta, vaan maksuperuste rakentuu sairaalassa vietetyn ajan perusteella. Toisaalta vahingon rajoittamiseksi yksityisesti tehty

johtavia hoitoja saatavilla ja se, kuinka vakavasta terveydentilan häiriöstä on kysymys.⁷⁵⁹

Tarpeellisuuskriteeri asettuu selvästi osaksi hallituksen esityksessä omaksuttua yleisempää lähestymistapaa, joka korostaa lääketieteen merkitystä henkilövahinkojen tunnistamisessa ja korvaamisessa. Lääketieteeseen viittaamalla pyritään ilmeisestikin objekti(ivi)suuteen ja neutraalisuuteen sekä myös tieteilisyyteen, minkä puolestaan ajateltaneen auttavan henkilövahinkojen korvauskäytäntöjen legitimoimisessa.⁷⁶⁰ Kuten muuallakin, tässäkin yhteydessä korvattavuuden kytkeämisellä lääketieteelliseen tietoon on kiistattomien etujensa lisäksi myös varjopuolensa. Lääketieteellinen tieto on luonteeltaan muuttuvaa⁷⁶¹ ja tämä saattaa johtaa siihen, että saman hoidon korvattavuus saattaa joskus arvaamattomastikin vaihdella, kun tutkimustietoon perustuva käsitys hoitojen vaikutuksellisuudesta muuttuu. Toisaalta uusien ja kalliiden hoitojen korvattavuudesta käytävät riidat siirtyvät lääketieteellistämisen vuoksi aivan uuteen kontekstiin, jossa lääketieteellisillä asiantuntijoilla ja heidän mielipiteillään saattaa olla suurempi merkitys kuin oikeudellisella harkinnalla.⁷⁶²

Toisessa merkityksessään tarpeellisuus-kriteeri rajoittaa korvattavien sairaanhoitopalveluiden tarjoajien piiriä. Periaatteessa sairaanhoitokuluina tulevat korvattavaksi kaikki tutkimus- ja hoitokulut, lääkärinpalkkiot, hoidossa välttämättömät tarveaineet ja myös esimerkiksi sairaalapäivämaksut.⁷⁶³ Hallituksen esityksen mukaan kustannukset ovat tarpeellisia ja siten korvattavia kuitenkin *vain julkisen terveydenhuollon asiakasmaksulainsäädännön perusteella määräytyvien maksujen määrään saakka*.⁷⁶⁴ Tästä seuraa, että vahingonkäräjien edellytetään pääsääntöisesti käyttävän julkisen terveydenhuollon palveluita. Tätä perustellaan sillä, että vahingonkäräjä voi ”pääsääntöisesti” saada kaikki tarvitsemansa palvelut julkisen terveydenhuollon tuottamina. Julkisen terveydenhuollon käyttäminen on myös vahingonaiheuttajan näkökulmasta edullisempi vaihtoehto.

Asia on samoin myös Ruotsissa, jossa asiaa on käsitelty henkilövahinkojen korvaamista koskevia sääntöjä uudistettaessa. Englannissa asiaan on omaksuttu toinen kanta. Vahingonaiheuttajan tulee korvata yksityisen palveluntarjoajan tuottamasta hoidosta aiheutuvat korkeammat kustannukset, vaikka vahingonkäräjä olisikin voinut hakeutua julkisen terveydenhuoltojärjestelmän (*Na-*

kokeileva toimenpide voi johtaa tällaiseen tilanteeseen. Toisaalta joissakin tapauksissa vaikutuksiltaan epävarmaa hoitoa voidaan joutua hakemaan ulkomailta.

⁷⁵⁹ Ks. Hemmo 2005b s. 168.

⁷⁶⁰ Ks. jäljempänä jaksossa 7.2 esitettyä.

⁷⁶¹ Ks. esim. HE 167/2003 vp s. 29.

⁷⁶² Ks. esim. HE 167/2003 vp s. 29. Tarpeellisuuskriteerin kritiikistä ohimennen ks. esim. Hemmo 2005b s. 168.

⁷⁶³ Ks. esim. Hemmo 2005b s. 166.

⁷⁶⁴ Ks. HE 167/2003 vp s. 31.

tional Health Service) tuottamaan hoitoon, josta aiheutuvat kustannukset ovat yksityistä hoitoa huomattavasti alhaisemmat.⁷⁶⁵ Englannissakaan ei ole hyväksytty toisaalta sitä, että julkisen terveydenhuollon palveluihin tosiasiaassa turvautunut saisi korvauksen yksityisten taksojen mukaan.⁷⁶⁶

Vahingonkärsijä voi turvautua yksityisiin palveluntarjoajiin hallituksen esityksen mukaan vain poikkeustapauksissa. Pääsääntöisesti yksityisten palveluiden käyttämisestä aiheutuvia, julkisen terveydenhuollon palveluista perittäviä maksuja korkeimpia sairaanhoitokustannuksia ei tule korvata. Ne jäävätkin tältä osin joko vahingonkärsijän tai tämän vakuutusyhtiön kannettavaksi.⁷⁶⁷ Mielenkiintoinen kysymys liittyy siihen, onko oikeustila muuttunut näiltä osin. Nähdäkseni näin on. Aiemmin kirjallisuudessa katsottiin, että vahingonkärsijä sai käyttää yksityisen terveydenhuollon palveluja, jos hän oli niihin tottunut ja vakiintuneesti niitä käytti.⁷⁶⁸

Vanhempaa asiaa koskevaa ruotsalaista oikeuskäytäntöä on tavallisesti hahmotettu siten, että pääsääntöisesti vahingonkärsijän oli aina valittava halvin saatavilla oleva hoitomuoto. Kanta vahvistettiin tapauksessa NJA 1968 s. 23.⁷⁶⁹

Hallituksen esityksen mukaan yksityisten terveydenhuoltopalveluiden käyttäminen on perusteltua ainoastaan silloin, kun lääketieteellisesti tarpeellista hoitoa ei saa julkisen terveydenhoidon piiristä tai kun odotusaika tällaiseen hoitoon olisi ”pääasiassa lääketieteellisesti arvioiden” kohtuuttoman pitkä. Esimerkkeinä mainitaan mm. plastiikkakirurgiset toimenpiteet ja muut vaativat kirurgiset toimenpiteet. Yksityinen hoito voi merkittävästi lyhentää työkyvyttömyysaikaa ja siten vähentää myös korvattavan vahingon määrää.⁷⁷⁰

Psyykkinen terapia on ongelmallinen hoitotyyppi. Hallituksen mukaan terapiasta aiheutuvat kustannukset ovat korvattavia siinä missä muutkin sairaanhoitokustannukset. Hoitomuoto on kuitenkin erikoislaatuinen. Terapian tarve on usein pitkäaikaista. Hoito on hidasta, vaikutuksiltaan epävarmaa ja myös hyvin kallista. Julkisen terveydenhuoltojärjestelmän resurssit ovat erityisesti

⁷⁶⁵ Asiasta on säädetty The Law Reform (Personal Injuries) Act 1948 section 2(4):ssa, jonka mukaan sairaanhoitokustannusten kohtuullisuutta arvioitaessa ei saa kiinnittää huomiota siihen, olisiko vahingonkärsijä voinut saada hoidon ilmaiseksi eli käytännössä National Health Servicen piiristä. Ks. laajemmin esim. Langstaff et al. 2005 s. 223–224.

⁷⁶⁶ Ks. *Harris v. Brights Asphalt Contractors Ltd.* [1993] PIQR Q104 (per Slade J).

⁷⁶⁷ Ks. HE 167/2003 vp s. 31.

⁷⁶⁸ Ks. tältä osin esim. Hemmo 2001 s. 548. Vrt. esim. Vakuutuslautakunnan ratkaisut 329/88 ja 887/97 ja tätä nykyä Hemmo 2005b s. 167–168.

⁷⁶⁹ Vrt. NJA 1964 s. 62 ja NJA 1967 s. 497.

⁷⁷⁰ Ks. HE 167/2003 vp s. 31. Voiko tällaista tilannetta syntyä hoitotakuun aikana, on mielenkiintoinen kysymys.

psykkisen terveydenhuollon osalta rajoitetut. Vahingonkärsijällä ei useinkaan liene muuta mahdollisuutta kuin hakeutua yksityiseen hoitoon. Epävarmaksi jää, missä kulkee korvattavuuden raja. Muuttuvatko periaatteessa korvattavat hoidot ei-korvattaviksi, jos terapia kestää vahinkotapahtumaan nähden ennakoimattoman pitkään?

Mitä korvattavuuden rajoittaminen pääasiassa vain julkisesta terveydenhuollosta aiheutuvien kustannusten korvaamiseen merkitsee? Kysymys on moniulotteinen. Yhtäältä vaikuttaa siltä, että kyse on käytännöllisestä valinnasta. Julkisessa terveydenhuollossa sairauksia hoidetaan samalla tavalla koko maassa riippumatta siitä, mikä on henkilön taloudellinen tai sosiaalinen asema. Rajoitus täydentää ja vakauttaa edellytystä siitä, että vain tarpeelliset sairaanhoitokulut korvataan. Epätavallisista hoidoista koituvat kulut ovat vahingonkärsijän, eivät vahingonaiheuttajan kannettavia. Toisaalta rajoituksen taustalle voisi lukea myös tulevaisuuteen suuntautuvan ratkaisun. Lääketiede on pystynyt jatkuvasti loitontamaan mahdollisen rajoja. Ihminen selviää tätä nykyä hämmästyttävistäkin vammoista. Kehittyneillä hoidoilla toimintakyky voidaan palauttaa ainakin osittain, vaikka henkilön tila olisi ollut erittäin keho. Lääketieteen kehitys onkin johtanut siihen, että yhä useampaan kliiniseen ongelmaan voidaan vaikuttaa. Seurauksena terveydenhoitopalveluiden kysyntä on kasvanut.

Edistyneet hoidot ovat kuitenkin erittäin kalliita. Ongelma on siinä, että jos keino parantaa tai pitää hengissä on olemassa, yksilöllä on *prima facie* oikeus tulla hoidetuksi. Tietoinen päätös aiheuttaa kuolema tai olla poistamatta vammaa on periaatteessa henkeen ja terveyteen kohdistuva rikos. Toisaalta potilaan oikeuksista ja asemasta annetun lain (785/1992) 3 §:ssä todetaan, että jokaisella Suomessa pysyvästi asuvalla henkilöllä on oikeus saada ilman syrjintää hänen terveydentilansa edellyttämä terveyden- ja sairaanhoito *niiden voimavarojen rajoissa, jotka kulloinkin ovat terveydenhuollon käytettävissä*.

Tilanne on siedettävä niin kauan kuin terveyspalveluita voidaan tarjota niin laajalti, että avoimia valintoja elämän ja kuoleman välillä ei tarvitse budjettirajoitteiden takia tehdä. Kun terveyspalveluiden kysyntä kasvaa ja niiden ”kuluttajilla” on lähtökohtaisesti oikeus saada palvelut ilmaiseksi, julkisen terveydenhuollon rahoituspohja rapautuu. Rahaa ei riitä kaikkeen. Resurssien rajallisuus tulee jossakin vaiheessa johtamaan siihen, että terveydenhuollossa on tehtävä myös avoimia priorisointiratkaisuja. Priorisointipäätöksissä rajataan hoidon rajoja. Ketä kannattaa hoitaa ja miten? Koska hoitaminen ei enää kannata? Todenäköistä on, että näistä kysymyksistä ja erityisesti priorisoinnissa käytettävistä kriteereistä joudutaan käymään vakavaa keskustelua muutaman vuoden kuluessa.⁷⁷¹ Valinnat ovat rankkoja. Ne leikkaavat syvälle yhteiskunnan ja ihmisenä

⁷⁷¹ Keskustelu on jo alkanut ja sitä varten on pyritty luomaan institutionaalisia puitteita. Valtakunnallinen terveydenhuollon eettinen neuvottelukunta perustettiin vuonna 1997. Se on antanut lukui-

olemisen peruskysymyksiin. Voin vain toivoa monen muun tavoin, että keskustelu on avointa, demokraattista ja eksplisiittistä.⁷⁷²

Kun hallituksen esitystä lukee tätä tematiikkaa vasten, korvattavuuden rajoittamisen voi hahmottaa tärkeäksi ihmisyyttä ja yhteisöllisen elämän ehtoja koskevaksi valinnaksi. Vahingonkorvauksen suhteen kaikki henkilöt asettuvat ensi sijassa toisiinsa nähden tasa-arvoisiksi, samoilta toivottavasti tietoisille priorisointiratkaisuille alttiiksi. Se sattumanvarainen seikka, onko terveydentilan häiriö syntynyt vahingonkorvausvelvollisuuden perustavan menettelyn seurauksena vai ei, ei siirrä vahingonkäräjää siihen onnekkaiden joukkoon, jotka voivat vaatia kaikkien teknisesti mahdollisten toimenpiteiden mobilisoimista terveytensä palauttamiseksi. Tähän luokkaan siirtyminen on mahdollista vain normaalilla tavalla: maksamalla siitä itse joko suoraan tai vapaaehtoisten vakuutusten vakuutusmaksuina.

Lääketieteellinen tarpeellisuuskriteeri ei kuitenkaan ulotu täysimittaisesti kaikkiin sairaanhoitokustannuksina korvattaviin kuluihin. Läheiselle vahingonkäräjän hoitamisesta ja muista vahingosta johtuvista toimenpiteistä aiheutuvat kulut ja ansionmenetys ovat korvattavaa vahinkoa vahingonkorvauslain 5:2 d:n perusteella, vaikka tiukasti ottaen kysymys ei olekaan terveydenhuollon ammattihenkilöiden tekemistä tai edes hyväksymistä toimenpiteistä aiheutuvista kuluista. 5 luvun 2 d §:ssä tarkoitettujen kulujen ja ansionmenetyksen korvattavuutta arvioidaan muuten. Ideana säännöksessä on, että vahingonkäräjän läheiset ovat tosiasiaassa usein läsnä vahingonkäräjän toipumisprosessin aikana ja avustavat tätä erilaisissa jokapäiväisissä askareissa. Läheiselle aiheutuu tästä usein ansionmenetystä. Ansionmenetys on korvattava, vaikka läheisen läsnäolo ei olekaan tarpeellinen sairaanhoidollinen toimenpide.

Säännös rakentuu teknisesti *erityisten syiden* varaan. Muutoin ei-korvattavasta ansionmenetyksestä tulee korvattavaa, jos korvaamiseen on erityisiä syitä. Eri-tyisten syiden olemassaoloa tapauskohtaisesti arvioitaessa tulee ottaa huomioon henkilövahingon laatu ja vaikeusaste, henkilövahingon kärsineen ikä sekä henkilövahingon kärsineen ja korvausta vaativan välisen suhteen läheisyys.⁷⁷³ Vahingonkorvauslain 5 luvun 2d §:n perusteella korvattavat kulut ja ansionmenetys eivät johdu ”varsinaisesta sairaanhoidosta”, vaan ”sellaisesta välittömästä hoi- vasta ja avustamisesta”, jota henkilövahingosta seurannut toimintakyvyn mene-

sia lausuntoja asioista, joilla on kytkeä etiikkaan. Yksi tärkeä dokumentti on vuonna 2001 julkaistu raportti Oikeudenmukaisuus ja ihmisarvo suomalaisessa terveydenhuollossa. STAKES on niin ikään perustanut vuonna 2001 tutkimushankkeen, jonka tarkoituksena on selvittää, miten priorisointipäätöksiä tulisi tehdä ja mihin niitä tehtäessä pitäisi kiinnittää huomiota. Projekti on julkaissut varsin laajan selvityksen.

⁷⁷² Ks. Hetemaa – Vuorenkoski – Keskimäki 2003 s. 13–14.

⁷⁷³ Ks. HE 167/2003 vp s. 44.

tys edellyttää.⁷⁷⁴ Korvattavuutta lienee syytä arvioida samalla tavoin myös silloin, kun 2 d §:ää ei akuutin sairausajan päätyttyä voida enää soveltaa ja kulujen ja ansionmenetyksen korvattavuutta arvioidaan vahingonkorvauslain 5:2.1 kohdan nojalla.⁷⁷⁵

Mielenkiintoinen asetelma voi syntyä, jos henkilön läheinen on sairaanhoidon ammattihenkilö, esimerkiksi sairaanhoitaja tai lääkäri. On mahdollista, että läheinen ottaa hoidettavakseen ainakin joitakin sellaisia tehtäviä jotka tavallisesti hoidettaisiin julkisen terveydenhoidon piirissä. Lääkäri-isä tai -äiti voi esimerkiksi antaa lapselleen hoitoa. Tästä voi aiheutua, jos edellytykset täyttyvät, 5 luvun 2 d §:n perusteella korvattavia vahinkoeriä. Läheiseltä jää ansiotuloja saamatta. Ansiotulojen määrä voi puolestaan olla korkeampi kuin ne maksut, jotka tällaisista toimenpiteistä tulisi maksuperustelain mukaan suorittaa. Mahdollista on myös, että läheisen ansionmenetyksen määrä on suurempi kuin ne kustannukset, jotka syntyisivät, jos vastaavat palvelut hankittaisiin yksityiseltä palveluntarjoajalta. Tuleeko vahingonaiheuttajan korvata nämä erät vai jäävätkö ne vahingonkäräjien kannettaviksi? Suoraa vastausta tällaiseen kysymykseen on tietenkin vaikea antaa. Ei liene syytä suhtautua tällaisiin vaatimuksiin täysin torjuvasti. Harkinnassa on syytä ottaa huomioon vahingon laatu ja vakavuus ja sen muut piirteet, erityisesti vahingonkäräjien henkilökohtaisen hoivan tarve ja siitä mahdollisesti saatava hyöty sekä vaaditun vahingonkorvauksen ja julkisen sairaanhoidon kustannusten suhde.

Olen edellä tehnyt selkoa siitä, minkälaiset ennallistamiskustannukset ovat korvattavia. Nyt on aika tehdä karu huomautus. Henkilövahingoissa, toisin kuin esinevahinkoja korvattaessa, ei operoida lainkaan arvonlisäyksen käsitteellä. Vaikka vahingonkäräjien keho tulisikin sairaanhoidollisten toimenpiteiden ansiosta paremmaksi kuin se oli ollut ennen vahinkotapahtumaa, tätä ei oteta huomioon.

9 TOIMINTAKYVYN ENNALLISTAMISEN MUUT KULUT

Sairaanhoitokustannusten lisäksi myös henkilövahinkoon riittävässä syy-yhteydessä olevat *muut tarpeelliset kulut* tulee korvata. Muiden kulujen korvaaminen laajentaa vahingonkorvausoikeudellisesti relevanttien muutosten kirjoa. Muina kuluina korvattavia ovat kulut, jotka aiheutuvat ensinnäkin erilaisista apuvälineistä ja laitteista, joiden avulla vahingonkäräjä voi palauttaa joko kokonaan tai osittain henkilövahingon seurauksena heikentyneen toimintakykynsä. Apuväli-

⁷⁷⁴ Ks. HE 167/2003 vp s. 44.

⁷⁷⁵ Ks. HE 167/2003 vp s. 31–32.

neillä ja laitteilla tarkoitetaan muun muassa erilaisia liikkumisessa tarvittavia apuvälineitä kuten auton käsihallintalaitteita ja ohjaustehostinta ja vaikeavammaiselle tarpeellisia toimintakykyä lisääviä viestintävälineitä kuten tulkkiponeita. Korvattavia kustannuksia ovat myös tavanomaisten kodinkoneiden hankkimisesta aiheutuvat kustannukset, jos hankitut välineet auttavat vahingonkärsijää suoriutumaan paremmin päivittäisistä askareistaan. Kuntoutuskustannuksia ei mainita hallituksen esityksessä muina kuluina korvattavien erien joukossa, vaan lääkinnällisestä kuntoutuksesta aiheutuvat kustannukset korvataan sairaanhoitokuluina.⁷⁷⁶

Kotona opiskeltaessa tarvittavien apuvälineiden hankkimisesta aiheutuneet kulut ovat niin ikään korvattavia. Sama koskee myös vahingonkärsijän vakinaiseen asuntoon tehtäviä henkilövahingon edellyttämiä muutostöitä. Hallituksen esityksen mukaan korvattavia ovat myös asunnon ja sen välittömän ympäristön kulkuteiden leventämisestä aiheutuvat kustannukset. Asuntojen eri tasoille liikkumisen mahdollistavat laitteet lienevät myös esimerkiksi halvaantuneille henkilöille tarpeellisia ja välttämättömiä. Niidenkin hankkimisesta ja asentamisesta kertyvät kustannukset tulee korvata.⁷⁷⁷

Apuvälineiden hankkimisesta aiheutuvien kustannusten lisäksi muina kuluina korvataan myös ulkopuolisen kodinhoitoavun käyttämisestä aiheutuvat kustannukset. Esimerkkinä mainitaan lastenhoidossa tarvittava apu, jos vaikeasti vammautunut vahingonkärsijä oli hoitanut perheen lapsia kotona päätoimisesti eikä henkilövahingon johdosta enää kykene siihen, ja lumenluontiaavun palkkaaminen.⁷⁷⁸

Erilaisten apuvälineiden ja asunnon muutostöiden tulee olla tarpeellisia. Muiden kulujen kohdalla tarpeellisuus saa kuitenkin toisen merkityksen kuin sairaanhoitokustannusten korvattavuutta arvioitaessa. Tarpeellisuusvaatimuksen sisältöä ei määritellä tarkasti, vaan esityksessä todetaan, että korvattavuutta tulee arvioida aina tapauskohtaisesti ottaen huomioon erityisesti henkilövahingon laatu ja vaikeusaste. Sääntelyn taustalla vaikuttaa ajatus, että korvauksen tulisi periaatteessa olla niin suuri, että vahingonkärsijän ”elämänlaatu” vastaisi aikaisempaa. Tavoitteen saavuttamisen tulkitaan kuitenkin olevan useimmissa tapauksissa mahdotonta, sillä ”mittavillakaan toimenpiteillä ei useimmissa tapauksissa ole mahdollista saavuttaa sellaista elämänlaatua, joka tosiasiallisesti vastaisi vahingon tapahtumaa edeltänyttä tilannetta.”⁷⁷⁹ Muiden kulujen korvaamisen tavoitteesta muotoutuu vaatimattomampi: tarpeellisina ja siten korvattavina voidaan pitää sellaisia laitteita ja järjestelyitä, joiden avulla vahingonkärsijä selviytyy normaali-

⁷⁷⁶ Vrt. esim. Hemmo 2005b s. 168.

⁷⁷⁷ Ks. esim. HE 167/2003 vp s. 33.

⁷⁷⁸ Ks. HE 167/2003 vp s. 33.

⁷⁷⁹ Ks. HE 167/2003 vp s. 34.

lista käytännön elämästä. Normaalial elämää ovat esimerkiksi pukeutuminen, peseytyminen, normaalit kotiaskeleet ja perheeseen liittyvät tehtävät, välttämättömien liikkuminen ja tavanomainen jokapäiväisessä elämässä tarvittavan tiedon hankkiminen ja käyttäminen. Korvausta on maksettava niin, että vahingonkäräjän kyky selviytyä näistä toimista palautuu joko kokonaan vahinkotapahtumaa edeltävään tilaansa tai paranee siitä, mitä se olisi ollut ilman apuvälineitä. Esi-merkkien perusteella hahmottuu kuva välttämättömistä käytännön elämän tehtävistä, jotka on kaikkien pakko suorittaa mutta joihin ei liity esimerkiksi harrastuksellisia tai vapaa-ajanviettoon liittyviä elementtejä.

Tarpeellisuuden käsitteeseen sisäänrakennettu erottelu näyttääkin perustuvan välttämättömien jokapäiväisten askareiden ja ”ylimääräisen” vapaa-ajanvieton välille. Väitän, että vahingonkorvausoikeudellisessa normistossa ihmisen elämä ymmärretään koostuvan neljästä erillisestä alueesta, joiden vahingonkorvausoikeudellinen asema ja elämänalueisiin vaikuttavien muutosten korvattavuus vaihtelee. Nämä elämänalueet ovat ihminen biologisena, funktionaaliseen toimintakykyyn tyhjentyvänä olentona, ansiotyössä, kotityössä ja muissa välttämättömissä päivittäisissä perustehtävissä eli jokapäiväisessä elämässä sekä harrastuksissa ja vapaa-ajalla.

Sääntely rakentaa vahingonkorvausoikeuden sisään eräänlaisen elämänalueiden hierarkian, jolla on normatiivisia vaikutuksia. Normatiiviset vaikutukset seuraavat pitkälti niistä asenteista, joita erityyppisiin vahinkoseurauksiin tyypillisesti kohdistuu. Biologinen elämä yhdessä ansiotyön kanssa on keskiössä. ”Helpointa” ja samalla legitiimeintä on korvata fyysisiä ja ansiotyössä realisoituvia muutoksia.⁷⁸⁰ Jos henkilön keho vammautuu, se tulee korjata. Sairaanhoidokulujen korvaaminen on itsestään selvää. Jos henkilö tulee työkyvyttömäksi ja menettää työstään saamansa palkan, vahingonkorvauksen maksamisen perusteleminen on helppoa. Helposti taloudellisesti karakterisoidavissa oleva vahinkotapahtuma on legitiimi korvauksen kohde, sanalla sanoen todellinen.

Normaali arki- tai perhe-elämä ja harrastukset sekä vapaa-aika ovat sen sijaan selkeästi alisteisessa asemassa. Muiden kulujen korvaamista koskevalla säännöstöllä ja sen yksityiskohtaisen sisällön täsmentämisellä on entisestään pyritty vahvistamaan jokapäiväisen elämän asemaa ja sen piirissä tapahtuvien muutosten vahingonkorvausoikeudellista merkitystä.⁷⁸¹ Aiemmin tällaiset muutokset saattoivat helposti jäädä marginaaliin.

⁷⁸⁰ Ks. esim. Bishop – Boden 2008 s. 7–8, jossa Bishop ja Bowen väittävät, että eräs ihmisen kehon merkittävä – ja eräissä suhteissa jopa dominantti – representaatio syntyy juuri työn ja työkyvyn kautta.

⁷⁸¹ Merkittävimpänä tähän kehityskulkuun liittyvänä doktriinin muutoksena voidaan pitää kotityön korvaamista.

Erottelussa toistuva hierarkkinen asetelma heijastuu juuri harrastusten ja vapaa-ajan vahingonkorvausoikeudelliseen käsittelyyn. Harrastukset ja muu vapaa-ajanvietto jäävät edelleen osin sivuun: tähän elämäntilanteeseen kohdistuvia muutoksia ei pyritä korvamaan siinä määrin kuin perinteisiä henkilövahinkojen seurauksia. Vahingonkärsijälle ei anneta mahdollisuutta korvata aiempia harrastuksiaan ja vapaa-ajanviettotapojaan muulla vaihtoehtoisella toiminnalla. Hänellä ei ole oikeutta saada korvausta mukautumisen kustannuksista. Hallituksen esityksessä todetaan, että vaikka muiden kulujen korvaamisessa lähtökohtana on täyden korvauksen periaate, esimerkiksi erilaisten harrastusvälineiden, kuten moottorikelkan tai maastomönkijän ostamista pelkästään harrastus- ja virkistyskäyttöä varten korvaamaan jotakin toista harrastusta, jonka henkilövahinko on estänyt, ei korvata.⁷⁸² Samantyyppinen asennoituminen kuultaa läpi, kun hallituksen esityksessä todetaan että korvattavia muita kuluja eivät olisi myöskään entisissä harrastuksissa tarvittujen vaatteiden tai urheiluvälineiden hankintamenot, vaikka varusteet jäisivät käyttöä vaille. Ratkaisua voi perustella sillä, että varusteet voi aina myydä.⁷⁸³

Miten ennallistamiskulut kvantifioidaan? Voidaan olettaa, että sairaanhoitokulujen määrän laskeminen on useimmiten varsin yksinkertaista. Kuitit tarjoavat objektiivisen arviointimenetelmän. Vahingonkärsijän maksamat laskut kootaan yhteen ja niiden yhteissumma lasketaan. Tuomari määrää, että vahingonaiheuttajan tulee maksaa tämä summa. Tulevaisuudessa syntyvien kustannusten korvaaminen on oma kysymyksensä.

10 FYYSINEN PALAUTTAMINEN JA SEN RAJAT

Kirjallisuudessa esinevahinkojen korvaamiselle esitetyt peruslähtökohdat näytävät siis sopivan hyvin yhteen fyysiseen viitekehykseen viittaavan palauttamistavoitteen kanssa. Jos esine tuhoutuu, vahingonkorvaus tuomitaan ensi sijassa jälleenhankintakustannusten suuruiseen. Jos esine vahingoittuu, vahingonkorvausta tuomitaan esineen korjauskustannusten määrä lisättynä mahdollisella arvonalennuksella. Miten tuon arvonalennuskorvauksen suuruus lasketaan, jätetään kirjallisuudessa tuomareiden harkittavaksi kunkin tapauksen erityispiirteiden edellyttämällä tavalla. Vastaavasti, jos esine on ennallistamisen jälkeen aiempaa parempi, tehdään paremmuusvähennys.

Esinevahingoissa lähtökohtani ja loppupäätelmäni ovat täysin samat kuin Victor Matajalla vuonna 1888:

⁷⁸² Ks. HE 167/2003 vp s. 33.

⁷⁸³ Ks. HE 167/2003 vp s. 33.

”Der Gedankengang also, wenn bei der Schätzung der Preis (genau gesprochen: der Preis, um welchen voraussichtlich eine Sache einzukaufen ist, zu welchem sie also angeboten wird) zu Grunde gelegt wird, ist einfach der, dem Ersatzberechtigten so viel zu geben, dass er sich die entzogene Sache wieder neu beschaffe. Kann er dies nicht, weil die Summe nicht genügt, oder bleibt ihm ein Überschuss, so war die praktische Durchführung der Schätzung falsch; will er es nicht, obzwar er es könnte, oder kann er nicht, weil die Sache nicht mehr zu haben ist, so war bei der Schadenbemessung ein Princip angewendet worden, welches auf die Natur des Falles nicht passt.”⁷⁸⁴

Henkilövahingon perusteella korvattavien kustannusten kirjo näyttää laajalta ja heterogeeniseltä. Korvattavia ovat muun muassa sairaanhoitokustannukset, tutkimus-, hoito-, kuntoutus-, lääkintä-, terapia- ja lääkehoitokulut, erityisesti syys-tä sellaiset kulut ja ansionmenetyt, jotka aiheutuvat läheiselle hänen hoivatesa-
saan ja avustaessaan vahingonkärtsijää, kuntoutuskustannukset, läheisten sopeut-
tamisvalmennus ja myös tarpeellisten apuvälineiden hankinnasta johtuvat kus-
tannukset. Valtaosa korvattavista eristä yhdistyy vaivatta fyysisen identiteetin
palauttamistavoitteeseen. Toisaalta osalla korvattavista kuluista ei näytä kuiten-
kaan olevan välitöntä yhteyttä fyysisen identiteetin palauttamiseen, konkreetti-
seen kehon korjaamiseen. Vain sairaanhoidollisten toimenpiteiden ja apuvälinei-
den hankkimisen pääasiallisena tavoitteena useimmissa tapauksissa – vaikka-
kaan ei poikkeuksesta – voidaan pitää vahingonkärtsijän kehon fyysisen tilan pa-
lauttamista vastaamaan sitä, joka sillä oli ennen vahinkotapahtumaa, tai kehon
toimintakyvyn palauttamista.

Henkilövahinkojen korvaamisessa käsitys ihmiselämästä ei ole yksioikoisen
fyysinen. Se ei typisty kehon biologis-mekaanisiin ominaisuuksiin. Kyse ei ole
vain kehosta (tai mielestä) ja sen terveydestä tai toiminnallisesta normaalisuu-
desta.⁷⁸⁵ Tämä korostuu erityisesti silloin, kun fyysinen palauttaminen ei ole
mahdollista tai se jää vaillinaiseksi. Fyysisen, puhtaan ruumiillisen viitekehyk-
sen lisäksi muutoksia ja niiden merkitystä arvioidaan siinä sosiaalisessa konteks-
tissa, johon ihminen sijoittuu. Ihmisen sosiaalinen toimintakyky pyritään kor-
vaamisella saattamaan sellaiseksi, että se vastaa normaalia, keskimääräistä toi-
mintakykyä. Täysin poikkeuksesta ja ongelmitta tavoitteella ei oikeustilaa tieten-
kään pystytä selittämään. Sosiaalisen toimintakyvyn palauttaminen ennalleen
tarjoaa kuitenkin toimivan metaperiaatteen avuksi vahingonkorvauslain 2 luvun
2 d §:n tulkintaan.

Vahingonkorvausoikeuden systematiikan, sen yleisten oppien ja puhetapojen
kannalta käänös ennallistamiseen on merkittävä. Taloudellisesta arvosta puhu-

⁷⁸⁴ Mataja 1888 s. 170.

⁷⁸⁵ Uudesta geneettisen tiedon mahdollistamasta ns. somaattisesta yksilöstä ks. esim. Novas –
Rose 2000.

minen ei olekaan välttämätöntä. Useimmissa esine- tai henkilövahingoissa taloudellista arvoa ei tarvita eikä se tosiasiaassa voi selittää korvaamisen käytäntöjä, pikemminkin vain hämmentää oikeustilaa. Korvauksen ei tarvitse vastata vahingon taloudellista arvoa sen enempää kuin sen abstraktia rahallista arvoa. Riittää, että rahalla voidaan ostaa korjaamiseen tarvittava työ, raaka-aineet. Nämä kustannukset, jos ennallistaminen on toteutettu tai suunnitellaan toteutettavaksi järkevällä tavalla, korvataan. Rajoitteet, jotka korvaamiselle asetetaan, latautuvat käyttäytymisen ohjaamisen mielekkään sosiaalisen ympäristön artikuloinnin näkökulmasta. Orientaatio on *normatiivinen* ja myös mitä suurimmissa määrin *poliittinen*. Kun päätämme, miten esine- ja henkilövahinkoja korvataan, oikeita kysymyksiä ovat:

- 1) Miten vahingonkärsijä saa tai miten tämän on järkevää toimia?
- 2) Miten vahinkotapahtumaa ja sen merkitystä hahmottaa on syytä?

Vahinkojen korvaamisen tavoiteasettelua voidaan yksinkertaistaa radikaalisti. Uudessa vahingonkorvausoikeudellisessa kertomuksessa(ni) esine- ja henkilövahingoissa korvaamisen ensisijainen tavoite on korjaaminen, ei vahinkotapahtuman taloudellisen arvon siirtäminen vahingonkärsijältä vahingonaiheuttajalle. Yksinkertaistus on tietenkin mahdollinen vain osassa vahinkojen kenttää: niissä henkilö- ja esinevahingoissa, joihin voidaan tehokkaasti vaikuttaa fyysisellä manipulaatiolla. Jos fyysinen manipulaatio ei tehoa, yksinkertaistuksessakaan ei ole mieltä. Lopputuloksena on, että vahingonkorvausoikeuden kenttä hajoaa, että se koostuu enemmän tai vähemmän irrallisista lohkoista, joihin pätevät toisistaan poikkeavat lainalaisuudet, rationaliteetit ja tekniikat. Kokonaiskoherenssi(n il-luusio) oikeudenalatasolla häviää.⁷⁸⁶

Suutarin on kuitenkin pysyttävä lestissään.⁷⁸⁷ Kaikkiin vahingonkorvausoikeuden ongelmiin fyysisen palauttamisen ajatus ei voi tuottaa vastausta. Fyy-

⁷⁸⁶ Thomas Wilhelmsson ja Kaarlo Tuori kävivät muutama vuosi sitten keskustelua oikeudenalojen yleisten oppien ja systeemisen koherenttisuuden vaatimuksesta. Wilhelmsson esitti, että suurten kertomusten aika on loppunut: edes yksittäistä oikeudenalaa ei pystytty hallitsemaan yksillä yleisillä opeilla, vaan oikeus välttämättä fragmentoituu. Sama käy yleisille opeille. Koherenssi asettuu uuteen asemaan. Totaalisen koherenssin tavoittelemisen ei eettisen fragmentoitumisen oloissa ole enää mahdollista, ja oikeudenalakohtainen koherenssinkin luominen vaikuttaa haasteelliselta tehtävältä. (Wilhelmsson 2004.) Tuori puolestaan katsoi, että koherenssin oikeudenalakohtaisen tavoittelemisessa oli yhä mieltä. Lainkäytön varmuus ja ennakoitavuus ja oikeusvarmuus edellyttivät koherenssin tavoittelua. Koherenssi oli peräti jopa mahdollista, koska eettinen fragmentaatio ei aseta Wilhelmssonin esittämällä tavalla kyseenalaiseksi sitä, että oikeuden avulla voitaisiin ratkaista johdonmukaisesti yhteiskunnallisia arvokonflikteja. Ks. esim. Tuori 2004; Tuori 2007 s.199–132.

⁷⁸⁷ Ratkaisussa KKO 1991:154 vahingonkärsijä oli vuokrannut liikennevahingossa korvauskelvottomaksi vaurioituneen auton tilalle yhteensä 45 päiväksi vuokra-auton. Vakuutusyhtiö kieltäytyi maksamasta seisontakorvausta koko tältä ajalta. Se väitti, että korvausta tuli maksaa korkeintaan 14 päivältä. Tämän lisäksi vakuutusyhtiö vähensi vielä vuokrauskustannusten määrästä 25 pro-

sisen palauttamisen tavoite on rajattava sinne, minne se kuuluu. Jotta tavoitteenasetanta olisi mielekäs, fyysisen palauttamisen kentän rajat on pystyttävä selvittämään. Voidaan ajatella, että osa rajoista on varsin itsestään selviä. On selvää, että kulunutta aikaa ja kerran menetettyjä mahdollisuuksia ei voida palauttaa eikä tuntemuksiinkaan voida fyysisesti vaikuttaa. *Aikaan ja toimintamahdollisuuksiin* kiinnittyvät odotukset ovat fyysisen palauttamisen ulottumattomissa. Sama koskee tuntemuksia ja kokemuksia. Kipuun ja särkyyn, vihaan tai itsetunnon menettämiseen *inhimillisinä kokemuksina* ei voida vaikuttaa fyysisen manipulaation keinoin.⁷⁸⁸ Aika on korvaamisen suurin haaste. Lähes kaikessa vahinkojen korvaamisessa näyttää olevan kysymys kellojen kääntämisestä taaksepäin. Korvausaiheet ja niiden ominaisuudet asettavat kuitenkin omat vaatimuksensa tavalle, jolla kelloja voidaan kääntää taaksepäin. Fyysisessä palauttamisessa kellot voidaan jonkin yksittäisen esineen suhteen rukata ”oikeaan aikaan”. Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, että käännös olisi täydellinen, kaikkea muuta.

Vahingonkorvausjärjestelmään näyttää olevan sisäänrakennettuna oletus siitä, että markkinat määräävät rahan käyttämisen tavat. Fyysinen palauttaminen on sallittu tavoite vain silloin, kun se on markkinoiden ja hintojen näkökulmasta järkevää. Jos palauttamiskustannusten ja markkinahinnan, siis esineen objekti(ivi) sen arvon, välinen erotus on kovin suuri, objekti(ivi)suus ”voittaa”. Perinteisesti luettuna järkevyyden arvioinnissa puolestaan käytetään hyväksi markkinamekanismin tuottamaa informaatiota kollektiivisista arvostuksista. Markkina-arvo näyttää ulottavan vaikutuksensa suoraan vahingonkorvausoikeuden ytimeen. Se määrittää, mikä on järkevää, mikä perusteltavaa esineen ennallistamista, mikä kohtuutonta vahingonkärsijän intressin ylisuojaamista. Tämä on esittämiäni käsityskantojeni kannalta kiusallinen seikka: eikö arvo juuri konstruoi koko vahinkojen korvaamisen järjestelmän, määritä, milloin markkinahinta tulee sivuuttua, jos se on järkevyyden mitta?

Ajattelutapa on tietenkin mahdollinen ja vieläpä nykyisen vahinkojen korvaamisen perustassa. Ajattelutapa kuitenkin korostaa järjestelmän abstraktiutta turhaan. Yksinkertaiseen asetelmaan lisätään ylimääräinen teoreettinen kerros, joka siirtää huomion normatiivisesta objekti(ivi)seen. Arvon käsitteellä ei ole tarpeen operoida jatkuvasti. Vaikka näyttäisikin siltä, että raha voi tuottaa merkityksiä vain markkinoihin viittaamalla, tätä lähtökohtaa ei ole välttämätöntä omaksua. Markkina-arvo ei ole ensisijainen, vaan pikemminkin toissijainen referenssi. Miksi? Koska lopultakin ratkaisu, käytetäänkö markkina-arvoa korvauksen määrän arvioinnin mittapuuna, tehdään sen perusteella, onko konkreettinen ennallistaminen hyväksyttävää. Jos normisto voidaan pääpiirteissään järjestää muun

senttia. Vähennyksen oli katsottu vastaavan keskimäärin oman auton käyttökustannusten säästöä auton seisona-ajalta.

⁷⁸⁸ Ks. samansuuntaisesti Keuk 1972 s. 206–223; Wilk 1983 s. 158–170; Meder 1989 s. 150–151.

kuin arvon perusteella ja vain poikkeuksellisesti on tarpeen käyttää arvon käsitettä, on syytä kysyä: miksi tehdä niin?

Toinen samaan vyyhteen kiinnittyvä merkittävä seikka on arvon *tosiasiallinen* tehtävä vahingon käsitteellistämässä ja vahinkojen korvaamisen keinoja valittaessa. Viittasin jo edellä siihen, että arvoon viittaavissa argumenteissa kysymys on viime kädessä kohtuullisuus- tai pikemminkin järkevyyssargumentteihin⁷⁸⁹ palautuvasta käyttäytymisen ohjaamisesta. Ratkaisu siitä, korvataanko jonkin tuhoutuneen esineen uudelleenhankinnasta aiheutuneet kustannukset vai kattaa-ko korvaus esineen arvon sijasta sen korjauskustannukset, tehdään oikeudellisilla, oikeusjärjestelmään kiinnittyvillä perusteilla. Arvon asema on tässä arvioinnissa mielenkiintoinen. Se operationalisoituu käsitteenä silloin, kun fyysinen palauttaminen ei ole mielekästä tai asianmukaista. Sillä operoimisen tarkoituksena on velvoittaa vahingonkärsijä toimimaan tarkoituksenmukaisesti, suhtautumaan vahinkotapahtumaan kulloisissakin olosuhteissa mielekkäällä tavalla.

On mielenkiintoista huomata, että vastaava – normatiivisesti arvioidun – järkevyyden teema korostuu myös liikevahinkojen korvaamisessa. Liikevahinkojen osalta vahingonkorvauksen määrän arvioinnissa korostuu se, että vahingonkorvausoikeudelliset säännöt pyrkivät ohjaamaan vahingonkärsijää toimimaan järkevästi ja tarkoituksenmukaisesti. Vahingon rajoittamista koskevat säännöt ovat hyviä esimerkkejä.

Kyse on eräänlaisesta piilofunktiosta, joka jää tavallisesti tunnistamatta, koska arvon ajatellaan muodostavan luonnollisen lähtökohdan ja tästä asemasta ulottavan vahingonkorvausoikeuteen normatiivisia vaatimuksia. Markkinat ottavat normatiivisen arvioinnin paikan. Ne korvaavat sen ja tekevät sen tarpeettomaksi. Arvo itsessään, pelkän olemassa olonsa voimasta määrää, miten vahinkoja korvattaessa tulee toimia. Käsitys näyttää olevan syvään juurtunut ja tiedostamaton. Arvo toimii eräänlaisena käsitteellisenä superargumenttina. Painollaan se perustelee – ilman, että jouduttaisiin siirtymään erilaisten oikeudenmukaisuuspunnintojen tasolle – vaatimuksen siitä, miksi sitä pitää kuunnella, miksi sen mukaisesti pitää toimia ja miksi sen pitää antaa ratkaista kysymys oikeudellisen reaktion rajoista. Arvon justifikatorinen voima näyttää puolestaan liittyvän sen havaittuun objekti(ivi)suuteen. Syntyy mielenkiintoinen päättelyketju: koska arvo on objekti(ivi)sta ja koska vahinkojen korvaaminen on perusluonteeltaan objekti(ivi)sta, arvolle rakentuva korvaaminen on objekti(ivi)sta. Ja koska korvaaminen on objekti(ivi)sta, sitä ei tarvitse oikeuttaa eikä sen järkevyyttä saa kyseenalaistaa.

⁷⁸⁹ Anglosaksinen terminologia on tässä suhteessa kuvaavaa. Suomalainen kohtuus rinnastunee sikäläisessä järjestelmässä lähinnä *fairness*-ideaan. Arvolla operoitaessa käytettävä *reasonable*-termi näyttää kohtuuden sijaan viittaavan pääasiassa ideoihin järkevyydestä tai mielekkyydestä.

Onko ehdottamastani uudelleenjärjestämisestä jotakin hyötyä? Nähdäkseni on. Korvauskäytännöt voidaan ensinnäkin selittää entistä paremmin. Asettamalla suora ja välitön fyysinen palauttaminen – ilman taloudellisen arvon välitystä – yhdeksi vahingonkorvausoikeuden tavoitteista, normisto ja sen yksityiskohdat aukenevat ja selittyvät aiempaa yksinkertaisemmalla ja johdonmukaisemmalla tavalla. Entistä vähäisempi kysymysten joukko hahmottuu teoreettisista syistä anomaaliseksi.

Näyttää myös ilmeiseltä, että raha on erilaatuinen väline kuin olemme kuvitelleet. Fyysisessä palauttamisessa on *rahan teknologioiden näkökulmasta* erityistä se, että rahaa käytetään välittömästi, ilman taloudellisen arvon välitystä. Rahan käyttäminen ei viittaa rahaan itseensä: tavoitteena on välitön fyysisen maailman muovaaminen. Esineet pyritään palauttamaan vahinkotapahtumaa edeltävään olotilaansa, kehot parantamaan. Tässä suhteessa raha näyttäytyy yksinkertaisimmassa mahdollisessa merkityksessään. Teknologinen sommitelma on yksioikoinen: rahalla vaikutetaan suoraan ja välittömästi fyysisen maailman kappaleisiin. Työtä, tietoa ja esineitä ostetaan. Raha on *vain väline*. Raha on tekemistä. Sen käyttäminen rinnastuu mihin tahansa hankkimisen tapaan.

Tärkeää on huomata, että fyysisessä ennallistamisessa *raha ei tosiasiassa ohjaa korvausharkintaa*, kuten se teki taloudellisen arvon välityksellä (h)aavekuvassa. Raha rinnastuu raaka-aineisiin, tietoon, taitoon tai työhön. Se on manipuloitavaa materiaalia, joka taipuu oikeudellisiin tarkoituksiin. Rahalla ostetaan, mutta muuta se ei vahingonkorvausoikeudelliselle vaikuttamiselle merkitse. Raha ei tuo mukanaan välttämätöntä arvon kerrosta. Se ei käännä keskustelua toiselle tasolle. Se ei välitä korvaamisen ongelmaa rahan käyttämisen teknologiseksi ongelmaksi arvon viitekehyksessä. Korvaaminen on fyysistä palauttamista eli rahan käyttämistä rahan ulkopuolelta määrittyvän tavoitteen saavuttamiseksi. Se ei ole fyysisen ennallistamisen tavoittelemista niissä rajoissa, joita rahaan liittyvät käsitykset sille ominaisista käytöistä luovat. Voin taas lainata Matajaa:

”Bei unserer ersten Gruppe von Fällen sind nun das entzogene Gut und die Ersatzsumme keine Äquivalente in dem Sinne, dass es für den Gläubiger vollkommen gleichgültig ist, ob er diese oder jenes besitzt. Wir bestimmen die Ersatzsumme danach, was der Gläubiger braucht, um sich das Entzogene neu zu verschaffen; gerade diese Annahme des Tausches schließt die Annahme einer Wertäquivalentz in obigem Sinne aus. Die Funktion des Geldes ist hierbei nur die, *Vermittler des Naturalersatzes* zu sein, und wenn von einer Gleichheit des Wertes die Rede ist, so kann sich diese nur auf den Wert des entzogenen und den Wert des mit Hilfe der Ersatzsumme wieder angeschafften Gutes beziehen, was allerdings sehr einleuchtend ist.”⁷⁹⁰

⁷⁹⁰ Mataja 1888 s. 170, korostus alkuperäisessä.

Kaiken lisäksi sommitelma on nähdäkseni eettisesti kestäväällä pohjalla. Arvolle perustuva vahingonkorvausoikeudellinen todellisuus on eettisesti ja esteettisesti lopulta kovin paperinen. Siinä maailma hahmottuu kirjanpitäjän näkökulmasta, hajuttomaksi, mauttomaksi, paperiseksi ja ylen määrin rationaaliseksi. Esineet ja ihmiset ovat vain numeroita. Ne ovat merkkejä paperilla, olkoonkin, että ne las-ketaan hyvin tarkkaan.

Nyt esittämäni käsitteellistämistapa tuottaa mielestäni järkevämmän ympäris-tön vahingonkorvauksen arvioimiselle kuin vanha järjestelmä. Kaikkea inhimil-listä toimintaa, kaikkia ihmisiä, kaikkia fyysisiä kappaleita ja kaikkia toimin-taympäristöjä ei tarvitse kääntää taloudellisen arvon kielelle. Kaikkea ei tarvitse – ainakaan vain rahan takia – hahmottaa sen taloudellisen arvon kautta. Porvaril-lisen yhteiskunnan sijasta voimme elää omaa arkikokemustamme paremmin vastaavassa maailmassa. Ennallistamiselle perustuva vahinkojen korvaaminen vastaakin paremmin kokemustamme arkitodellisuudesta. Me elämme fyysisessä maailmassa, joka koostuu fyysisistä kappaleista. Meillä on keho, joka voi vahin-goittua. Me omistamme esineitä, jotka voivat vahingoittua. On vaikea ymmärtää, mikseivät oikeudelliset maailman rakentamisen lähtökohdat – siellä, missä täl-lainen hahmottaminen on paikallaan ja mahdollista – voisi olla yhteneväisiä ar-kiymmärryksen kanssa.⁷⁹¹

Onko ja voiko tällaisella perustelulla olla merkitystä? Voiko oikeudellista kan-nanottoa perustella sillä, että se perustuu eettisesti miellyttävämmälle käsityksel-le todellisuudesta? Väitän, että voi. Tosiasia on, että oikeus tuottaa aina ympäril-leen todellisuuksia. Näitä todellisuuksia koskevat oikeudelliset kertomukset viestittävät yksilöille, miten oikeudessa heitä, heidän välisiään suhteita ja sitä ympäristöä, jossa he elävät ja toimivat, jäsennetään. Oikeudellinen viesti on va-kavasti otettava kertomus maailmasta. Se on aito versio todellisuudesta, jota ei tarvitse häpeillä. Oikeutta, sen hyvyttä, toimivuutta ja soveliaisuutta, voidaan arvioida myös sen tuottamien todellisuuksien perusteella.

⁷⁹¹ Vrt. esim. Ripstein 2007 s. 1996–1997.

6. LUKU

Laskennallinen korvaaminen

Tässä luvussa käsittelen joitakin niistä vahinkotapahtumien seurauksista, joista ei saada otetta fyysiseen ennallistamiseen tähtäävillä keinoilla. Luvun polttopisteessä on menetetyt ajan ja mahdollisuuksien korvaaminen. Pyrin vastaamaan kysymykseen, minkälaisia menetelmiä ja keinoja vahingonkorvausoikeudessa käytetään, kun vahinkotapahtuman seurauksena vahingonkärsijä menettää mahdollisuuden, että jokin tapahtumakulku olisi toteutunut.

Useimmiten kyse on liikevahingosta. Vahingonkärsijän liiketoiminta keskeytyy tai häiriintyy vahinkotapahtuman eli deliktivastuuseen perustuvan tapahtumakulun tai sopimusvelallisen suoritushäiriön seurauksena. Tehdas seisoo, tavaraa ei ole myytäväksi, suunnitelma, jonka toteuttamisesta piti seurata, että vahingonkärsijästä olisi tullut seuraava Google, menee mönkään.

Liikevahinkoa korvattaessa vahingonkärsijä asetetaan yrityksen sisäisen laskentainformaation valossa siihen asemaan, jossa tämä olisi ollut, jos vahinkoa ei olisi tapahtunut. Laskentainformaatio jättää kuitenkin katvealueita, joista merkittävin on kulutus. Jotta korvaaminen olisi mahdollista, täytyy tietää, mitä olisi tapahtunut. Liiketoiminnan laskennallinen tulos täytyy simuloida. Tätä varten tarvitaan malli liiketoiminnasta. Mallin rakentaminen edellyttää, että tiedetään, mikä yrityksen ansaintalogiikka oli. Empiirisesti väritynyt ennakoitavuusarviointi korvaantuu toimintaympäristöä muokkavalla hyväksyttävän ja mielekkään ansaintalogiikan etsimisellä. Simuloimissa välttämättömien oletusten myötä lopputulokseen kerrotaan epävarmuutta, jonka oikeudellinen hallinta on vaikeaa. Liikevahingonkin korvaaminen avautuu perifeerisissä vaikeissa tapauksissa epävarmuuden ja liiketoiminnan muutoksen painosta kohti symbolista vaikuttamista.

1 AJAN JA MENETETTYJEN MAHDOLLISUUKSIEN KORVAAMINEN

(H)aavekuvassa maailma oli yksinkertainen. Sitä voitiin hallita yksinkertaisilla kielellisillä standardeilla ja testeillä. Se voitiin loihtia esiin siitäkin huolimatta, että sitä ei koskaan olisi ollut olemassa. Kokonaisen fiktiivisen maailmaan luomisessa ei ollut ongelmia: se teki itsensä tunnettavaksi vastustelematta ja piirtyi niskoittelematta kartalle. Arviointi kiinnittyi itsestään selvästi luonnollisiin prosesseihin. Tuomari saattoi 1800-luvun lopussa ja 1900-luvun alussa käsitteellistää maailman rajat intuitiivisesti, ongelmitta ja varmasti. Syy-seuraussuhteita koskevat kannanotot olivat pääasiassa varmalla pohjalla. Maailma avautui välittömästi ja selkeänä tuomarin edessä. Esimerkiksi tapauksessa *Hadley v. Baxendale*⁷⁹² todettiin, että vahinko tuli korvata, jos se oli sellainen, että sen voitiin ”fairly and reasonably be considered as [...] arising naturally, i.e. according to the usual course of things, from such breach of contract itself”. Pohjoismaissa Stang omaksui pitkälti vastaavan määritelmän. Ennakoitava vahinko, ne vahinkoseuraukset, jotka huolellinen henkilö olisi ottanut laskelmissaan huomioon, olivat korvattavaa vahinkoa.⁷⁹³ Tällaisen kuvan kirjallisuudesta ainakin saa, oli se sitten todellinen tai ei. Todennäköisten tapahtumakulkujen rakentamiseen liittyviä ongelmia ei pohdita. Ne suorastaan loistavat poissaolollaan.⁷⁹⁴ Pitkän aikaa ajateltiin, että ajan ja menetettyjen mahdollisuuksien suureen haasteeseen oli differenssiopin myötä kehitetty toimiva vastaus. Differenssioppi tarjosi mahdollisuuden ajan haltuun ottamiseen, sen manipuloimiseen.

Ajattelutapa näyttää olevan tätä nykyä erittäin ongelmallinen, käytännössä mahdoton. Käsitys luonnollisista, yksityiskohdiltaan ennakoitavista taloudellisista prosesseista on auttamatta anakronistinen. Taloudellisen toiminnan tavat ovat vain vaikeuksin vakioitavissa. Taloudellinen toiminta on monimutkaistanut, verkottunut, teknistynyt, muuttunut yhteistoiminnalliseksi pitkäkestoiseksi projektiksi, jolla ei ole selväpiirteistä elinkaarta. Jokaiseen taloudellista toimintaa koskevaan odotukseen kerrostuu epävarmuutta. Vahingonkorvausoikeus ei ole

⁷⁹² (1854) 9 ExCh 341.

⁷⁹³ Stang 1927 s. 79–82. On mahdotonta selvittää, puhuiiko Stang ainoastaan deliktivastuusta, kun hän luonnehti, että kaikki normaalin henkilön ennakoitavissa oleva vahinko tulee korvata. *Hadley v. Baxendale* toki koski vain sopimussuhteessa aiheutettua vahinkoa. Vastaava testi on käytössä ns. *Wagon Mound* -tapauksen (*Overseas Tankship (U.K.) Ltd v. Miller Steamship Co. Pty (The Wagon Mound No. 2)*, [1967] 2 A.C. 617) jälkeen myös Englannissa. Ks. esim. Allen – Hartshorne – Martin 2000 s. 82; Burrows 2004 s. 77–83.

⁷⁹⁴ Hyvä esimerkki tavanomaisen ilmeisyydestä on Suomessa 1970-luvulla Lars Erik Taxellin kannattama oppi ns. normaalikorvauksesta. Taxellin mukaan sopimusvastuussa vahingon määrä voitiin helposti määrätä, jos se laskettiin sopimusrikkomuksen normaalien seurausten perusteella. Ks. Taxell 1972 s. 365–369.

kuitenkaan muuttunut vastaavassa määrin. Uusia ongelmia pyritään hallitsemaan vanhoin keinoin. Vaikka differenssioppiin suhtaudutaankin pääasiassa jo epäilevästi ja ennakoitavuusarviointi on huomattavasti hienosyistynyt⁷⁹⁵, ajattelutavan rakenteelliset lähtökohdat ovat pysyneet muuttumattomina. Täysi korvaus, taloudellisten arvojen vertailu ja *Alles-oder-Nichts*-maksimi ovat edelleen keskeisiä vahinkojen korvaamisen periaatteita.

Edellä pyrin väittämään, että esine- ja henkilövahingoissa ennallistamistavoite voi saada puhtaan fyysisen muodon: rahaa voidaan käyttää fyysisen todellisuuden palauttamiseen. Viittasin myös siihen, että fyysinen palauttaminen lopulta aina jossakin suhteessa epäonnistuu. Sillä on katvealueita.

Menetetyn ajan korvaaminen on fyysisen ennallistamisen katvealuetta. Se tarvitsee viitekehyksen. Taloudellinen arvo ja differenssioppi on hylättävä. Jos arvosta voitiin siirtyä yksittäisiin kappaleisiin, esineisiin ja kehoihin, ilman että mitään olennaista menetetään, vastaava käänнос voitaneen tehdä myös muissa vahingonkorvausoikeuden säännöissä, jopa silloin kun kysymys on liiketoiminnan hahmottamisesta. Liikevahingon korvaamisen voi järjestää muunkin kuin differenssiopin ja taloudellisen arvon varaan.

Liikevahingon korvaamisessa *arvokytkeäisellä* differenssiopilla on valtaisa painolasti niskassaan. Vaikka näyttäisikin siltä, että juuri arvon korvaaminen voi muuntaa vahingonkorvauksen yrityksen menettämän taloudellisen ”arvon” korvaamiseksi⁷⁹⁶, joudumme vaikeuksiin. Taloudellisen arvon käsite on tavattoman monimerkityksinen, kuten jo (h)aavekuvaa käsitellessäni pyrin osoittamaan. Se on liiketoiminnan arvioinnissa tavanomaisesti käytetty metafora, joka on liitetty mitä moninaisimpiin konteksteihin ja jota käytetään lukuisissa eri tarkoituksissa. Yrityksillä on monta erilaista ”arvoa”, jotka kaikki voidaan laskea. Niillä voi olla substanssiarvoa, goodwill-arvoa, markkina-arvoa tai odotusarvoa. Arvon määritysmenetelmiä on lukuisia. Kaikkien taustalla on omat arviointimenetelmänsä ja arviointimenetelmien taustalla kokonaisia ontologioita, selostuksia ja kertomuksia yritystoiminnasta. Arvon metafora ei entiseen tapaan järjestä, se sekoittaa.⁷⁹⁷

Jos puhumme taloudellisesta arvosta ja unohdamme sen arvokäsitteen vahingonkorvausoikeudellisen genealogian, jota pyrin väitöskirjan ensimmäisessä osassa hahmottelemaan, on mahdollista esittää, että vahingonkorvaus tulisi tuomita esimerkiksi *yrityksen arvon* muutoksen suuruisena. Arvolla tarkoitettaisiin yrityksen osakekannan arvoa, ja jos yhtiö on julkisen kaupankäynnin

⁷⁹⁵ Ks. esim. Hemmo 1994 s. 72–82; Nygaard 2000 s. 67–68; Andersen 2002 s. 388–391; Hemmo 2003 s. 255–265; Hemmo 2005b s. 144–149; Hellner – Radetzki 2006 s. 355–357; Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006 s. 367–369.

⁷⁹⁶ Ks. Hager 1998 s. 193–207.

⁷⁹⁷ Ks. arvosta ja sen tuomista ongelmista sopimusvahingon korvaamisessa Barnes 1996.

kohde, sen pörssiarvoa. Vahinkotapahtumaa tarkasteltaisiin markkinoiden ”silmin”: vahinko laskettaisiin kysymällä, kuinka paljon vähemmän yrityksen osakkeesta oltaisiin valmiita maksamaan, kun sen tulevaisuus muuttui.

Arviointitavalla on selkeitä ongelmia. Siinä sekoitetaan toisiinsa yrityksen omistajien ja yrityksen itsensä näkökulma. Yrityksen arvon aleneminen kuvastaa yrityksen omistajien menetystä ja vahinkoa. Yrityksen näkökulmasta vahinkotapahtuman seuraukset ovat kuitenkin välittömät. Vahinkotapahtumasta seuraa yrityksen eli vahingonkärsijän kannalta vain, että siltä jää saamatta tuloja tai sen menot lisääntyvät. Arvolla operoitaessa yrityksen menetykset voidaan havaita vain, jos niillä on merkitystä yrityksen arvoon markkinoilla. Useimmilla vahinkotapahtumilla ei kuitenkaan ole mitään merkitystä yrityksen pörssikurssiin. Ne ovat vain taustakohinaa, joka ei koskaan manifestoidu yrityksen pörssikurssin muutoksena.

Ajattelutapa on käytännössä mahdollinen vain silloin, kun oletetaan, että arvopaperimarkkinoiden teorian edellyttämät täydelliset markkinat ovat tosi-asiassa olemassa ja yrityksen markkina-aseman kannalta relevantti informaatio päättyy aina välittömästi ja täydellisenä markkinatoimijoille. Niin ikään täytyy olettaa, että markkinat tuottaisivat täydellisen informaation perusteella oikean ja hienojakoisen käsityksen yrityksen arvosta tulevaisuudessa. Todellisuus on kuitenkin toinen. Pienistä ja vähämerkityksisistä vahinkotapahtumista ei hevin laadita pörssitiedotteita ja siksi niitä ei diskontata rahoitusmarkkinoilla. Erottelukyky ei riitä.⁷⁹⁸

Differenssiopista on välttämätöntä irtautua, koska sille ominainen kielenkäyttö ei tarjoa järkevää tapaa käsitteellistää hypoteettisen tapahtumakulun luomisprosessia. Differenssiopissa liiketoimintaprosessit ovat luonnollisia ja itsestään selviä. Tuomarin tehtävänä on artikuloida normaali ja tavanomainen liiketoimintaprosessi, jonka jälkeen hän voikin kertoa, mikä olisi ollut hypoteettinen tapahtumakulku. Liikevahingon todistelussa luodaan malleja, joita pyritään soveltamaan todellisuudessa. Tämän seikan huomioonottaminen edellyttää kielenkäytön muutosta, koska hypoteettinen tapahtumakulku ja differenssioppi eivät tuo tällaista mielikuvaa vahingonkorvauksen arviointiin.

Jakson tärkein tavoite on muokata liikevahingon eli liiketoiminnan häiriintymisestä aiheutuvien vahinkojen korvaamisen kielenkäyttöä niin, että korvaaminen kytkeytyy selkeästi liiketalouteen ja tälle sosiaaliselle ympäristölle ominaistiin rahan käyttämisen ja käsitteellistämisen tapoihin. Uusi viitekehys vahingolle on yrityksen laskentainformaation perusteella hahmotettu liiketoiminnan tulos. Liikevahinkokorvauksen määrä puolestaan lasketaan simuloimalla tunnistettuja ja rekonstruoituja todellisuuden liiketaloudellisia prosesseja ja pyrkimällä siirtämään vahingonkärsijä vahingonkorvauksen avulla siihen kirjanpidollisessa, las-

⁷⁹⁸ Muista yrityksen ”arvon” käyttämiseen liittyvistä ongelmista ks. esim. Plummer – McGowin 1993.

kentainformaation viitekehyksessä määriteltyn tilaan, jossa hän olisi ollut, jos vahinkotapahtumaa ei olisi koskaan sattunut.

Esittämäni käännös edellyttää sen hyväksymistä, että vahinkojen korvaamisen teknologiat ovat paikallisia ja omien edellytyksiensä vankeja. Ne ovat sen sosiaalisen maailman jälkeläisiä, josta ne ovat peräisin. Vahinkojen korvaamisen teoreettisen rakennelman järjestämisessä täytyy ottaa huomioon se toiminta, johon säännöillä pyritään puuttumaan ja vaikuttamaan. Liikevahingon korvaamisen osalta tämä johtaa siihen, että joudumme hyväksymään, että käytettävät tekniikat ovat alisteisia liiketaloudelliselle logiikalle, käsitteistölle ja puhetavoille. Jos liikevoiton korvaamisessa halutaan onnistua, on vahingon määrän laske-
misen tekniikkojen oltava linjassa itse toiminnalle tunnusomaisten lähtökohtien kanssa – toki tarvittava kriittinen etäisyys säilyttään. Tekniikat onsytyä muotoilla niin, että ne perustuvat liiketaloudellisille menetelmille, liiketaloudellisen toiminnan lopputulosten simuloimiselle ja liiketaloudelliselle ennallistamiskäsitykselle, eivät yhden ja yhtenäisen, kaikkia korvaamisen tapoja yhdistävän muuttujan, taloudellisen arvon, suhteen toimimiselle kuten differenssiopin perinteisessä tulkinnassa.

En rajaa käsittelyä joko sopimus- tai deliktiperusteiseen vastuuseen. Tämä johtuu siitä, että nyt käsiteltävät tekniikat ovat lopulta hyvin samanlaisia niin sopimus- kuin deliktivastuussakin. Tilanne on kirjallisuudessa tältä osin epäselvä.

Deliktiperusteella tuomittava vahingonkorvaus erotetaan useimmiten tiukasti sopimusperusteisesta vahingonkorvauksesta. Erotteluun on sisäänrakennettu oletus siitä, että vahingonkorvauksen laskemisen tavat vaihtelevat merkittävästi vastuuperusteittain. Sopimusvastuussa peruseriaatteena sanotaan olevan positiivisen sopimusedun korvaaminen. Deliktiperusteisessa vahingonkorvauksessa vastaavaa tavoitetta ei ole. Sen katsotaan järjestyvän pikemminkin restitUTION varaan.⁷⁹⁹ Tällainen vastakkainasettelu vaikuttaa osin keinotekoiselta. Vahinkojen korvaamisen *tekniikkojen* tasolla erot ovat vähäisiä. Kummassakin vastuuperusteessa tavoitellaan täyttä korvausta ja korvattaviksi tulevat myös odotusperustaiset positiot. Ja kuten jäljempänä osoitan, liikevahingon korvaaminen perustuu aina liiketoiminnan tuloksen simuloimiselle, oli vahinko sitten seurausta sopimusrikkomuksesta, vahingonkorvauslain tarkoittamasta tuottamuksellisesta menettelystä tai esimerkiksi kilpailunrajoituslain 18a §:n rikkomisesta.

Silti vahinkojen korvaamisen tavoissa havaittu ero on todellinen. Se syntyy kuitenkin vasta eri kanteessa tyypillisiä tosiasioita ja prosessuaalisia asetelmia koskevien oletusten seurauksena. Suurin osa deliktiperusteisista kanteista ei nimittäin koske liikevahinkoa, vaan yksinkertaisempia asetelmia, joissa kanta-
jan tavoitteena on vahinkotapahtumaa edeltäneen fyysinen kappaleiden tilan

⁷⁹⁹ Ks. esim. Cane 1997 s. 66–95; Stapleton 1997; Hemmo 1998 s. 150–151, tosin edellä ja jäljempänä kanta ehdollistaen.

ennallistaminen. Jo vakiintuneiden varallisuuspositioiden suojaaminen vaikuttaa deliktivastuussa ensisijaiselta, kuten Hemmokin huomauttaa, käytännöllisistä syistä johtuen.⁸⁰⁰ Oma vaikutuksensa on tietysti myös sillä materiaalisuoikeudellisella seikalla, että deliktivastuussa puhtaan varallisuusvahingon korvaaminen edellyttää sitä, että vahinko on aiheutettu rangaistavaksi säädettyllä tavalla, julkista valtaa käytettäessä tai korvaamiseen on muutoin erityisen painavia syitä.

Puhetavan liiketaloudellistaminen tuo esille myös menetetyn ajan ja mahdollisuuksien korvaamisen varjopuolen. Kukin vahinkoon vaikuttamisen tapa on aina – niin kuin kaikki muutkin vahinkoihin vaikuttamisen tavat – omien edellytystensä vanki. Se voi toimia korvaamisen tekniikkana vain siellä, missä siinä käytettävä teknologinen sommitelma on legitiimi ja käyttökelpoinen. Kun taloudellisen arvon lähtökohdasta luovutaan, yleismatematiikkaa ei koskaan synny. Yhtenäisestä vahinkokäsityksestä kuroutuu irti saarekkeitä, joissa liiketaloudellinen arviointi ei toimi tyydyttävällä tavalla. Jos hahmotettava toiminta ei ole liiketaloudellista, laskentainformaation varaan rakennettu korvaaminen epäonnistuu.

Lähtökohtana on juuri liikevahingon laskentamenetelmien hallittu liiketaloudellistaminen ja yhteyden luominen laskentatoimeen. Määrittelen liikevahingon korvaamisen kiintopisteeksi yrityksen sisäisen laskentatoimen menetelmillä tuotetun laskentainformaation. Kun liikevahinkoa korvataan, manipulointi saattaa tapahtua vain laskentainformaation määrittelemässä neksuksessa. Luvun kolmas jakso pyrkii valottamaan niitä katvealueita, joita laskentainformaatio jättää jälkeensä. Pohdin, mihin asti laskentainformaation varaan rakentuville tekniikoille perustuva vaikuttaminen voi ulottua. Mietin myös, mitä tehdään, kun laskentainformaation avulla ei enää saada otetta vahinkotapahtuman seurauksista. Keskiösä on tällöin käyttöhyödyn menetys.

Luvun neljännessä jaksossa siirryn pohtimaan liikevahingon korvaamisen perinteisiä lähtökohtia, differenssioppia ja hypoteettisen tapahtumakulun rakentamista. Ensimmäinen tarkastelun kohde on ennakoitavuusrajoitus, jonka avulla sopimusvahingonkorvauksessa pyritään rajoittamaan vahingonkorvauksen ulottuvuutta. Pyrin jaksossa selvittämään, mistä ennakoitavuudessa on kyse ja miten ennakoitavuutta arvioidaan. Seuraavassa, luvun viidennessä jaksossa käänän ennakoitavuusrajoitukselle ominaisen kysymyksenasettelun ympäri. Kun ennakoitavuusrajoituksessa on tavattu hakea normaalin liiketoiminnan rajoja, ei-korvattavia vahinkoseurauksia, mielenkiintoni kohdistuu normaaliin. Kysyn, min-käläinen liiketoimintakäsitys kuvastuu ennakoitavina pidetyissä liikevahingoissa. Luvun jaksot 6–8 kuvaavat vahingonkorvausoikeudessa tunnistettavia ansaintalogiikkoja, niitä liiketoimintamalleja, joita pidetään ennakoitavina.

⁸⁰⁰ Ks. Friedman 1995 s. 639 ja 642; Hemmo 1998 s. 150.

Pyrin myös perustelemaan, miksi uusi tapa hahmottaa on tarpeellinen. Väitän, että talouden peruslogiikka on muuttumassa ja osin jo muuttunut. Uusi talous on siinä määrin monimutkaista, heterogeenistä ja verkottunutta, että perinteinen ennakoitavuusrajoitus ei voi tarjota riittävän erottelukykystä välinettä erottelemaan, mitkä vahingon seurauksista tulee korvata ja mitkä ei. Talouden muutos on johtanut siihen, että vahingonkorvausoikeudellinen perustyökalupakki on auttamattomasti vanhentunut ja vahingonkorvausoikeuden liiketoimintakuvaa on välttämätöntä päivittää.

Vasta jaksossa 10 siirryn hahmottelemaan itse liikevahinkojen korvaamisen uutta paradigmaa. Tärkein väitteeni on, että liikevahinkojen korvaaminen edellyttää, että sovellamme jotakin liiketoimintamallia, käsitystä liiketoiminnasta, joka mahdollistaa liiketoiminnan tuottamien kassavirtojen rekonstruoinnin. Vastaus entiseen hypoteettisen tapahtumakulun luomisen ongelmaan löytyy *ansaintalogiikan* käsitteestä. Ansaintalogiikan käsitteeseen voidaan tiivistää se malli, jolla yritys pyrkii tuottamaan ja vangitsemaan lisäarvoa. Ennakoitavuuteen verrattuna ansaintalogiikka on joustavampi. Samalla alalla toimivilla yrityksillä voi olla erilaisia ansaintalogiikkoja ja yhden ja yksittäisen yrityksenkin ansaintalogiikka voi ajan kuluessa muuttua.

Tilanne ei ole kuitenkaan niin yksinkertainen kuin edellä esitetyn perusteella voitaisiin olettaa. On ehkä paradoksaalista, että käytän simulointiparadigman luonnostelemiseen paljon tilaa ja aikaa, mutta väitän lopulta, että simuloiminen on mahdotonta, että se kaatuu omiin sisäisiin ongelmiinsa ja ristiriitaisuuksiinsa. Pyrinkin tutkimuksen tämän luvun viimeisissä jaksoissa osoittamaan, että simulointiin kerrostuu epävarmuutta, jotka lopulta johtavat simuloimisellekin perustuvan paradigman hajoamiseen. Edes liiketaloudellisille ja kirjanpidollisille tekniikoille perustuvilla arviointimenetelmillä ei lopulta voida tuottaa korvaamiselle tukevaa, luonnollisiin prosesseihin tyhjentävää pohjaa, jolla voitaisiin tuottaa lopputulos, jossa oikeudellista harkintaa ei tarvittaisi. Monimutkaisissa todellisuusmalleissa simulointi kerrostaa toinen toisensa päälle mahdollisia hypoteettisia tapahtumakulkuja, joiden välillä ei voida tehdä ei-normatiivista valintaa. Eri tapahtumakulut toteutuvat hypoteettisessa maailmassa eli ratkaisijan mielikuvituksessa eri todennäköisyyksillä. Varmuutta siitä, mitä olisi tapahtunut, ei koskaan voida saada. Tämä johtaa kahteen suuntaan: Väitän, että eri todennäköisyyksien välillä ei voida tehdä neutraaleja valintoja. Kun päätetään, kuinka täydellistä näyttöä vahingonkorvauksen tuomitseminen edellyttää, kysymys ei ole vain todistusoikeudellisista valinnoista, vaan koko vahingonkorvausoikeuden järjestelmään vaikuttavista aineellisoikeudellisista kiistakysymyksistä. Väitän, että normatiivisia valintoja joudutaan tekemään myös, kun määrää koskevaan näyttöön kerrostuvaa epävarmuutta käsitellään. Jätetäänkö vahinko, josta sinällään voi olla kiistaton näyttö, kokonaan korvaamatta, jos sen määrästä on epävarmuutta?

Lopputulos on hälyttävä. Käännöksen myötä liikevahingon korvaamiselta häviää ainakin osassa tapauksia objekti(ivi)nen, luonnollisille prosesseille ja niiden lopputuloksille rakentuva perusta. Jo liiketoiminnan mallintaminen voi kerrosta niin paljon epävarmuutta vahingonkorvauksen määrää koskevaan ratkaisuun, että objekti(ivi)isuus häviää. Simuloiminen ja siinä välttämättömät todellisuutta koskevat oletukset eivät ainakaan vähennä epävarmuutta.

2 KIRJANPITO, LASKENTAINFORMAATIO JA VAHINKO

Max Weber väitti viime vuosisadan alussa, että kahdenkertainen kirjanpito oli formaalisesti rationaalisen⁸⁰¹ kapitalistisen taloudellisen toiminnan välttämätön edellytys.⁸⁰² Weber tarkoitti pääomakirjanpidolla toimintaa, joka mahdollistaa yrityksen liiketoiminnan voittomahdollisuuksien arvioimista *ex ante* ja toteutuneen voiton todentamista *ex post*. Kapitalistille pääomakirjanpito mahdollistaa vaihtoehtoisten investointien tuottavuusasteen etukäteisen vertailun. Jälkikäteen se kertoo, kuinka paljon toimintaan sidottu pääoma tuotti. Tulkinta pääomakirjanpidon merkityksestä ulottui laajalle, jopa rationaalisuusmuotoihin. Weberin mukaan laskettavuus, numeerinen hallittavuus, oli ylipäätään muodollisesti rationaalisen taloudellisen toiminnan tuntomerkki.⁸⁰³

Weberinkin korostama kahdenkertainen kirjanpito perusti (h)aavekuvassa vahinkojen korvaamisen mahdollisuuden. Vahinkojen korvaamisen perusidea on pohjimmiltaan hyvin yksinkertainen ja kahdenkertaisen kirjanpidon tekniikoiden jatketta. Vahinkoja korvattaessa hyödynnetään kahdenkertaisen kirjanpidon teknologiaa. Vahinkojen korvaamisen perustilanne, differenssiopin soveltaminen, perustuu aivan kuten kirjanpitokin kahden varallisuustilan vertaamiselle ja niiden välisen erotuksen laskemiselle.

Kirjanpidossa voittoa on se määrä, jolla yrityksen saamat tulot jollakin laskentakaudella ylittävät sen rahamäärän, joita tuon tulon hankkimiseen on käytetty. Vastaavasti tappiota syntyy, jos laskentakauden tulojen hankintaan tarvittavat tarpeelliset menot ylittävät tulot.⁸⁰⁴ Tilikauden päättyessä tehtävässä tilinpäätök-

⁸⁰¹ Weber erotti toisistaan muodollisesti ja aineellisesti rationaalisen toiminnan. Aineellisesti rationaalinen taloudellinen toiminta edellytti toiminnan sovittamista yhteen yhteiskunnallisten arvojen kanssa. Ks. Weber 1978 s. 85–86.

⁸⁰² Ks. Weber 1978 s. 91–92.

⁸⁰³ Ks. esim. Mähönen 2003, jossa Mähönen pohdiskelee, onko laskettavuisuus edelleen kauppaolkeuden tunnusmerkki.

⁸⁰⁴ Tällä tavalla voiton ja tappion käsitteet määritellään kirjanpitolain (1336/1997) 5 luvun 1 §:ssä. Ks. Leppiniemi – Leppiniemi 2007 jakso 11. Tilinpäätöksessä yrityksen voitto tai tappio näytty-

sessä tuloslaskelmassa yksittäisistä transaktioista abstrahoidaan koko tilikauden toimintaa kuvaava yritystason laskelma.⁸⁰⁵ Jos alkutilanne oletetaan pois, yrityksen arvo on yhtä kuin sen varallisuus tilikauden päättyessä. Vaikka edelliset tilikaudet otettaisiinkin huomioon, perusasetelma ei muutu. Voitto vain kumuloituu yrityksen arvoon sen hallussa olevan varallisuuden lisääntyessä, jos voittoja ei ole jaettu osakkaille. Vaikka voitto lasketaankin yleensä vain tilikauden päättyessä, periaatteessa jokaisen liiketoimen osalta voidaan vastaavalla tavalla laskea voiton määrä. Voittoa saadaan yksittäistapauksessa, jos jonkin tavaran tai oikeuden myymisestä saatavat tulot ovat sen hankkimiseen tai valmistamiseen käytettyjä välttämättömiä menoja suuremmat.

Kyse on tietenkin vain yksinkertaisista esimerkeistä, joilla voidaan mallintaa vain hyvin yksinkertaista taloudellista toimintaa. Toinen merkittävä ero tulee siitä, että kirjanpito ja kassavirta-analyysi tulee pitää erillään siinä mielessä, että kirjanpito ei ole vain rahan liikkeen vaan liiketapahtumien kuvaamista ja kirjaamista. Kirjanpidolliset merkinnät eivät kuvaa rahan liikkeitä, vaan liiketapahtumia, joihin liittyy rahamääräinen suoritus. Tämä merkitsee yhtä aikaa sekä sitä, että liiketapahtuma voidaan tietyissä tapauksissa kirjata ja tulouttaa kirjanpitoon jo ennen kuin rahan liike materialisoituu⁸⁰⁶, että sitä, että menon tulosvaikutteisuus myöhentyy sen todellisesta suoritushetkestä.⁸⁰⁷

Differenssiopin taustalla vaikuttavat tekniikat perustuvat juuri tällaisille, yksinkertaisille, kehittymättömille kirjanpidollisille ideoille. Differenssioppi on menojen ja tulojen vertaamiselle perustuvan yksinkertaisen kirjanpitotekniikan niin ikään yksinkertainen ja suorastaan raaka sovellutus. Differenssioppi toistaa yksinkertaisen kirjanpidon voiton laskemisen perusideaa, ei sen kummallisempaa, monimutkaisempaa tai hienompaa.⁸⁰⁸ Pieni ero on siinä, että jos kirjanpidossa voitto on tilikauden kaikkien tulojen ja menojen erotus, differenssiopissa vahinko on hypoteettisessa mutta oikeassa tilassa vahingonkärsijän hallussa olleen omaisuuden ja todellisuudessa tämän hallussa vahinkotapahtuman jälkeen olleen omaisuuden arvojen erotus. Ero on näennäinen. Kahdenkertaisen kirjanpidon tekniikat ovat sulautuneet osaksi differenssioppia. Niin kauan kuin differenssi-

tyy johdonmukaisena seurauksena menoista ja tuloista, derivatiivisena eränä. Ks. vastaavasta määrittelystä myös Weber 1978 s. 93–94. Kriitikoista ks. esim. Mähönen 2001 s. 281–292.

⁸⁰⁵ Voiton ontologiasta ks. esim. Ijiri 1967; Lukka 1990; Cox 2003 ja laajemmassa viitekehvyssä myös Tolonen 1992. Tolosen koko tutkimus käsittelee sallittujen voiton ontologioiden muutoksia: mitkä tekijät voivat mahdollistaa rahan kasvamisen ja voiton syntymisen.

⁸⁰⁶ Ks. tuloutussäännöistä ja niiden teoreettisesta taustasta esimerkiksi Mähönen 2001 s. 228–246; Leppiniemi – Leppiniemi 2007 jakso 9.

⁸⁰⁷ Tästä on kysymys esimerkiksi poistoissa. Vaikka jokin kalustoinvestointi tulisikin tosiasiaassa sopimusehtojen mukaan maksaa kokonaisuudessaan jollakin ajanhetkellä, kirjanpidon aktivointisäännöt voivat johtaa siihen, että määrä aktivoidaan tuloslaskelmassa vasta myöhemmin.

⁸⁰⁸ Ks. edellä jakso 3.6.

opista pidetään kiinni, 1800-luvun yksinkertaisen kahdenkertaisen kirjanpidon tekniikat ovat erottamaton osa vahinkojen korvaamisen menetelmiä, itse asiassa määrittävät sen koko olemuksen.

Väitän, että kirjanpitokytkentä ei ole onnistunut. Se on korvattava toisella viitekehyksellä. Tilanteen tausta on kuitenkin monimutkainen. Olen pyrkinyt edellä relativisoimaan taloudellisen arvon ja differenssiopin asemaa vahinkojen korvaamisen teoreettisessa perustassa väittämällä, että esine- ja henkilövahinkojen korvaamisessa hypoteettisen ja todellisen varallisuuden taloudellisen arvon vertaamiselle perustuva ajattelutapa ei tarjoaa tyydyttävää ontologiaa, jossa arvioida esine- ja henkilövahinkojen *fyysisten* seurausten korvaamista. Jos esine- ja henkilövahinkoja koskeva johtopäätökseni hyväksytään, taloudellisen arvon palauttamiselle perustuvan differenssiopin käyttöalue kaventuu. Samalla tulee aiheelliseksi kysyä, voiko se ylipäättään jäädä ”henkiin”. Onko siitä hyötyä muiden vahingon korvauksen määrän laskemista koskevien sääntöjen järjestämisessä? Periaatteessa vastaukseni tähän kysymykseen on myönteinen, joskin nyt jo rajatussa mielessä. Differenssiopissa kuvastuu *liiketoiminnassa* syntyville vahingoille varsin perusteltu tapa hahmottaa, miten vahinko pitäisi korvata rahamääräisen vahingonkorvauksen avulla. Perustelu tälle väitteelle on varsin yksinkertainen. Vaikka fyysisten esine- ja henkilövahinkojen perusteella maksettavan vahingonkorvauksen laskemisessa differenssioppi osoittautui tylpäksi esineeksi, jonka ongelmanratkaisuvoima on kyseenalainen, liikevahingon korvaamisessa tilanne on toinen siitä syystä, että differenssiopin taustalla vaikuttavat kirjanpidolliset tekniikat ovat edelleenkin jokseenkin säällisiä ja käyttökelpoisia keinoja kuvata ja mallintaa liikevahinkotilanteita. Liiketoiminnan kontekstissa differenssiopin mukanaan tuoma kirjanpidon ontologia on omiaan tarjoamaan käytännöllisen lähtökohdan vahinkojen korvaamisen järjestämiselle.

Muotoilu on kuitenkin liian voimakas, sillä asia on vain lähestulkoon näin. Kirjanpito ei nimittäin ole oikea referenssi. Ratkaisussa KKO 2001:28 Valtion rautatiet Oy:n omistama junavaunu oli saanut kylkeensä graffiteja. Ongelmaksi muodostui, että VR ei pystynyt näyttämään ongelmitta kärsineensä taloudellista vahinkoa, kun vaunuja puhdistettiin. Näyttöongelmat syntyivät, koska VR ei pystynyt osoittamaan kassavirtamuutosta. Vahingonkorvausarvioinnin lähtökohdat kuvastuvat hyvin korkeimman oikeuden perusteluissa. Niissä todetaan:

”Korvattavaa vahinkoa voi syntyä ulkopuoliselle suoritettavina kuluina, saamatta jääneinä tuloina tai omaisuuden arvon menetyksenä, mutta myös esimerkiksi siten, että yrityksen sisällä syntyy vahingon vuoksi lisäkustannuksia tai hyödyttömäksi käyviä menoja.

Esillä olevassa tapauksessa ei ole osoitettu, että kyseessä olevan kaluston seisomisesta olisi yhtiölle aiheutunut liiketulon menetystä tai korvausmenoja asiakkaille siitä syystä, että junavuoroja olisi jäänyt ajamatta. Kun kysymyksessä on VR:n kaltainen yritys, joka on rautateiden joukkoliikenteessä ainoa

palvelujen tarjoaja, tietyn kaluston käyttökeltvottomuudesta aiheutuva palvelutason lasku, ilmenipä se vuorojen peruuntumisena tai muuten, jääkin käytännössä usein palveluja tarvitsevan yleisön vahingoksi. Nämä seikat eivät kuitenkaan merkitse, etteikö liikennekaluston seisomisesta olisi koitunut yhtiölle mitään vahinkoa. Kaluston käytön estymisestä on aiheutunut VR Osa-kyhtiölle taloudellista vahinkoa, koska seisovaan kalustoon kohdistuu pääomakustannuksia ja muita kiinteitä kuluja ilman, että kalusto on käytettävissä siihen tarkoitukseen, jota varten kalustoinvestoinnit on tehty.”

Vastaava selkeästi kassavirran muutoksia ja laskentainformaatiota painottava tapa lähestyä liikevahinkoja voidaan löytää yhdysvaltalainen Richard Lordin nyt koostamasta, tätä nykyä lähes monumentaaliset mittasuhteet⁸⁰⁹ saavuttaneesta sopimusoikeuden käsikirjasta *Williston on Contracts*. Lord esittää kirjassa, että vahingon määrää koskevassa todistelussa voidaan käyttää pääasiassa viittä menetelmää.⁸¹⁰

Ensimmäisessä Lordin mainitsemista menetelmistä liikevahingon määrä voidaan laskea vähentämällä sopimuksen mukaisesta hinnasta sopimuksen täyttämistä aiheutuneet kulut. Menetelmää voidaan käyttää, jos sopijaosapuolen piti toimittaa jokin tavara vastapuolelle sovitusta hinnasta, mutta sopimus purkautuu vastapuolen menettelyn vuoksi. Lisäksi täytyy edellyttää, että sopimus olisi ollut voitollinen eli sopimuksen täyttämistä aiheutuneet kulut olisivat olleet pienemmät kuin sopimuksen mukainen hinta. Menetelmä on koko menetetyn voiton laskemisen menetelmien arkkityyppi: se vastaa yksinkertaista kirjanpidollista voiton käsitettä. Samalla se heijastaa laskentainformaatiolle kassavirran palauttamiseen perustuvia menetelmiä yksinkertaisimmillaan.

Toinen Lordin esittelemistä menetelmistä on käyttökelpoinen silloin, jos yhtä yksittäistä epäonnistunutta transaktiota tai transaktioiden joukkoa ei voida erottaa tarkastelun kohteiksi. Näin käy yleensä, jos yrityksen koko toiminta keskeytyy. Menetelmässä tehdään käänös historiaan. Jos vahingonkärsijän toiminta on ollut vakiintunutta, *historiallisia tulos- ja voittotietoja* voidaan käyttää laskettaessa todennäköistä tulevaisuudessa menetettävää liikevoiton määrää.⁸¹¹

⁸⁰⁹ *Williston on Contracts* on tällä hetkellä neljännessä painoksessaan – ja mikäli westlaw.com-tietopalvelun tietoihin on uskomista – kaiken kaikkiaan 25 000 painosivun laajuinen.

⁸¹⁰ Lord 1990 § 64.11.

⁸¹¹ Lordin mukaan tällä tavoin on menetelty Yhdysvalloissa 1960-luvulla Oklahomassa tapauksessa *Groendyke Transport, Inc. v. Merchant* (1962 OK 32, 380 P.2d 682 (Okla. 1962), kohta 4) ja jo 1850-luvulla New Yorkissa tapauksessa *Bagley v. Smith* (How. Pr. 1, 1853 WL 5957 (1853)), jossa Bosanquet J. totesi, että ”[i]t seems to me quite obvious that outside of a court of justice no man would undertake to form an opinion as to the prospective profits of a business, without, in the first place, *informing himself as to its past profits*, if that fact were accessible. As it is a fact in its nature entirely capable of accurate ascertainment and proof, I can see no more reason why it should be excluded from the consideration of a tribunal called upon to determine conjecturally the amount of prospective profits, than proof of the nature of the business, or any other circumstance con-

Huomio ei kiinnity yksittäisiin liiketoimiin, vaan yrityksen toimintaan kokonaisuutena. Varsinaisen, tulevaisuutta koskeville malleille perustuvan kassavirtasimuloinnin sijaan lähdetään oikopolulle suoraan kassavirtasimuloinnin tuloksiin. Historiatieto ottaa simuloinnin paikan ja tarjoaa oikotien simuloinnin lopputuloksiin.⁸¹²

Kolmas Lordin esittelemistä menetelmistä muistuttaa pitkälti edellistä. Jos historiatieto ei tuota luotettavaa selvitystä, muiden, vahingonkärsijän kanssa vastaavassa asemassa olevien ja vastaavissa olosuhteissa toimivien henkilöiden tai yritysten tulostietoja voidaan käyttää hyväksi, kun sopimusrikkomuksen seurauksena saamatta jäävän voiton todennäköistä määrää pyritään arvioimaan. Näin voidaan saada käsitys alalla yleisesti vallitsevasta kannattavuusasteesta. Kannattavuutta koskeva tieto voidaan puolestaan ekstrapoloida näytöksi vahingon määrästä olettamalla, että vahingonkärsijä olisi todennäköisesti onnistunut liiketoiminnassaan yhtä hyvin kuin muutkin.⁸¹³

Neljäntenä menetelmänä Lord nimeää asiantuntijatodistelun. Yhdysvaltalaisessa järjestelmässä asiantuntijatodistelun käyttöalaa ja -kelpoisuuta rajaavat todistusoikeudelliset säännöt.⁸¹⁴ Lord viittaa vuodelta 1913 olevaan tapaukseen *Daughetee v. Ohio Oil Co.* ja toteaa, että asiantuntijatodisteluun liittyvät omat ongelmansa: “The rule is that, while the law will not permit witnesses to speculate or conjecture as to possible or probable damages, still the best evidence of which the subject will admit is receivable, and this is often nothing better than the opinion of well-informed persons upon the subject under investigation.”⁸¹⁵ Juuri asiantuntijatodisteluun liittyy erityisesti Yhdysvalloissa erityinen ongelma, koska asiantuntijatodistelun arviointi ei perustu puhtaasti vapaalle todistusharkinnalle.

Viides Lordin esittämistä menetelmistä perustuu pääoman tuotolle. Siinä vahingon määrä arvioidaan laskemalla, minkälaista vuokratuloa omaisuudesta olisi voitu saada tai minkälaista korkotuottoa vastaavalle sijoitukselle olisi voinut saada.

nected with its transaction. It is very true that there is great difficulty in making an accurate estimate of future profits, even with the aid of knowing the amount of the past profits. This difficulty is inherent in the nature of the inquiry. We shall not lessen it by shutting our eyes to the light which the previous transactions of the partnership throw upon it. Nor are we the more inclined to refuse to make the inquiry, by reason of its difficulty, when we remember that it is the misconduct of the defendants which has rendered it necessary” (korostus MV).

⁸¹² Lord 1990 § 64:11. On huomattava, että tällainen arviointitapa esiintyy myös pohjoismaisessa kirjallisuudessa. Ks. esim. Hager 1998 s. 165–175; Victorin – Hager 2006 s. 811–812.

⁸¹³ Lord 1990 §64:11; Blair – Esquibel 1994.

⁸¹⁴ Tyypillisistä esimerkeistä, minkälaisissa olosuhteissa asiantuntijatodistelu on välttämätöntä, ks. Bonanomi – Gaughan – Taylor 1998.

⁸¹⁵ *Daughetee v. Ohio Oil Co.*, 263 Ill. 518, 105 N.E. 308 (1914).

Kyse on vain esimerkeistä. Kaikki edellä mainitut erät ovat kuitenkin konkreettisuusasteeltaan vaihtelevia *kassavirtaeriä*, jotka voidaan kvantifioida yrityksen sisäiselle laskentatoimelle tyypillisin menetelmin. Näyttää siltä, että etenkin yhdysvaltalaisessa kirjallisuudessa vahingonkorvauksen laskemisen viitekehys liiketoimintaa kohtaavissa vahinkotapahtumissa on hahmotettu juuri tällä tavoin. Esimerkiksi Blair ja Esquibel esittävät eräässä artikkelissaan, että ns. *business destruction* -tapauksissa

”the general rule is that the plaintiff may recover an award of lost profits. This rule treats a business as an asset that produces a stream of profits for its owners. The plaintiff’s damages are the present value of these lost profits, which is expressed by the following equation:

$$PV(L) = \frac{L_1}{1+i} + \frac{L_2}{(1+i)^2} + \dots + \frac{L_t}{(1+i)^t},$$

where PV(L) signifies present value, L represents the lost profits, i is the discount rate, and the subscripts on L denote the year in which the lost profits would have been earned.⁸¹⁶

Kaikille edellä mainituille mahdollisille liikevahinkoerille on yhteistä, että ne ovat *kassavirtaeriä*, joiden määrä voidaan selvittää yrityksen sisäisen laskentatoimen menetelmillä. Ne tulevat todelliseksi vasta tietynlaisen institutionaalisen ja tiedollisen asiantuntijajärjestelmän tuottaman laskentainformaation luomassa ja ylläpitämässä näkyvyyden tilassa. Ulkopuoliselle suoritettavat ylimääräiset maksut, saamatta jääneet tulot, tulojen ja menojen erotus, ennusteet tulevista tuloista ja kannattavuudesta, yrityksen sisällä syntyvät lisäkustannukset, hyödyttömiksi käyvät menot, korvausmenot asiakkaille, pääomakustannukset ja kiinteät kulut ovat kaikki leimallisesti juuri kassavirtaeriä. Ne ovat rahamääriä, jotka yritys voi joutua suorittamaan tai jotka voivat jäädä yritykseltä saamatta, kun sen liiketoiminta häiriintyy. Esimerkiksi ratkaisussa KKO 2001:28 ainoa ratkaisussa mainituista vahingonkorvauseristä, joka ei ole kassavirtaerä vaan selkeästi jossain mielessä tekemisissä taloudellisen arvon kanssa, on omaisuuden arvon menetys. Tämäkin erä on piiloinen kassavirtaerä. Arvon menetyksen määrä voidaan lyödä lukkoon vain muuttamalla esine hypoteettiseksi kassavirtaeräksi.

Esimerkkien perusteella voidaan havaita, että kaikissa esimerkeissä liiketoiminnassa syntyvät vahingot ovat jäämättä saaneita positiivisia kassavirtaeriä tai negatiivisia kassavirtaeriä, joita vahingonkärsijä ei voinut välttää. Erien konkreettisuusaste saattaa vaihdella, ne voivat olla joko välittömästi näkyvissä, kun

⁸¹⁶ Blair – Page 1995 s. 117.

hypoteettista kirjanpitoa verrataan todelliseen, tai niiden suuruus voi tulla esille vasta monimutkaisten laskentaoperaatioiden jälkeen. Kuitteja ei kuitenkaan vaadita. Kyse ei ole vain suoranaisista maksuista kassaan tai kassasta ulos – kassavirrasta sen yksinkertaisimmassa muodossa – vaan *laskentatoimen tuottaman informaation valossa hahmotuvista yrityksen toiminnan rahamääräisen representaation muutoksista*.⁸¹⁷

Tämän havainnon jälkeen voimme muokata kirjanpitoideaa ja antaa sille modernin merkityssisällön: Liikevahinkoja korvatessa *yrityksen sisäisen laskentatoimen menetelmät ja tekniikat*, rehellisesti käytettyinä, tuottavat parhaan rahamääräisen representaation yrityksen toiminnasta ja siten parhaan käytettävissä olevan vahingon määrän arvioimisen viitekehyksen.

Sisäisellä laskentatoimella – tai johdon laskentatoimella ja kustannuslaskennalla, joksi sitä myös joskus nimitetään – tarkoitetaan yrityksen laskentatoimen sitä osaa, joka tuottaa informaatiota pääasiassa yrityksen sisäisten käyttäjien tarpeisiin. Esimerkiksi Horngren et al. esittävät, että sisäinen laskentatoimi tuottaa informaatiota, jonka avulla voidaan muotoilla yrityksen strategioita ja pitkän aikavälin suunnitelmia, allokoida resursseja ja tehdä päätöksiä vaihtoehtoisten tuotteiden ja asiakkuuksien välillä, suunnitella ja toimia tuotannon ja tuotteen kustannusrakenteen suhteen, arvioida liiketoiminnan kannattavuutta ja myös ihmisiä.⁸¹⁸

Sisäisen laskentatoimen menetelmiä ei voi tällaisessa esityksessä kuvata tyhjentävästi, eikä siihen nähdäkseni edes ole tarvetta. Menetelmien vakioimiseen ei ole tarvetta. Kukin tilanne vaatii omat, juuri tuolle tilanteelle ja informaatiotarpeelle spesifiset menetelmänsä. Lähtökohtana täytyy olla järkevän ja tasapainoisen kuvan tuottaminen. Jos asiantuntijoiden esittämät menetelmät eivät sellaista tuota, tuomioistuimen on puututtava menetelmiin ja muokattava niitä.

Miksi puhun sisäisen laskentatoimen metodeista? Rajaukseen on kaksi syytä. Kirjanpidosta puhuminen, alkuperäisen tutkimuksen ensimmäisessä osassa määritellyn referenssin säilyttäminen, saattaisi viedä ajatukset aivan liian yksinkertaisiin teknologisiin välineisiin. Kirjanpito nykypäivän kirjanpitäjien käytäntönä on jo liian yksinkertainen kuvaus niille kompleksisille tekniikoille, joiden varaan liikevahingon määrä käytännössä järjestetään, kirjanpito kun luo sanana lähinnä yhteyden laskentatoimeen liiketoimien muistiin merkitsemisen merkityksessä. Reskontranpidolla ja vahingon määrän laskemisella ei ole juuri tekemistä toistensa kanssa.

⁸¹⁷ Ks. esim. Hubbell 1988; Foster – Trout 1990; Gaughan – Fuentes – Bonanomi 1995; Abrams – Welsch – Jonas 1996; Barnes 1996; Kolaski – Kuga 1998; Bowles – Lewis 2000; Roach 2003; Tomlin – Merrel 2006.

⁸¹⁸ Ks. Horngren et al. 1999 s. 5.

Toinen uhka on samantyyppinen, joskin päinvastainen. Kirjanpidosta puhuminen saattaisi toisaalta johtaa siihen, että viitekehykseksi ymmärrettäisiin yritysten ulkoinen laskentatoimi. Tästä joku saattaisi ajatella, että arvioinnissa hyödynnettäisiin *kaikkia* ulkoisen laskentatoimen – eli kirjanpidon kirjanpitolain tarkoittamassa merkityksessä – konventioita.⁸¹⁹ Tämä olisi vaarallista. Ulkoisella laskentatoimella on selkeä tehtävä, joka ei ole tarkoituksenmukainen vahingonkorvauskontekstissa. Sen tarkoituksena on tuottaa yrityksen sidosryhmille informaatiota. Raportoinnin tavoitteena on antaa oikea ja riittävä kuva yrityksen toiminnasta sen eri sidosryhmien informaatiotarpeita ajatellen.⁸²⁰

Sisäisen laskentatoimen viitekehyksen omaksumisella on omat ontologiset vaikutuksensa vahingon määrän laskemisen käytäntöihin. Kun vahinkojen määrää arvioidaan tässä viitekehyksessä, vahinkotapahtuman ympärille kutoutuu leimallisesti liiketoiminnallinen maailma. Vahingon määrä lasketaan liiketoiminnan ehdoilla. Samalla joudutaan tunnustamaan, että tällainen teknologinen sommitelma toimii vain, kun se sosiaalinen toiminta, jota sen avulla pyritään hahmottamaan, vastaa tekniikkojen taustaedellytyksiä. Jotta vaikuttaminen olisi legitiimiä, vahingonkäräjien itsensä tulee hahmottaa toimintaansa liiketaloudellisesti sisäisen laskentatoimen tuottaman informaation varassa.

Laskentainformaatiolle perustuva korvaaminen perustuu ajatukselle, että vahinko tulee korvatuksi, kun vahingonkäräjä asetetaan siihen lopputulokseen, johon taloudellinen peli olisi tämän yrityksen toiminnan kielen, sisäisen laskentainformaation, valossa ja viitekehyksessä arvioituna asettanut. Ero differenssioppiin on, että korvaamisen neksuksena ei ole taloudellinen arvo, vaan hyväksyttävien ja tarkoituksenmukaisten sisäisen laskennan laskentamenetelmien tuottama laskentainformaatio ja käsitys siitä, mitä yrityksessä olisi kullakin hetkellä tapahtunut.

Suurta muutosta konkreettisissa ratkaisuissa ja niiden lopputuloksissa ei oletettavasti tapahdu, vaikka kielenkäyttö muuttuisikin tällaisen teoreettisen siirron vaikutuksesta olennaisesti. Muutokset ovat pikemminkin vaivihkaisia. Kun taloudellinen arvo korvataan laskentainformaatiolla, vahingonkorvauksellinen kielenkäyttö tulee ymmärrettäväksi myös oikeuden ulkopuolella. Liiketoiminnassa tavanomaisesti käytettävät laskentamenetelmät ja vahingonkorvauksen laskentatavat rinnastuvat toisiinsa. Tästä seuraa, että vahingonkorvauksen määrän laske-

⁸¹⁹ Ks. esim. Glover – Ijiri 2002, jossa Glover ja Ijiri esittävät, että uudessa taloudessa perinteinen kirjanpitokäytäntö on vaikeuksissa. Glover ja Ijiri ovat uudenlaisen, liiketoiminnasta saatavia tuloja korostavan kirjanpitoparadigman puolestapuhujia. Gloverin ja Ijirin artikkeli on ylipäättään erinomainen esimerkki niistä haasteista, jotka uusi talous tuo myös kirjanpitäjille. Ks. myös Cox 2003.

⁸²⁰ Ks. esim. Mähönen 2001 s. 228–293. Vrt. esim. Miller – Hopper – Laughlin 1991; Miller – Napier 1993. Kirjanpitovoiton ja vahingon sosiaalisten kustannusten välisestä eroista ks. esim. Bishop 1982 s. 5. Bishopin analyysi on varsin jännittävää, joskin juristin on sitä vaikea hyväksyä.

misessa hyväksyttävänä menetelminä kysymykseen tulevat erilaiset liiketoiminnan ja yritysten tuloksellisuuden määrittämiseen muutoinkin käytettävät menetelmät, joiden avulla kassavirtoja voidaan simuloida. Yksinkertaisen, yksioikoisen ja brutaalin perinteisen menetelmän korvaa aikaisempaa hienosyisempi uusi metodi.

Tälläkin menetelmällä on rajansa. Jos kassavirtaa on vaikeaa kiinnittää fyysisiin tapahtumiin tai syy-seurausketjuja on vaikea näyttää, tehtävästä tulee vaikea. Vielä vaikeampi tilanne on, jos aikaa tai mahdollisuuden menettänyt vahingonkärsijä ei ole kirjanpitovelvollinen eikä hahmota toimintaansa kirjanpidollisesti. Tällöin laskentainformaation varaan perustuva korvaaminen näyttäisi tulevan käytännössä mahdottomaksi. Pääsemme korvaamisen ja kirjanpidon katvealueisiin. Käsittelen niitä seuraavassa.

3 LASKENTAINFORMAATION KATVEALUEET

Pyrin edellä väittämään, että sisäisen laskentatoimen tuottama informaatio perustaa vahingonkorvausoikeudessa menetetyn ajan ja mahdollisuuksien korvaamisen infrastruktuurin. Väitin myös, että tälle viitekehykselle perustuvat vahinkojen korvaamisen ongelma-alueet ovat usein juuri ne vahinkoasetelmat, joissa kassavirtojen mallintamiseen perustuvilla laskentatekniikoilla ei voida tuottaa ratkaisuja siitä yksinkertaisesta syystä, että tekniikat eivät voi tuottaa säällistä kuvausta vahinkoasetelmista. Mitä nämä ongelma-alueet ovat?

Suuri osa vahinkojen korvaamisen tällaisista ongelmista liittyy *kuluttamiseen* ja *kuluttajille* koituvien vahinkojen korvaamiseen. Kun kuluttaja menettää aikaa tai mahdollisuuden, menetystä ei voida käsitteellistää eikä kvantifioida taloudellisen arvon tai kirjanpidon avulla. Kulutuskin on (h)aavekuvan *taloudellisen* yksi vastapooli. Ja kuluttaja taloudellisen toimijan negatio. Kuluttajia on kuitenkin olemassa. Viitekehyksen muutoksen myötä ongelmaksi muotoutuu: miten korvata *ajan ja mahdollisuuksien menetys* toimijoille, jotka eivät hahmota toimintaansa laskentatoimen tuottaman informaation avulla ja joiden menetyksistä oikeus ei siksi saa otetta? Tarvitaanko jokin muu viitekehys vai voidaanko laskentainformaatiolle perustuva metodi siirtää koskemaan kuluttajiaakin?

Ongelma liittyy ainoastaan ajan ja menetettyjen mahdollisuuksien korvaamiseen. Jos voidaan pysytellä ”todellisten” tapahtumien tasolla, ongelmaan ei törmätä. Kuluttaja voi esimerkiksi joutua tekemään ylimääräisen rahamääräisen suorituksen tai häneltä voi jäädä rahasuoritus saamatta. Tilanteen voi kuvata näissä tapauksissa fyysisen ennallistamisen korvaamisparadigman kautta. Raha näyttäytyy esineenä, joka on hävinnyt tai jäänyt saamatta. Siksi esimerkiksi asunto-osakeyhtiön osakkeiden kaupan hinnanalennusta koskevassa ratkaisussa KKO 2008:1 näkyvä ”kassavirtamuutos” ei – pääasiassa – ole nyt

tarkoittamani vahinkotapahtuma. Siinä ei ole kysymys ajan ja mahdollisuuksien menettämisestä, vaan rahan – esineeseen vertautuvana ilmiönä – menettämisestä. Jos kysymys olisi ollut vahingonkorvausvaatimuksesta, vahinko olisi voitu korvata palauttamalla se todellisten suoritusten yhteismäärä, joka ylitti vastikkeiden sopimuksenmukaisen määrän. Tietysti tämänkin jälkeen jäljelle saattaa jäädä jäännösvahinko, jossa korvattavaksi tulisi palautettujen rahojen oikea-aikaisen käytön menetetty mahdollisuus.

Kuluttamisen ongelma on vanhastaan tunnettu. Se liittyy vaikeaan ja monimutkaiseen kokonaisuuteen, johon kiinnittyvät niin arvo-opilliset teoriat, käsitykset tuotannosta kuin luonnollisten henkilöiden asema taloudessa. Perinteisessä poliittisessa ja erityisesti marxilaisessa taloustieteessä kuluttaminen, luonnollisten henkilöiden omalaatuisena toimintana, näyttäytyi radikaalissa vastakkaissuhteessa muuhun taloudelliseen toimintaan.⁸²¹ Tuotanto oli tuottavaa kuluttamista. Yksityishenkilöt puolestaan näyttivät tuhoavan arvoa, poistavan kierrosta tuotantotoiminnan luomia ja jakeluketjujen heille toimittamia hyödykkeitä.⁸²² Arvo-opillisesti tuotanto loi arvon, joka kulutuksessa, arvoa tuottamattomassa prosessissa, tuhottiin tosin samalla uusintaen työvoimaa. Kulutus oli arvoa tuhoava prosessi, joka kuitenkin mahdollisti pääoman kierron jatkumisen. Kuluttamisaktissa vaihtoarvo muuttui käyttöarvoksi ja poistui arvon kierrosta⁸²³. Käyttöarvo oli arvon päätepiste.⁸²⁴

(H)aavekuvassa käsitys kuluttamisen arvoa tuhoavasta luonteesta omaksuttiin koko vahinkojen korvaamisen paradigman lähtökohdaksi. Käsitys ohjasi myös kuluttamisen normatiivista hahmottamista. Kun tavara poistui tuotannosta ja vaihdosta, se menetti hyötyä ja arvoa luovan statuksensa. Se muuttui vain fyysiseksi kappaleeksi, jonka merkitys tyhjäksi sen olemassaoloon fyysisenä kappaleena. Vaikka kappale toteuttikin jotakin funktiota kuluttaja-vahingonkärsijän elämässä, funktiota ei tunnistettu. Poistuessaan taloudellisen toiminnan piiristä

⁸²¹ Marginalistisen taloustieteen myötä kulutuksesta väitetään tulleen eräässä mielessä tuotantoa. Kuluttamisen tarkoituksena oli hankkia maksimaalinen utiliteetti käytettävissä olevien tulojen rajoissa. Ks. esim. Fine 2002b s. 26–57. Finen pääväite on, että utiliteettiperustainen kulutus on väistävä paradigma. Kulutuskäyttäytymistä on välttämätöntä ymmärtää huomattavasti monimutkaisempien lähtökohtien valossa.

⁸²² Ks. Fine 2002b s. 26–57; Hernesniemi 2006 s. 131; Ilmonen 2007 s. 66–72.

⁸²³ Ks. Firat – Dholakia 1998 s. 14–15; Hernesniemi 2006 s. 131. Kulutuksen sosiologiasta yleisesti ks. esim. Firat – Dholakia 1998; Lehtonen 1999; Ekström – Brembeck 2004; Ilmonen 2007. Erityisesti oikeustieteelliselle argumentaatiolle varsin olennaisen tavarantavaran statuksen suhteesta kulutukseen ks. Sassatelli 2006 s. 10–11; Ilmonen 2007 s. 72–75 ja 284–312; Miller – Kurumäki – O’Leary 2007; Donzelot 2008 s. 129–130. (H)aavekuvassa tavarantavaran statusta perusti koko vahingonkorvausoikeuden järjestelmän.

⁸²⁴ Neoklassisen taloustieteen kulutusteoriasta ja sen kritiikistä ks. lyhyesti esim. Fine 1995 s. 125–135; Douglas – Isherwood 1996 s. 3–6.

hyödykkeiltä hävisi käyttöarvo, kun ne eivät enää osallistuneet toisten hyödykkeiden tuottamiseen.

Sääntöjen tasolla tämä tarkoitti sitä, että kulutettavan kappaleen taloudellinen arvo oli yhtä kuin kappaleen vaihtoarvo eli se kustannus, jolla vastaava korvaava kappale voitiin hankkia. Kappaleeseen ei liittynyt muita korvauskelpoisia intressejä kuin puhdas, sosiaalisesta tosiasiallisuudesta irrotettu ja vaihtoarvossa rahallisen ilmauksensa saava intressi omistaa ja pitää hallussaan kyseistä kappaletta. Puhdasta kulutuksellista käyttöintressiä, joka ei realisoitunut tulona tai menona esimerkiksi väliaikaista korvaavaa esinettä hankittaessa, ei tunnistettu (h)aa-vekuvasa raha-arvoiseksi ja siten korvattavaksi intressiksi.⁸²⁵

Saksalaisessa keskustelussa tulee ajoittain esille mielenkiintoinen, käyttö- ja markkina-arvon suhteeseen liittyvä paradoksi. Saksassa on esitetty ajatus, jonka mukaan vahingonkärsijä tulee ylikompensoiduksi, jos tuhoutuneen esineen omistajalle maksetaan vaihtoarvokorvauksen lisäksi käyttöarvokorvaus. Käyttöarvohan sisältyy aksiomaattisesti vaihtoarvoon, koska vaihtoarvo on markkinahintateorian mukaan kaikkien yhteiskunnallisten, tiettyyn tavarahan kohdistuvien tarpeiden tiivistymä. Ajattelutavassa tavarahan käyttöarvo tiivistyy vaihtoarvoon, on osa sitä.⁸²⁶

Toisaalta syy on myös teknologinen eikä vain seurausta arvoteoriasta ja kulutuksen paikkaa koskevista kannanotoista. Se on riippuvainen rahakäsityksestä. Kun differenssiopissa kaiken vahinkojen korvaamisen lähtökohtana on vaihtoarvo ja kirjanpidollinen hahmottaminen, kuluttaminen jää armotta vaihdon ja differenssiopin tuottaman läpinäkyvän arvotilan ulkopuolelle. Esineen kulutuskäyttöarvoa ei voida rahallisesti laskea, koska kuluttamisesta ei synny uusia rahavirtoja eikä se jätä jälkeä yrityksen kirjanpitoon. Tämä seikka johtaa vaikeuksiin. Kuluttamisella ei näytä olevan todellista, objekti(ivi)sta arvoa eikä kuluttajan kokemil- la menetyksillä merkitystä.⁸²⁷

Arvoteoreettiset pohdinnat ja rahakäsitys heijastuvat myös oikeustieteellisessä kirjallisuudessa. Esimerkiksi Ulf Persson näki arvokäsityksissä tässä kulutustavaroiden korvaamiseen liittyvän tärkeän ongelman. Kulutustavaroihin liittyvän ajan ja mahdollisuuksien menettämisellä ei ole rahamääräistä arvoa, koska ne eivät synnytä kassavirtaa, rahojen liikettä. Arvo, joka esineellä oli

⁸²⁵ Ks. esim. Scheel 1893; Hagerup Bull 1920; Würthwein 2001 s. 251–252.

⁸²⁶ Ks. esim. Larenz 1965 s. 489; Köngden 1977 s. 25–26; Larenz 1987 s. 500; Würthwein 2001 s. 251–256. Suomessa tällaisia käsityksiä ei ole esitetty. Käyttöarvo on ollut pitkään hyväksytty vahingonkorvauserä. Ks. esim. Saxén 1975 s. 281–283; Routamo – Hoppu 1977 s. 279.

⁸²⁷ Persson mm. hylkää ns. *psychic income* -mahdollisuuden juuri sen ei-objektiivisuuden takia. Olennaista on kuitenkin huomata, että Persson tunnistaa perusasetelman. Kulutushyödykkeillä on kiistatta merkitystä kuluttajille, mutta oikeusjärjestelmä ei voi tunnistaa tätä arvoa sen käytössä olevilla välineillä. Ks. tästä tarkemmin Persson 1953 s. 302–304.

sen tullessa kuluttajan hallintaan, katoaa jonnekin kulutustapahtumassa.⁸²⁸ Kulutuksessa esineelle tai asialle määrittyvä käyttöarvo jää hahmottumatta rahallisessa mielessä. Esineen arvonmuodostuksessa otettiin huomioon vain objektiivinen puoli, markkinat ja niillä syntyvä vaihtoarvo.⁸²⁹

Kuluttamisen olennainen luonne ei tätä nykyä enää kuvastu kulutuksen väitetystä arvoa tuhoavassa muodossa sen enempää sosiologisesti kuin taloustieteellisestiäkään. Oikeudellisessakin ajattelussa on havaittu, että kuluttaminen ja tavaroiden hallitseminen ja käyttäminen muutoinkin kuin osana vahingonkäräjien ansio- tai elinkeinotoimintaa voi luoda arvoa ja hyötyä. Kuluttaminen on siis käsitetty hyödylliseksi eli hyötyä tuottavaksi toiminnaksi. Kuluttaminen antaa-kin kiistatta kuluttajalle jotain, vaikka kuluttajan saamaa hyötyä on tavattoman vaikea rahamääräistää. Kulutustavaroilla on kuluttajalle merkitystä, joka ylittää niiden vaihtoarvon. Tätä arvoa kutsutaan kansantaloustieteessä kuluttajajäljäämäksi (*consumer surplus*).⁸³⁰

Ongelmakenttä hahmottuu nyt toisesta suunnasta kuin (h)aavekuvassa. (H)aavekuvassa oli mahdollista kieltää kuluttamisen hyötyä tuottava luonne ja samaistaa käyttöarvo vaihtoarvoon viittaamalla erilaisiin arvo-opillisiin käsityksiin. Nyt se ei enää ole mahdollista, koska kuluttajan tavaroille ja palveluille merkityksen – kutsuimmepa sitä sitten kuluttajajäljäämäksi, kuluttajahyödyksi tai miksi hyvänsä – tunnistamatta ja korvauksetta jättäminen johtaisi terveen järjen vastaiseen tilaan. Voimme tunnistaa suojan arvoisen intressin, vaikka emme voisikaan käyttää sen suojaamiseksi tavanomaisia menetelmiä. Tämä seikka luo jännitteitä vahingonkorvausoikeudelliseen säännöstöön. Systematiikka edellyttäisi, että korvausta ei tuomittaisi, koska arvioinnille omaksuttu viitekehys ei mahdollista vahinkotapahtuman tunnistamista. Vahinkoon ei voida olla reagoimatta, koska vahingollinen muutos epäilyksettä on olemassa ja on vahingollinen siinä mielessä kuin vahinkokäsitteessä on totuttu edellyttämään.⁸³¹ Perinteisen määritelmän mukainen, vahingonkäräjien kannalta objektiivisesti haitallinen muutos riittää nimittäin periaatteessa laukaisemaan vahingonkorvausvelvolli-

⁸²⁸ Ks. Persson 1953 s. 303.

⁸²⁹ Ks. erityisen seikkaperäisestä ja erilaisiin taloudellisen arvon representaatiotapoihin ja niiden ongelmiin yksityiskohtaisesti kantaa ottavasta esityksestä Köngden 1977.

⁸³⁰ Ks. esim. Parkin 1998 s. 115. Ks. myös esim. Harris – Ogus – Phillips 1979 s. 582–586; Poole 1996 s. 277–278; McKendrick 2005 s. 306–307.

⁸³¹ Vahinkokäsitteen määrittely on yksi vahingonkorvausoikeuden ikuisuuskysymyksistä. Tässä tutkimuksessa en pyri määrittelemään vahingon käsitettä tavanomaiseen tapaan yhden, totaalisesti asian selittävän kriteerin varaan. Koko väitöskirjan toista lukua on syytä tarkastella juuri yrityksenä määritellä vahinkokäsitettä. Pyrin luvussa hahmottelemaan, minkälaiset erilaiset ja ainakin osittain yhteismitattomat ilmiöt voivat olla vahingonkorvausoikeudellisesti relevantteja vahinkoja. Tämä taas johtaa siihen, että vahingon tunnistamisessa käytettävä kriteeri ei voi olla yksi ja yhtenäinen koko vahingonkorvausoikeuden alueella, vaan kriteerin täytyy välttämättä olla moniulotteinen.

suuden⁸³², koska korvauskelpoinen vahinkoseuraus on olemassa. Vahingonkorvausoikeudellista säännöstöä on mukautettava vastaamaan sosiaalista todellisuutta.⁸³³

Jos yksityishenkilön auto vahingoittuu kolarissa ja hän menettää mahdollisuuden käyttää sitä, esinevahinko on kiistatta käsillä. Esine, esimerkiksi auto voidaan korjata, mutta miten käy sen ilon, hyödyn, ajansäästön tai statuksen, joka kuluttajalta jää saamatta, kun auto on korjaamolla? Entä jos kuluttaja joutuu lomallaan torakoiden valtaamaan hotellihuoneeseen, jonka viemärit ovat tukossa eikä matkanjärjestäjä tarjoa hänelle toista huonetta, jossa tällaisia ongelmia ei ole? Jos juuri valmistuneessa asunnossa rakennuttaja korjaa rakennusvirheestä johtuvan vesivaurion jälkiä ja asunnon omistaja asuu remontin ajan esimerkiksi kesämökillään?⁸³⁴ On selvää, että matkanjärjestäjän suorituksessa on virhe ja sopimusperusteiseen korvaukseen oikeuttava vahinkotapahtuma on *periaatteessa* käsillä. Jos naapurin huolimattomasta menettelystä aiheutuu vesivahinko, jota joudutaan korjaamaan muutaman kuukauden ajan, on selvää, että asunnossa myös korjauksen ajan asuva henkilö kärsii jonkinlaista ja täysin ilmiselvää vahinkoa. Jonkinlaista korvausta useimmista edellä mainitsemistani vahinkotapahtumista maksetaan tosiasiasa jo nyt.

Vaikka hahmottaisimmekin kuluttamista tätä nykyä tyystin toisesta näkökulmasta kuin (h)aavekuvassa, korvaamisen teknologinen, rahaan liittyvä ongelma säilyy kuitenkin entisellään. Kulutuksessa realisoituville vahinkotapahtumille on vaikea virittää objektiivisten mittapuiden vaatimuksen täyttävää vahingonmäärän laskumenetelmää. Pelkästä tarpeesta ei synny keinoja. Kun laskentainformaatiota ei ole, ei ole korvausmenetelmääkään.

Ajoittain liiketoiminnassakin syntyy asetelmia, joissa selkeästi haitallinen tapahtuma ei näytä realisoituvan laskentainformaatioissa. Näihin tilanteisiin liittyy vaikeita vahingonkorvausoikeudellisia ongelmia. Esimerkiksi kauppalain 67 §:n valmistelutöissä mainitaan esimerkki, jossa yrityksen siistiminen häiriintyy. Tällaisen vahinkoseurauksen aiheuttamien menetysten kvantifiointi millään rationaalisella perusteella – edes niillä keinoin, joita pyrin luonnostelemaan jäljempänä tässä luvussa – voi olla mahdotonta.

Vahingonkorvausoikeudellisesti vielä edellistäkin vaikeammin hahmotettavia asetelmia syntyy, kun tavanomaisesti kulutukseen käytettävää esinettä

⁸³² Ks. esim. Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006 s. 29–31.

⁸³³ Ks. sopimusrikkomuksen aiheuttaman mielenjärkytyksen osalta esim. Enonchong 1996 s. 631–633.

⁸³⁴ KVL 2755/81/06 on asumishaittaa koskeva ratkaisu. Siinä KVL tuomitsi asunnon myyneen elinkeinonharjoittajan suorittamaan 2000 euroa korvausta remontin aiheuttamasta asumishaitasta. Asunnon ostajat olivat asuneet remontin ajan juuri kesämökillään, jossa ”olosuhteet olivat selkeästi heikommät kuin uudessa asunnossa, sillä asunnonostajat joutuivat asumaan 6 m² saunarakennuksessa, jossa ei ollut suihku-, keittiö- tai wc-tiloja.”

olisi tarvittu liiketoiminnassa. Banaali esimerkki on, että tärkeään neuvotteluun matkustavan liikemiehen matkalaukku päättyy kiireisellä vaihtolentokentällä väärään koneeseen ja liikemies joutuu neuvotteluun lentomatkan ajaksi pukemansa verryttelyhousut päällä. Vastapuoli ei pidä liikemiestä uskottavana tämän pukeutumisen takia ja suunniteltu kauppa jää tästä syystä tekemättä.

Suomalaisessa oikeuskäytännössä korkeimman oikeuden ratkaisu KKO 2001:28 tarjoaa valaisevan esimerkin nyt käsillä olevasta ongelmasta, olkoonkin, että kyse ei ole sen enempää kulutusvahingosta kuin yksityishenkilöistäkään. Tapauksessa vahinkotapahtuma sattui raideliikenneliiketoimintaa harjoittavalle valtionyhtiölle. Vahingonteosta syytteessä ollut A oli yhdessä muiden henkilöiden kanssa maalannut ja piirtänyt VR:n omistamaan junavaunuun graffitteja. VR oli puhdistuttanut ja maalauttanut vaunut, jotka olivat puhdistus- ja kunnostustoimenpiteiden vaatiman ajan pois liikenteestä. VR vaati A:lta korvausta puhdistus- ja maalaus kustannuksista sekä vahingonkorvausta vaunujen seisonta-ajalta. Vahingonkorvausta vaadittiin ilmeisestikin liikennevahinkolautakunnan suosituksia vastaava määrä. Vantaan käräjäoikeus tuomitsi A:n velvolliseksi suorittamaan vahingonkorvausta. Käräjäoikeuden mukaan

”junat ja vaunut olivat olleet säännöllisesti käytössä. Vaikka jonkin rungon puuttuminen liikenteestä ei aiheuttaisikaan vuoron jäämistä ajamatta, aiheutuu jo siitä, että jokin juna on tarkoitettua lyhyempi, vahinkoa tungoksen lisääntyessä ja asiakkaiden viihtyvyyden vähentyessä. Tämä vahingoittaa yhtiön yrityskuvaa. Tarpeen ei ole erikseen osoittaa, että jotain korvausta olisi jouduttu maksamaan asiakkaille tai liikenteen tilanteelle Pääkaupunkiseudun Yhteistyövaltuuskunnalle.”

Hovioikeudessa asiassa äänestettiin. Vähemmistöön jäänyt laamanni totesi, että VR oli ilmoittanut, että yhtään junavuoroa ei ollut jäänyt ajamatta, vaikkakin junat olivat olleet lyhyempiä. Tästä ei ollut aiheutunut kuluja. VR ei ollut joutunut maksamaan asiakkailleen vahingonkorvausta. Laamanni totesi, että VR ei ollut näyttänyt, että sille olisi tosiasiaa aiheutunut vahinkoa junavaunujen seisomisesta. Vahingon määrän arvioinnissa käytetyt perusteet, liikennevahinkolautakunnan taulukot olivat puhtaasti laskennallisia, eikä laamannin mukaan niistä voitu ilmeisestikään tehdä suoria päätelmiä todellisen vahingon määrästä.

Korkein oikeus päätyi hovioikeuden enemmistön kannalle. A velvoitettiin maksamaan vahingonkorvausta, vaikka suoranaisia kuluja tai muitakaan laskentainformaation varassa tunnistettavia vahinkoja ei ollut aiheutunut. Kaluston seisomisesta johtuva vahinko oli jäänyt kokonaisuudessaan palveluja tarvitsevan yleisön kärsittäväksi.⁸³⁵ Korkein oikeus perustelee korvausvelvollisuuden ole-

⁸³⁵ Ks. edellä av. 810 kohdalla esitettyä.

massaoloa toteamalla, että kaluston käytön estymisestä aiheutuu vahinkoa. Syy on siinä, että ”seisovaan kalustoon kohdistuu pääomakustannuksia ja muita kiinteitä kuluja ilman, että kalusto on käytettävissä siihen tarkoitukseen, jota varten kalustoinvestoinnit on tehty”.

Kulutusvahinkoihin asiassa yhteyden luo, että asiassa oli kiistatta selvitetty, että VR ei menettänyt konkreettisia tuloja, vaikka vaunut seisovivatkin. Konkreettista kassavirtamuutosta odotettuun kassavirtaan nähden ei laskentainformaatio valossa pysytty osoittamaan. Yhtä lailla kiistatonta oli, että VR:lle ei aiheutunut vaunujen seisomisesta muita suoranaisia kustannuksia. Koska rahaa ei ollut liikunut VR:ltä eikä VR:ltä ollut jäänyt sitä saamatta, vahinkoakaan ei voinut perinteisen ajattelun näkökulmasta syntyä.

A perusti puolustuksensa tähän. Korkeimman oikeuden ratkaisussa tällainen tulkinta ja siis taloudellisten vahinkojen korvattavuudelle asetettava kassavirtavaatimus kuitenkin sivuutetaan. Vahingonaiheuttajat tuomittiin korvausvelvollisiksi. Tapahtuman haitallisuus VR:n ja myös koko yleisön näkökulmasta riitti perustamaan korvausvelvollisuuden. Ongelmaksi jää nyt tuomittavan vahingonkorvauksen määrä.

Tapauksessa mikä tahansa yritys vaikuttaa vahinkotapahtumaan ja ”poistaa” sitä eli toteuttaa rektifikaatio, vaikuttaa anomaaliselta. Luonnolliselta vaikuttava yhteys laskentainformaatioon jää puuttumaan. Rahaa joudutaan käyttämään tavallisesta poikkeavalla tavalla, kun taloudellisen vahingon tunnusmerkeistä yksi jää puuttumaan. Tuomittavalle korvauksen määrälle ei ole objektiivisia mittapuita⁸³⁶. Rahan käyttämisestä ei voida palauttaa johonkin ulko-oikeudelliseen ja siten valmiiksi legitiimiin standardiin. Korvauksen määrän arvioimisen perusteet joudutaan oikeuttamaan joka kerta uudelleen. Paikka, josta korkein oikeus löysi rahan käyttämisen standardit ja mittapuut, on varsin yllättävä. Korkein oikeus perustelee korvausvelvollisuutta investointien käytön estymisellä, pääomakustannuksilla ja muilla kiinteillä kuluilla. Motiivia ei kuitenkaan käytetä laskettaessa korvauksen määrää. Perusteet löydetään vakuutusyhtiöiden taulukoista:

”Liikennevahinkolautakunnan seisonta-ajan korvaussuositukset perustuvat kaluston kiinteisiin kuluihin.⁸³⁷ Näin ollen niitä voidaan myös tässä yhteydessä käyttää apuna arvioitaessa kaluston seisomisesta aiheutuneen vahingon määrää.”

⁸³⁶ Objektiivisten mittapuiden vaatimuksesta ks. lähemmin edellä jaksossa 2.3 ja 3.2 esitettyä.

⁸³⁷ Liikennevahinkolautakunnan nyt voimassa olevassa rautatiekaluston seisomiskorvausta koskevassa soveltamisohjeessa 5/2005 todetaan korvauksen laskentaperusteista seuraavaa: Seisontapäiväkustannus = kuoletus + korko + säilytyskustannus. Kaavaa tarkennetaan toteamalla, että ”kuoletuskustannus = (jälleenhankintahinta – romuarvo)/pitoaika” ja että sovellettava korko on 7%. Kullekin kalustotyyppille on taulukoissa vahvistettu oma seisontapäiväkorvauksensa. Näin ollen korkeimman oikeuden ratkaisun perustelut ovat todennäköisesti linjassa todellisesti sovellettavien laskentaperusteiden kanssa.

Perustelujen lausuma on varsin suoraviivainen. Taulukoiden positiviteetti, niiden olemassaolo on pitkälti myös peruste niiden käyttämiselle. Ratkaisu on sinällään elegantti. Taulukkoja voidaan pitää jossakin määrin objektiivisina.⁸³⁸ Siten subjektiivinen arviointi ainakin jossakin mielessä muuttuu objektiiviseksi. Ongelmaksi jää taulukoiden sopimuksenvaraisuus⁸³⁹. VR on sopinut vakuutussuojansa tasosta. Kun tällainen kahden osapuolen välinen korvaustasoa koskeva sopimus otetaan kolmannen suoritettavan vahingonkorvauksen määrän laskentaperusteeksi, liikutaan heikoilla jäillä. Korvaus ei välttämättä heijastele todellista vahinkoa: se on kahden osapuolen sopima korvaus, joka perustuu vieläpä varsin korkealle tuottovaatimukselle.

Toisessa, niin ikään käyttöhyödyn korvaamista koskevassa ratkaisussa KKO 2005:66 vahingon määrään liittyvät ongelmat ovat erityisen selvästi esillä. Viitekehys on pitkälti toinen. Nuori nainen oli otettu kiinni epäiltynä huumaantuneena ajamisesta. Hänet oli määrätty samassa yhteydessä tilapäiseen ajokielttoon. Jostakin syystä esitutkinta kesti neljä vuotta. Nainen oli tämän ajan ajokiellossa ja menetti ajo-oikeutensa, koska ei osallistunut autokoulun II-vaiheeseen. Valtio tuomittiin korvaamaan autokoulun I-vaiheen uudelleenkäymisestä aiheutuneet kustannukset. Ongelmaksi jäi aika, jonka nainen oli esitutkinnan ollut aiheetta ajokiellossa.

Tässäkin tapauksessa relevantin vahinkotapahtuman olemassaolo ja haitallisuus on ongelmitta tunnistettavissa. Nainen oli ollut ajokiellossa eikä siksi ollut saanut kuljettaa moottoriajoneuvoa, mistä oli kaupunkilaisjärjellä ajateltuna välttämättä aiheutunut hänelle haittaa. Ongelma muodostui jälleen korvauksen määrästä. Nainen väitti kärsineensä vahinkoa, mutta ei pystynyt osoittamaan, että ajoluvattomuudesta olisi aiheutunut perinteisessä mielessä taloudellista vahinkoa, kustannuksia tai saamatta jääneitä tuloja. Korkein oikeus omaksuu pitkälle ratkaisun KKO 2001:28 argumentaatiolinjoja muistuttavan perustelun. Se määrittelee uudelleen, mitä tarkoitetaan taloudellisella vahingolla. Taloudellisen ja kirjanpidollisten teknologioiden ja objektiivisten mittapuiden välinen yhteys häivytetään. KKO 2001:28 -ratkaisun tapaan investoinnit nousevat etualalle. Ajo-oikeuden menettämisestä aiheutuva haitta on taloudellista vahinkoa, koska ajo-oikeuden saaminen on edellyttänyt taloudellista panostusta ja ajo-oikeuden oikeudenvastainen epääminen on aiheuttanut sen, että tämän taloudellisen panostuksen hyödyntäminen on estynyt.

⁸³⁸ Ks. seuraavassa luvussa vakuutusjärjestelmien taulukoista esitettyä.

⁸³⁹ Tässä tapauksessa sopimuksenvaraisuus on tavanomaista korostuneempaa. VR lienee käytännössä ainoa Suomessa rautatiekalustoa omistava ja operoiva taho. Se lienee neuvotellut konkreettisesti niistä korvauksista, joita raideliikennekaluston seisomisesta maksetaan vakuutusyhtiöiden muodostaman poolin kanssa. Vakuutusmaksun ja korvaustason välinen yhteys lienee hyvin välitön: VR maksaa vakuutuksesta suorassa suhteessa siihen korvaustasoon, joka sille vakuutusehtojen eli liikennevahinkolautakunnan taulukoiden mukaan määräytyy.

Muutos on vaivihkainen mutta tärkeä. Se, että ajo-oikeuden hankkiminen edellyttää taloudellisia panostuksia, kuten KKO:n ratkaisun kohdassa 9 todetaan, justifioi myös ajatuksen siitä, että ajo-oikeus on varallisuusarvoinen oikeus. Painotus siirtyy objektiivisesta arvioinnista, rahan objektiivisesta, luonnollisesta käytöstä investointien suojaan. Kun taloudellinen vahinko määritellään niin kuin korkein oikeus asian ilmaisee, taloudellista vahinkoa voi periaatteessa seurata mihin tahansa varallisuusarvoiseen oikeuteen – jollaisia siis ovat mitkä tahansa oikeudet, joiden hankkiminen edellyttää taloudellista panostusta – kohdistuvasta loukkauksesta, jos oikeuden haltija ei voi hyödyntää oikeuttaan haluamallaan tavalla.

Huomionarvoista on, että vaikka korkein oikeus puhuu edelleen taloudellisesta vahingosta, se ei pyri muotoilemaan vahingonkorvauksen määrälle minkäänlaisia mittapuita. Se vain kylmästi harkitsee vahingon määräksi 400 euroa, samoin kuin hovioikeus.

Laskentamenetelmien yksityiskohtiin korkeimman oikeuden ratkaisuksista ei juuri saa johtoa. Kyse on yleisemmästäkin ongelmasta. Esimerkiksi saksalainen Ulrich Magnus erotti vuonna 1987 ilmestyneessä tutkimuksessaan kuusi tyyppitapausr ryhmää, joissa perinteinen vahingonkorvausjärjestelmä ja erityisesti sille ominainen vahinkokäsitys olivat vaikeuksissa. Nämä tyyppitapausr ryhmät, joissa syntyviä vahinkoja Magnus pitää selkeästi ”korvaamisen arvoisina” mutta erittäin vaikeasti kvantifioitavissa, ovat 1) fiktiiviset korjauskustannukset⁸⁴⁰, 2) uudet esineet⁸⁴¹, 3) korvaavien ajoneuvojen vuokrauskustannukset, 4) abstraktin käyttöhyödyn menetyksen korvaaminen, 5) loma- ja vapaa-aikaan vaikuttavien oikeudenloukkausten korvaaminen ja 6) työkyvyn alentumisen korvaaminen.⁸⁴² Osaa edellä mainituista tapausryhmistä olen käsitellyt jo edellä. Viimeistä kuudetta tapausryhmää käsitellen jäljempänä. Magnusen listassa on etenkin kaksi mielenkiintoista vahinkotyyppiä: abstraktin käyttöhyödyn⁸⁴³ menetyksen korvaaminen ja vapaa- ja loma-ajan käyttämiseen vaikuttavat oikeudenloukkaukset. Kummassakin tapauksessa ongelmat juontuvat leimallisesti juuri siitä, että näistä vahinkotyypeistä ei tavallisesti seuraa kassavirtojen muutoksia. Taloudellista vahinkoa ei näin ollen näytä syntyvän.

Magnus uhraa paljon tilaa vahingoittuneiden ja korjattavana olevien autojen käytön estymisestä aiheutuvien vahinkojen korvaamiskäytäntöjen esittelyyn.⁸⁴⁴

⁸⁴⁰ Ks. Magnus 1987 s. 58–73.

⁸⁴¹ Ks. Magnus 1987 s. 74–83.

⁸⁴² Ks. Magnus 1987 s. 307–311.

⁸⁴³ Abstraktin käyttöhyödyn käsitteellä viitataan niihin vahinkoseurauksiin, jossa ansiotoiminnan ulkopuolelle jätetyn esineen käyttö tilapäisesti estyy ja tätä tilapäistä menetystä ei poisteta esimerkiksi vuokraamalla tilalle toinen esine. Tällöin vahinkotapahtuma jää selkeästi vaille rahallista arvoa.

⁸⁴⁴ Ks. Magnus 1987 s. 131–174.

Tapausryhmässä on hänen mukaansa kysymys menetetyt käyttöhyödyn yhdestä erityistapauksesta. Lähtökohtana on perisaksalaiseen tapaan ajatus vahinkotapahtuman auton keskeisestä asemasta ihmiselämässä ja toisaalta normatiivisesti vahinkotapahtuman aiheuttaman asian tilan konkreettisesta korjaamisesta. Saksalaisessa doktriinissa ajatellaankin, että ensisijaisesti vahingonkärsijän tulee – ja tämä saa – vuokrata korvaava ajoneuvo korjattavana olevan tilalle.⁸⁴⁵ Tavoitteena on tällöin fyysinen ennallistaminen.

Jos vahingonkärsijä ei kuitenkaan vuokraa autoa, joka vastaa täysin vahingoittunutta autoa tai ei ylipäättäen vuokraa autoa, ratkaistavaksi tulee Magnuksen mukaan seuraava kysymys. Tuleeko vuokrauskustannuksista maksaa vahingonkorvausta ja kuinka paljon, jos fyysinen ennallistaminen ei johtanut tehokkaiseen lopputulokseen? Lähtökohtatilanteita on Magnuksen mukaan kaksi: 1) Vahingonkärsijä ei vuokraa autoa lainkaan, vaan käyttää muita kulkuneuvoja. 2) Vahingonkärsijä vuokraa esimerkiksi kustannuksia säästääkseen omaa autoaan huonomman auton, vaikka hänellä lähtökohtaisesti onkin oikeus vuokrata vahingoittunutta autoa vastaava auto.⁸⁴⁶

Vahingon määrää laskettaessa vaihtoehdossa 1) voidaan ajatella, että mitään menetystä ei ole, etenkin, jos vahingonkärsijälle korvataan vaihtoehtoisten kulkuneuvojen käyttämisestä aiheutuvat kustannukset. Tämä vaihtoehto ei ole kuitenkaan optimaalinen, koska on todennäköistä, että autottomana vahingonkärsijä joko liikkuu vähemmän kuin silloin, kun hänen autonsa ei olisi lainkaan vahingoittunut, tai kärsii erilaisista haitoista liikkeessään esimerkiksi julkisilla kulkuneuvoilla. Toisessa tapauksessa mahdollisesti korvattava menetys on, että vahingonkärsijä ei ole voinut matkustaa yhtä mukavasti kuin omassa autossaan tai hänen statuksensa ei ole saanut samanlaista nostetta kuin jos hän olisi käyttänyt omaa autoaan. Magnuksen peruskysymys on, pitäisikö nämä haitat ottaa huomioon ja millä tavalla, kun vahingonkorvaus määrätään.⁸⁴⁷ Magnuksen vastaus on varsin epämääräinen. Hän erottaa oikeusvertailuaineiston perusteella kaksi lähestymistapaa. Saksalaisessa oikeuskäytännössä on omaksuttu ennallistamiskustannuksista liikkeelle lähtevä lähestymistapa – *vermögensmäßige Ansatz* –, jossa vahingonkorvauksena tuomitaan tietty prosenttiosa vastaavan auton vuokrauskustannuksista. Toinen vaihtoehto on ”immateriaalinen” ja ”liegt eine nivel-

⁸⁴⁵ Ks. Magnus 1987 s. 84–85. Tilanne on kuitenkin käsitteellisesti hankala. BGB § 249:n mukaan vahingonaiheuttajalla on lähtökohtaisesti velvollisuus ja mahdollisuus korvata aiheuttamansa vahinko luontaisuuorituksen. Koska vahingonaiheuttaja vain harvoin pystyy tähän, vahingonkärsijä voi ennallistaa tilanteen itse ja vaatia vahingonaiheuttajaa korvaamaan tästä syntyneet kulut. Magnuksen mukaan BGH on kuitenkin vakiintuneesti katsonut, että korvattava vahinko on käytön estyminen, eivätkä tämän asian tilan korjaamisesta aiheutuneet kulut (Magnus 1987 s. 85).

⁸⁴⁶ Ks. Magnus 1987 s. 180.

⁸⁴⁷ Ks. Magnus 1987 s. 180.

lierende und großzügig schätzende Form der Berechnung näher”. Kumpi valita? Magnus valitsee molemmat.

”Der ’vermögensmäßige’ wie der ’immaterielle’ Ansatz erscheinen in gleicher Weise berechtigt. [...] Demnach ist der vermögensrechtliche Kern genauer zu umgrenzen und zu bestimmen. Sodann ist ein angemessener Betrag für die immaterielle Beeinträchtigung zu addieren.”⁸⁴⁸

Susanne Würthwein lähestyy asiaa hieman eri näkökulmasta. Hänen mukaansa käyttöhyödyn korvaamisessa keskiössä on kysymys siitä, miten vahinko voidaan vahinkolajissa käsitteellistää: onko kysymys käytöstä saatavien etujen (*Gebrauchsvorteile*) vai käyttömahdollisuuden (*Nutzungsmöglichkeit*) korvaamisesta.⁸⁴⁹

Jos vahinkolaji ymmärretään käyttämisestä saatavien etujen korvaamiseksi, on luonnollista, että vahingon määrän arvioinnissa keskitytään käyttöhyödyn rahalliseen arvostamiseen. Tällöin ongelmallisia ovat tilanteet, joissa vahingonkärtsijä ei tosiasiallisesti olisi edes käyttänyt esinettä tai oikeutta. Klassisessa asetelmassa henkilö on liikenneonnettomuuden jälkeen sairaalahoitossa ja siten estynyt ajamasta, jolloin todellinen käyttömahdollisuus puuttuu. Vastaavasti esine tai oikeus voi olla vahingonkärtsijälle muutoinkin sellainen, että hän ei sitä olisi halunnut käyttää sinä aikana, kun se oli väliaikaisesti poissa hänen hallinnastaan. Jos karakterisointi puolestaan perustuu abstraktin käyttömahdollisuuden menetämiselle, kysymyksenasettelu avartuu. Würthwein esittääkin, että tällöin vahingon määrää arvioidaan jo vahingonkärtsijän tahdonvapauden tosiasiallisen laajuuden kaventumisen näkökulmasta.⁸⁵⁰ Vahingonkärtsijän kaventuneille mahdollisuuksille on määritettävä jokin hinta. Ongelmalliset tilanteet ovat niin ikään toiset.

Würthweinin ehdottama ratkaisu korostaa käyttömahdollisuuksien, ei käyttöhyödyn korvaamista. Würthwein hakee korvausharkinnan menetelmiä neljästä, parhaiten objektiiviseksi luonnehdittavasta suunnasta. Näitä ovat 1) vuokra-arvo, jolla Würthwein tarkoittaa vastaavan esineen hypoteettisia vuokrauskustannuksia⁸⁵¹, 2) laskennallisesti korjattu vuokrausarvo, jossa erilaiset arvonmuodostuk-

⁸⁴⁸ Magnus 1987 s. 180–181.

⁸⁴⁹ Ks. esim. Würthwein 2001 s. 26.

⁸⁵⁰ Ks. Würthwein 2001 s. 26.

⁸⁵¹ Würthweinin argumentti rakentuu jokseenkin hankalasti arvon käsitteen varaan. Perusidea on, että vuokrauskustannusten voidaan ajatella vastaavan käyttöoikeuden objektiivista, todellista taloudellista arvoa keskimääräiselle vahingonkärtsijälle. Tämän ajattelutavan ongelma on, että kun esine on lyhytaikaisesti poissa vahingonkärtsijän hallusta, vuokrauskustannusten voidaan ajatella ylittävän esineen todellisen ”käyttöarvon”, koska vahingonkärtsijä joutuu tekemään pakon saneleman ratkaisun ja maksamaan käyttöoikeudesta ylihintaa. Tähän ylihintaan sisältyvät muun muassa

seen vaikuttavat tekijät on otettu huomioon⁸⁵², 3) ylläpitokustannukset, joilla Würthwein tarkoittaa niitä kustannuksia, jotka jonkin tietyn esineen tai oikeuden käyttömahdollisuuksien ylläpitämisestä tavanomaisesti koituvat⁸⁵³, ja 4) ajansäästö⁸⁵⁴. Würthwein valitsee näistä menetelmistä kolmannen, ylläpitokustannukset, koska se ei toisin kuin hypoteettiset vuokrauskustannukset – korjattuina tai korjaamattomina – johda vahingonaiheuttajan kannalta kohtuuttoman raskaaseen korvausvastuuseen. Toisaalta tämä menetelmä suojaa Würthweinin mukaan tarpeeksi vahingonkärsijän oikeutta käyttää tavaraa.⁸⁵⁵

Suomalaisessa järjestelmässä tällaiset autoihin liittyvät ongelmat aktualisoituivat varsin harvoin. Seisontakorvaus maksetaan useimmiten vahingon aiheuttaneen osapuolen pakollisesta liikennevakuutuksesta tai vapaaehtoisesta autovakuutuksesta, jolloin sen suuruus perustuu vakuutus sopimukselle. Liikennevakuutuksesta maksettavat seisontakorvaukset perustuvat standardisoiduille taulukoille.⁸⁵⁶ Jos taulukkorvaus on todellista vahinkoa pienempi, liikennevakuutuksesta korvataan täyden korvauksen mukainen määrä, jos vahingonkärsijä voi näyttää vahingon määrän toteen.⁸⁵⁷

Vapaa-ajan ja lomien korvaamisessa asetelma vastaa teknisesti käyttöhyödyn⁸⁵⁸ korvaamista. Luonnollista menetelmää korvata menetettyä vapaa-aikaa tai menetettyjä lomapäiviä ei ole.⁸⁵⁹ Silti on selvää, että vapaa-ajan ja lomapäivien menettäminen on kaupunkilaisjärjellä ajateltuna sellainen epäedullinen tapahtuma, että siitä tulisi maksaa korvausta. Tilanne on ongelmallinen, koska objektiivisia mittapuita ei ole.⁸⁶⁰

vuokraajan voitto-osuus ja vuokraustoiminnasta aiheutuvat hallinnolliset kustannukset. Ks. Würthwein 2001 s. 450–453.

⁸⁵² Würthwein hylkää yksiselitteisesti tämän menetelmän, koska sen avulla ei voida tuottaa riittävän varmaa ja yksiselitteistä vahingonkorvauksen määrää. Würthwein 2001 s. 453–455.

⁸⁵³ Würthwein ylläpitokustannuksiin kuuluvat myös iän myötä tehtävät hankintahinnan laskennalliset ”poistot”. Ks. Würthwein 2001 s. 455–458.

⁸⁵⁴ Ks. Würthwein 2001 s. 458–459. Ks. laskentavaihtoehtoista myös Bitter 2005 s. 777–792.

⁸⁵⁵ Ks. Würthwein 2001 s. 461–462.

⁸⁵⁶ Ks. Seisonta-ajan korvaukset ja linja-autojen siirtokustannukset, julkaistu 7.4.2008 (<http://www.liikennevahinkolautakunta.fi/quideline.asp?id=668>).

⁸⁵⁷ Ks. myös LVL:n lausunto 29.9.2003 asiassa Dno 03/309.

⁸⁵⁸ Vaikka olen Würthweinin kanssa samaa mieltä siitä, että korvausta tulisi maksaa ensisijaisesti käyttömahdollisuuden menettämisestä eikä korvata menetettyä käyttöhyötyä, en kuitenkaan luovu käyttöhyötytermin käyttämisestä.

⁸⁵⁹ Vrt. edellä jaksossa 5.3 oman työn korvaamisesta esitettyyn. Vapaa-ajan korvaamisessa ongelmana on, että henkilön vapaa-ajalle ei ole korvaavia suoritteita.

⁸⁶⁰ Ks. esim. NJA 1992 s. 213. Aviopuolisoiden omistama matkailuvaunu vahingoittui, kun vetokoukku petti. Puolisot vaativat korvausta, koska olivat joutuneet käyttämään lomastaan kolme päivää vaurion selvittämiseen. Högsta domstolen tuomitsi korvausta, koska haitta oli olennaista ja se saatettiin katsoa luonteeltaan taloudelliseksi, kun otettiin huomioon ”den almänna tendensen att tillmäta intresset av fritid och rekreation allt större betydelse.” Tematiikasta ja ratkaisusta tarkemmin ks. Andersson 1993 s. 546–547.

Ongelmaa sivutaan valmismatkalaissa ja sen matkanjärjestäjän virheen seuraamuksia koskevissa säännöksissä. Valmismatkalain virhevastuusääntelyn lähtökohtana on vain hinnanalennus. Jos valmismatkan järjestäjän suoritus on virheellinen, matkustajalla on oikeus virhettä vastaavaan hinnanalennukseen. Matkustaja voi myös purkaa matkasopimuksen, jos virhe on olennainen. Tällöin edellytetään, että matkan toteutus osoittautuu niin virheelliseksi, ettei se vastaa sille alun perin asetettua tarkoitusta. Valmismatkalain 23 §:n vahingonkorvaussäännöksessä todetaan, että matkustajalla on oikeus korvaukseen henkilö-, esine- ja varallisuusvahingosta, jonka matkanjärjestäjän suorituksessa oleva virhe on hänelle aiheuttanut. Hallituksen esityksessä todetaan, että ”esimerkiksi epäonnistuneesta lomasta johtuvasta mielipahasta tai virkistäytymismahdollisuuksien menettämisestä ei saa korvausta”⁸⁶¹. Tämä tarkoittaa käytännössä sitä, että menetetyistä lomasta ei voi saada muuta kuin restitutiivista korvausta, vaikka erityisesti ratkaisun KKO 2005:66 jälkeen voidaan tietysti väittää, että loma-ajan menettäminen on oikeuskäytännössä omaksuttujen määritelmien mukaan taloudellista vahinkoa. ”Positiivinen sopimusetu” jää korvaamatta. On kuitenkin huomattava, että kun lomasta maksettava hinta osaksi tai kokonaan palautetaan, vahingonkärsijälle tulee mahdolliseksi ostaa vastaavanlainen palvelu myöhemmin uudestaan.

Vapaa-ajan, loman ja erilaisten yksityisessä käytössä olevien esineiden käyttöhyödyn menetyksen korvaaminen on lähellä ajatusta, että korvausta ei makseta käyttöhyödyistä, vaan sen kääntöpuolelta: mielipahasta ja harmista. Doktriinissa ja oikeuskäytännössä mielipahan ja harmin korvattavuuteen on suhtauduttu selkeään kielteisesti.⁸⁶² Sama kanta vahvistettiin myös henkilövahinkouudistuksen yhteydessä, kun hallituksen esityksessä kirjattiin, että tilapäisenä haittana ei korvata henkilövahingon vahingonkärsijässä aiheuttamia normaaleja tunteita.

Oikeustila on osin jännitteinen. Vaikka mielipahaa, joka on erittäin vaikeasti kvantifioitava vahinkolaji, ei korvata, käyttöhyöty vastaavista ongelmista huolimatta on tullut enenevässä määrin korvattavaksi. Kun edes taloudellisen vahingon rajanvedosta ei enää saada selkeää formaalia ratkaisuperustetta kysymykseen, tulee sitä avata. Mielekäästä olisikin kysyä, miksi mielipahaa *ei tule* korvata. Miksi oikeusjärjestelmän pitäisi lähettää viesti, että mielipaha ja harmi eivät ole sellaisia inhimillisen kokemuksen osia, joita ei haluta tunnistaa oikeusjärjestelmän piirissä? Jos – ja kun – muita kuin perinteisiä vastaväitteitä ei voida esittää, tulisi korvaamiseen suhtautua myönteisesti.

Kysymys on hankala, erityisesti kun mielipahan korvaaminen voisi avata tien lähes loputtomaan kommodifikaatioon eli tavaraistumiseen, jossa erilaiset

⁸⁶¹ HE 241/2005 vp s. 28.

⁸⁶² Ks. esim. KKO 1978 II 43: Autonomistajan vaatimus saada vahingontekijöiltä korvausta hänen autonsa moottorin tahallista vahingoittamisesta aiheutuneesta mielipahasta hylättiin lakiin perustumattomana. Ks. myös KKO 2004:87, jossa todetaan, että maiseman menetys on korvattavaa vain, jos kiinteistön taloudellinen arvo sen seurauksena alenee.

tunteet ja kokemukset saisivat hintansa.⁸⁶³ Korvattavuus voisi myös vaikuttaa ratkaisevasti erilaisten palvelujen ja tuotteiden hinnanmuodostukseen, koska korvattavuus siirtäisi nyt kuluttajan kannettaviksi jäävät vahinkoseuraukset palvelun tai tuotteen tarjoajan kannettaviksi. Tästä koituisi paineita joko käyttää vastuunrajoitusehtoja tai korottaa hintoja.

Tunteiden ja erilaisiin mielihyvään liittyvien odotusten näin pitkälle viety korvaaminen on eettisesti kyseenalaista. On nähdäkseni perusteltua jättää jäljelle jokin yksityisen kokemuksen alue, johon vahingonkorvausoikeus ei vahinkoa määritettäessä ja kvantifioitaessa ota kantaa. Jos mielipahaa korvataan, syntyy kiinteä yhteys inhimillisten tunteiden, kokemuksen ja rahan välille. Yhteys on liian läheinen. Järkevältä vaikuttaisikin pysyttäytyä *esineen käyttöhyödyn* tai *palvelun hyödyn* korvaamisessa. Tällöin korvausajattelun fokus jää esineeseen tai palveluun ja niiden käyttöön eikä siirry suoraan ihmiseen ja tämän kokemuksiin. Esine tai palvelu muodostaa puskurin ihmisen persoonallisuuden ja rahan välille.

Edellä selvitetystä suomalaisista ratkaisuista käyvät ilmi uuden korvaamisparadigman peruspiirteet. Luonnollisiksi hahmotettujen prosessien laskentainformaatiomallintamiselle perustuvan korvaamisparadigman rinnalla kulkee kokonaan toisenlaiselle logiikalle ja teknologiselle muodostumalle perustuva ajan ja menetettyjen mahdollisuuksien korvaamisen muoto. Kyse on jatkuvasti laajenevasta korvaamisen tekniikoiden muodostelmasta, jonka täsmälliset yksityiskohdat ovat vielä melko epämääräisiä. Olennaista on huomata, että laskentainformaatiolle pohjautuvan vahingonkorvausvaikuttamisen ongelmat tunnustetaan yhä useammin. Objektiivisen mittapuun vaatimus on menettämässä merkitystään vaikeasti kvantifioitavan taloudellisen vahingon määrän arvioinnissa. Mittapuun puuttuminen ei enää oikeuta epäämään vahingonkorvausta, jos riittävän painavat syyt puhuvat vahingonkorvauksen tuomitsemisen puolesta.⁸⁶⁴

Vaikka laskentainformaatiotekniikkojen avulla vaikeasti hahmotettavan, mutta sinällään taloudellisen vahingon määrän arvioinnin menetelmät ovat teknisesti lähes läpikäymättömiä, voidaan niistä erottaa kaksi kehitystendenssiä.

Ensinnäkin vaikuttaa siltä, että erityisesti tilapäisen ja pysyvän haitan korvaamisessa korostuva pyrkimys objektiivisuuteen ja liukuma kohti vakuutuksellisia korvausmuotoja voi johtaa korvausmäärien standardisoitumiseen ja erilaisten

⁸⁶³ Oma ongelmakenttänsä on sopimusoikeudellisten odotusten korvaaminen. Ks. esim. McKendrick 2005 s. 301–315; Chandler – Devenney 2007.

⁸⁶⁴ Thomas Wilhelmsson näkee *Senmodern ansvarsrätt* -kirjansa viimeisessä jaksossa uuden vahinkokäsityksen tekevän tuloaan erityisesti ympäristövahingoissa. Wilhelmsson pitää merkittävänä kehityspiirteinä erityisesti viranomaisten rajoitus- ja ennallistamistoimenpiteistä aiheutuneiden kustannusten korvausvelvollisuuden lainsäädännöllistä laajentumista ja fiktiivisille ennallistamiskustannuksille perustuvaa vahingonkorvauksen määrän arviointia silloin, kun ennallistamista ei voida todellisuudessa toteuttaa. Ks. Wilhelmsson 2001 s. 360–362.

vakuutusteknologisten järjestelyjen hyödyntämiseen myös käyttöhyödyn korvaamisessa. Käsityksen korvaamisessa on havaittavissa samansuuntaista kehitystä. Idea on yksinkertainen ja perustuu vahingonkorvauksen määrän arviointia legitimoivan objektiiviselta vaikuttavan tekniikan omaksumiselle. Vakuutuskorvaus tuottaa konventionaalisen mittapuun, joka samalla pitää korvauksen erillään mielipahan korvaamisesta. Nämä korvausmenetelmät ovat löytämässä tietään myös aineettomiin vahnkoihin.

Teoreettisesti ajatellen tämä tarkoittaa sitä, että objektiivisten mittapuiden käsite laajenee kattamaan ilmiön markkinahinnasta käsitteellisesti entistä kauempana olevia ratkaisumalleja. Thomas Wilhelmsson viittaa *Senmodern ansvars-rättin* lopussa esimerkiksi Ruotsin korkeimman oikeuden, Högsta domstolenin ns. ahmatapaukseen (NJA 1995 s. 249). Henkilö oli ampunut kaksi ahmaa. Hänet tuomittiin rangaistukseen törkeästä metsästysrikoksesta. Valtiolla tuomittiin maksettavaksi vahingonkorvausta turhiksi käyneiden suojelumenojen määrä, vaikka ahmoilla ei sinällään ollut traditionaalisesti määriteltyä taloudellista arvoa kenellekään. Niitä ei saanut metsästää, tarhata tai tappaa, joten kukaan ei saanut niistä mitään hyötyä. Korkeintaan ne aiheuttivat vahinkoa.

Tapauksessa HD kiinnitti vahingonkorvauksen määrän arvioinnin turhiksi jääneisiin suojelukustannuksiin. Kyse on eräänlaisesta derivatiivisesta markkina-arvon käytöstä. Lopputulos olisi luultavasti ollut sama myös toisessa vaihtoehdossa. Vahingonkorvauksen määrää olisi nimittäin voitu pyrkiä haarukoimaan myös laskemalla, paljonko kustannuksia kahden ”ylimääräisen”, tapettujen tilalle hankittujen korvaavien ahmojen hankkimisesta olisi aiheutunut. Merkittävää on huomata, että konventionaalisuus suorastaan loistaa HD:n omaksumasta arviointimenetelmästä. Vaikka vahingonkorvauksen määrä periaatteessa kiinnitetään todellisiin kustannuksiin, juuri kyseisten kustannusten valinnassa ei ole mitään luonnollista tai itsestään selvää. Mittapuut ovat laskennallisia eivätkä ne tuota käsitystä täydestä korvauksen määrästä. Ne valitaan, koska on tunnistettu ollenainen vahinkotapahtuma, jolle halutaan antaa myös rahamääräinen ilmaus.

Suomessa tapettu ahma ei olisi samanlainen vahingonkorvausoikeudellinen ongelma. Metsästyslain 80 §:n mukaan vastoin metsästyslain säännöksiä tapettu rauhoitettu eläin tai sen arvo tulee tuomita menetetyksi valtiolle. Eläimen arvo määrätään tällöin metsästyslain 79 §:ssä säädetyllä tavoin. Metsästyslain 79 §:ssä säädetään, että maa- ja metsätalousministeriö vahvistaa kullekin riistaeläinlajille ohjeellisen arvon. Ahman arvo on Maa- ja metsätalousministeriön elävän riistaeläimen ohjeellisista arvoista antaman asetuksen (824/2001) mukaan 840–1680 euroa.⁸⁶⁵

⁸⁶⁵ Tällaisten vahvistettujen taksojen vahingonkorvausoikeudellisesta asemasta kriittisesti on kirjoittanut Routamo (Routamo 2005 s. 333–334).

Toinen, ääriviivoiltaan edellistä epämääräisempi tendenssi on korvausharkinnan eettillistyminen. Korvausmäärän harkintaa ei enää edes pyritä sitomaan mihinkään ulkoiseen ja kiinteään tekniikkaan. Raha toimii puhtaasti arvionvaraisena instrumenttina, jonka käyttämiselle ei aseteta erityisiä ulkoisia rajoituksia. Korvauksen päämäärät ovat puhtaasti oikeudellisia. Korvausta ja sen määrää käytetään viestittämään, että loukkaus on ollut merkittävä ja että se tunnustetaan oikeudellisesti.⁸⁶⁶ Puhtaimmillaan tällainen lähestymistapa kuvastuu edellä selostetussa ratkaisussa KKO 2005:66. Siinä taloudellisesta vahingosta maksettu korvaus sai puhdaspiirteisen hyvityksen luonteen. Vahingonaiheuttajan aiheuttamasta relevantista muutoksesta tuomitaan vahingonkärsijälle korvaus, joka tunnustaa vahingon ja antaa sille mielekkään merkityksen, ja sillä hyvä.⁸⁶⁷ Lähestymistapa on nähdäkseni pitkälti sama kuin tuomittaessa korvausta tilapäisestä haitasta tai kärsimyksestä. Vahinkotapahtuma ja sen seuraukset pyritään tunnustamaan ja tunnustamaan rahan avulla. Ratkaisussa arvionvarainen ja puhtaasti oikeudellinen rahankäyttö on täysin piilottelematonta. Korkein oikeus ei edes pyri luomaan laskentamenetelmää, jonka avulla voitaisiin selvittää, mikä vahinkotapahtuman rahallinen merkitys vahingonkärsijälle oli.

Tällainen puhdas arvionvaraisuus on kuitenkin suhteellisen harvinaista. Yleensä arviointi pyritään kiinnittämään jonkinlaiseen laskelmaan, jolla vahingonkorvauksen määrälle saadaan ainakin enimmäismäärä. Yleensä laskelmissa etsitään korvauksen enimmäismäärää arvioimalla, mitä korvaavan tavarán, palvelun tai oikeuden hankkiminen olisi tullut maksamaan ajaksi, jonka tavara, palvelu tai oikeus oli vahingonkärsijän ulottumattomissa,

Chandler ja Devenney tiivistävät tilanteen hyvin mielenkiintoisella tavalla. He väittävät, että Englannissa runsaasti huomiota herättäneet Ruxley-⁸⁶⁸ ja Farley-ratkaisut⁸⁶⁹ perustuvat *common sense* -ajattelulle. Chandler ja Devenney toteavat, että usein tuomari ”has nothing but his commonsense to guide him in fixing the quantum of damages”. He kirjoittavatkin osuvasti: ”The decisions in Ruxley and Farley embrace this commonsense approach by de-mystifying the unnecessary complexity surrounding compensation for the physical and mental inconvenience experienced by the victims of breaches of contract. As the courts move inexorably towards a system that emphasizes a claimant’s ‘individual expectation of performance’, it becomes imperative that compensation for different types of non-pecuniary loss are not unduly constrained by terminological exactitude, nor that courts are prevented from drawing reasonable

⁸⁶⁶ Ks. esim. Wilhelmsson 2001 erityisesti s. 202–203 eettisestä argumentista pieniä hyviä kertomuksia kehiteltäessä.

⁸⁶⁷ KKO 2005:66 -ratkaisu on ongelmallinen, koska korkein oikeus ei perustellut mitenkään, millä perusteella vahingon määräksi katsottiin juuri 400 euroa. Se ei luonut minkäänlaista kertomusta siitä, miten raha ja vahinkoseuraukset voitaisiin kytkeä toisiinsa.

⁸⁶⁸ *Ruxley Electronics and Construction Ltd. v. Forsyth*, [1996] A.C. 344.

⁸⁶⁹ *Farley v. Skinner*, [2002] 2 A.C. 732.

inferences from the surrounding factual matrix in order to tailor damages more effectively to the real loss suffered by consumer claimants.”⁸⁷⁰

Olennaista on, että lähestymistapa johtaa huomiota suoraan laskentamenetelmiin itseensä. Vahingon määrää koskevan laskelman oikeellisuutta voidaan arvioida vain tarkastelemalla sitä teknologista kokonaisuutta, jota arvioinnissa käytetään ja jonka avulla vahingon määrä lasketaan: Tuottaako menetelmä järkevän kuvan siitä, mistä vahinkotapahtumassa on kysymys? Voidaanko sen avulla tunnistaa relevantti vahinkotapahtuma ja myös osoittaa, että oikeusjärjestyksen piirissä siihen suhtaudutaan riittävällä vakavuudella? Tällöin johtotähtenä on kysymys, johtaako menetelmän soveltaminen siinä määrin tuntuvaan korvaukseen, että vahingonkärsijä mieltää oikeusjärjestelmän ottavan hänet ja hänen menetyksensä tosissaan.

4 ENNAKOITAVUUS

Siirryn takaisin liikevahinkojen korvaamisen ”kovaan” ytimeen. Elävä talous oli (h)aavekuvassa ongelma mutta hallittavissa. Sitä hallittiin luomalla hypoteettinen tapahtumaketju *todellisuutta* koskevan tiedon varassa. Tämä luomisprosessi näyttäytyi (h)aavekuvassa ongelmattomana. Tilanne on muuttunut Stangin, Rodhen ja Perssonin ajoista. Viimeistään Mika Hemmon väitöskirjan⁸⁷¹ jälkeen Suomessa sopimusvahingonkorvauksessa hypoteettisen tapahtumaketjun rakentamisessa⁸⁷² käytetty pääasiallinen väline on ollut angloamerikkalaisesta oikeudesta tuttuun tapaan⁸⁷³ ns. *ennakoitavuusrajoitus*.

Toinen mahdollisuus rajoittaa sopimusvastuuta on ns. *normaalikorvaus*. Lars Erik Taxell kannatti tätä vaihtoehtoa. Hänen mukaansa normaalikorvauksessa tuomittava vahingonkorvaus kattaa vain sopimusrikkomuksen tavanomaiset seuraukset. Vahingonkorvauksen rajoittaminen vain normaaleihin vahinko-

⁸⁷⁰ Ks. Chandler – Devenney 2007 s. 154.

⁸⁷¹ Hemmo 1994 s. 144–145. Hemmon muun tuotannon jälkeen ”oikeustila” on voimistunut entisestään. Ks. esim. Hemmo 2003 s. 293–300. Vrt. esim. Herre 1996 s. 679–682; Iversen 2000 s. 107–112, joissa ennakoitavuusrajoitetta ei käsitellä pohjoismaisen oikeuden varsinaisena osana, vaan pitäydytään adekvanssiopissa. Iversenillä adekvanssiarviointi tosin merkitsee ennakoitavuusarviointia.

⁸⁷² Hemmo ei itse käsitteellistä asiaa näin. Ennakoitavuusrajoitus ei ole hänen käsitteistössään osa hypoteettisen tapahtumakulun rakentamisvälineistöä, vaan sillä operoidaan hypoteettisen tapahtumakulun rakentamisen jälkeen. Vrt. esim. Taxellin (Taxell 1972 s. 367–368) normaalikorvauksesta esittämään.

⁸⁷³ Ns. foreseeability- tai remoteness-rajoituksesta, kuten doktriini tunnetaan Englannissa, yleisesti ks. esim. Danzig 1975; Furmston 2001 s. 658–677; Burrows 2004 s. 83–94.

seurauksiin perustuu sekin ennakoitavuusnäkökulmille. Taxell perustelee, että normaalikorvaus on sovelias, koska vahingonkorvausvastuu on ennakoitavaa, jos ”blott de *intäker* som ett avtal av ifrågavarande slag i regel ger borgenären” korvataan.⁸⁷⁴

Oma mielenkiintoinen kysymyksensä on, mikä periaate – jos mikään – rajoittaa deliktivastuuta. Lähtökohtaisesti tilanne on Pohjoismaissa toinen kuin kuuluisan Englannissa vuonna 1961 ratkaistun *Wagon Mound*-tapauksen jälkeen. Englannissa vahinko, jonka ”a reasonable person” olisi arvannut ennalta korvataan, kun taas Pohjoismaissa deliktivastuussa vahinkotapahtumaan adekvaattisessa syy-yhteyssuhteessa oleva vahinko korvataan.⁸⁷⁵ Deliktivastuun rajojen etsiminen kääntyy Pohjoismaissa kysymykseksi adekvaattisesta syy-yhteydestä tai normin suojatarkoituspista. Suomalaisessa kirjallisuudessa on esitetty Stangin mielipiteitä muistuttavia kantoja, joiden mukaan deliktivastuussakin vastuun rajat määrittäisivät ennakoitavuusarvioinnin pohjalta.⁸⁷⁶

Lähtökohtani ja oman esitykseni kontrapunkti tässä jaksossa on Mika Hemmon väitöskirja. Hemmo pyrki reilu kymmenen vuotta sitten väitöskirjassaan osoittamaan, että Suomessa voimassa olevan oikeuden mukaan sopimusperusteisessa vahingonkorvauksessa korvauksen määrä rajataan ns. ennakoitavuusperiaatetta käyttäen. Hemmon mukaan ennakoitavuusperiaate edellyttää lyhyesti määriteltynä, että korvattavan vahingon tulee olla vahingonaiheuttajan ennakoitavissa tietyllä arviointihetkellä joko yleisen tietämysvaatimuksen perusteella tai osapuolten välillä vaihdetun informaation johdosta. Ennakoitavissa ollut vahinko korvataan, ennakoimatonta ei vastaavasti korvata. Hemmo tematisoi ennakoitavuusperiaatteen merkityksen seuraavasti:

”Sopimusvastuun laajuutta rajoittava keskeinen kriteeri on vahingon ennakoitavuus. Sopimusvelallisen korvausvastuu ei tämän rajoitusperiaatteen mukaan käsitä sellaista vahinkoa tai vahingon osaa, jonka aiheutuminen ei ollut sopimusta solmittaessa (tai mahdollisena myöhempänä arvioajankohtana) velalliselta vaadittava tietämys huomioon ottaen ennakoitavissa.”⁸⁷⁷

Ennakoitavuusperiaatteen normatiivinen asema on mielenkiintoinen ja vaikeasti hahmotettava. Se näyttää hallitsevan koko sopimusoikeudellisen – ja osittain myös deliktiperusteisen – vahingonkorvausoikeuden kenttää, perustavan ja perustelevan sen käsitteelliset jaottelut, tuottavan käsityksen siitä, miten vahinkoja tulee korvata. Yhtäältä on selvää, että pelkällä sanalla ongelmakenttää ei voida hallita. Ennakoitavuus ei kuitenkaan ole erityisen selvä idea: se kätkee taakseen

⁸⁷⁴ Ks. Taxell 1972 s. 376. Ks. Hemmon kannasta normaalikorvaukseen Hemmo 1994 s. 162–163.

⁸⁷⁵ *Wagon Mound* -tapauksen kritiikistä ks. esim. Richard Abelin vahingonkorvausmystiikkaa hälventämään pyrkivää *Judges Write the Darkest Things* -artikkelia (Abel 2002 s. 1159). Ks. ennakoitavuudesta deliktivastuussa myös Cardi 2005.

⁸⁷⁶ Ks. Hemmo 1998 s. 153–160. Hemmo ei kuitenkaan ota yksiselitteistä kantaa asiaan.

⁸⁷⁷ Hemmo 1994 s. 145.

muita sanoja, käsitteellistyskiä ja konnotaatioita. Se on vain ensimmäinen kerros, jonka takana odottaa toisia periaatteita, teorioita, käsityskantoja ja muodostelmia, joilla lopulta näyttäisi olevan hyvin vähän tekemistä puhtaan empiirisen ennakoitavuuden kanssa – aivan samaan tapaan kuin adekvaattisuus-arvioinnisakin.

Mitä ennakoitavuus on? Mikä on ennakoitavuusperiaatteen tarkempi sisältö ja merkitys? Mika Hemmo lähtee väitöskirjassaan liikkeelle siitä, että ennakoitavuus on ainoastaan kokoava ja yksinkertaistava nimitys laajemmalle monimutkaiselle doktrinaaliselle kokonaisuudelle ja että ennakoitavuusarvioinnin todellisen sisällön voi saada selville vain lähestymällä ennakoitavuusrajoitusta analyytisesti.⁸⁷⁸ Ennakoitavuusrajoitusta tulee tarkastella Hemmon mukaan vastaamalla kolmeen kysymykseen:

- 1) Minkälaisesta näkökulmasta ennakoitavuutta arvioidaan?
- 2) Minkä sopimusprosessin vaiheen perusteella velallisen tietoisuutta arvioidaan?⁸⁷⁹
- 3) Mihin ennakoitavuusarviointi kohdistuu?⁸⁸⁰

Ensimmäisessä alakysymyksessä on Hemmon mukaan kysymys ennakoitavuutta koskevan tietämysvaatimuksen konkretisoimisesta eli sen määrittämisestä, mistä ja kenen näkökulmasta ennakoitavuutta tarkastellaan. Edellä tarkoitetun yleisen tietämysvaatimuksen osalta mahdollisuuksia on Hemmon mukaan periaatteessa kolme: sopimusvelallisen, sopimusvelkojan ja ulkopuolisen tarkkailijan näkökulma. Hemmon esityksessä soveliaaksi näkökulmaksi tarkentuu ulkoisen tarkkailijan näkökulma. Kysymys on Hemmon mukaan *oikeuspoliittisesta* valinnasta. Ulkoisen tarkkailijan näkökulma on sopimustoiminnan harjoittamismahdollisuuksien ja tehokkuuden kannalta paras vaihtoehto. Näkökulmasta muotoutuu näin ollen objektiivinen: sopimusvelkojan tai sopimusvelallisen subjektiivisten näkemysten omaksuminen ennakoitavuusharkinnan perustaksi joutaisi joko liian laajaan tai suppeaan sopimusvastuuseen ja vaihdannan varmuus ja tehokkuus kärsisivät.⁸⁸¹ Reaalisten argumenttien lisäksi ulkoisen näkökulman valintaa tukevat myös oikeudelliset normit. Lainsäädännössä, oikeuskäytännössä

⁸⁷⁸ Ks. ennakoitavuusrajoituksen insentiivirakenneluonnetta korostavista perustelusta esim. Bebhuk – Shavell 1991; Eisenberg 1992; Adler 1999.

⁸⁷⁹ En käsittele lähemmin vastausta, jonka Hemmo antaa toiseen kysymykseensä. Ks. vastauksesta Hemmo 1994 s. 192–201. Kysymys ei ole erityisen keskeinen myöhemmin hahmottelemani ansaintalogiikan käsitteelle rakentuvan ratkaisun kannalta.

⁸⁸⁰ Ks. Hemmo 1994 s. 182. Hemmo jättää huomiotta yhden tärkeän seikan listassaan: sen, miten ennakoitavaa vahingon pitää olla, jotta se olisi ennakoitavaa. Seikka oli House of Lordsin pohdinnan kohteena *Heron II* -nimellä tunnetussa ratkaisussa (*Koufos v C Czarnikow Ltd [1969] 1 AC 350*). Ks. tämän seikan sekä ennakoitavuuden ja syy-yhteyden suhdetta valottavasta käsittelystä Eisenberg 1998 s. 1070–1076.

⁸⁸¹ Ks. Hemmo 1994 s.174–175.

ja tieteisopissa on Hemmon mukaan säännönmukaisesti päädytty omaksumaan tällainen rajoitusperuste.⁸⁸²

Ennakoitavuus ei ulkoisen tarkkailijan näkökulmasta ratkea sen perusteella, mitä osapuolet tosiasiaassa tiesivät sopimuksen solmimishetkellä tai muuna valittavana arviointiajankohtana. Ennakoitavuutta arvioidaan sopimussuhteen osapuolista riippumattomasta, yleisestä ja sopimussuhteeseen nähden ulkoisesta näkökulmasta: ”korvausvastuun rajoittamisen perusteeksi on valittava sellaiset tiedot, joita velalliselta voidaan vaatia.”⁸⁸³ Korvausvastuu rajoittuu siis ”*piti tietää*”-kriteerin varaan. Tällainen kriteeri on luonteeltaan välttämättä normatiivinen. Se on oikeusjärjestelmän suunnasta toimijaan kohdistuva vaatimus. Kriteeri rakenteistaa ennakoitavuuden oikeudellisissa käytännöissä asetettavien tietämysvaatimusten ja niiden perusteella määrittyvän, jokaiselle toimijalle osoitettavan tietoisuuden varaan. Jokaisen toimijan tulee pystyä hahmottamaan toimintaansa ja sen seurauksia tietyllä, oikeudellisesti määrittyvällä tavalla. Jos toimija ei tähän jostain syystä pysty, hän kantaa itse riskin tästä vajavaisuudestaan.⁸⁸⁴ Oikeusjärjestys siis asettaa toimijalle tietyn identiteetin.⁸⁸⁵

Erityisesti silloin, kun tietämysvaatimus on positiivinen, näkökulman määrittäminen ei välttämättä vielä kovinkaan tarkasti määrää myöhemmän ennakoitavuusharkinnan lopputulosta. Vaikka ennakoitavuuden referenssipiste tunnetaan, tietämysvaatimus on pitkälti sisällöllisesti tyhjä, vailla hahmoa, johon ratkaisija voisi tarttua. Emme tiedä, mitä toimijoiden pitäisi tietää tai millaisia heidän tulisi olla. Tiedämme vain, että toimijoiden tulee tietää se, mitä heitä vaaditaan tietämään. Hemmo tunnistaa tietenkin ongelman: ”Korvausvastuun

⁸⁸² Ks. Hemmo 1994 s. 146–164.

⁸⁸³ Ks. Hemmo 1994 s. 183. Korotus MV. Hemmo esittää ulkoisen näkökulman valinnalle lukuisia perusteita. Perustelut rakentuvat ajatukselle siitä, että sopimussuhteen eri osapuolilla on usein toisistaan poikkeavia käsityksiä siitä, mitkä tai minkä suuruiset vahingot olivat ennakoitavia. Erilaiset vahingot ”voivat olla hyvinkin eri tavalla ennakoitavissa riippuen siitä, tarkastellaanko tapahtunutta velallisen vai velkojan näkökulmasta vai käytetäänkö objektivituna mittapuuna yleistä tietämystä.” Jos sopimusvelkojan näkökulma omaksuttaisiin arvioinnin referenssiksi, velkojan intressit saisivat (liian) laajaa suojaa. Kaikki velkojan ”taloudellisesti merkitykselliset toimentasuunnitelmat” muodostaisivat ennakoitavuuden piirin. Vastuu ei juuri rajoittuisi, koska velkojan tiedossa ovat ”yleensä jokseenkin kaikki hänen toimintaansa liittyvät vahinkoriskit”. Vastakkainenaan vaihtoehto ei olisi mahdollinen. Jos velallisen tosiasiallinen tietämys omaksuttaisiin arvioinnin perustaksi, ratkaisu ”suosisi tietämättömyyttä”. Velallisen kannattaisi olla tietämätön, koska tietämättömyys riskeistä johtaisi siihen, että niiden toteutuessa velallinen ei myöskään joutuisi korvaamaan vahinkoja. Velkojan saama suoja olisi liian vähäistä. Sopimussuhteen osapuolten todelliseen tietämykseen viittaavan arviointitavan käyttämisestä aiheutuisi myös prosessuaalisia ongelmia. Osapuolten tosiasiallisesta tietämyksestä olisi vaikeaa, ellei mahdotonta, esittää vakuuttavaa todistelua.

⁸⁸⁴ Hemmo huomauttaa, että tällainen ennakoitavuuskriteerin objektiivisuus on seurausta tuottamusarvioinnin muutoksen kanssa samantyyppisestä kehityksestä. Ks. Hemmo 1994 s. 165–169.

⁸⁸⁵ Oikeuden identiteettejä luovasta vaikutuksesta ja identiteettikysymyksistä oikeudessa ks. esim. Collier – Maurer – Suárez-Navaz 1997; Teittinen 1997; Lacey 2001.

lopullinen sisältö ja samalla velkojan mahdollisuudet sopimukseen perustuvi-
en oikeuksiensa toteuttamiseen riippuvat siitä, millaisiksi velalliselle asetetta-
va sopimusrikkomuksen mahdollisia seurauksia koskeva tietämysvaatimus
asetetaan.”⁸⁸⁶

Tästä pääsemme kolmanteen Hemmon esittämistä kysymyksistä, siihen, mikä
on ennakoitavaa. Sen selvittäminen on vaikea tehtävä. Ennakoitavuutta ei voida
Hemmon mukaan ylipäättään määritellä tyhjentävästi. Hän toteaa, että ”tapahtu-
mien ja normikuvauksen vastaavuus riippuu edelleen suurelta osin ratkaisijan
harkinnasta.”⁸⁸⁷ Ennakoitavuuden määrittäminen riippuu tuomarin harkinnasta,
tämän intuitiivisesta kyvystä tehdä ratkaisu, joka artikuloi ennakoitavuutta.
Hemmo näyttää ajattelevan, että tuomarien harkinnassa on kuitenkin säännön-
mukaisuuksia, teemoja, kielellisiä referenssipisteitä, jotka toistuvat ja antavat
ennakoitavuusratkaisuille muodon ja sisällön. Nämä säännönmukaisuudet voi-
daan puolestaan löytää ja artikuloida ratkaisun tekevän tuomarin liikkumatilaa
rajaaviksi, harkintaa rakenteistaviksi ja sille muotoa antaviksi doktriineiksi ja
oppirakennelmiksi. Mietittäessä, mitä nämä oppirakennelmat ovat ja miten ne
rajaavat harkintavaltaa, on muistettava, että Hemmo on jo määrittänyt näkökul-
mansa: ennakoitavuutta arvioidaan ja tulee arvioida ainakin pääasiassa objektiiv-
isesti, kiinnittämättä huomiota velallisen subjektiivisiin tosiasiallisiin mahdol-
lisuuksiin ja kykyyn arvioida ja ennakoida mahdollisia vahinkoja.⁸⁸⁸

Ennakoitavuusarvioinnin lähtökohtana on Hemmon mukaan pidettävä *alan*
erikoisliikkeeltä kulloisessakin tilanteessa ja kulloisenkin informaatiotilanteen
perusteella vaadittavaa tietämystä.⁸⁸⁹ Ennakoitavaa on se, mihin alan erikoisliike
olisi kussakin tilanteessa varautunut, minkälaisen tappiomahdollisuuden se olisi
ottanut omien, liiketoiminnan kannattavuutta koskevien laskelmiensa perustak-
si.

Hemmo ei tältä osin ilmaise itseään täysin yksiselitteisesti. Alan erikoisliik-
keeltä vaadittava tietämys määrää vain ”vastuun vähimmäislaajuuden”. Vaik-
ka kyse onkin ainakin liikesuhteiden arvioinnin osalta pääsäännöstä, tietyissä
tilanteissa on mahdollista asettaa myös tiukempia tietämysvaatimuksia. Tämä
voi olla perusteltua, jos velallinen on esimerkiksi alan *johtavia* erikoisliikkeitä
ja siksi luotettu, tai sillä on muutoin poikkeuksellista asiantuntemusta, johon
vastapuoli on tukeutunut.⁸⁹⁰

⁸⁸⁶ Hemmo 1994 s. 186.

⁸⁸⁷ Hemmo 1994 s. 207.

⁸⁸⁸ Tätä Hemmo perustelee tarpeella edistää vastuullisuutta sopimustoiminnassa.

⁸⁸⁹ Ks. Hemmo 1994 s. 189. Vrt. Lookofsky 1989 s. 217–218.

⁸⁹⁰ Ks. Hemmo 1994 s. 189.

Voidaan perustellusti kyseenalaistaa, kuinka paljon uutta informaatiota tietämysvaatimuksista tämä tarkennus tuottaa. Hemmon ajatus näyttää kuitenkin olevan, että jo *alan* erikoisliike -referenssin määrittäminen tarkentaa ennakoitavuusrajoituksen sisältöä huomattavasti. Olen yhtä aikaa sekä samaa että eri mieltä. Viitatus *alan* erikoisliikkeeseen tuottaa mielikuvan toimijasta, mutta ei varsinaisesti, ilman ”empiiristä” tiedonhankintaa, lisätietoa siitä, miten *alan* erikoisliikkeet toimivat tai hahmottavat itseään ja ympäristöään. Referenssin määrittäminen Hemmon ehdottamalla tavalla antaa kuitenkin jonkin verran tukea, kun tuomari tekee konkreettisen ennakoitavuutta koskevan ratkaisun. Ennakoitavuusarvioinnissa toimijoille osoitettava sovelias *identiteetti* on ainakin alustavasti määritetty. Tuomari tietää, että hänen tulee asettua *alan* erikoisliikkeen asemaan ja arvioida esitettyä näyttöä ja todellisuutta tällaisesta näkökulmasta, tehdä erikoisliikkeelle soveliaasta toimijuudesta oman harkintansa lähtökohta. Toisaalta juuri *alan* erikoisliikkeestä puhuminen tuo Hemmon arviointiin jännittävää staattisuutta. Vaikka *alan* erikoisliike onkin jo perusidealtaan alati liikkeessä oleva idea, se on sitä vain rajoitetusti. Puhumalla *alan* erikoisliikkeestä Hemmo olettaa, että 1) on olemassa aloja, 2) osapuolet toimivat molemmat samalla alalla ja 3) alalla on tavanomaista toimia at-arm’s-length-suhteissa, joissa osapuolilla on varsin vähän informaatiota toisistaan. Lisäksi *alan* liikkeestä puhuminen tuo mukaan häivähdyksen jakelutoiminnasta. *Alan* erikoisliikkeet myyvät tavaraa, eivät valmista sitä saati tarjoa palveluita.

Onkin syytä korostaa juuri tätä *identiteettiä* määrittävää ja muotoavaa vaikutusta. *Alan* erikoisliikkeen tunnistaminen yleiseksi mittapuuksi määrittää toimijoiden normatiiviseksi *identiteetiksi* *alan* erikoisliikkeen ominaisuudet. Voitaneen siis sanoa, että jos toimija haluaa toimia tehokkaasti ja saada suojaa erilaisille hankkeilleen, toimijan täytyy normatiivisen vaatimuksen takia omaksua tietynlainen *identiteetti*, hahmottaa itseään ja ympäristöään tietyllä oikeudellisesti määritetyllä tavalla.

Seuraava kysymys onkin hankalampi. Miten voimme saada tietoa siitä, minkälaista tietoa *alan* erikoisliikkeillä on yleisesti hallussaan? Miten voimme tietää, minkälaisia ja minkä suuruisia vahinkoja *alan* erikoisliike pitäisi ennakoitavina? Mikä on Hemmon kertomuksessa *alan* erikoisliike -kriteerin merkitys? Vastaus näihin kysymyksiin on osittain hämmäntävä. Vaikka Hemmo on määrittänyt ennakoitavuusharkinnan yleiseksi ja pääasialliseksi lähtökohdaksi *alan* erikoisliikkeen tietämyksen, hän ei operationalisoi tätä ajatusta. Hemmo ei pyri määrittämään, mitä eri aloilla toimivat erikoisliikkeet tietävät. Tehtävä olisikin luonnollisesti hyvin vaikea. Aloja on lukuisia ja ne poikkeavat toisistaan huomattavasti.

Hemmo etsii vastausta toisesta suunnasta. Hän toteaa, että ennakoitavuutta ei voida hahmottaa yhdellä käsitteellä tai ajattelullisella referenssillä. Ongelmaa ei voida ratkaista kysymällä, mitä *alan* erikoisliike tietää. Ongelmakenttä on siinä

määrin moniulotteinen ja heterogeeninen, että vastaus ei olisi mielekäs. Ennakoitavuudessa on yhtä aikaa kysymys jostakin *taloudellisesta*, taloudellisen toiminnan harjoittamisen mahdollistamisesta ja tehokkuudesta, mutta samanaikaisesti oikeudenmukaisuudesta sekä erilaisten sosiaalisten kysymysten ratkaisemisesta.⁸⁹¹ Koska selkeää yhtä selittävää näkökulmaa ei ole tunnistettavissa tai luotavissa, Hemmo pyrkii ”kehittämään oikeudellista argumentaatiota”⁸⁹². Hän luo puitteet ennakoitavuusharkinnalle erottamalla neljä ns. *punnintatekijää*.⁸⁹³

Punnintatekijät ovat ennakoitavuusharkintaa rakenteistavia näkökohtia, joita käyttämällä tuomarin ennakointiarviointi täsmentyy. Nämä punnintatekijät ovat sopimuksen tarkoitus, alan käytännöt, vastuunrajoitusehtojen tavanomaisuus ja velallisen saaman vastikkeen määrä.

Sopimuksen tarkoituksella Hemmo tarkoittaa sopimusvelkojan ”taloudellisesti merkityksellisiä päämääriä [, joita] velkojalla liittyy sopimuksen mukaisen suorituksen saamiseen.”⁸⁹⁴ Sopimuksen tarkoitus punnintatekijänä ei rajoitu vain näiden taloudellisten tarkoitusten määrittämiseen. Myös mahdollisten vahinkoriskien yhteys sopimuksella tavoiteltaviin päämääriin ja päämäärien tavanomaisuus kulloisessakin sopimustyyppissä ovat merkittäviä tekijöitä arvioitaessa, olivatko jotkin konkreettiset vahingot ennakoitavia.

Alan käytännöt ovat myös tärkeitä punnintatekijöitä arvioitaessa, oliko jokin vahinko ennakoitavissa vai ei. Kysymys on edelliseen nähden osin päällekkäisestä ajatuksesta. Alan käytännöistä nimittäin voidaan saada johtoa, kun arvioidaan, olivatko velkojan päämäärät tavanomaisia ja siten sellaisia, että velallisen olisi ne pitänyt yleisen tietämyksen perusteella kyetä ennakoimaan. Hemmo toteaaakin, että velkojan intressit ovat lähtökohtaisesti ennakoitavia, jos ne ovat tavanomaisia ja alan käytännöt tukevat ajatusta siitä, että alalla toimivat ottavat ne säännönmukaisesti huomioon harkitessaan, solmivatko he sopimuksen.⁸⁹⁵ Toisaalta esimerkiksi se, että velallinen ei ollut alan ammattilainen mutta velkoja oli, saattaa yksittäistapauksessa kaventaa velallisen vastuuta.⁸⁹⁶

Vastuunrajoitusehtojen tavanomaisuus viittaa kiistanalaiseen ajatukseen siitä, että nimenomaisen vastuunrajoituslausekkeen puuttuessa velallinen voisi tehokkaasti rajoittaa vastuutaan vetoamalla siihen, että samantyyppisissä sopimuksissa tavanomaisesti käytetään vastuunrajoitusehtoja.⁸⁹⁷

⁸⁹¹ Ks. Hemmo 1994 s. 174–189, oikeudenmukaisuuden osalta erityisesti s. 188–189.

⁸⁹² Ks. esim. Hemmo 1996 s. 198–202 ja 330–339, jossa Hemmo selvittää metodisia valintojaan ja niiden arvoperustaa.

⁸⁹³ Vrt. esim. Lookofsky 1989 s. 217–254.

⁸⁹⁴ Hemmo 1994 s. 209.

⁸⁹⁵ Ks. Hemmo 1994 s. 209.

⁸⁹⁶ Ks. Hemmo 1994 s. 211.

⁸⁹⁷ Ks. Hemmo 1994 s. 211–212.

Velallisen saaman vastikkeen määrä on varsin käyttökelpoinen punnintatekijä. Se voi nimittäin toimia indikaattorina arvioitaessa, kuinka laajalti sopimusvelallisen tuli kyetä ennakoimaan olevansa vastuussa mahdollisen sopimusrikkomuksen seurauksista. Erityisesti vastikkeen vähäisyys voi puoltaa tietämysvaatimuksen supistavaa määrittelemistä.⁸⁹⁸

Hemmo on virittänyt argumentaationsa ja punnintatekijät vastaamaan käytännön kysymykseen, miten tuomari voi kiperässä yksittäistapauksessa löytää johtoa ratkaisulleen. Ennakoitavuusperiaatteelle hahmon antavat punnintatekijät ovat tapauskohtaisen harkinnan mahdollistavia ja sitä suuntaava välineitä.⁸⁹⁹ Lopulta jäljelle jää kuitenkin aina aito ja puhdas harkinta, joka tiivistyy eri punnintatekijöiden välillä tehtävän valinnan hetkeen. On selvää, että eri punnintatekijät saattavat puoltaa erilaisia ratkaisuja erilaisissa konkreettisissa tilanteissa. Hemmo hahmottaa tällaisen punnintatekijöiden välisen ristiriidan ratkaisun siten, että tuomarille jää tässä tilanteessa lähtökohtaisesti rajoittamaton harkintavalta. Tuomarin on määritettävä argumenteille annettavat painoarvot ja siten määrättävä, mihin suuntaan vaaka kääntyy. Millä perusteella tuo ratkaisu tehdään, jää kuitenkin Hemmon esityksessä avoimeksi:

”Ennakoitavuusrajoituksen sisällön täsmentämisen jälkeen käsillä oleva harkinnan avoimuus muistuttaa osaltaan klassisista sääntelyn ja argumentaation ongelmista: materiaalsen ja formaalsen oikeuden jännitteestä sekä ehdottomasti oikeiden (tai parhaiden) ratkaisujen arvorelativismista johtuvasta mahdottomuudesta.”⁹⁰⁰

Mikä tärkeintä, ennakoitavuusperiaate näyttäytyy Hemmon tutkimuksessa ennen kaikkea rajoittavana tapana mutta adekvanssi- ja syy-yhteysnäkökohtia kattavammin ja tehokkaammin mahdollisia kausaliiteettiketjuja katkovana doktriinina. Kysymys on vastuuta *rajoittavasta* periaatteesta. Hemmo korostaakin väitöskirjassaan ennakoitavuuden merkitystä sopimustoiminnan varmuuden ja laskettavuuden ylläpitämisessä. Hän toteaa, että ”ennakoitavuusnormistolla pyritään karsimaan sopimussuhteista odottamattomiin kehityskulkuihin liittyviä riskejä.” Sopimusoikeudellisessa vahingonkorvauksessa lähtökohtana on täysi, individuaalisen intressin mukainen korvaus. Jos täyden korvauksen periaate saisi toteutua rajoittamattomana, voisi sopimussuhteessa syntyä monimutkaisiakin kausaaliuketjuja, joiden tuottamat vahingot olisi periaatteessa korvattava.⁹⁰¹ Ennakoitavuusnormistoa tarvitaan järjeistämään tällä tavoin ymmärretyä täyden kor-

⁸⁹⁸ Ks. Hemmo 1994 s. 212.

⁸⁹⁹ Ei ole selvää, hahmottaako Hemmo ennakoitavuusperiaatteen olevan myös koko sopimusoikeudellista korvausnormistoa järjestävä rakenneperiaate.

⁹⁰⁰ Hemmo 1994 s. 214.

⁹⁰¹ Ks. Hemmo 1994 s. 145 ja 150.

vauksen periaatteen tuottamaa järjetöntä, kaoottista ja yllätyksellistä asiointilaa. On kuitenkin huomattava, että differenssioppiin itseensä ennakoitavuusperiaatteen vaikutus ei ylety. Ennakoitavuusperiaatetta ja differenssioppia ei kytketä eksplisiittisesti toisiinsa.

Entä jos kuvio käännettäisiin päälaelleen? Jos ennakoitavuutta lähestyttäisiinkin koko sopimusoikeudellista korvausnormistoa normatiivisesti järjestävänä rakenneperiaatteena, joka yhtä aikaa tarjoaisi sekä korvausaiheille legitimaation että tunnistamissäännön? Mitä tapahtuisi, jos ajateltaisiin, että tyypillisesti korvattavia vahinkoeriä ja -tyyppjä koskevat säännöt olisivatkin ennakoitavuusperiaatteen yksittäisiä sovelluksia ja jatkeita?

Tällaisella siirrolla, jonka seuraavaksi teen, on nähdäkseni merkittäviä vaikutuksia. Ensinnäkin differenssiopin mukainen vahingon määrän laskeminen näyttää siirron myötä muuttuvan jo perusteiltaan. Ennakoitavuusperiaatteesta ja sen avulla operationalisoituvasta argumentaatiosta tulisi olennainen osa differenssioppia, hypoteettisen tapahtumaketjun etsimistä.⁹⁰² Differenssiopin sisään rakentuu normatiivinen elementti, jonka avulla differenssiopin mukainen hypoteettinen tapahtumakulku olisi mahdollista koota loppuun asti. Tällöin differenssioppiin tukeutuva argumentaatio ei olisi vain mahdollisten tapahtumakulkujen etsimistä. Fokuksessa eivät olisi osapuolen kannalta mahdollisimman edulliset, mutta loogisesti mahdolliset kausaaliketjut. Normatiivinen pelivara lisääntyy.

5 ENNAKOITAVAT LIIKETOIMINNAN MUODOT

Kauppalain 67 § kuuluu seuraavasti:

Sopimusrikkomuksen vuoksi suoritettava vahingonkorvaus käsittää korvauksen kuluista, hinnanerosta, saamatta jääneestä voitosta sekä muusta välittömästä tai välillisestä vahingosta, joka sopimusrikkomuksesta on aiheutunut.

Välillisenä vahinkona pidetään:

- 1) vahinkoa, joka johtuu tuotannon tai liikevaihdon vähentymisestä tai keskeytymisestä;
- 2) muuta vahinkoa, joka johtuu siitä, ettei tavaraa voida käyttää tarkoitetulla tavalla;
- 3) voittoa, joka on jäänyt saamatta sen vuoksi, että sopimus sivullisen kanssa on rauennut tai jäänyt täyttämättä oikein;
- 4) vahinkoa, joka johtuu muun omaisuuden kuin myydyin tavarain vahingoittumisesta; sekä
- 5) muuta saman kaltaista, vaikeasti ennakoitavaa vahinkoa.

⁹⁰² Ks. Hemmo 1994 s. 82–83, jossa Hemmo selittää käsityksiään differenssiopin ja ennakoitavuusrajoituksen välisestä suhteesta.

Välillisenä vahinkona ei kuitenkaan pidetä sellaista vahinkoa, joka vahingon kärsineelle sopijapuolelle on aiheutunut muun kuin 2 momentissa tarkoitetun vahingon rajoittamisesta.

Pykälää ja sen pohjoismaisia sisarsäännöksiä⁹⁰³ pidetään tavanomaisesti sisällöltään, rakenteeltaan ja sanonnaltaan epäonnistuneina.⁹⁰⁴ Välillisen ja välittömän vahingon erottelulle perustuvan seuraamusjärjestelmän⁹⁰⁵ luomisen merkittävimppänä seurauksena pidetään dysfunktionaalisen ja vahingonkorvauksen määrän harkintaa pahan kerran monimutkaistavan välittömän ja välillisen vahingon erottelun luomista ja ylläpitämistä.⁹⁰⁶ On yllättävää, että välittömän ja välillisen vahingon erottelulla ei tavallisesti katsota olevan juuri mitään tekemistä ennakoitavuusperiaatteelle määritettävän tarkemman sisällön kanssa, vaikka säännöksessä ennakoitava-sana esiintyykin.⁹⁰⁷

Säännös voi kuitenkin tarjota lähtökohdan ennakoitavuusperiaatteen ymmärtämisen kannalta tärkeiden ennakoitavien vahinkotyyppien olennaisten ominaisuuksien käsitteellistämiseksi. Kauppalain 67 §:n 1 momentin mukaan vahingon-

⁹⁰³ Sanonnaltaan pitkälti vastaava säännös on Ruotsin köplagin (1990:931) 67 §. Norjan kjøpslovenin (1988-05-13 nr 27) 67 § poikkeaa suomalaisesta ja ruotsalaisesta säännöksestä merkittävästi. Tanskan vuonna 2003 säädetty købelov (LBK nr. 237, 28/03/2003) poikkeaa sekä rakenteeltaan että sisällöltään merkittävästi sekä Suomen, Ruotsin että Norjan kauppalaista. Ks. eroista Ramberg 1995 s. 47.

⁹⁰⁴ Ks. esim. Hemmo 1994 s. 145–148; Ramberg 1995 s. 652–654; Herre 1996 s. 421–423; Sisulatulokas 1999; Sandvik 2004 s. 337–353.

⁹⁰⁵ Tällainen seuraamusjärjestelmä on – sen kirjallisuudessa kohtaamasta voimakkaasta kriitikkistä huolimatta – omaksuttu myös viestintämarkkinalaissa, jonka 67 c §:ää muutettiin lailla 759/2006. Viestintäpalvelun viivästymisestä tai siinä olevasta virheestä seuraavaa vahingonkorvausvastuuta arvioidaan kauppalaista tutuilla perusteilla. Sääntelyn yksityiskohdat ja erityisesti ennakoitavuusperiaatteen asema viestintäpalveluissa on erittäin mielenkiintoinen, joskin todennäköisesti äärimmäisen vaikeasti lähestyttävä kysymys. Ks. HE 241/2005 vp s. 28, jossa todetaan, että normaaleja vahingonkorvausoikeudellisia periaatteita sovelletaan viestintämarkkinalain 67 c §:n mukaisen korvauksen arvioimisessa. Ennakoitavuusongelmaa ei hallituksen esityksessä mainita. Säännös on samanlainen myös vesihuoltolain (119/2001) 28 §:ssä.

⁹⁰⁶ Ks. erottelun aiheuttamista ongelmista esim. Ramberg 1995 s. 652–654; Sandvik 2004 s. 337–339.

⁹⁰⁷ Ks. Hemmo 1994 s. 149–153, jossa Hemmo käsittelee ennakoitavuusrajoituksen ja kauppalain 70.2 §:n sovittelusäännöksen suhdetta. Suomalainen säännös on pohjoismaisten kauppalakien säännöksistä ainoa, jossa sanotaan, että 67 §:n 2 momentin 4 kohta kohta koskee ”muuta samankaltaista vahinkoa”. Norjalaisessa säännöksessä ei Suomen lain 2 momentin 4 tai 5 kohtaa muistuttavia säännöksiä ole lainkaan. Ruotsalaisessa säännöksessä 67 §:n 2 momentin sanamuotoa muutettiin ehdotuksen lagrådkäsitelyn jälkeen. Lagråd oli huomauttanut, että säännöksen sanamuoto mahdollisti sen väärin ymmärtämisen siten, että 67 §:n 2 momentin muita esimerkkejä oli mahdollista pitää vaikeasti ennustettavina vahinkotyyppinä. Uusi muotoilu ”annan förlust, om den varit svårt att förutse”, on yhtä lailla ongelmallinen, tosin toisesta syystä. Uusi muotoilu mahdollistaa säännöksen (väärin)tulkinnan siten, että 2 momentissa mainittuja vahinkotyypejä muistuttavat vahinkotyytit ovat välitöntä vahinkoa vain, jos ne eivät ole vaikeasti ennakoitavia. Ks. ongelmavyyhdestä Herre s. 444–445; Sandvik s. 330–332.

korvauksen tulee käsittää korvaus kuluista, hinnanerosta, saamatta jääneestä voitosta sekä muusta välittömästä tai välillisestä vahingosta. Jos ja kun ennakoitavuusperiaate ymmärretään yleiseksi sopimusoikeudellisen vahingonkorvausvastuun rakenneperiaatteeksi, on perusteita olettaa, että se soveltuu myös kauppalaain 67 §:ään ja tarjoaa taustan sen tulkinnalle. Kauppalaain 67 §:n perusteella korvattavien vahinkojen – oli kyse sitten välillisestä tai välittömästä vahingosta – tulee olla ennakoitavia, kuten norjalaisessa säännöksessä on nimenomaisesti edellytettykin⁹⁰⁸.

Kun kauppalaain 67 §:n 2 momentissa lueteltujen välillisen vahingon tyyppitilanteiden ymmärretään olevan myös *ennakoitavan vahingon* tyyppitilanteita, esimerkkiluettelo voi tarjota Hemmonkin perään kuuluttamia ”normaaleina pidettyjä sopimustilanteita”. Liikevahingon ennakoitavuusarviointiin saadaan säännöksestä lisää johtoa. Säännöksen kohtien tarkasteleminen ei kuitenkaan ole erityisen antoisaa, jos siinä rajoitutaan vain säännösten sanamuodon pohtimiseen. Kohdat on sijoitettava kontekstiinsa.

Kontekstin peruspiirteet voidaan löytää vahingonkorvausoikeudellisessa kirjallisuudessa omaksutusta liikevoittotyyppien erottelusta. Pohjoismaisessa kirjallisuudessa nimittäin tavanomaisesti erotetaan kolme liikevoiton menettämisestä seuraavaa tappioluokkaa eli *lucrum cessansin* alalajia. Nämä tappioluokat ovat ns. *myyntitappio*, *tuotantotappio* ja *asiakastappio* eli *goodwill-tappio*.⁹⁰⁹ Erotteluperusteena on vahingon aiheuttavan tavarain tai palvelun sijoittuminen vahingonkärsijän taloudelliseen toimintaan. Myyntitappiota (*avancetab*) syntyy, kun tavara sijoittuu osaksi vahingonkärsijän markkinointi- ja myyntitoimintaa. Tuotantotappio eroaa myyntitappiosta siinä, että menetetyt voiton mahdollisuuden perustaa tuotantotoiminta, ei sinällään tavaroiden myyminen, vaikka voitot viime kädessä aktualisoituvat ja saavat materiaallisen ilmauksen juuri tuotettavien tuotteiden myymisen ja sen tuottaman kassavirran kautta. Tuotantotappiossa vahingon aiheuttava tavara asettuu osaksi vahingonkärsijän tuotantotoimintaa ja vaikuttaa sen kulkuun. Asiakas- tai goodwill-tappiossa tavara puolestaan vaikuttaa vahingonkärsijän asiakaskuntaan ja siten tämän tuleviin markkinointi- ja myyntipyrkimyksiin.

Jos kauppalaain 67 §:n 2 momentin esimerkkiluetteloa luetaan yhdessä tämän erottelun kanssa, syntyy mielikuvia ja käsityksiä normaalin liiketoiminnan piir-

⁹⁰⁸ Ks. tästä esim. Herre 1996 s. 422. Säännöksen 2 momentin 5 kohdan ennakoitavuusviittaukselle ei tällöin tule antaa merkitystä, jonka perusteella kaikkien 2 momentissa eriteltyjen välittömien vahinkojen ajateltaisiin olevan aina vaikeasti ennakoitavia ja siten luonteeltaan ei-ennakoitavia. Tällöin säännös ulottaisi korvausvelvollisuuden myös ennakoimattomiin vahinkoseurauksiin. Vakiintuneen kannan mukaan ennakoitavuusperiaate on osa säännöstä. Ks. tällaisesta tulkinnasta mm. Ramberg 1991 s. 104; Hemmo 1994 s. 147; Ramberg 1995 s. 670; Routamo – Ramberg 1997 s. 509.

⁹⁰⁹ Ks. esim. Herre 1996 s. 421–455.

teistä. On syytä korostaa, että kuvat ovat kuvia. Niitä on useampi kuin yksi ja ne ovat epämääräisiä. Kauppalain 67 §:n perusteella kuroutuu nimittäin esille kaksi liiketoiminnan maailmaa ja näille ominaiset ennakoitavuuden kriteerit. Säännöksen taustalle voi lukea *kauppaliikkeen* ja *tehtaan* hahmot, eli jakelutoiminnan⁹¹⁰ ja teollisen tuotantotoiminnan sosiaaliset säännönmukaisuudet, liiketoimintamuodot ja voiton mahdollisuudet, kauppiaiden ja kapitalistien maailmat.

Nämä kaksi eri maailmaa on syytä pitää erillään, kun pykälässä ilmaistuja, osittain kumpaankin liiketoiminnan päähaaraan rinnakkaisesti soveltuvia sääntöjä pyritään soveltamaan. Erottamisella on merkityksensä. Päähaarojen analyytinen erottaminen voi auttaa merkittävästi vahingonkorvauksen määrän laskemisessa käytettävien menetelmien kehittämisessä. Näin ei ole tavattu kuitenkaan tehdä. Esimerkiksi kauppalakeja koskevissa hallituksen esityksissä liiketoiminnasta syntyvä kuva on erottelematon ja jakelu- ja tuotantotoiminta kulkevat tarjotuissa esimerkeissä rinnan. On kuitenkin selvää, että myynti- ja jakelutoiminnassa kohdattavat vahingon määrään liittyvät ongelmat ovat erilaisia ja niiden ratkaiseminen edellyttää eriytynyttä käsittelyä.⁹¹¹

6 KAUPPALIIKE JA JAKELULIIKETOIMINTA

Kauppiaitten, tavaroiden ja hyödykkeitä muuttamattomina välittävien luonnollisten ja oikeushenkilöiden toimintaa hahmotettiin varsin tarkasti jo (h)aavekuvassa. Kauppiaiden toiminta oli osa (h)aavekuvan elävää taloutta.⁹¹² Kyse oli ja on perinteisen vahingonkorvausoikeuden kannalta perustavasta liiketoiminnan muodosta: erityisten kauppiaiden, tavaraa liiketoiminnallista voittoa tavoitellen vaihtavien – vaihtelevasti luonnollisten ja juridisten – henkilöiden toiminnasta ja sille ominaisista voiton ja tappion mahdollisuuksista.⁹¹³ Elävän talouden kauppiastoiminta kuitenkin on läsnä vahingon laskemisen yksityiskohdissa ja kauppiastoiminta sosiaalisena toiminnan muotona onkin vaikuttanut ratkaisevasti myös modernin oikeudellisen järjestelmän kehitykseen.

⁹¹⁰ Tällaisen jaottelun – tosin hieman eri sanoin – voi löytää esim. tanskalaisesta kirjallisuudesta (Sparlund – Terkildsen 1987; Iversen 2000 kootusti s. 63–69).

⁹¹¹ Ks. myös esim. Anderson 1987 s. 402–410.

⁹¹² Ks. myös Tolonen 1992 s. 177–182, joka kytkee menetetyn voiton doktrinaalisen kehityksen juuri kauppiastoiminnan laajempaan hyväksyntään.

⁹¹³ Tällainen ajattelutapa ei ulotu kuitenkaan varsinaisen juridisen ajattelun perustaan. Kauppiaiden säädylle ominainen oikeus ei ulottunut siviilioikeuden perustaan, joka rakennettiin abstraktien, filosofisista ja ideologisista lähtökohdista tunnistettujen peruskategorioiden varaan. Esimerkiksi Saksan Handelsgesetzbuch koskee sen § 1:n mukaan vain kauppamiehiä, *Kaufmann*, vaikka siinä on myös suomalaisessa systematiikassa selkeästi velvoiteoikeuden alaan kuuluvia säännöksiä.

Kauppiastoiminnan perustalla vaikuttaa käsitys itsenäisesti toimivasta vaihtajasta. Kauppias toimii muiden samanlaisen toimijuuden omaksuneiden yksilöiden tai yksilöiden yhdistymisten verkostossa tai vaihtoehtoisesti keskittyneillä markkinoilla, jotka keräävät yhteen kauppiaiden yhteisön. Kauppiastoiminnan kuva on kuitenkin aina ollut eriytynyt, moniaalle kurkottava ja täydellistynyt monilla erilaisilla kauppiastoiminnan rooleilla. Kaukokauppias, joka varusti laivan kuljettamaan kallisarvoista tavaraa kaukaisiin maihin, toimi eri tavalla kuin kulkukauppias. Kauppiastoiminnan massasta kasvaa esille myös moderni *vähittäiskauppias*, joka välittää hyödykkeitä niitä tarvitseville, vähittäin kuluttajasubjektiviteetin kehittäville yksityishenkilöille. Toisaalta siitä kasvaa esille *tukku-kauppias*, jonka tehtävänä on välittää hyödykkeitä toisille kauppiaille ja tuotantotoimintaa harjoittaville, jotka varastojensa ja kerryttämänsä pääoman avulla voivat selvittää suurista toimituksista. Lopputuloksena on, että toiminnan omaispiirteistä, sen normatiivisesta pinnasta, kasvaa esille odotusten, oikeuksien ja velvollisuuksien, voiton mahdollisuuksien ja tappion uhkien verkosto, jonka puitteissa kauppias välttämättä toimii ja jotka oikeudellinen sääntelykin sisäistää osaksi kauppiastoiminnan vahingonkorvausoikeudellista sääntelyä.

Vaikka edellä esittelemäni esimerkit viittaavatkin pääasiassa menneisyyteen, kauppiastoiminta, tätä nykyä jakeluksi jalostuneena, on edelleen yksi tärkeimmistä ja olennaisimmista vahingonkorvausoikeudellisesti tunnistetuista ja tunnustetuista liiketoiminnan muodoista. Kauppalain 67 §:n 2 momentin kohdista erityisesti kohdat 1 ja 3 ovat tärkeitä, kun pyritään hahmottamaan kauppiastoiminnan tuottamia voiton mahdollisuuksia.

Kauppalain 67 §:n 2 momentin 1 kohdassa vahingon määrän arvioinnin lähtökohtana on – silloin kun puhutaan jakelutoiminnasta – yrityksen *liikevaihdon* vähentyminen. Jos tavarantoimittajan virheestä seuraa, että vahingonkärsijän toiminta keskeytyy eikä hän esimerkiksi puuttuvien tai myöhästyvien tavaratoimitusten vuoksi pysty jonakin ajankohtana jatkamaan normaalia myyntitoimintaansa, tästä seuraava tappio, mahdollisen todennäköisen liikevaihdon ja toteutuneen liikevaihdon välinen erotus on tuomittava korvattavaksi.⁹¹⁴ Samoin 1 kohdan mukaan korvattavaa vahinkoa on liikevaihdon väheneminen sillä perusteella, että tavarantoimittajan myyntihinta on laskenut sinä aikana, jonka myyjä on viivästynyt ja ostaja saa vähemmän tuloa myydessään tavarat eteenpäin.

Mekanismi, jolla voitot syntyvät, on sinällään huomionarvoinen. Myyminen perustaa voiton mahdollisuuden, mutta se myös rajoittaa sitä. Jos tuotetta ei fyysisesti muuteta, jos se ei asetu osaksi vahingonkärsijän tuotantoprosessia, voiton mahdollisuus rajoittuu korkeintaan tuotteen ostohinnan ja myyntihinnan välisen erotuksen suuruiseksi. On tietenkin selvää, että myyntikate voi vaihdella eri

⁹¹⁴ Ks. esim. HE 93/1986 vp s. 127.

aloilla ja eri osissa tuotetta eteenpäin siirtävää jakeluketjua merkittävästikin. Myyjä voi tavallisesti ennakoida hinnan, jonka ostaja voi tuotteesta todennäköisesti saada myydessään sen eteenpäin. Ennakoitavuus ulottuu tavallisesti myös jakeluketjun useamman osan yli. Jakelussa toimijoiden tavanomaisten katteiden yleinen taso lienee varsin hyvin alalla toimivien tiedossa. Ei liene liioiteltua siis sanoa, että jakelussa ostajalle mahdollisen voiton mahdollisuus on useimmiten varsin rajoitettu ja helposti osapuolten ennakoitavissa.

Periaatteessa on yhdentekevää, onko vahingonkärsijä itse valmistanut tuotteet, joita yrittää myydä. Tuotantotoimintaakin leimallisesti harjoittavan yrityksen toiminta muuttuu jakeluorganisaation toiminnaksi sillä hetkellä, kun myytävät tuotteet on onnistuneesti valmistettu ja ne siirtyvät jakeluketjuun. Ainoa poikkeava seikka on tapa, jolla tuotteiden ”ostohinta” määritetään. Kirjanpidosta helposti selvitettävän⁹¹⁵ hankintahinnan sijaan joudutaan ryhtymään monimutkaisempiin laskutoimituksiin, joissa selvitetään kustannukset, joita kunkin tuotteen valmistamisesta aiheutuu.

Kauppalaain 67 §:n 1 kohdan soveltamisalaan kuuluu myös ns. *volyymitappio* (*lost volume*). Volyymitappioon liittyy erityisen hankalia vahingon laskemisen ja tunnistamisen ongelmia. Volyymitappiolla tarkoitetaan ostajan sopimusrikkomuksesta myyjälle seuraavaa tappiota, joka aiheutuu, kun myyjä joutuu tekemään katesopimuksen vahinkoa rajoittaakseen.⁹¹⁶ Katesopimuksen vuoksi on mahdollista, että hän samalla menettää kateostajan kanssa muutoin tehtävän kaupan ja siitä saatavan voiton. Tällaisten tilanteiden arvioinnissa tulee ottaa huomioon markkinatilanne ja myyjän toiminta kateostajaa etsiessä eli se, olisiko kateostaja ollut yksi myyjän tavanomaisista asiakkaita vai ei. Jos kateostaja olisi joka tapauksessa ostanut myyjältä, myyjä on menettänyt yhden kaupan.⁹¹⁷

Vahingon rajoittamisvelvollisuus on olennainen osa vahingon määrän laskemista koskevaa säännöstöä. Hyvänä esimerkkinä siitä, miten laajalle vahingon rajoittamisvelvollisuus ulottuu, ovat KKO:n ratkaisut KKO 1982 II 121 ja KKO 1990:10. Ratkaisussa KKO 1982 II 121 hahmotetaan tavanomaisesti olevan kysymys *esineen arvon* oikeasta laskutavasta. Esimerkiksi Routamo, Ståhlberg ja Karhu to-

⁹¹⁵ Tuotteen ostohinnan määrittämiseen saattaa siihenkin liittyä tiettyjä ongelmia, jotka ovat kirjanpidosta tuttuja. Miten kohdistaa myytävästä tuotteesta saatava tulo sen ajallisesti mahdollisesti varsin kaukaiseen hankintameneeseen. Kirjanpidossa ongelmaan on kaksi vaihtoehtoista ratkaisua, *first in first out*- ja *first in last out*-menetelmät. Tosin IAS:issa vain ensin mainittu on sallittu.

⁹¹⁶ Suomalaisessa kirjallisuudessa ongelma on jäänyt hyvin vähälle huomiolle.

⁹¹⁷ Ks. ongelmasta ja sen ratkaisusta pohjoismaisessa kirjallisuudessa esim. Herre 1996 s. 523–544; Iversen 2000 s. 381–384. Molemmat perustavat vastauksensa alun perin yhdysvaltalaisen Richard Harrisin esittämille ajatuksille (ks. esim. Harris 1965 s. 80–87). Loss of volume -ongelmasta on kiistelty Yhdysvalloissa viime aikoina runsaasti. Ks. esim. Breen 1996; Anderson 2001 s. 810–812.

teavat, että ratkaisussa korkein oikeus vahvisti, että varastetun tavarahan arvon oikea mitta on sen jälleenhankintakustannus, ei sen myyntihinta. Ratkaisussa päätettiin menetetyn esineen arvosta ja tavasta, jolla se määritetään.⁹¹⁸ Lukutapa ei mielestäni kuitenkaan tavoita ratkaisun täyttämää merkitystä. Tavarahan arvon sijaan ratkaisussa on kysymys pikemminkin menetetyn voiton korvaamisesta ja sen edellytyksistä. Lyhyesti, myyntihinnan perusteella laskettu korvaus (ja Routamon ja Ståhlbergin ja Karhun terminologiaa käyttäen tavarahan arvo) olisi tarkoittanut sitä, että osuuskunta olisi saanut korvauksen myös menettämästään voitosta. Korkeimman oikeuden mukaan perusteita voiton korvaamiselle ei kuitenkaan ollut. Tämä seikka korostuu erityisesti, kun KKO:n perusteluja lukee tarkasti. KKO toteaa perusteluissa seuraavaa:

”Tässä jutussa huoltamolta anastettu ja kateisiin jäänyt omaisuus oli ollut valtaosaltaan nopeasti vaihtuvaa tavaraa, jonka osalta liikkeenharjoittajan oli yleensä oltava varautunut nopeisiin ja jatkuviin varastontäydennyksiin sekä riittävän lisääntyvän kysynnän tyydyttävän perusvaraston ylläpitämiseen. Jutussa ei ollut ilmennyt, että anastusten johdosta osuuskunta olisi menettänyt myyntimahdollisuuksia ja siten vähittäismyyntihintaan sisältyvän yrittäjävaihtoon. Näin ollen oli perusteltua päätyä siihen, että osuuskunta pääsi kateisiin jääneen omaisuuden osalta asemaan, jossa se olisi ollut ilman anastuksia, hankkimalla vastaavan omaisuuden ja asettamalla sen myytäväksi. Näin ollen vahingonkorvauksen määräksi tässä tapauksessa tuli jälleenhankintahinta lisättynä tavaroiden hankkimiseen ja myytäväksi asettamiseen liittyvillä käsittelykustannuksilla. HO:n tuomitsemien korvausten voitiin katsoa vastaavan näin määritellyä vahingonkorvausta.”

Korkein oikeus rakentaa ratkaisussa varsin tarkan kuvan huoltamon liiketoiminnasta. Ensinnäkin se asemoi varastetun tavarahan huoltamon liiketoimintaan nähden. ”Autotarvikkeet, kasettisoittimet, kasetit, makeiset, virvokkeet ja eräät muut tavanomaiset huoltotarvikkeet”, joita huoltamolta varastettiin, olivat ”nopeasti vaihtuvaa tavaraa”, eivät suinkaan yksittäisiä, arvokkaita esineitä, joita myytäisiin muutama kappale vuodessa. Vähittäiskaupan toimintalogiikka edellyttää – näin korkein oikeus toteaa –, että liikkeenharjoittaja pitää varastoa sekä seuraa ja täydentää sitä jatkuvasti. Sama toimintalogiikka edellyttää myös, että huoltamonpitäjä pitää niin suurta varastoa, että kysynnän tilapäinen lisääntyminen ei johda siihen, että hän joutuu myymään ”ei oota”.

On osittain huvittavaakin havaita, että KKO rinnastaa liikkeenharjoittajan näkökulmasta varkauden kysynnän lisääntymiseen. Liikkeenharjoittajan logistiikan ja varastonpidon kannalta tapahtumat ovat tietysti samanlaiset. Tavaraa on tilattava ja ostettava lisää, varastoa on täydennettävä. Se, että kysyntä lisääntyy

⁹¹⁸ Ks. esim. Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006 s. 405–406.

rikoksen johdosta, on sinällään epäolennaista. Menekki on tässä suhteessa aina menekkiä, vaikka rahaa ei kassaan tulisi sentin senttiä.

Toisaalta KKO:n argumentaation heikoimmat osat liittyvät juuri varastoihin. Ratkaisua ei saa yleistää liiaksi. Jos hävikki olisi ollut yksittäisen varkauden johdosta kovin suuri eli tavanomaisen varaston suuruuteen nähden merkittävä, tilannetta olisi ollut syytä arvioida toisin.⁹¹⁹ Jos liikkeenharjoittaja menettää koko varastonsa tai sen merkittävän osan, myyntivoiton korvaaminen on tietenkin paikallaan. Tällöin vahingonkäräjien on kuitenkin osoitettava, että varaston menettämisestä tosiasiaassa on aiheutunut liikevaihdon vähentymistä.⁹²⁰ Tämän mahdollisuuden KKO näyttää ottaneen ratkaisun perusteluissa huomioon, sillä se toteaa, että tapauksessa ei ollut esitetty näyttöä siitä, että osuuskunta olisi menettänyt myyntimahdollisuuksia ja siten yrittäjävoittoa. Viime kädessä ratkaisun perusteluna ovat – tavalliseen tapaan – vahingonkäräjien yleinen velvollisuus rajoittaa vahinkoa yhdessä rikastumiskiellon kanssa. Nämä periaatteet estävät vahingonkorvauksen tuomitsemisen myyntihintaa laskentaperusteena käyttäen. Myyntihinnan mukaisen vahingonkorvauksen tuomitseminen olisi asettanut osuusliikkeen parempaan asemaan kuin missä se olisi ollut, jos anastusta ei olisi koskaan tapahtunut.

Korkein oikeus on omaksunut vastaavanlaisen lähestymistavan myös toisessa myöhemmässä ratkaisussaan KKO 1990:10. Vahingon laskentaperusteena käytettiin tällä kertaa arviota varastettujen tuotteiden valmistamisesta ja myyntiin toimittamisesta aiheutuneista kuluista ja poistoista. Ero johtuu siitä, että vahingonkäräjä oli ratkaisussa KKO 1990:10 Oy Alko Ab. Alko oli valmistanut A:n varastamat juomat, 19 pulloa koskenkorvaa ja pullon vodkaa sekä – ilmeisestikin – myös näiden kuljettamiseen tarpeellisen korin.

Korkein oikeus mainitsee ratkaisussa korvattavana eränä juomien valmistamisesta ja myyntiin toimittamisesta aiheutuneet poistot. Poistoilla korkein oikeus ilmeisesti tarkoittaa niitä kustannuksia, jotka ovat peräisin tuotteiden valmistamiseen tarpeellisten koneiden, kaluston, rakennusten ja maa-alueiden hankkimisesta ja jotka voidaan kohdistaa yksittäiselle tuotteelle jotakin hyväksyttyä laskentamenetelmää käyttäen. Ratkaisussa omaksutusta kielenkäytöstä huolimatta siitä ei tule tehdä sitä johtopäätöstä, että valmistuskustannuslaskelmassa olisi aina välttämätöntä noudattaa kirjanpitolain 5 luvun 5-12 §:ssä säädettyjä poistoja koskevia normeja.⁹²¹ Jos esimerkiksi sisäisen laskennan tuottaman informaation perusteella voidaan saada todellisuutta paremmin vastaava kuva jonkin tuot-

⁹¹⁹ Ks. esim. Hemmo 2005b s. 201.

⁹²⁰ Ks. esim. Hellner – Radetzki 2006 s. 414.

⁹²¹ Ks. näistä säännöksistä ja meno-tuloteoriasta ja sen ongelmista yleisesti Mähönen 2001 s. 473–495.

teen valmistuskustannuksista, tätä informaatiota on käytettävä myös vahingonkorvauksen suuruutta laskettaessa.

On tärkeää huomata, että molemmat ratkaisut ovat mahdollisia ja perusteltuja vain siinä tapauksessa, että korkein oikeus tunnistaa jakelutoimialalle – tarkemmin sanottuna vähittäiskaupalle – ominaisen ansaintalogiikan ja ottaa sen oikeudellisen argumentaation osaksi. Palaan tähän teemaan jäljempänä jaksossa 10.

Kauppalaain 67 §:n 2 momentin 3 kohdassa todetaan puolestaan, että ”voitto, joka jää saamatta sen vuoksi, että sopimus sivullisen kanssa on rauennut tai jäänyt täyttämättä oikein, on korvattavaa välillistä vahinkoa”. Voiton mahdollisuus on tässäkin kohdassa selkeästi luonnosteltu, jos jakelun tavanomaiset sosiaaliset säännönmukaisuudet otetaan huomioon. Vahinkoa syntyy samalla tavoin kuin 1 kohdassa tarkoitetuissa tilanteissa, jos toimija menettää sopimuskumppaninsa tuottamuksellisen sopimusrikkomuksen johdosta mahdollisuuden voittoa tuottavaan jo sovittuun liiketoimeen⁹²², jossa tavara luovutetaan fyysisesti muuttamattomassa muodossa kolmannelle. Nyt ei ole kuitenkaan kysymys siitä, että myyjän toiminta kokonaan loppuisi joksikin ajaksi ja tämä siksi joutuisi luopumaan aikomistaan liiketoimista, vaan esimerkiksi ostajan oikeudettomasta vetäytymisestä jo sovitusta kaupasta. Katemyyntivelvollisuus rajoittaa tappioiden määrää näissä tapauksissa merkittävästi. 3 kohdan perusteella vahingon määrää joudutaankin arvioimaan vain silloin, kun katemyyntiä ei ole tehty eikä tavaralla ole markkinoita, joiden tuottaman hintainformaation perusteella voitaisiin määrittää kauppalaain 69 §:ssä tarkoitettu hinta hinnanerokorvauksen määrittämistä varten.⁹²³

Kauppalaain 67 §:n 3 kohdan sanamuotoon liittyy, kuten Ramberg huomauttaa, eräs vaikea ongelma.⁹²⁴ Kohdassa mainitaan vain *voitto*. Menetettyä voittoa merkityksellisempiä tappioeriä todellisuudessa lienevät kuitenkin ne tappiot, jotka syntyvät, kun sopimus sivullisen kanssa on rauennut tai jäänyt täyttämättä oikein. Vahingonkärsijä voi nimittäin joutua suorittamaan omalle sopimuskumppanilleen sopimussakkoa tai vahingonkorvausta, jos se ei onnistu täyttämään solmimaansa sopimusta asianmukaisesti. Säännöksen 3 kohdan sanamuoto näyttäisi kuitenkin sulkevan tällaiset tappioerät soveltamisalan ulkopuolelle. Ramberg suosittaa, että sanamuotoa tulkittaisiin vahingonkärsijämyönteisesti, mutta huomauttaa samalla, että edellä mainitut tappioerät tullevat joka tapauksessa korvattaviksi 5 kohdan säännön perusteella.⁹²⁵

⁹²² Sandvik tulkitsee 3 kohdan sanamuodon edellyttävän, että ”det föreligger ett konkret avtal med tredje man som antingen faller bort eller blir oriktigt uppfyllt.” (Sandvik 2004 s. 315–316). Ks. myös Ramberg 1995 s. 666. Vrt. esim. HE 93/1986 vp s. 128, jossa selitetään, että 123 kohta koskee myös tekeillä ollutta, mutta toistaiseksi päättämätöntä sopimusta.

⁹²³ Ks. esim. Sandvik 2004 s. 316–317.

⁹²⁴ Ramberg 1995 s. 668. Ks. myös Sandvik 2004 s. 316.

⁹²⁵ Ramberg 1995 s. 666–669.

Jakeluliiketoiminnan vaikeimmin ennakoitavissa olevat vahinkoseuraukset aktualisoituvat juuri kolmansille osapuolille maksettavien sopimussakkojen ja vahingonkorvausten yhteydessä. Näin ollen vaikeimmat ennakoitavuuskysymykset sijoittuvatkin – jos Rambergin järkevä tulkintasuositus hyväksytään⁹²⁶ – kauppalaan 67 §:n 2 momentin 5 kohdan alle. Sopimussakkoseuraamukset voivat vaihdella niistä sopineiden osapuolten tahdosta ja tarkoituksista riippuen. Tuotantotoiminnasta seuraavat vahingonkorvausseuraamukset puolestaan ovat radikaalisti kontingenteja ja siten hankalasti hallittavia, kuten jäljempänä huomataan. Molemmissa tapauksissa ennakoitavuusongelma juontuu samasta tekijästä. Jos tavara siirtyy jakeluketjusta tuotantotoimintaan, siihen kiinnittyvät mahdolliset maailmat multiploituva. Jakeluliiketoiminnassakin vahingon arvioimiseen kytkeytyvät ennakoitavuusongelmat muuttuvat tuotantotoiminnan ennakoitavuusongelmiksi, joihin kerrosta vielä uusi pinta: tuleeko jakeluorganisaation ennakoida, että sen eteenpäin toimittama tavara siirtyy takaisin tuotantotoimintaan ja siihen kytkeytyy tuotantotoiminnassa tyypillisiä odotuksia?

7 TEHDAS JA TUOTANTOTOIMINTA

Vahingonkorvauksen tekniikkojen näkökulmasta tuotantotoiminnan ja jakelutoiminnan välinen ero on yhtä lailla kvalitatiivinen kuin kvantitatiivinenkin. Kvantitatiivisessa mielessä tuotantotoimintaan sisältyy jakelutoiminnasta poikkeava lupaus voitosta. Yksittäiseen ja ehkä arvaamattoman vähämerkityksiseltä vaikuttavaan esineeseen kiinnittyvä voittopotentiali voi olla merkittävästi suurempi kuin kokonaisen tavaraerän jakeluliiketoiminnassa. Toisaalta voittopotentiali vaihtelee tuotannossa huomattavasti enemmän kuin jakelussa. Tuotantolaitteen osana sentin hintainen proppu voi ylläpitää miljoonien eurojen liikevaihtoa tuottavaa tuotantokoneistoa. Jakelussa se on myynistä saatavan, ehkä muutaman sentin katteen arvoisen. Kvalitatiivisessa mielessä tuotantotoiminnassa puolestaan on olennaista fyysisten kappaleiden olomuodon muuttaminen, niiden yhdis-

⁹²⁶ Ks. Ramberg 1995 s. 673; Routamo – Ramberg 1997 s. 510–511. Tässä kohdin Ramberg ja Routamo ja argumentoivat yksiselitteisiä esityölausumia vastaan. Ks. tältä osin HE 93/1986 vp s. 127, jossa todetaan, että ”ostajan omalle sopimuskumppanilleen suorittamat korvaukset, jotka johtuvat myyjän sopimusrikkomuksesta ja jotka sen vuoksi aikaansaavat myyjälle takautumisoikeuden myyjää kohtaan, ovat välitöntä vahinkoa.” Korvausvelvollisuus rajoittuu kuitenkin tältä osin vain siihen osaan vahingonkärsijän sopimuskumppanilleen suorittamaa sopimussakkoa tai vahingonkorvausta, joka on korvausta välittömistä vahingoista. Ramberg pitää tällaista rajausta epätoivottavana, koska sen käytännön toteutus on äärimmäisen hankalaa. Ks. Ramberg 1995 s. 671–672.

täminen toisiin esineisiin ja inhimilliseen työhön, ei tavaroiden välittäminen seuraavalle portaalle voittoa tuottavasti.⁹²⁷

On selvää, että tuotantotoiminnassakin voidaan erottaa erilaisia, historiallisia ja vieläkin päällekkäisinä esiintyviä liiketoiminnallisten rationaliteettien ja ansaintalogiikkojen⁹²⁸ kerroksia. Jo jakson otsikko (yhdessä edellisen jakson otsikon kanssa) viittaa tähän. Vahingonkorvausoikeudellisesta sääntelystä hahmotuvassa liiketoimintakäsityksessä heijastuvat kuva tehtaasta ja sille ominaisesta tuotannosta sekä massatuotannolle ominaisesta tuotannon järjestämisen tavasta. En ryhdy vielä selvittämään näiden eri kerrosten merkitystä. Liiketoiminnan muutosten vahingonkorvausoikeudelliselle sääntelylle asettamat haasteet tulevat käsiteltäviksi vasta jäljempänä tämän luvun jaksoissa 9 ja 10, kun pyrin muotoilemaan uudelle taloudelle perinnäistä paremmin sopivaa liikevahingon korvaamisen paradigmaa. Tässä jaksossa tarkoituksena on esitellä tuotantotoimintaa sellaisena kuin se näyttäytyy viimeaikaisissa pohjoismaisissa vahingonkorvausoikeudellisissa esityksissä. Lähtökohtana ja ensisijaisena keskustelukumppanina toimii norjalaisen Sture Iversenin perinpohjainen lainopillinen selvitys *Erstatningsberegning i kontraktsforhold*⁹²⁹ sopimusoikeudellisesta liikevahinkojen korvaamisesta. Iversenin esitys on havainnollisin ja välittömimmin vahingonkorvauksen arvioinnin liiketoiminnan muotoihin kiinnittävä pohjoismainen esitys.

Vahingonkorvausoikeudellisen säännösten kannalta tuotantotoiminnasta tekee haasteellista se tapa, jolla tuotantotoiminta on prosessina järjestetty. Kaiken keskiössä on tehdas ja tehtaalle ominainen tapa järjestää ja hallita tehtaan omistajalle arvoa tuottavia prosesseja. Tehdas kokoaa yhteen tilaan ja aikaan lukuisia pääoma-, materiaali- ja työvirtoja. Tuottavuus perustuu eri virtojen koordinoimiselle ja yhdistämiselle. Raha eli pääoma on muutettava oikea-aikaisesti raaka-aineiksi ja inhimilliseksi työksi. Nämä kaksi virtaa on koottava yhteen ja sovitettava toisiinsa, alistettava tuotannon välineille ja koneille, ja tästä syntyvä esineiden virta on jälleen muutettava rahaksi eli pääomaksi. Juuri koordinaatiossa, pääoma-, materiaali- ja työvirtojen yhteensovittamisesta syntyy lupaus voitosta ja tappion uhka. Jos virrat eivät kohtaa oikeaan aikaan ja oikeassa paikassa, voi-

⁹²⁷ Tuotantotoiminnan erilaisia historiallisia kehitysvaiheita, niille ominaisia tuotannonjärjestämisuotoja ja eri tuotantomuotojen vaikutusta *sopimusoikeudelliseen sääntelyyn* on käsitelty havainnollisesti John P. Esser. Esserin artikkelin selitystavan ongelmana on, että Esser ei ota huomioon sitä, että tuotantotoiminta ei ollut ainoa merkityksellinen ansaintalogiikka, johon sopimusoikeudellista sääntelyä jouduttiin sopeuttamaan ja jonka näkökulmasta sitä oli ylipäätään mahdollista tarkastella. Myös edellä tarkastellut kauppaliikkeen ja jakelutoiminnan logiikoissa tapahtuneet muutokset ovat olleet vaikuttamassa sopimusoikeudellisen sääntelyn kehittymiseen (Esser 1996 s. 600).

⁹²⁸ Ks. ansaintalogiikan käsitteistä myöhemmin jaksossa 6.10 esitettyä.

⁹²⁹ Iversen 2000.

ton lupaus ei toteudu. Vahingonkorvausoikeuden tehtäväksi jää siirtää toteutunut tappio sen korvaamisvelvolliselle.

Pohjoismaisessa vahingonkorvausoikeudellisessa kirjallisuudessa tuotantotoiminta hahmottuu varsin yksinkertaiseksi elämänalueeksi. Sitä voi tarkastella kauppalaain 67 §:n 2 momentin 1 kohdassa tarkoitettujen tappioerien tarjoaman prisman läpi. Tappioerissä tappion syynä on viime kädessä yrityksen myyntiprosessin häiriintyminen tai keskeytyminen, minkä johdosta voi näyttää siltä, että vahingonkorvausoikeudellisesti tuotanto- ja jakelutoiminnalla ei lopulta ole suurta eroa. Näin ei kuitenkaan ole syytä ajatella. Tuotannossa vahinkotapahtumasta päästään myyntiin vasta tuotantotoiminnalle ominaisten säännönmukaisuuksien eli valmistusprosessin luoman välittävän vaiheen kautta. Vahinkotapahtuma keskeyttää tai häiritsee valmistusprosessia. Se estää yritystä koordinoimasta ja yhdistelemästä tuotannon tekijöiden virtoja sen aikomalla tavalla.⁹³⁰ Tuotantovahingoissa on ensiarvoisen tärkeää huomata, että vahinko ei johdu myytäväästä tuotteesta itsestään. Se ei ole seurausta tuotteen ominaisuuksista, vaan jonkin sen valmistamiseksi suunnitellun toimenpiteen epäonnistumisesta.

Tappiota syntyy – kuten kauppalaain 67 §:n 2 momentin 2 kohdassa todetaan – pääasiassa kolmesta syystä: 1) jos tarkoitettuja tuotteita ei saada lainkaan myytäväksi joko siitä syystä, että niitä ei voida lainkaan valmistaa tai ne ovat arvottomia, ja vahingonkärsijän tuotantotoiminnasta saama myyntitulo tästä syystä vähenee; 2) jos tuotteita saadaan valmistettua aiottua vähemmän tai huonompilaatuisina, jolloin niistä saadaan myydessä aiottua vähemmän tuloja; tai 3) kun tappion rajoittamiseksi tuotetaan toisia, vähempiarvoisia tuotteita⁹³¹. Ero jakelutoimintaan kuvastuu juuri voiton lupauksessa ja tuotantotoiminnan mahdollistaman voiton käsitteellisissä edellytyksissä. Kun jakelutoiminnassa voiton lupaus tiivistyy saatavaan myyntivoittoon, tuotantotoiminnassa voitto syntyy lukuisiin tavaroihin ja esineisiin kiinnittyvien voiton lupauksen yhdistämisestä. Mikä tahansa ongelma voi estää lupauksen toteutumisen.

Iversen pyrkii väitöskirjassaan hahmottamaan tuotantotappioita kauppalaain erottelua tarkemmin. Hän erottaa kolme *tuotantotappion* (driftstab) perustyyppiä. Erottelukriteerinä hän käyttää toiminnan keskeyttävän tuotannon tekijän luonnetta. Tuotantotappiota voi syntyä, kun 1) tuotannossa käytettävien raaka-aineiden toimitukset eivät suju asianmukaisella tavalla tai kun raaka-aineet ovat epäasianmukaisia (tai kun raaka-ainevirrat muusta, esimerkiksi deliktiperusteis-

⁹³⁰ HE 93/1986 vp s. 127.

⁹³¹ Ks. HE 93/1986 vp s. 127. Ks. myös Iversen 2000 s. 515. Iversen on aiemmin (Iversen 2000 s. 513) määritellyt liikevahingon korvattavuuden yleisiksi edellytyksiksi kaksi seikkaa. Ensinnäkin liiketoiminnan tulee olla siinä määrin kannattavaa, että liiketoiminnan *muuttuvat* kustannukset tulevat katetuksi. Toinen edellytys on, että vahinkoa ei voida kohtuullisin toimenpitein välttää.

sen vastuun perustavasta syystä järkkyvät⁹³²); 2) tuotannossa tarvittavien apuaineiden (*hjaelpstof*) virrat poikkeavat suunnitellusta ja 3) kun tuotantovälineet itessään osoittautuvat käyttökelvottomiksi.⁹³³ Iversen pitää selvänä, että kutakin vahinkoluokkaa tulee käsitellä eri tavalla, koska eri luokkiin liittyvät reaaliset ongelmat ja niistä seuraavat vahinkoseuraukset ovat erilaisia.

Raaka-aineisiin liittyy erityisiä ongelmia, jotka poikkeavat sekä apuaineiden että tuotantovälineiden ongelmista. Iversenin ajattelun taustalla vaikuttaa käsitys, jonka mukaan raaka-aineita kuluu tuotantoprosessissa suuria määriä. Niiden toimitusten mahdolliseen epäasianmukaisuuteen on Iversenin käsityksen mukaan vaikea varautua kattavasti. Riittäviä, tavaravirtojen häiriöitä neutralisoivia ja laimentavia varastoja ei ole tavallisesti mahdollista pitää ainakaan siinä laajuudessa, että yritys voisi niiden avulla välttyä kokonaan vahingoilta. Vaihtoehtoisia raaka-ainelähteitäkään ei tavallisesti ole tarjolla.

Juuri varautumisen vaikeudesta johtuen jonkin raaka-aineen puuttuminen valmistusprosessista voi keskeyttää koko tehtaantoinnin pitkäksikin aikaa. Tällöin myytäviä tuotteita ei pystytäkään lainkaan valmistamaan. Toiseksi raaka-aineessa olevat virheet voivat tehdä valmistettavista tuotteista kokonaan myyntikelvottomia tai vähempiarvoisia.⁹³⁴ Esimerkkinä raaka-aineongelmista johtuvasta tuotantotappiosta Iversen mainitsee huonolaatuisen siemenviljan kylvämisestä aiheutuvan tappion.⁹³⁵ Liiketappiota voi näistä syistä syntyä myös teollisuudessa, huomauttaa Iversen.⁹³⁶ Iversen ei kuitenkaan anna esimerkkejä konkreettisista prosesseista, viittaa vain lukuisiin ja perinpohjaisesti tekstissä selvittämiinsä tanskalaisiin oikeustapauksiin.⁹³⁷

Apuaineet poikkeavat raaka-aineista Iversenin mukaan siinä suhteessa, että niiden toimitusten häiriöihin on mahdollista varautua. Apuaineita ei tarvita paljon. Siksi niitä voidaan varastoida. Niille voi olla olemassa vaihtoehtoisia lähteitä, joista puuttuville aineille voidaan hankkia korvaaja. Iversenin mukaan tästä seuraa ennen kaikkea se, että vahingon rajoittamisvelvollisuus ja erityisesti myötävaikuttava tuottamus estävät määrältään suuriin tuotantotappioiden syntyyn vetoamisen. Oikeuskäytännöstä asia ei selviä, mutta Iversen väittää silti, että apuaineiden puuttumisen ei tavallisesti katsota pystyvän pysäyttämään tehdasta ja sen voittoa tuottavaa koneistoa, tai pikemminkin tuomioistuimet todennäköi-

⁹³² Tämä mahdollisuus ei ole Iversenin pohdittavana, koska hän keskittyy väitöskirjassaan sopimusperusteiseen vastuuseen. Ylipäätään taloudellisten seurausvahinkojen pohtimiseen käytetään varsin vähän tilaa deliktiperusteista vastuuta käsittelevissä tutkimuksissa. Sama teema voi esiintyä myös muiden tuotantovahinkolajien kohdalla.

⁹³³ Ks. Iversen 2000 s. 529–536.

⁹³⁴ Ks. Iversen 2000 s. 515–516.

⁹³⁵ Ks. Iversen 2000 s. 516–519.

⁹³⁶ Ks. Iversen 2000 s. 519.

⁹³⁷ Ks. Iversen 2000 s. 520–527. Kaikki oikeustapaukset liittyvät tekstiiliteollisuuteen.

sesti katsovat, että näin ei olisi saanut käydä.⁹³⁸ Vahingon rajoittamisvelvollisuudella operoiden tuomioistuimet päätyvät Iversenin mukaan helposti siihen, että vahingonkärsijä itse aiheutti vahinkonsa ainakin osittain. Vahingonkärsijän tulee pitää riittävän suurta varastoa, tehdä kateosto ajoissa sekä pidättäytyä apuaineen hinnoilla spekulomisesta ja täydentää varastojaan aiemmin, jotta apuainevirtojen häiriöistä ei olisi tullut liiketoiminnan häiriöttömän jatkumisen kynnyskysymystä.⁹³⁹

Kolmas Iversenin tarkoittamista tuotantotappion tyypeistä liittyy itse tuotannon välineisiin. Kysymys on koneista eli konkreettisista fyysisen manipulaation välineistä ja muista tuotannon infrastruktuurikappaleista, jotka eivät sulaudu valmistettaviin tuotteisiin ja joista ei tule niiden osia mutta joiden avulla materiaalivirrat yhdistetään toisiinsa ja työhön, ja joita ilman tuotantoa ei voi olla olemassa.

Koneiden ja muiden tuotannon infrastruktuurikappaleiden häiriöt ovat tuotantotappion synn perustyyppi sekä määrällisesti että laadullisesti. Kun yksittäinen, kriittisessä tuotantoprosessin vaiheessa tarvittava kone pettää, koko tehdas, sen materiaalivirrat, työntekijät, lukemattomat toiset koneet, koko yhteen kerääntynyt pääoma, lepäävät tuottamattomina, koska koko tuotantoprosessin perustaa on järkytetty. Kun tehdasrakennus palaa, tuotannon edellytykset katoavat savuna ilmaan.

Iversenin ajattelun taustalla vaikuttava oletus koneiden ja muiden tuotantovälineiden merkityksestä on kuitenkin suhteellisen eriytymätön. Kysymys on vain tuotantotoiminnan peruspiirteiden kuvauksesta, ei konkreettisten ansaintaprosessien luonnoksesta. Sama koskee tietenkin muitakin Iversenin erittelemiä tuotantovahingon perustyypejä. Yrityksen sisäisiin konstellatioihin, erillisten koneiden ja tuotantovälineiden välisiin riippuvuuksiin ja suhteisiin malli ei yllä. Toisaalta voidaan ajatella, että muut doktriinit, etupäässä vahingon rajoittamisvelvollisuus ja myötävaikuttava tuottamus saattavat saada otteen myös tehtaan sisäisistä käytännöistä. Kriittiselle koneelle on ehkä ostettava jo etukäteen korvaaja, tai ainakin sen varaosavaraston tulee olla riittävä.⁹⁴⁰

Tuotantotappion yläkäsitteen alla lienee syytä käsitellä kauppalaain 67 §:n 2 momentin vaikeimmin hahmotettavaa alakohtaa. 2 momentin 2 kohdassa todetaan, että välillistä vahinkoa on myös muu vahinko, joka on aiheutunut siitä että tavaraa ei ole voitu käyttää tarkoitetulla tavalla. Kysymys on siis niistä vahinkoseurauksista, jotka eivät konkretisoidu myynti- tai tuotantovolyymin vähennyk-

⁹³⁸ Iversen selittää löytäneensä vain yhden apuaineita koskevan oikeustapauksen. Sekin on vuodelta 1953. Ks. Iversen 2000 s. 528.

⁹³⁹ Ks. Iversen 2000 s. 528–529.

⁹⁴⁰ Ks. Iversen 2000 s. 529–536.

sinä liikevaihtoon eivätkä välittömiksi vahingoiksi vahingon rajoittamistoimenpiteistä aiheutuvina kustannuksina. Tätä vahinkolajia Iversen ei käsittele.

Kauppalain 67 §:n 2 mom:n 2 kohdassa tarkoitetuista vahinkotapahtumista esimerkkeinä voidaan mainita muuan muassa yrityksen toiminnan hankaloitumisesta aiheutuvat menetykset. Virheelliseksi osoittautunutta konetta olisi voitu käyttää yrityksen toiminnan rationalisoimiseen tai sen sujuvuuden yleiseen parantamiseen.⁹⁴¹ Suomalaisessa hallituksen esityksessä mainitaan esimerkkinä, että yrityksen tilojen siivoaminen estyy.⁹⁴² Tappiotyyppi asettuu mielenkiintoisella tavalla lähelle niitä kirjanpidollisen simuloimisen katvealueita, joita sivusin edellä. Perinteisillä menetelmillä tällaisten menetysten taloudellista arvoa ja siten oikeaa korvauksen määrää onkin lähes mahdotonta arvioida.

Toinen merkittävä, vahingonkorvausoikeudelle ominaisten tuotantotoimintaa koskevien käsitysten rajoittuneisuutta korostava seikka on penseä suhtautuminen rahan puuttumisesta seuraaviin tappioihin. Tuotantotappion syntyminen edellyttää ainakin Iversenin kertomuksessa *fyysisen* tuotantoprosessin häiriintymistä. Monimutkaisemmat odotukset jäävät huomiotta. Syykin on suhteellisen selvä. Odotukset ovat niin monimutkaisia ja epämääräisiä, että niiden kantovoima on heikko.

Iversenin esittämien, tuotantotappion lajien korvauskäytäntöjä koskevien ajatusten yhteys ennakoitavuusperiaatteeseen on ilmeinen. Iversen luonnostelee nähdäkseni juuri niitä tilanteita, joissa tuotantotoiminnassa voi syntyä ennakoitavia vahinkoja. Samalla tulee alustavasti luonnostelluksi myös tuotantotoiminnalle ominainen lupaus voitosta ja käsitys niistä prosesseista, käsitteellisistä rajoista, sosiaalisista ja taloudellisista säännönmukaisuuksista, joiden varassa voittoa voi syntyä. Se voi puolestaan valottaa sitä, mistä ennakoitavuudessa on kysymys.

8 ANSIOTYÖ

Kolmas ansaintalogiikka, joka tunnistetaan vahingonkorvausoikeudellisessa normistossa, on ansiotyö. Ansiotyö on luonnollisten henkilöiden ansaintalogiikka, joka jakaantuu kahteen päätyyppiin, yrittäjätyöhön ja palkkatyöhön. Ero näiden ansiotyölogiikkojen välillä muodostuu suhteessa työhön ja ansaintalogiikkaan liittyvään riskiin. Vahingonkorvausoikeudellisessa normistossa yrittäjän elämä näyttäytyy riskialttiimpana, vaikeammin mallinnettavana, hankalammin hallittavana kuin palkkatyötä tekevän henkilön. Kuten Hemmo kuvaavasti

⁹⁴¹ Ks. esim. Ramberg 1995 s. 667.

⁹⁴² Ks. HE 93/1986 vp s. 127.

toteaa, itsenäiselle elinkeinonharjoittajalle maksettavan korvauksen laskemiseen liittyy ”tiettyä lisäproblematiikkaa”.⁹⁴³ Normiston taustalla häämöttää oletus, että yrittäjä ei koskaan voi tietää, mitä seuraava päivä tuo tullessaan. Yrittäjän tulot voivat vaihdella. Hänellä ei aina ole vakituista, kuukaudesta toiseen toistuvaa palkkaa. Palkkatyöläinen sen sijaan voi olettaa, että hänen työpaikkansa säilyy ja että hän saa omalle ammattiryhmälle ominaisen palkkansa hamaan eläkeikään asti. Tässä mielessä elinkeinonharjoittaja rinnastuukin liiketoimintaa harjoittavaan yritykseen.

Lainsäädännöllisenä lähtökohtana ansionmenetyksen korvaamisessa ovat vahingonkorvauslain 5 luvun 2 a § ja 2 b §. Säännökset ovat uusia ja ne tarjoavatkin varsin runsaasti lisäinformaatiota ansiotulon vähentymisen määrittämistavoista verrattuna vanhaan 5 luvun 2 §:n sanamuotoon, jonka informaatioarvo oli itsessään hyvin vähäinen. Nyt vahingonkorvauslain 2 a §:ssä todetaan, että ansionmenetyksestä määrätään korvaus ottamalla lähtökohdaksi arvio ansiotulosta, jonka vahinkoa kärsinyt olisi ilman vahinkotapahtumaa saanut. Tästä vähennetään ansiotulo, jonka vahinkoa kärsinyt vahinkotapahtumasta huolimatta on saanut tai olisi voinut saada taikka jonka hänen arvioidaan vastaisuudessa saavan ottaen huomioon hänen työkykynsä, koulutuksensa, aikaisempi toimintansa, mahdollisuutensa uudelleen kouluttautumiseen, ikänsä, asumisolosuhteensa ja näihin verrattavat muut seikat.

Pykälässä siis vahvistetaan, että differenssiopin mukaista vahingon arvioimistapaa tulee soveltaa myös ansiotulon vähenemiseen.⁹⁴⁴ Toisaalta siinä korostetaan vahingonkärsijän velvollisuutta rajoittaa vahinkoa ja sen määrää. Vahingonkärsijän on jatkettava omien mahdollisuuksiensa rajoissa elämäänsä tuottavana, taloudelliseen toimintaan osallistuvana subjektina, vaikka hänen tosiasiallinen kykynsä siihen olisi vahinkotapahtuman johdosta alentunutkin. Ajatuksena on, että vahingonkärsijän vahinkotapahtuman jälkeen ansaitsemat tulot vähentävät vahingonaiheuttajan maksettavaksi tulevan korvauksen määrää.⁹⁴⁵

⁹⁴³ Ks. Hemmo 2005b s. 170.

⁹⁴⁴ Ks. esim. HE 167/2003 vp s. 36, jossa nimenomaisesti todetaan sääntelyn tarkoituksena olevan täysi korvaus, jonka mukaan vahinkoa kärsinyt on saatettava taloudellisesti siihen asemaan, jossa tämä olisi ollut jos vahinkotapahtumaa ei olisi sattunut.

⁹⁴⁵ Tässä suhteessa korkeimman oikeuden ratkaisu KKO 2006:75 on varsin mielenkiintoinen. Kysymys ei ole aivan tavanomaisesta ansionmenetystilanteesta. Kuntayhtymän ylilääkäri oli hakenut virkavapautta, jota hänelle ei ollut myönnetty hakemuksen mukaisesti, vaan lyhyemmäksi ajaksi. Virkavapaushakemuksen käsittelyssä oli tapahtunut virhe. Kuntayhtymän liittohallitus oli katsonut ylilääkärin virkasuhteen päättyneen, kun tämä ei ollut palannut kehoituksista huolimatta työhön. Julkista valtaa käytettäessä oli tehty virhe, ja tämän virheen katsottiin olevan sellainen, että sen perusteella julkisyhteisölle syntyi vahingonkorvausvastuu. Ongelmaksi jäi se, oliko korvauskelpoista vahinkoa ylipäättään syntynyt. Ylilääkäri vaati korvausta ansiotulon menetyksestä, joka hänelle oli aiheutunut, kun hänen virkasuhteensa oli päättynyt. Ongelmana oli, että ylilääkäri ei ollut joutunut työttömäksi, vaikka hänen virkasuhteensa olikin perusteettomasti katsottu päättyneen.

Ansionmenetyskorvauksen tarkoituksena on ensi sijassa rekonstruoida luonnollisen henkilön taloudellisen toiminnan positiivinen tulos, ts. se määrä, jolla työstä saatu korvaus ylittää sen hankkimiseksi välttämättömät kustannukset.

Johtava periaate on todellisen vahingonmenetyksen korvaaminen. Tästä seuraa, että ansion käsite kattaa paitsi pää- ja sivutulonlähteistä kertyvät palkka- tai eläketulot, myös muut palvelussuhteen perusteella suoritettavat taloudelliset etuudet kuten lomarahat, luontoisedut ja veronalaiset matkakorvaukset.⁹⁴⁶ Erilaiset kannustinjärjestelmistä, esimerkiksi mahdollisista johdon optioista tai muista bonusjärjestelyistä peräisin olevat tulot ovat korvattavaa ansiotuloa. Sama koskee erilaisia sosiaalietuuksia, mm. äitiys- ja vanhempainrahaa ja työttömyyspäivärahaa. Periaatteella on myös kääntöpuolensa. Sosiaaliturvajärjestelmän ja esimerkiksi työeläkevakuutuksen perusteella maksettavat erät vähennetään vahingonkorvauksen määrästä. Valtiolla ja vakuutusyhtiöillä ei ole regressiä vahingonaiheuttajaan nähden, vaan ”ylimääräiset” sosiaaliturvakustannukset jäävät niiden eli veronmaksajien kannettaviksi.⁹⁴⁷ Samaisesta periaatteesta, erityisesti ratkaisun KKO 2007:52 jälkeen johtuneen myös, että työssäkäynnin loppumisesta johtuvat kustannussäästöt on otettava huomioon laskelmassa.

Hän oli toiminut anestesia- ja lääkärintoimintana jatkuvasti ja ansainnut vieläpä varsin hyvin. Ansionmenetysvaatimus perustui sille, että ylilääkäri katsoi, että olisi pystynyt hoitamaan nyt tekemänsä työtehtävät sivutoimena. Ratkaisun perustelut ovat asiantilan selvittelyä koskevilta osiltaan hyvin monimutkaiset, mutta kaikessa yksinkertaisuudessaan perustuvat sille, että ylilääkäri ei olisi voinut saada sivutoimisena niitä sivuansioita, jotka oli todellisuudessa saanut.

Toinen mielenkiintoinen ratkaisu on KKO 2007:52. Ratkaisu on lopputulokseltaan sinällään todistus- ja prosessioikeudellinen. Ratkaisussa kantaja, joka oli työnantajansa tuottamuksellisen menettelyn johdosta sairastunut astmaan, vaati työsopimuslain 51 §:n perusteella korvaukseksi todellisten ansionmenetystensä ja tapaturmavakuutuslain nojalla maksettavan eläkkeen erotusta. Tapaturmavakuutuslain nojalla maksettu eläke oli nimittäin vain 85 prosenttia todellisista työansioista.

Käräjäoikeus katsoi, että työnantaja oli velvollinen suorittamaan kantajalle ”teoreettisten” vuositulojen ja eläkkeen erotuksen. Ratkaisu oli tältä osin myös todistusoikeudellinen: sen mukaan täyden tapaturmaeläkkeen saaminen ei ole indikaatio siitä, että koko ansionmenetys olisi tullut korvatuksi.

Hovioikeus oli toista mieltä. Sen mukaan kantajalla oli velvollisuus näyttää, että 85 prosenttiin asetetun tapaturmaeläkkeen johdosta todellista ansionmenetystä oli aiheutunut. Korkein oikeus pysytteli ratkaisussaan materiaalisesti hovioikeuden linjoilla. Tapaturmavakuutuslain esitöiden mukaan tapaturmaeläke vastaisi vahingoittuneen todellista ansionmenetystä, vaikka se oli vain 85 prosenttia ansiotulosta. Tulonhankkimiskustannukset, jotka oli lain säättämisen yhteydessä arvioitu siis 15 prosentiksi palkasta, tuli vähentää ansiotulosta. Hovioikeus tulkitsi vahingonkorvausoikeuden yleisiä vahingon määrän laskemisen periaatteita toista lakia koskevien esityölausumien valossa. Kun tapaturmavakuutuslain esitöissä oli lausuttu eläkkeen määrän ja todellisen vahingon suhteesta, oli pääteltävissä, että vahingonkorvausasiassa oli voimassa ”lakisääteinen oletama”, jonka mukaan tapaturmaeläke vastasi lähtökohtaisesti täyden ansionmenetyksen määrää. Kantajan asiana oli kumota tämä oletama esittämällä näyttöä, että työssä käymisen loppumisesta aiheutuvat kustannussäästöt olivat pienemmät kuin 15 prosenttia.

⁹⁴⁶ Ks. HE 167/2003 vp s. 33.

⁹⁴⁷ Ks. HE 167/2003 vp s. 33.

Korvauksen määrän laskemisessa ensimmäinen vaihe on selvittää, kuinka paljon vahingonkärsijä olisi ansainnut työkyvyttömyysaikanaan, jos vahinkotapahtumaa ei olisi koskaan sattunut. Kyseessä on klassinen hypoteettisen tapahtumakulun luomisen ongelma, kaikkine tavanomaisine kysymyksenasetteluineen. Vahingonkorvauksen määrän arvioimiseksi tulee tuntea, mitä vahingonaiheuttaja olisi tehnyt, miten tämän elämä olisi kehittynyt vahinkotapahtumaa seuranneina vuosina.

Tätä ainakin vaikeimmissa tapauksissa äärimmäisen monimutkaista vaihetta hallitaan hallituksen esityksessä *arvio*-metaforan avulla. Tuomarin tulee *arvioida*, mitä olisi tapahtunut.⁹⁴⁸ Hallituksen esityksen ja suomalaisen vahingonkorvausoikeudellisen kirjallisuuden perusteella menetetyn hypoteettisen ansiotulon määrän arvioiminen vaikuttaa lähes salatieteeltä.⁹⁴⁹

Lähtökohtana on jo säännöstekstissäkin mainittu ”arvio ansiotulosta, jonka vahinkoa kärsinyt olisi ilman vahinkotapahtumaa saanut”. Hallituksen esityksessä todetaan, että arviointi on tapauskohtaista ja sen yksityiskohtainen toteuttaminen jää kokonaan riippuvaiseksi henkilövahingon ja erityisesti siitä seuraavan työkyvyttömyyden laadusta ja kestosta. Hallituksen esityksessä näytetäänkin oletetun, että arvion tekemisen menetelmät vaihtelevat suuresti ja että niiden tarkka ja yksityiskohtainen määrittely on turhaa.⁹⁵⁰

Lähtökohta pitää paikkansa. Tuomittavan vahingonkorvauksen määrä jää riippumaan yksittäistapauksen olosuhteista. Jos työkyvyttömyys on lyhytaikaista ja vahingonkärsijä toipuu työkyvyltään ennalleen, korvauksen määrän laskeminen ei tavallisesti ole ongelmallista. Siinä voidaan käyttää hyväksi, kuten hallituksen esityksessä todetaan, sitä ansiotuloa, jota vahingonkärsijä oli välittömästi ennen vahinkotapahtumaa saanut.⁹⁵¹ Ajatus on hyväksytty myös korkeimmassa oikeudessa, tosin merkittävien varauksin. Korkein oikeus nimittäin totesi ratkaisussaan KKO 2003:39, että ”korvausasioissa noudatetaan yleisesti käytäntöä, jonka mukaan menetetyn ansion arvioinnissa tukeudutaan vahingon kärsintää koskeviin tulo- ja kulutietoihin riittävän pitkältä ajalta ennen vahingon tapahtumista”.

Pohjoismaissa, erityisesti Tanskassa ja Norjassa, käytiin 1900-luvun keskivaiheilla pitkään keskustelua siitä, pitäisikö ansionmenetyksestä maksaa vahingonkärsijälle pitkälti tämän yksilöllisistä olosuhteista riippumaton korvaus.

⁹⁴⁸ Norjalainen Magne Strandberg väittää, että ansiotulon määrää koskeva arviointi viime vuosikymmeninä on fragmentoitunut, matematisoitunut ja objektivisoitunut. (Strandberg 2005 s. 16–18).

⁹⁴⁹ Ks. esim. HE 167/2003 vp s. 36, Hemmo 2005b s. 170–172; Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006 s. 378–380. Ruotsalaisesta kirjallisuudesta ks. Bengtsson – Strömbäck 2002 s. 171–189; Hellner – Radetzki 2006 s. 383–386. Ruotsissa lähtökohtana ovat *todennäköiset* ansiotulot, tarkennus, joka suomalaisesta säännöksestä puuttuu. Ks. NJA 2007 s. 461 ja Andersson 2007a.

⁹⁵⁰ Ks. HE 167/2003 vp s. 36.

⁹⁵¹ Ks. HE 167/2003 vp s. 36.

Tyypillisesti ns. *borgerlige jævnmål* -nimen alle kulkevien esitysten mukaan korvaus menetetystä ansiotulosta voitaisiin laskea ”efter faste regler og [den] ikke følger det individuelle tab, medens afvigelsen fra det individuelle tab begrundes under henvisning dels til sociale ’hensyne’, dels til adækvanshensynet og lignende.”⁹⁵² Voidaan sanoa, että jos ja kun ansionmenetyskorvaus järjestetään tällaiselle perustalle, vahingonkorvaus saa hyvin solidaarisen ja sosiaalisen perusvireen. Voidaankin sanoa, että vahingonkorvauksesta tulee sosiaalivakuutuksen muoto, jossa vahingonkorvaus muistuttaa vakuutuskorvausta – ilman vakuutusta.

Täyden korvauksen periaatteelle perustuvassa lyhyen työkyvyttömyyden aiheuttamien menetysten laskemisessa käyttökelpoinen menetelmä perustuu oletukselle ansiotulon vakinaisuudesta ja historiallisen tiedon käyttökelpoisuudesta tulevaisuutta ennakoitaessa. Oletukset perustelevat itse itsensä. Palkkatyötä tekevälle maksetaan tavallisesti palkkaa vakiintuneiden perusteiden mukaisesti, joita voidaan olettaa noudatettavan myös tulevaisuudessa erityisesti, jos työsuhte on toistaiseksi jatkuva. Koska palkkatyössä ansiotaso on totutusti vakio ja palvelusuhte on kuukaudesta toiseen jatkuva, menneisyyden perusteella voidaan luoda käsitys tulevaisuudesta. Malliesimerkistä voisi käydä valtion kuukausipalkkainen virkamies, joka liukkaalla tiellä kaaduttuaan joutuu luunmurtuman vuoksi sairaalahoitoon ja kuntoutukseen. Hänen tapauksessaan menetetty ansiotulo voidaan tavanomaisesti laskea kertomalla sairaalassa ja sairaalaloma viettettyjen päivien määrä keskimääräisellä päiväansiolalla ja vähentämällä näin saadusta summasta todellisuudessa virkamiehelle maksetut sairasajanpalkat ja sairaspäivärahat. Tähän tulee vielä lisätä ne samaa menetelmää käyttäen laskettavat ansiotulot, jonka vahingonkärtsijä menettää kuntoutuksen johdosta.

Ajattelutapa on tietenkin omien edellytystensä vanki. Jos pätevää todennäköistä kuukaussittaista tai päivittäistä ansiotasoa ei voida tyydyttävällä tavalla määrittää tai jos palvelusuhte on epätyypillinen, määräaikainen tai ansiotaso muutoin vaihtelee merkittävästi, lyhytaikaisenkin työkyvyttömyyden aiheuttaman vahingon arvioinnista tulee vaikeaa. Hallituksen esityksessä tarjotaan tähän ongelmaan yhtä patenttiratkaisua. Jos vahingonkärtsijän vahinkotapahtumaa välittömästi edeltävää ansiotasoa on jostakin syystä pidettävä joko epätavallisen korkeana tai matalana ja siksi epäedustavana, arvioinnin aikahorisonttia voidaan

⁹⁵² Ks. Jørgensen 1972 s. 55–58. Tanskan ja Norjan vahingonkorvauslaeissa *borgerlig jævnmål* -ideasta on luovuttu. Tanskan EAL:ssa lähtökohtana on pysyvänkin työkyvyttömyyden osalta täyden korvauksen periaate – tosin varsin liudentuneessa muodossa. Ks. esim. Holgersen 1991 s. 522–525; Eyben – Nørgaard – Vagner 1995 s. 238–243. Norjan osalta, jossa lääketieteellinen invaliditeetti näyttää olleen merkittävä seikka aina ns. *Nesse*-ratkaisuun asti (Rt. 1997 s. 883) (Lødrup 2006 s. 347–359). Ruotsissa oikeustila muuttui tältä osin vuoden 1975 lain muutoksen yhteydessä. (Nordenson 1984 s. 392). Ks. standardisoidun korvauksen legitimitteettiperustan arvioinnista Holgersen 1991 s. 527–535.

avata pidemmälle menneisyyteen, ”riittävän pitkältä ajalta”, kuten hallituksen esityksessä todetaan. Toiseen suuntaan aikahorisonttia voidaan avartaa, jos on *erityistä syytä* olettaa, että vahingonkärsijän tulotaso olisi noussut työkyvyttömyysaikana.⁹⁵³

Ns. epätavallisiin työsuhteisiin tällaista ajattelutapaa on vaikea soveltaa. Jos henkilö ei ole ollut vakinaisessa työsuhteessa, vaan hänen lyhytaikaisia työsuhteita ovat seuranneet toiset työsuhteet, joihin on sovellettu olennaisesti erilaisia ehtoja, tai työttömyysjaksot, hallituksen esityksessä esitetyillä keinoilla ongelmaa ei voida ratkaista edes silloin, kun työkyvyttömyys on varsin lyhytaikainen. Tilanne on sama silloin, kun ansiotuloa on saatu vaihteleva määrä useista eri lähteistä, niin kuin freelance-pohjalta toimivilla usein on tapana.

Erityisen vaikeisiin ongelmiin törmätään, kun työkyvyttömyys on pitkäaikainen tai pysyvä. Hallituksen esityksessä todetaan tältä osin varsin niukasti, että

”jos menetetyn ansiotulon määrää joudutaan arvioimaan pitkälle tulevaisuuteen, olisi etenkin ammatissa vasta vähän aikaa toimineen henkilön osalta otettava huomioon, että työkokemuksen kasvaessa myös ansiotaso yleensä nousee. Jos taas vahinkoa kärsinyt on esimerkiksi opiskelija, joka ei vielä ole valmistunut ammattiinsa, olisi otettava huomioon hänen odotettavissa olleen ammattinsa mukainen urakehitys ja sen mukainen ansiotason kehitys.”⁹⁵⁴

Voidaanko henkilön urakehitystä ennakoida? Perinteinen malli toimii varsin hyvin, jos pitäydytään ns. tyypillisissä fordistisen tuotanto- ja työparadigman työ- ja palvelussuhteissa. Jos suhteellisen vähän koulutettu työntekijä tulee koulutuksen jälkeen yrityksen palvelukseen ja pysyy koko työuransa samantyyppisissä tehtävissä eli siis omassa ammatissaan, henkilön työuraa ja palkkakehitystä on voitu varsin hyvin ennakoida. Palkka kasvaa työkokemuksen myötä tiettyjen työ sopimuksessa ja työehtosopimuksissa määrättyjen perusteiden mukaisesti. Liikkuvuus tehtävästä toiseen on minimaalista.⁹⁵⁵ Tällöin keskeisimmäksi vaikeudeksi jää ammattiryhmäkohtaisen palkkakehityksen ennakoiminen.

Tähänkin liittyy omat ongelmansa. Yhdysvalloissa on pääasiassa katsottu, että kunkin ammattiryhmän palkkakehitystä tulisi tarkastella erikseen.⁹⁵⁶ Zugelder esittää kuitenkin, että jos kyseessä on pitkä työkyvyttömyysaika, on todennäköistä, että mikään ammattiryhmä ei pitkällä aikavälillä pysty pitämään yllä suhteellista kilpailuetuaan, jonka ansiosta se lyhyessä katsannossa voi pystyä keskimääräistä parempaan ansiokehitykseen. Tästä syystä hyvin pitkäkestoi-

⁹⁵³ Ks. HE 167/2003 vp s. 36.

⁹⁵⁴ Ks. HE 167/2003 vp s. 36.

⁹⁵⁵ Ks. esim. Sennett 2002 s. 30–45; Siltala 2004 s. 7–65.

⁹⁵⁶ Ks. esim. Strangways – Zugelder 1998 s. 2–5.

sen työkyvyttömyyden hallinnassa ei olisi välttämätöntä käyttää yksittäisiä ammattiryhmiä koskevia ennusteita.⁹⁵⁷

Korkeakoulutetuilla työntekijöillä työuran ennakoiminen lieene tyypillisesti vaikeampaa. Asiantuntija- ja johtotehtäviin hakeutuvien työntekijöiden palkkakehitys saattaa olla huomattavan vaihtelevaa. Keskimääräisestä kehityksestä voidaan poiketa merkittävästi sekä alas- että ylöspäin. Palkkaus taas riippuu tehtävästä, jossa henkilö kulloinkin on. Urakehitys vie joskus myös varsin ripeässä tahdissa tehtävästä toiseen. Menneisyyden palkkatasoa onkin näissä tilanteissa varsin vaikeaa pitää luotettavana indisiona tulevaisuuden palkkatasosta.

Joissakin tehtävissä merkittävä osa palkasta ei välttämättä ole suoranaista ansiotuloa, vaan se voi koostua esimerkiksi kannustinjärjestelmään kuuluvista optio-oikeuksista, joiden perusteella työntekijä voi ostaa työnantajayhtiön osakkeita optioita koskevassa sopimuksessa määrättyyn hintaan.

Tietyissä ammateissa muutos on vielä edellä kuvattuakin perustavampi. Entisellään selkeästi ansiotyöksi luokiteltu toiminta muistuttaa yrittäjyyttä. Alhaista palkkaa jossakin työuran vaiheessa ei tule välttämättä pitää indisiona siitä, että palkkataso on jäämässä koko työuran ajaksi alhaiseksi. Pikemminkin alhaista tulotasoa voidaan joissakin tapauksissa pitää pikemminkin investointina ”henkiseen pääomaan”, jota henkilö voi käyttää myöhemmin hyväkseen.⁹⁵⁸ Apurahatutkijoiden asema on tässä suhteessa erityisen pulmallinen.

Elinkeinonharjoittajilla tulotaso tyypillisesti vaihtelee normaalia palkkatyötä tekeviä enemmän. Myös yhtiökumppanien ja muiden työntekijöiden panoksesta seuraa laskennallisia vaikeuksia, koska ajoittain voi olla vaikeaa arvioida, mikä vahingonkäräjän työpanoksen merkitys tai arvo yrityksen toiminnassa on ollut.⁹⁵⁹

⁹⁵⁷ Ks. Strangways – Zugelder 1998 s. 5–7.

⁹⁵⁸ Esimerkiksi joissakin akateemisissa tehtävissä tällaisen ajattelun voidaan ajatella olevan voimakkaasti läsnä. Ks. esim. Siltala 2004 s. 155–158.

⁹⁵⁹ Ks. esim. KKO 2003:39. Tapauksessa tulee ilmi esimerkiksi kirjanpidollisten konventioiden merkitys vahingonkorvauksen määrän arvioinnin lopputuloksiin. Kommandiittiyhtiön vastuunalainen yhtiömies oli joutunut liikenneonnettomuuteen. Vakuutusyhtiö oli laskenut vahingonkäräjän vuosityöansion historiatietojen eli kommandiittiyhtiön vahinkotapahtumaa edeltäneiden tilinpäätösten perusteella. Kommandiittiyhtiön toimialana olivat maansiirtotyöt, joihin se käytti omista maansa maansiirtokoneita. Koneen hankintameno poistettiin yhtiön kirjanpidossa ns. degressiivisesti poistomenetelmää käyttäen. Tämä merkitsi sitä, että yhtiön tulos parani, sitä mukaa kuin koneesta tehtävät poistot sen vanhetessa vähenivät. Kommandiittiyhtiön toiminta oli ilmeisesti varsin pienimuotoista ja riippuvaista maansiirtokoneesta, sillä hovioikeus totesi, että historiatietojen käyttäminen olisi johtanut kohtuuttomuuteen. Pienenevien poistojen johdosta yhtiön tulos siis parani merkittävästi. Tästä johtuen myös yhtiömies sai enemmän tuloja. Korkein oikeus totesi, että historiatiedolle perustuvaa tavanomaista laskentatapaa ei voitu käyttää silloin, kun yksittäistapauksen olosuhteet johtavat siihen, että se ei tuota oikeaa kuvaa vahingonkäräjän todellisesta ansionmenetyksestä.

Suuret linjat ovat kuitenkin tässä yhteydessä tärkeimpiä. Ensiarvoisen tärkeää on huomata, että ansiotulon menetystä koskevat säännöt perustuvat jatkuvan, kiinteäpalkkaisen ja suhteellisen stabiilin palkkatyön mallille. Kyse on perinteisestä tehdastyöstä, jota tehdään suhteellisen muuttumattomana koulutuksesta valmistumisesta aina eläkkeelle jäämiseen saakka.⁹⁶⁰ Tällaisen työelämämallin omaksuminen pitää vahingonkorvausoikeudellisen laskennan mahdollisena. Jos todellisuus ei korreloi mallin kanssa, ollaan jälleen vaikeuksissa.

Oma mielenkiintoinen ongelmakenttensä liittyy osittaiseen työkyvyttömyyteen ja sen laskennalliseen käsittelyyn. Lakitekstissä ja hallituksen esityksessä lähtökohtana pidetään todellista ansionmenetystä: vahingonkorvauksena tulee tuomita määrä, joka vastaa henkilön hypoteettisten tulojen ja niiden tulojen, jotka hän on saanut tai jotka hän olisi voinut saada, erotusta.⁹⁶¹ Hallituksen esityksessä todetaan, että "ansionmenetystä ei korvattaisi täysimääräisenä, jos vahinkoa kärsinyt on jättänyt hankkimattasellaisia tuloja, jotka hän vahinkotapahtumasta huolimatta olisi voinut saada."⁹⁶² Kyse on vahingon rajoittamisvelvollisuudesta. Vahingonkärsijän tulee tehdä jäljellä olevan työkykynsä mukaista työtä. Hän ei saa jäädä toimeettomaksi. Hallituksen esityksessä todetaan, että vahingonkärsijälle ei haluttu kuitenkaan asettaa liian ankaria vaatimuksia korvaavan työn suhteen. Tilapäisesti työkyvyttömän ei tarvitse hankkia korvaavaa työtä, jos työkyvyttömyys on lyhytaikaista.⁹⁶³ Hallituksen esityksessä on omaksuttu ns. *taloudellinen invaliditeettikäsitys*, jossa lähtökohtana ovat henkilön tulot ja niiden vähentyminen.

Hallituksen esityksessä osittaisen työkyvyttömyyden arviointi jakautuu tässä suhteessa kahteen osaan samaan tapaan kuin hypoteettisten ansiotulojen määrää arvioitaessakin. Siltä osin kuin näyttöä jo tapahtuneesta voidaan esittää, tuomio tulee perustaa tälle näytölle. Oikeudenkäynnin jälkeisestä ajasta, tulevasta jatkuvasta työkyvyttömyydestä ja sen seurauksista, ei voida esittää täysin kiistatonta näyttöä. Siksi todellista ansiota koskevien laskelmien on pakko perustua arvioille todennäköisistä tapahtumakuluista. Tätä ongelmaa lievittää vahingonkorvauslain 5 luvun 8 §:ään uudistuksen yhteydessä otettu säännös, jonka mukaan korvauksen määrää tai sen suorittamistapaa voidaan muuttaa, jos korvauksen määrittämisen perusteena olleet olosuhteet ovat olennaisesti muuttuneet sen jälkeen, kun korvaus on tuomiolla vahvistettu tai siitä on sovittu.⁹⁶⁴ Jos henkilö tervehtyy ennustettua paremmin ja täydellisemmin, korvausta voidaan vähentää. Jos hen-

⁹⁶⁰ Eläkkeelle siirtymisiän ennakointi tuo omat ongelmansa ja lisää laskelmien epävarmuutta.

⁹⁶¹ Ks. esim. KKO 2006:75.

⁹⁶² Ks. HE 167/2003 vp s. 37.

⁹⁶³ Ks. HE 167/2003 vp s. 37.

⁹⁶⁴ Ks. HE 167/2003 vp s. 64–66. Hallituksen esityksessä myös käydään keskustelua siitä, onko vahingonkorvauslain 5 luvun 8 § ehkä omaisuudensuojaperusoikeutta horjuttavana perustuslainvastainen (HE 167/2003 vp s. 72–73).

kilön työkyky jää ennustettua huonommaksi, tuomioistuin voi menetellä päinvastaisesti.⁹⁶⁵

Osittaista työkyvyttömyyttä on pyritty hallitsemaan aiemmin varsin kaavamaisin ratkaisuin. Eritoten vanhemmassa ruotsalaisessa kirjallisuudessa puhutaan usein *todellisesta* ja *lääketieteellisestä* työkyvyn alenemasta. Lähtökohdana oli, että osittaista työkyvyttömyyttä oli tavallista hahmottaa lääketieteelliseen työkyvyttömyyteen viittaamalla. Lääketieteellisellä työkyvyttömyydellä puolestaan tarkoitettiin ns. lääketieteellistä haitta-astetta eli invaliditeettia. Saatettiin esimerkiksi sanoa, että joku oli 50 prosenttisesti invalidi. Tällöin työkyvyttömyyskorvauksena maksettiin 50 prosenttia vahingonkärsijän palkasta. Tällaisesta kaavamaisesta ajattelutavasta pyrittiin eroon jo 1970-luvulla.⁹⁶⁶

Vaikka lääketieteellisestä invaliditeettikäsitteestä, johon hallituksen esityksessä mitä ilmeisimmin viitataan *lääketieteellinen haitta-aste*-termillä, idealla on edelleen ainakin vähäistä kantavuutta. Hallituksen esityksessä nimittäin todetaan, että ”myös lääketieteellisellä haitta-asteella on ratkaisuun vaikuttavaa merkitystä korvausta määrittäessä. Jos vahinkoa kärsineen ilmoittama ansionmenetyksensä esimerkiksi huomattavasti ylittää sen, mitä voidaan pitää perusteltuna hänen lääketieteellinen haitta-asteensa huomioon ottaen, voi olla syytä harkita, olisiko vahinkoa kärsineen pitänyt ja olisiko hän voinut tehokkaammin ponnistella työkykynsä palauttamiseksi.”⁹⁶⁷

Toinen mielenkiintoinen ratkaisu on tehty alle 18-vuotiaina työkykynsä menettäneiden henkilöiden osalta. Vahingonkorvauslain 5 luvun 2 e §:ssä säädetään, että⁹⁶⁸ jos henkilövahingon johdosta pysyvästi työkykynsä menettänyt ei ollut vahingon tapahtuessa täyttänyt 18 vuotta, ansiotulo, jonka hän olisi ilman vahingon tapahtumaa saanut, arvioidaan ottamalla huomioon hänen henkilökohtaiset ominaisuutensa sekä koulutus- ja ammattisuunnitelmansa.

Jollei muuta osoiteta, laissa säädettävänä ansiotulon määränä pidetään:

- 1) vahinkoa kärsineen täytettyä 18 vuotta määrää, joka vastaa Suomessa asuvien 18–22-vuotiaiden henkilöiden keskimääräistä valtionveron alaista ansiotuloa;
- 2) vahinkoa kärsineen täytettyä 23 vuotta määrää, joka vastaa Suomessa asuvien 23–34-vuotiaiden kokoaikaisten palkansaajien keskimääräistä ansiotuloa;

⁹⁶⁵ Muuttamisen on tarkoitus jäädä poikkeukselliseksi toimenpiteeksi. Ks. HE 167/2003 vp s. 65–66.

⁹⁶⁶ Ks. esim. Jørgensen 1972 s. 271–273; Lech 1973 s. 114–162.

⁹⁶⁷ HE 167/2003 vp s. 37.

⁹⁶⁸ Ks. tilastollisen keskimääräistodistelun käytöstä Yhdysvalloissa esim. Strangways – Zugelder 1998 s. 2–4.

- 3) vahinkoa kärsineen täytettyä 35 vuotta määrää, joka vastaa Suomessa asuvien 35–64-vuotiaiden kokoaikaisten palkansaajien keskimääräistä ansiotuloa;
- 4) vahinkoa kärsineen täytettyä 65 vuotta sen vanhuuseläkkeen määrää, johon hänellä olisi työntekijäin eläkelain nojalla ollut oikeus 1–3 kohdan mukaisen ansiotulojen perusteella.

Mistä tällaisessa ratkaisussa on kysymys? Valittu lähestymistapa on äärimmäisen pragmaattinen. Näytön esittäminen alaikäisenä pysyvästi työkyvyttömäksi tulleen henkilön todennäköisistä työansioista on useimmiten mahdotonta. Henkilön koulutukselliset mieltymykset ja ammatinvalinta voivat olla hyvin täsmenlyttymättömiä kaavailuja tai pelkkiä toiveita.⁹⁶⁹ Pykälässä yksilöllinen tulevaisuus siirretään eräässä mielessä sivuun. Tärkeää on kysyä, mitä otetaan tilalle. Minkälainen tulevaisuus nuorille vahingonkärsijöille oikeudellisessa käytännössä annetaan?

Yksilöllinen vahingonkorvausharkinnan menetelmä on edelleenkin ensisijainen. Ansiotulojen menetystä arvioidaan 5 luvun 2 b §:n nojalla ensisijaisesti vahingonkärsijän henkilökohtaisten ominaisuuksien ja koulutus- ja ammattisuunnitelmien perusteella. Vahingonkärsijän henkilökohtaisten ominaisuuksien ja suunnitelmien merkitys kasvaa sitä mukaa kuin suunnitelmat kiinteytyvät ja konkretisoituvat. Liikennevahinkolautakunnan ohjeissa on omaksuttu järkevältä vaikuttava kanta: ”Vahinkoa kärsineen lähiomaisten koulutusta, ammattia, työttömyyttä tai muita heidän henkilöönsä liittyviä seikkoja ei oteta arvioissa huomioon. Mahdollisia sukupuolesta johtuvia tuloeroja ei oteta huomioon arviota tehtäessä. Henkilökohtaisena ominaisuutena ei voida myöskään ottaa huomioon vahinkoa kärsineen mahdollista kuulumista ryhmään, esimerkiksi kielelliseen tai etniseen vähemmistöön, johon kuuluvien henkilöiden keskimääräinen ansiotaso poikkeaa suomalaisten keskimääräisestä ansiotasosta.”⁹⁷⁰

Oikeudellisesti asetettu tulevaisuus on ensi sijassa *keskimääräinen* ja – niin väittäisin – myös eräässä mielessä *sosiaalivakuutuksellinen*. Vahingonkärsijä asetetaan normaaliksi, tavalliseksi henkilöksi. Hänestä tulee fiktiivisen Suomessa asuvien henkilöiden muodostaman vakuutuspoolin jäsen. Henkilön yksilöllisyys korvataan kollektiivisella ja keskimääräisellä yksilöllisyydellä. Jos muuta ei voida osoittaa, vahingonkärsijälle tulee maksaa vahingonkorvausta Suomessa asuvien 18–22-vuotiaiden henkilöiden keskimääräistä valtionveron alaista ansiotuloa vastaava määrä, kun hän on 18–22-vuotias. Vahingonkärsijän täytettyä 23 vuotta, kohtelu muuttuu. Tämän jälkeen hänelle on maksettava soveliaan ikäryh-

⁹⁶⁹ Ks. Holgersen 1991 s. 529.

⁹⁷⁰ Alle 18-vuotiaana pysyvästi työkyvyttömäksi tulleen ansionmenetyksen korvaaminen, julkaisu 16.1.2008 (<http://www.liikennevahinkolautakunta.fi/quideline.asp?id=610>).

män *koko aikaisten palkansaaajien keskimääräistä ansiotuloa vastaava määrä*.⁹⁷¹ Vakuutuskytkentä on aivan ilmeinen. Menetys käsitteellistetään siten kuin sitä vakuutuslaitoksen tuottamien taulukoiden varassa voidaan hahmottaa.

Elatuksen menetys on ansiotulon menetykseen läheisesti liittyvä vahinkolaji. Surmansa saaneen elatuksen varassa olleen henkilön oikeudesta saada korvausta elatuksen menetyksestä säädetään vahingonkorvauslain 5 luvun 4 §:ssä. En käsittele vahinkolajia tutkimuksessa.⁹⁷²

9 ENNAKOITAVA UUSI TALOUS?

Kauppaliikkeen, tehtaan ja ansiotyön kuvat toistuvat vahingonkorvausoikeudellisessa normistossa jatkuvasti. Ne ovat vahingonkorvausharkintaa ohjaavia käsitteellistyskäsitteitä todellisuudesta, niin väitän. Vasta sosiaalisia tilanteita koskevat käsitteellistykset tuottavat käsityksen normaalista ja ennakoitavasta maailmasta eli niistä voitoista ja rahamääristä, joita liiketoiminta voi parhaassa tapauksessa harjoittajalleen kerryttää. Ennakoitavuusarvioinnissa käsitykset muodostavat sen kiintopisteen, johon arviointi kiinnittyy. Kauppiasliikkeen, tehtaan ja ansiotyön ideoissa tiivistyvät ideaalituypiset esimerkit, joiden varaan hypoteettisen tapahtumakulun rakentaminen voidaan perustaa.

Käsitteellistyskäsitteiden perustalta kasvaa laajempi markkinoiden ja tuottavan taloudellisen toiminnan rakenteita ja todennäköistä kehitystä koskevien oletusten ja käsitysten kokonaisuus. Voidaan puhua myös vahinkojen korvaamisen toimintaympäristöstä⁹⁷³, yrityksiä ja markkinoita koskevista perusoletuksista. Mitä nämä oletukset ovat?

Perustyyppinen toimija on jo etabloitunut markkinoille. Se valmistaa tai myy jotakin tiettyä tuotetta, joka on saavuttanut kohdemarkkinallaan vakiintuneen markkinaosuuden.⁹⁷⁴ Yritys sulkee sisäänsä tuotteen vertikaalisesti integroituneen myynti- ja tuotantoketjun, jonka molemmissa päissä on markkinaehtoinen rajapinta. Se on eräänlainen musta laatikko, suljettu organisaatio, jonka sisälle muodostuvaan yksityiseen tilaan arvontuotannon reaali prosessit sijoittuvat. Yritys kokoaa itseensä tietyn tuotteen valmistamiseksi ja joskus myös markkinoimiseksi tarvittavan arvoketjun⁹⁷⁵, jota se pyrkii hallitsemaan mahdollisimman täy-

⁹⁷¹ Ks. HE 167/2003 vp s. 39–40.

⁹⁷² Ks. HE 167/2003 vp s. 48–52.

⁹⁷³ Toimintaympäristön ideasta ks. Pöyhönen 2000 s. 162–169.

⁹⁷⁴ Lähtökohta kuvastuu esimerkiksi jo edellä kuvatussa kauppalaain 67 §:ssä ja siitä kirjoitetuissa kommentteissa (Ramberg 1995 s. 568–570; Herre 1996 s. 424–440; Sandvik 2004 s. 301–352).

⁹⁷⁵ Arvoketju (*value chain*) on alun perin yhdysvaltalaisen taloustieteilijän ja strategiagurun Michael Porterin lanseeraama käsite, jonka avulla yrityksen toimintaa voidaan hahmottaa. Porter

dellisesti. Ketju ei ole markkinavälitteinen, vaan se perustuu hierarkkiselle organisaatiolle, päätöksenteon keräämiselle yhteen, vertikaaliseen rakenteeseen. Liiketoiminnan sisällä vaihto on yksityistä ja näkymätöntä.⁹⁷⁶

Rajapinnoissaan yritys kohtaa ankaran ja hellittämättömän kilpailun. Yritys kilpailee jatkuvasti toisten markkinatoimijoiden kanssa hankintalähteistä, raaka-aineista ja muista tuotannontekijöistä ja sekä ennen kaikkea asiakkaista, jotka ostavat sen tuotteita. Vuorovaikutus ulkomaailman kanssa perustuu kilpailun ja antagonismin logiikalle, jota hallitsee hintamekanismi. Jos yritys voi maksaa kilpailijoitaan enemmän tuotannontekijöistään eli raaka-aineista, tuotantovälineistä ja työvoimasta, se saa ne hallintaansa. Jos yritys voi myydä tuotteitaan riittävän edullisella hinnalla muihin vastaavien tuotteiden markkinoihin verrattuna, se saa tuotteilleen ostajia. Yritys voi saavuttaa kilpailuetua ja tuottavuusvoiman vain mittakaavaetujen avulla, valmistamalla pidempiä sarjoja, erikoistumalla ja puristamalla tuotantokustannuksensa kilpailijoita alhaisemmiksi. Mitä enemmän ja mitä homogeenisempiä tuotteita yritys pystyy tuottamaan, sitä kannattavampi se on.⁹⁷⁷

Nämä oletukset heijastuvat esimerkiksi kirjallisuudessa esitettyihin kantoihin erityisesti siinä, että näyttö menneisyyden tuottotasosta ja tuotteiden vaihtuvista valmistuskustannuksista on merkittävä todistelutekijä vahingonkorvauksen määrää laskettaessa.⁹⁷⁸

Perinteiselle doktriinille ominainen liiketoimintakuva edellyttää implisiittisesti myös, että yrityksen myymät tuotteet ovat toisistaan erillisiä hyödykkeitä. Lähtökohtana vaikuttaa olevan yhtä tuotetta valmistava yritys. Vaikka yritys tuottaisikin tosiasiaassa useampaa tuotetta, vahingonkorvausta arvioitaessa ajatellaan, että yhden tuotteen tuotannon ongelmat rajoittuvat vain tähän tuotteeseen eikä niillä ole kerrannais- tai heijastusvaikutuksia yrityksen muihin tuotteisiin nähden.⁹⁷⁹ Eri tuotteet eivät esimerkiksi muodosta tuoteportfolioita. Kaiken lisäksi tuotteen ja sen muodostaman arvoproposition⁹⁸⁰ oletetaan olevan varsin yksin-

jakaa yrityksen toiminnan viiteen vaiheeseen: tulologistiikkaan, operaatioihin, lähtölogistiikkaan, myyntiin ja markkinointiin ja palveluun, joita yrityksen koko toiminnan pitäisi pyrkiä tukemaan. Ks. Porter 1985. Porterin arvoketju on erinomainen väline yhden yrityksen sisäisten toimintojen analyysiin. Verkottuneessa taloudessa puhutaan tätä nykyä myös arvoverkostoista, joissa koko arvoketjua ei kerätä yhden yrityksen sisään. Jonkin tuotteen tai palvelun tuottamisen arvoketjussa voi arvoverkostoajattelussa olla mukana lukuisia eri yrityksiä. Arvoverkkoajattelusta ks. esim. Li – Whalley 2002; Peppard – Rylander 2006 s. 130–133.

⁹⁷⁶ Ks. esim. Coase 1937 s. 390–395.

⁹⁷⁷ Ks. esim. Harrison 1994 s. 125–131; Castells 2000 s. 166–167.

⁹⁷⁸ Ks. edellä jaksot 6.6–6.8.

⁹⁷⁹ Ks. esim. Ramberg 1995 s. 658–662.

⁹⁸⁰ Arvolupauksen tai -väittämän käsitteen merkityksestä ks. esim. Hamel 2001 s. 98–100.

kertainen.⁹⁸¹ Tuote ja sen kanssa kilpailevat tuotteet oletetaan ominaisuuksiltaan vain vähän vaihteleviksi hyödykkeiksi, joilla on useita keskenään vaihtoehtoisia ja kilpailevia tarjoajia. Fyysisiä tuotteita ja palveluita yhdistävien yritysten – saati sitten palveluyritysten – liiketoiminnan hahmottaminen on erityisen vaikeaa.⁹⁸²

Staattinen markkinakäsitys heijastuu siihen, miten yrityksen oletetaan toimivan markkinoilla. Markkinat ovat jo olemassa ennen yritystä ja pitkälti siitä riippumatta. Yritys joutuu toimimaan annetulla kentällä. Sen ei oleteta pyrkivän muuttamaan markkinoita ja esimerkiksi tietoisesti luomaan uusia edellytyksiä toiminnalleen. Syynä on eräänlainen jähmettyneisyys. Yrityksen ei oleteta aloittavan monimutkaisia hankkeita, joiden onnistumisen varaan se voisi rakentaa koko tulevan toimintansa.⁹⁸³ Markkinoilla näyttääkin yleisesitysten perusteella vallitsevan teknologinen determinismi. Teknologinen kehitys, insinööritaidon tuottamat mahdollisuudet, sanelevat mitä tuotteita yritys tuottaa. Siten tarjonta määrittelee kysynnän. Yritys kilpailee markkinoilla muita samanlaisten, samojen teknisten mahdollisuuksien määrittämien tuotteiden tuottajia vastaan eikä pyri manöveeraamaan sellaiseen asemaan, jossa kilpailua ei ole.⁹⁸⁴

Markkinaosuuksista käytävä kilpailu on varjossa. Vaikka teema on heti pinnan alla perinteisessä toimintaympäristön kuvauksessa, markkinaosuuden menettäminen jää vähien mainintojen varaan. Tämä heijastuu myös tapaan, jolla asiakaisiin ja asiakkuuksiin suhtaudutaan vahingonkorvausoikeudessa. Markkinoita koskevista oletuksista seuraa, että syntynyttä asiakkuussuhdetta ja sen merkitystä ei osata kunnolla tunnistaa. Asiakkuus ei ole vahingonkorvausoikeudellisessa ajattelutavassa merkittävä osa yrityksen pääomaa. Asiakkaita näyttää tulevan ja menevän. Vahingonkorvausoikeudellisen doktriinin taustalla vaikuttavilla markkinoilla kilpaillaan ensi sijassa hinnalla. Jokainen ostopäätös näyttää omalta erityiseltä tapahtumaltaan, jossa brändit ja maineet jäävät taka-alalle. Tämä heijastuu myös asiakastappion (*kundetab*), jota kutsutaan joskus myös goodwill-

⁹⁸¹ Kauppalakien säätämisaikajankohda tarjonnee selityksen tälle seikalle. 1970- ja 1980-luvuilla monimutkaiset liiketoimintaprosessit eivät vielä olleet yhtä tavanomaisia kuin nykyään.

⁹⁸² Näkökohta käy ilmi jo kauppalain 67 §:n sanamuodosta. Huomio on *tavarassa* ja sen hinnassa. Lainkohdat eivät viittaa mitenkään erilaisten tavaraan kiinnittyvien palvelusopimusten mahdollisuuteen. Palveluliiketoiminta jää yleisten oppien varaan.

⁹⁸³ Oikeuskäytännössä toki joudutaan joskus ottamaan kantaa tällaisiinkin kysymyksiin. Yleistä se ei ole. Korkeimman oikeuden käytännöstä ei käsittääkseni voida osoittaa yhtään vahingonkorvausoikeudellista ratkaisua, jossa keskeisenä kysymyksenä olisi ollut vahingonkorvauksen määrän laskeminen monimutkaisissa ja laajakantoisissa taloudellisissa järjestelyissä. Välimiesmenettelyssä tällaisia tapauksia on varmasti ollut, mutta niistä on hankalaa saada yksityiskohtaista tietoa. Ks. jäljempänä välimiesmenettelyratkaisujen saatavuudesta alaviitteen 1057 kohdalla esitettyä.

⁹⁸⁴ Ajatustapa on liiketaloudellisen kirjallisuuden valossa tavattoman vanhanaikainen. Ks. esim. Hamel 2001 s. 18–24. Hamel julistaa, että edistyksen aika on loppu. Kehitys on muuttunut hänen mukaansa epälineaariseksi. Sitä karakterisoivat jatkuvat ja toisiaan seuraavat vallankumoukset.

tappioksi, oikeuskäytännössä ja -kirjallisuudessa saamaan käsittelyyn. Goodwill-tappio *prestigeförlustina* on rinnastettu aineettomaan vahinkoon,⁹⁸⁵ ja sen todistamista pidetään lähestulkoon mahdottomana.⁹⁸⁶

Edellä esittämäni kuvaus vahingonkorvausoikeudellisen liikevahinkojen korvaamista koskevan normiston taustalla vaikuttavasta liiketoimintakäsityksestä vastaa pitkälti ns. *fordistista tuotantoparadigmaa*. Talousantropologit ja -sosiologit samoin kuin vaihtelevista taustoista ponnistavat yhteiskuntakriitikot ovat väittäneet, että fordismi on menneen talven lumia. Sen on korvannut uusi taloudellisen toiminnan paradigma. Vahingonkorvausoikeudessa tilanne on kummallinen. Jos otamme tosissamme näiden analyytikkojen ja teoreetikkojen väitteet fordismien kuolemasta, vahingonkorvausoikeudellinen paradigma näyttää olevan pahasti aikaansa jäljessä.

Diagnoosi uudesta taloudesta ei ole uusi, vaikka taloudellisen puheen valtavirtaan se onkin päätynyt vasta viimeisen vuosikymmenen aikana. Jo 1970-luvulta lähtien on puhuttu vaihtelevasti joko uudesta taloudesta⁹⁸⁷, postmodernista taloudesta⁹⁸⁸ tai postfordistisesta taloudesta⁹⁸⁹. Kaikki kolme käsitettä viittaavat samaan ilmiöön, jonka laukaisseena tekijänä pidetään informaatioteknologioita.⁹⁹⁰

Fordismi tuotannon järjestämistapana ja sen muutos toiseksi eli postfordismiksi on koko uuden talouden nousua ennustavan muutosdiagnoosin keskiössä. Fordismi on ennen kaikkea teollistuvalla kulutusyhteiskunnalle ominainen tapa järjestää tavaroiden tuotanto ja organisoida työvoima tuottavaan toimintaan. Se on konkreettisten fyysisten tavaroiden pitkälle standardisoitua ja sarjoitettua tuotantoa. Tuotteet ovat toistensa kanssa samanlaisia. Niitä valmistetaan suuria sarjoja. Valmistusprosessi on standardisoitu, loppuun asti hiottu ja valtavissa

⁹⁸⁵ Ks. esim. SOU 1976:66 s. 258, Herre 1996 s. 447; Iversen 2000 s. 577–589; Sandvik 2004 s. 333. Iversen toteaa, että Tanskan oikeuden mukaan *ei ole "teoreettisesti" poissuljettua*, että asiakastappiosta maksettaisiin korvausta, todistusvaikeudet ovat kuitenkin Iversenin mukaan lähes ylittsekäymättömiä.

⁹⁸⁶ Ks. esim. Ramberg 1995 s. 675. Goodwillmenetyksiin liittyvät ongelmat juontuvat, kuten Rambergkin huomauttaa, erityisesti määrän laskemiseen liittyvistä ongelmista. Kun selkeitä syy-seuraussuhteita on käytännössä mahdotonta hahmottaa, goodwill-tappio saa hyvin epämääräisen hahmon ja siten sen tuomitseminen korvattavaksi näyttäytyy korvaamistavoitteen näkökulmasta hyvin ongelmallisena.

⁹⁸⁷ *Uusi talous* on näistä kolmesta termistä viimeisenä käyttöön otettu. Se pyrkii yhdistämään saman yläkäsitteen alle sekä postmodernismille että postfordistiselle diagnoosille ominaiset teesit korostamalla hallinnan muotojen muutosta, uutta työn organisointimallia, immateriaalisen työn ja tuotannon tekijöiden merkityksen kasvua ja myös talouden finanssoitumista. Ks. uudesta taloudesta ja sen ominaispiirteistä esim. Feng et al. 2001; Thrift 2005 s. 20–50 ja 112–129 ja mannermaisista kirjoittajista suomeksi esim. Lazzarato 2006; Marazzi 2006.

⁹⁸⁸ *Postmoderni talous* liitetään useimmiten Francois Lyotardin ja David Harveyn ajatuksiin. Ks. Lyotard 1984; Harvey 1989; Jameson 1991; Redmayne 2002 s. 38–39.

⁹⁸⁹ Ks. post-fordismidiagnoosin historiasta ja syistä kokoavasti esim. Heffernan 2000 s. 40–42; Peltokoski 2006 s. 113–116.

⁹⁹⁰ Ks. esim. May 2002 s. 19–27; Peltokoski 2006 s. 114.

toistomäärissään materiaalisessa mielessä tehokas. Suuret yksiköt tuottavat suuria määriä tuotteita. Kilpailuetu syntyy mittakaavaeduista.⁹⁹¹

Tuotteiden valmistamiseksi välttämätön työ on normitettua ja vakioitua, kussakin samanlaisessa tehtävässä identtistä. *Tayloristisessa* johtamisessa, joka on fordistisen työn organisoimisen perusta, työläisten liikkeet tutkitaan, hajotetaan osiin, sarjoitetaan, hiotaan tehokkaiksi ja nopeiksi, normitetaan ja alistetaan ajallisesti ja tilassa pieniksi osiksi tuotantoprosessia. Ideaalitilanteessa yksittäinen työntekijä toistaa rutiiniksi muuttavaa liikkeiden ja manipulaatioiden sarjaa omassa paikassaan sekä ajassa että tilassa tietyn työajan.⁹⁹²

Tuotantoa ohjataan ylhäältä. Yrityksen johto asettaa tuotantotavoitteet, suunnittelee tuotantoprosessin eri vaiheet ja niveltää koneet ja ihmiset yhteen prosessiin, jossa työntekijät toteuttavat työnjohtajien käskyjä tekemällä oman prosessin integroidun ja sen ehdoilla määritellyn työsuorituksensa. Työn organisoinnissa tavoite on, että johtajat voivat valvoa koko tuotantoprosessia, sen pienintäkinkin yksityiskohtaa, ja suunnitella sen alusta loppuun. Työntekijällä on vastuu ainoastaan siitä, että hän toistaa tehtävälleen ominaisten mekaanisten liikkeiden sarjan oikeaan aikaan ja oikeassa paikassa. Fordistisen tuotannon tunnusmerkin, liukuhinnan liike luo työlle rytmin, sitoo sen paikkaan ja kohdistaa työntekijän rutiinin suorittajana vakinaiseksi osaksi suurempaa koneistoa, joka kokoaa valmiin tuotteen lukemattomista yksittäisistä työsuorituksista.⁹⁹³

Postfordistinen tuotantoparadigma kääntää fordistisen toimintalogiikan pääläelleen. Yrityksen on kuunneltava markkinoita. Sen on ohjaututtava alhaalta. Sen on tuotettava vain silloin, kun valmiiden tuotteiden menekki on varma. *Just-in-case*-tuotannosta halutaan siirtyä *just-in-time*-tuotantoon.⁹⁹⁴ Yritykset kuuntelevat markkinoita, mukautuvat niiden vaatimuksiin ja mukauttavat niitä. Tehokkaalla markkinoinnilla ja aggressiivisella tuotekehityksellä pyritään siihen, että ostaja ostaa tuotteen jo ennen kuin sen valmistaminen aloitetaan.⁹⁹⁵ Tuotannossa puhutaan toytotismista,⁹⁹⁶ virtaviivaistetuista organisaatioista ja esimerkiksi tiimityöskentelystä.⁹⁹⁷

Entinen kuningasajatus, suuruus ja siitä saatavat mittakaavaedut, nähdään postfordistisessa tuotantoparadigmassa rajoitteena eikä enää kustannusetua tuot-

⁹⁹¹ Ks. esim. Peltokoski 2006 s. 116; Kuehnle 2007.

⁹⁹² Ks. Taylor 1964.

⁹⁹³ Ks. esim. Miller – O’Leary 2002.

⁹⁹⁴ Ks. esim. Hutchins 1990; Kenney – Florida 1993; Heikkilä – Ketokivi 2005 s. 122–137. Oikeudellisista ongelmista ks. Bennett 1994.

⁹⁹⁵ Ks. esim. Whiteley 1991; Kumar 1995 s. 36–65; Hardt – Negri 2000 s. 289–290; Gilliam – Taylor-Jones 2004; Heikkilä – Ketokivi 2005 1699.

⁹⁹⁶ Ks. esim. Peltokoski 2006 s. 115–117

⁹⁹⁷ Ks. esim. Kenney – Florida 1993; Bartezzaghi 1999; Castells 2000 s. 169–172; Eriksson 2006; Peltokoski 2006 s. 115–119.

tavana tekijänä. Suuruus luo jäykkyyksiä, pullonkauloja ja turhia varastoja, joita ketteräksi ja virtaviivaiseksi haikaileva yritys ei kaipaa. Mustan laatikon ja selkeiden käskyvaltasuhteiden vertikaalisen hierarkian sijaan yrityksen rakenteen haavekuvaksi tulee matala *verkosto*. Verkosto on nopea ja responsiivinen. Se pystyy kokoamaan yhteen materiaali- ja tietovirrat, koordinoimaan niitä, kehittämään jatkuvasti tuotantotapojaan ja -prosessejaan, mukautumaan nopeasti markkinatilanteen muutoksiin ja jakamaan tuotteesta saatavan lisäarvon kaikille sen tuottamiseen osallistuville yrityksen strategisille kumppaneille.⁹⁹⁸

Yksi muutoksen tunnusomainen seuraus on, että kaikkia tuotteen valmistamiseksi välttämättömiä toimintoja ei haluta kerätä yhden vertikaalisen rakenteen sisään.⁹⁹⁹ Jopa itse varsinainen tuotantoprosessi, Michael Porterin terminologiasa arvoketjun operaatio-osa, voidaan ulkoistaa ja siirtää itsenäisten kumppaniyri-tysten hoidettavaksi. Ulkoistaminen tuottaa uusia asetelmia. Osa yrityksen liike-toiminnoista siirtyy sen välittömän määräysvaltapii-riin ulkopuolelle, sopimuksin hallittaviksi. Ulkoistamisella haetaan erityisesti erikoisosaamisen tuottamia etuja. Lähtökohtaisesti jokainen itsenäinen organisaatio keskittyy vain omaan ydin-osaamiseensa, siihen, mitä se tekee parhaiten. Joku valmistaa raaka-aineet, toinen kuljettaa ne edelleen jalostettaviksi, kolmas hoitaa myynnin ja markkinoinnin. Tuote valmistuu lukuisten organisaatioiden verkoston yhteistyön tulokse-
na.¹⁰⁰⁰

Juuri verkostot ovat vastaus entistä arvaamattomampaan markkinasuhteeseen. Yritysten välinen vuorovaikutus ei ole enää vain ja ainoastaan kilpailullista. Postfordistinen tuotanto edellyttää yhteistyösuhteita, koordinoituja verkostoja, strategisia alliansseja, pitkäaikaisia sopimussuhteita, jotka voivat mukautua alati muuttuviin markkinaolosuhteisiin, välttää suuren yrityksen jäykkyydet ja toimittaa asiakkaille jatkuvasti juuri ne tuotteet, joita nämä tarvitsevat.¹⁰⁰¹

Ehkä merkittävin muutos on kuitenkin tapahtunut *tiedon* ja *informaation* suhte-
teen.¹⁰⁰² Tuotannosta on tullut tietointensiivistä. Tämä seikka näkyy kahdessa suhteessa. Perinteisten teollisuustuotteidenkin tuotannossa tieto on saanut erit-
tään suuren jalansijan. Erilaisilla tuotannonohjaus- ja materiaalinhallintajärjes-
telmillä pyritään lyhentämään pääomankiertoa, virtaviivaistamaan tuotantoa
ja esimerkiksi vähentämään varastoja. Yrityksen tuloksellisuuden varmistami-

⁹⁹⁸ Ks. Ohno 1988; Womack – Jones – Roos 1990; Harrison 1994 s. 125–149; Womack – Jones 1996; Bartezzaghi 1999 erityisesti s. 245; Castells 2000 s. 169–172 ja 178–188; Cooney 2002; Kuehnle 2007. Oikeustieteellisestä sovelluksesta ks. Hirsch 2004; Kobayashi 2005.

⁹⁹⁹ Ks. Karlsson – Sköld 2007.

¹⁰⁰⁰ Verkostojen merkityksestä ja verkostoyrityksistä ks. esim. Rohe 1998 s. 384–387; Castells 2000 s. 172–175; Liker – Choi 2004; Karlsson – Sköld 2007.

¹⁰⁰¹ Ks. esim. Heikkilä – Ketokivi 2005 s. 111–145.

¹⁰⁰² Ks. esim. Castells 2000 s. 13–17; Hardt – Negri 2000 s. 284–289; May 2002 s. 44–48; Mattelart 2003 s. 50–98.

sessä tuotannon ja muiden prosessien tietoisien hallinnan merkitys korostuu. Tämä on muuttanut myös työntekijöiden asemaa. *Toyotismissa* entisen käskyläisen sijaan on tullut jatkuvasti tuotannon onnistumisesta huolta kantava tiimityöntekijä.¹⁰⁰³

Fyysisten kappaleiden tuotanto eli tavaratuotanto on saanut osittain väistyä palveluiden ja muiden aineettomien sekä kulttuuristen hyödykkeiden tuotannon tieltä.¹⁰⁰⁴ Pääoma ei enää sitoudu fyysisiin kappaleisiin vaan yhä enemmän immateriaalisiin oikeuksiin, patentteihin, tekijänoikeuksiin ja ylipäätään tietoon ja informaatioon ja niiden käytön hallintaan. Tuotannontekijät, jotka ratkaisevat yrityksen menestyksen, ovat enenevässä määrin immateriaalisia yksinoikeuksia tietoon.¹⁰⁰⁵

Markkinoilla kilpaillaan uusilla ehdoilla, kahdessakin suhteessa. Asiakasta on kuunneltava ja tämän toiveet täytettävä.¹⁰⁰⁶ Asiakassuhteiden – tai asiakasrajapinnan – hallinta (*Customer Relationship Management*) on entistä tärkeämpää.¹⁰⁰⁷ Asiakkaat on tunnistettava ja tunnettava.¹⁰⁰⁸ *Ns. patch*-tuotanto eli standardikomponenteista koostettavien yksilöllisten tuotteiden tuotanto, jossa pitkiä sarjoja ei enää synny vaan tuotteet voivat olla kaikki uniikkeja, korvaa identtisten, laajoille kuluttajamassoilla tarjottavien standardituotteiden massatuotannon. Asiakkaalle räätälöidään tämän yksilöllisiä tarpeita vastaava tuote, oli se sitten fyysinen tuote tai palvelu.¹⁰⁰⁹ Puhutaan joustavasta (*flexible*), ketterästä (*agile*) tai virtaviivaisesta (*lean*) tuotannosta, jossa tuotanto on reagoimista markkinoiden antamiin signaaleihin. Ideaalitilanteessa tuote valmistetaan vasta asiakkaan tilauksen jälkeen, eikä myytävien tuotteiden tai puolivalmisteiden varastoja ole. Koska varastojen koko pyritään jatkuvasti minimoimaan, koko arvoverkosto on organisoitava asiakas- ja markkinalähtöisesti.¹⁰¹⁰ Markkinatilanne on tunnettava jo ennen kuin se syntyy.

¹⁰⁰³ Ks. esim. Forza 1996; Miller – O’Leary 2002.

¹⁰⁰⁴ *Ns. aftermarket*-strategiat ovat yleisiä. Itse fyysinen valmistettava tuote saattaa olla yrityksen ansaintalogiikassa lähestulkoon toisarvoinen. Vasta palvelut, joita yritys myy tuotteen ostaneille, tekevät liiketoiminnan kannattavaksi. Ks. esim. Allmendinger – Lombreglia 2005; Cohen – Agrawal – Agrawal 2006.

¹⁰⁰⁵ Ks. esim. Shapiro – Varian 1998 s. 1–19; Castells 2000 s. 77–100.

¹⁰⁰⁶ Ks. Pine – Peppers – Rogers 1995.

¹⁰⁰⁷ Jopa puhtailla hyödykemarkkinoilla, jossa toiminnan voisi olettaa olevan markkinaehtoista, asiakkuuksilla on merkitystä (Jacques 2007).

¹⁰⁰⁸ Ks. esim. Lazzarato 2006 s. 90–91; Yankelovich – Meer 2006.

¹⁰⁰⁹ Ks. esim. Kuehnle 2007.

¹⁰¹⁰ Ks. esim. Baker 2006, jossa Baker advokoi teknologisevetoisesta hinnoittelusta luopumista ja siirtymistä tarkoitukselliseen hinnoitteluun, jossa tuote rakennetaan vastaamaan asiakkaiden kysyntää ja sen ominaisuudet ja samalla hinta määrittyvät sen perusteella, mitä asiakkaat ovat valmiita maksamaan. Ks. myös Shapiro – Varian 1998 s. 19–82.

Samalla markkinat hajoavat – ja hajotetaan – entistä pienempiin segmentteihin. Yritykset pyrkivät myös ennakoimaan ja muokkaamaan asiakkaidensa toivomuksia. Tuotteita pyritään tietoisesti mukauttamaan vastaamaan asiakkaiden toiveita. Kun tuotteiden elinikä samalla lyhenee, tuotekehittelyyn ja markkinointiin on kiinnitettävä entistä enemmän huomioita. Vahvuudet ovat oikeanlaisten, asiakkaiden identiteetinrakennusta tukevien ja minäkuvaan sopivien tuotteiden luomisessa.¹⁰¹¹

Lopputuloks on, että liiketoiminnan peruslogiikka on muuttumassa. Yritystoiminnan tiedolliseen rakenteeseen on kerrostumassa uusi tapa ymmärtää ja järjestää liiketoimintaa eli yritysten välistä vuorovaikutusta ja kilpailua. Nyt yritykset eivät ainoastaan kilpaile. Ne muodostavat pitkäkestoisia yhteistyösuhteita, jotka ajoittain tekevät periaatteessa sekä omistukseltaan että operatiiviselta johdoltaan toisistaan erillisten yrityksiin suhteista suorastaan symbioottisia. Jos yksi verkoston osasista ei toimi suunnitellulla tavalla, koko verkoston toiminta häiriintyy. Näin on ainakin teoriassa.¹⁰¹²

Työn muutos on ehkä selvimmin diagnosoitu ja käsitteellistetty. Työssä tapahtuneet muutokset liittyvät kiinteästi tiedon asemaan. Uudessa taloudessa työkin immaterialisoituu: fyysisten kappaleiden manipulaation sijasta manipuloidaan immateriaalisia kappaleita, informaatiohyödykkeitä, abstrakteja ongelmia, tunteita ja verkostoja. Työn tuottavuus perustuu ihmisen kaikkien ihmisenä olemisen kykyjen hyödyntämiselle, ei vain tämän ruumiin potentiaalille manipuloida fyysisiä kappaleita.¹⁰¹³

Mitä talouden saama uusi käänne, *kapitalismin vallankumoukset*, kuten Maurizio Lazzarato muutoksia kirjansa otsikossa nimittää¹⁰¹⁴, merkitsevät tai voivat merkitä vahingonkorvausoikeudelle? On selvää, että taloudellinen toiminta ja tavat, joilla yritykset toivovat tuottavansa voittoa, ovat muuttuneet. Liiketoiminta ei ole entisensä. Jo tämän huomion itsessään pitäisi riittää perustelemaan, miksi myös vahingonkorvausoikeuden olisi syytä muuttua. Vahingonkorvausoikeudellisia tapauksia ratkottaessa tullaan todennäköisesti törmäämään yhä enemmän uuden tyyppisiin ongelmiin, joihin perinteinen työkalupakki tarjoaa vain puolinaisia vastauksia, jos niitäkään. Liian moni kysymys ei saa järkevää vastausta. Kuten Karhu tematisoi vuonna 2000 ilmestyneessä *Uudessa varallisuusosoikeudessa*, kauppa ei voi enää olla pätevä ja alati käyttökelpoinen varallisuusosoikeudellisen toiminnan prototyyppi. Talous on muuttunut. Siksi kauppa on *ainoana*

¹⁰¹¹ Ks. esim. Sassatelli 2006 s.15–18.

¹⁰¹² Ks. esim. Fekete 2006 s. 742–744. Feketen huomio on tärkeä. Fekete huomauttaa, että nykyinen ”verkostotalous” on vaikeuksissa, koska siinä yksi mahdollinen ansaintalogiikka on yrittää hyötyä ”vanhan” talouden aikaisten juridisten rakenteiden aiheuttamista opportunistimahdollisuuksista.

¹⁰¹³ Ks. esim. Sennett 2002 s. 47–147; Virtanen 2006a s. 234–237; Vähämäki 2006a.

¹⁰¹⁴ Ks. Lazzarato 2006.

ja ensisijaisena varallisuus oikeudellisen toiminnan tematisointina menneisyyttä, oikeudellinen kuvaus todellisuudesta, joka jättää jälkeensä liikaa oikean todellisuuden anomaliaita.

Kuten tunnettua, Karhun vastaus oli projektin käsite, joka irrottaa oikeudellisen käsitteenmuodostuksen perinteisistä taloudellisen toiminnan ideaalitey-
peistä kontekstualisoimalla sen radikaalisti. Karhu ei pyri uudessa varallisuus-
oikeudessa hahmottelemaan, minkälaiset projektin erityispiirteet voisivat olla.
Sen sijaan hän toteaa, että projekti itsessään pitää ymmärtää siten, että sen
avulla voidaan todellisuuden oikeudellinen representaatio rekonstruoida kus-
sakin oikeudellisessa argumentaatiotilanteessa erikseen. Karhun radikaali
vaatimus on, että varallisuus oikeudellista toimintaa on ymmärrettävä sen
omilla ehdoilla, säilyttäen kuitenkin tarvittava normatiivinen etäisyys.¹⁰¹⁵

Toisaalta esimerkiksi John P. Esser on hyvin mielenkiintoisessa sopimus-
toiminnan ja liiketoiminnan strategioiden välisiä yhteyksiä luotaavassa artik-
kelissaan korostanut sitä, että sopimusoikeus on jatkuvasti muutoksessa ja että
sopimuksien saamaan tarkempaan sisältöön vaikuttavat muiden muassa osa-
puolten toimintatavat, sopimuksen täyttämisen tavat, alan toimintatavat, osa-
puolten väliset voimasuhteet ja yleiset sosiaalisen toiminnan säännöt ja käy-
tännöt. Esserin väite, jota vastaava ajatus on myös koko ansaintalogiikkakään-
nöksen taustalla, on että ”as market conditions change, and hence prevailing
industrial strategies change, the prevailing structure of these intermediate
product market exchanges has changed. Over the long run, the modal image of
market exchange held by lawmakers has changed accordingly. This, in turn,
has led these lawmakers to revise legal principles of contract law to conform
to the new image of the model market exchange.”¹⁰¹⁶

Esser esittää, että uudelle taloudelle tyypillinen sopimustyyppi on ns. pitkä-
kestoinen sopimus. Esserin mukaan pitkäkestoisessa sopimuksessa korostuvat
uudenlaisen, liiketoiminnan muuttuneista strategia- ja markkinointiparadig-
moista kumpuavan logiikan vaikutukset. Esser erottaa neljä tärkeää seikkaa:
1) Pitkäkestoinen sopimus ei ole ajallisesti pistemäinen ja kertaluonteinen
(discrete), vaan sen avulla hallitaan osapuolten pitkäkestoista suhdetta. 2) Pit-
käkestoinen sopimus ei ole neutraali, toisilleen vieraiden osapuolten välinen
järjestely, vaan osapuolten välinen suhde määrittyy markkinavaihdosta poik-
keavaksi. 3) Pitkäkestoisessa sopimuksessa ei myöskään pyritä määrittele-
mään osapuolten velvollisuuksia ja oikeuksia tyhjentävästi kuten perinteisesti
on ollut tapana. Sopimuksessa sovitaan pikemminkin niistä päätöksentekora-
kenteista ja -mekanismeista, joilla oikeuksista ja velvollisuuksista voidaan
myöhemmin kunkin tilanteen ehdoilla päättää. 4) Pitkäkestoiset sopimukset
eivät myöskään ole Esserin mukaan samassa mielessä instrumentaalisia kuin
perinteiset sopimukset. Osapuolten välinen riskin ja hyötyjen jako perustuu
yhteistoiminnalliselle logiikalle, joka puolestaan muodostaa tiukan vastatees-
sin perinteisen sopimusoikeuden osapuolten etujen vastakkainasettelulle pe-
rustuvalle järjestämistavalle.

¹⁰¹⁵ Ks. Pöyhönen 2000 s. 140–145.

¹⁰¹⁶ Esser 1996 s. 605.

Esserin esittämä, ja jo vanhastaan *relational contracting* -paradigmana¹⁰¹⁷ tunnettu ajattelutapa ei vielä kuvaa erityisen tarkasti mahdollisia vahingonkorvauksen määrän laskemiseen liittyviä ongelmia. Esserin analyysin painopiste on kannaltamme väärässä paikassa: hän on kiinnostunut ensisijassa sopimuksen syntymiseen, tulkintaan ja muuttamiseen liittyvistä ongelmista. Toimintaympäristöä koskevat oletukset ovat kuitenkin käyttökelpoiset. Esserille sopimustoiminnan ympäristö on kuitenkin juuri edellisessä jaksossa esitetyllä tavalla dynaaminen, jatkuvasti muuttuva ja monien kilpailevien logiikkojen värittämä.

Ennakoitavuusdoktriinin taustalla vaikuttaviin käsitteellistyskäsitteisiin ja liiketoimintakuvaan liittyvät ongelmat voivat vaikuttaa vähäisiltä, suorastaan merkityksettömiltä. Sitä ne eivät kuitenkaan missään nimessä ole. Otan esimerkiksi Slywotzkyn, Morrisonin ja Andelmanin liikkeenjohdolle tarkoitetun strategiaoppaan *The Profit Zone*, jossa kirjoittajat kuvaavat varsin yksityiskohtaisesti ja esimerkein 22 erilaista ”uutta” ansaintalogiikkaa. Osa näistä ansaintalogiikoista poikkeaa selvästi niistä liiketoiminnan muodoista, jotka Stang, Almén ja muut viime vuosisadan alun pohjoismaiset, samoin kuin viime aikoina vahinkojen korvaamisesta ylipäättään kirjoittaneet, tutkijat kuvaavat.

Uusia ansaintalogiikkoja ovat muun muassa kokonaisvaltaisille asiakasratkaisuille, tuotepyramideille, monikomponettiratkaisuille, hermokeskuksille, *blockbuster* -tuotteille, monistamiselle, yrittäjäyysmallille, erikoistumiselle, yritykseen sitoville tuotteille, *de facto* -standardeille, vahvoille brändeille, arvoketjun hallinnalle, syklivoitoille, huolto- ja muille palveluille ja uusien tuotteiden preemiolle perustuvat liiketoimintamallit.¹⁰¹⁸

Oikeudellisesti merkittävää on, että useimpien *The Profit Zone* -kirjassa hahmoteltujen ansaintalogiikkojen ongelmatilanteissa ajankohtaistuvat vahingonkorvausoikeudelliset, liikevahingon korvaamiseen liittyvät kysymyksenasettelut poikkeavat jakelulle ja myös perinteiselle tuotantotoiminnalle ominaisista ongelmakohdista. Välttämätöntä tai poikkeuksetonta tämä ei tietenkään ole. Kaikki Slywotzkyn, Morrisonin ja Andelmanin esittämät liiketoimintamallit kun eivät ole sen enempää uusia kuin käänteentekeviä. Osa sitä kuitenkin on. Mitä pidemmälle jakelu- ja yksinkertaisen tuotantotoiminnan prototyypeistä edetään, sitä suurempiin vaikeuksiin joudutaan vahingonkorvausoikeudessa.

¹⁰¹⁷ Relational contracting -suuntaus sai alkunsa 1960-luvulla Stewart Macaulayn artikkelista (Macaulay 1963). Ks. myös esim. Macaulay 2003; Kimel 2007. Erityisesti Kimelin artikkeli on mielenkiintoinen, koska Kimel suhtautuu erittäin skeptisesti relational contracting -paradigmaan, mielestäni syistä, jotka eivät ole perusteltuja. Kimel nimittäin ajattelee, että relational contracting -paradigmaa ei voida tuoda sopimusoikeuden keskiöön, koska tällöin menetettäisiin käsitteellistä selvyyttä (Kimel 2007 s. 253).

¹⁰¹⁸ Ks. Slywotzky – Morrison – Andelman 1998 s. 35–71.

Kun pohditaan Slywotzkyn, Morrisonin ja Andelmanin esittämiä malleja ja niiden merkitystä vahingonkorvausoikeuden kannalta, huomio kiinnittyy hyvin nopeasti kahteen tekijään, joiden merkitys taloudellisen toiminnan muutoksen vahingonkorvausoikeudellisessa arvioinnissa ja haltuun ottamisessa on ratkaiseva. Erityisesti *verkostot*, *aika* ja *raha* näyttäytyvät Slywotzkyn, Morrisonin ja Andelmanin esittelemissä ansaintalogiikoissa vahingonkorvausoikeudellisesti ongelmallisina tekijöinä.

Yritystoiminta on *verkottunut*. Sitä hallitaan entistä enemmän sopimuksellisesti vertikaalisten käskysuhdeorganisaatioiden sijaan. Varastojen ja muiden tuotantoa ja yrityksen operaatioita suojaavia yrityksen sisäisiä resurssipuskureita on karsittu. Ennen vertikaalisesti integroitua arvoketjua on pilkottu itsenäisten ja ketterien toimijoiden aikaisempaan verrattuna löyhien yhteenliittymien, arvoverkostojen hoidettaviksi. Tuotanto hoidetaan verkostoissa, joissa itsenäiset yritykset valmistavat komponentit, kokoavat tuotteen, markkinoivat sitä ja kuljettavat sen käyttäjälleen.

Tällainen ympäristö on omiaan lisäämään – ainakin, jos vastuunrajoituksista ei ole sopimuksissa määrätty – vahingonkorvausoikeudellisen normiston käyttö-frekvenssiä. Mahdolliset jakelu- ja tuotanto-ongelmat eivät jää vertikaalisten yritysten sisäisiksi liiketoimintakuluiksi, vaan ne voidaan ainakin pyrkiä vierittämään sopimusoikeudellisiin ja viimein vahingonkorvausoikeudellisiin keinoin ongelmien aiheuttajille, niille, jotka ovat oikeudellisen normiston mukaan vastuussa. Toisaalta vahingonkorvausoikeuden tekniikat ovat binaarisuudessaan epäonnisia, kun verkostoja pyritään hallitsemaan. Palaan teemaan jaksossa 14.

Aika tiivistyy, ja uudessa liiketoimintaympäristössä rahan puuttuminen voi johtaa katastrofaalisiin seurauksiin. Staattisessa kilpailuympäristössä toimivan yrityksen, joka tuottaa tiettyä tuotetta ja pyrkii ainoastaan mittakaavaetuihin, tulevaisuus ei yleensä ole uhattuna, vaikka sen logistiikkaketju pettäisikin jossakin vaiheessa. Vaikka yrityksen tavarantoimittaja toimittaisi virheellistä tavaraa tai vaikka jonkin raaka-aineen toimitukset myöhästyisivät merkittävästi, katastrofi ei uhkaa. Tehdas voi seisoa jonkin aikaa, mutta korvaava tuote voidaan yleensä hankkia. Sen jälkeen tehdas voidaan käynnistää uudelleen varsin nopeasti. Tuotanto ja liikevaihto voivat vähentyä, kun tulovirrat katkeavat. Yritys saattaa joutua maksamaan vahingonkorvausta omille asiakkailleen. Muuta ei tapahdu, ainakaan tyypillisesti. Kun tuotanto palautuu ennalleen, yritys voi jälleen kilpailla muiden vastaavia tuotteita valmistavien yritysten kanssa. Vahinkotapahutumien ja suoritushäiriöiden vaikutukset ovat perinteisessä fyysisten kappaleiden tuotantotoiminnassa tavallisesti rajattuja.

Katastrofaalisissa tilanteissa asetelma on luonnollisesti toinen. Jos fordistisen yrityksen tuotantotilat tuhoutuvat tulipalossa, vahinkotapahtumalla on epäilemättä hyvin laajoja kerrannaisvaikutuksia. Ilman vakuutusta yritys joutuu todennäköisesti lopettamaan toimintansa, koska sillä ei ole enää tulo-rahoitusta, jolla se

voisi jatkaa toimintaansa. Sama koskee muitakin katastrofaalisia vahinkotapah-
tumia.

Mikä on muuttunut? Uuden talouden ja uuden työn diagnooseissa päädytään usein korostamaan sitä, että uudessa taloudessa eletään jatkuvaa kriisi- ja poikkeustilaa. Työntekijät joutuvat ratkomaan jatkuvasti kriisejä, vastaamaan haasteisiin, joissa epäonnistuminen voi saattaa koko yrityksen toiminnan raiteiltaan.¹⁰¹⁹ Vastaava havainto näyttää eräässä mielessä pitävän paikkansa myös liiketoiminnan mallien kannalta. Uudessa taloudessa – vanhan talouden näkökulmasta – poikkeuksellinen tulee normaaliksi. Yhteen ainoaan suoritukseen ja sen mahdolliseen sopimuksenmukaisuuteen saattaa kiinnittyä ja siitä saattaa riippua kokonaisen yritysverkoston tulevaisuus, suunnitelmat ja olemassaolo. Aika tiivistyy, mahdolliset tulevat polut kuroutuvat toiminnan solmuihin, sellaisiin hetkiin, joissa hyvin pieni muutos voi suistaa koko verkoston radaltaan. Vanhan liiketoiminnan laajahkon ja joustavan putken sijasta uudessa taloudessa liikutaan kapealla langalla, jonka vetolujuus ei salli harha-askelia. Yhden yksittäisen toiminnon epäonnistuminen saattaa johtaa siihen, että verkostoa ei enää ole. Näin ollen pienillä häiriöillä voi säännönmukaisestikin olla hyvin laajalle leviäviä ja laajakantoisia vaikutuksia.¹⁰²⁰

Otan esimerkin: uuden innovatiivisen palvelukonseptin kehittäneen, internetissä toimivan yrityksen, jonka kannattavuus riippuu siitä, onnistuuko se esittelemään ja käynnistämään palvelunsa oikeaan aikaan. Yrityksellä ei välttämättä ole muuta ”omaisuutta” kuin idea: palvelukonsepti ja sen toteuttamiseksi tarvittava ohjelmisto. Se aikoo ostaa niin palvelinkapasiteetin, markkinointi-, laskutus- ja taloushallinto- sekä vähäisten toimitilojensa siivous- ja kunnossapitopalvelut. Yrityksen ”omaisuus” on näin ollen puhtaasti immateriaalista: se koostuu koodin ja konseptin kehittäneistä ja sitä edelleen kehittävästä ihmisistä ja itse konseptista. Tuotto-odotukset voivat yrityksen vähäisistä resursseista huolimatta olla merkittäviä ja perusteltuja. Jos lanseeraus onnistuu ja yritys saa laajan asiakaskunnan, voitot voivat olla huomattavia.

Toisaalta aloittelevan yrityksen liiketoimintaa vaivaa myös jatkuva epävarmuus. Osa on puhtaasti yrityksen ”omaa riskiä”: Toimiiko konsepti? Tarvitsevatko asiakkaat palvelua? Ovatko he valmiit maksamaan siitä? Osa epävarmuudesta riippuu kuitenkin ratkaisevasti muista toimijoista kuin yrityksestä itsestään. Yritys on pitkälti omien sopimuskumppaniensa armoilla. Jos palvelinkapasiteetin myyjä rikkoo kapasiteetin myyntiä koskevaa sopimusta ja yrityksen tuottamat palvelut eivät toimi alusta lähtien, yrityksen suunnitelmat saattavat jäädä toteutumatta. Jonkin toisen vastaavan konseptin kehittäneen yrityksen palvelusta tu-

¹⁰¹⁹ Ks. esim. Lazzarato 2006 s. 91–95; Virtanen 2006a s. 234–238; Virtanen 2006b s. 125–127.

¹⁰²⁰ Ks. esim. Teubner 2006.

lee se *de facto* -standardi, jonka luomiseen epäonnistunut yritys tähtäsi. Jos näin käy, vahingonkorvauskanteen nostaminen on hyvinkin mahdollista.

Raha – tai pikemminkin sen puute – on niin ikään ongelma. Perinteisesti rahavelan maksamatta jättämisen yksinomaisena seurauksena¹⁰²¹ on pidetty velvollisuutta maksaa viivästyskorkoa. On katsottu, että rahavelan osalta velallisen suoritushäiriö ei anna aihetta koko normaalin vahingonkorvausoikeudellisen normiston käyttämiseen. Vaikka velkoja voisi osoittaa, että hän olisi voinut saada tuloja investoimalla viivästyneen tai maksamatta jääneen määrän mutta hän ei voinut tehdä niin viivästyksen takia, vaatimus tällaisten menetysten korvaamisesta ei yleensä menesty.¹⁰²² Syy on siinä, että menetyksiä ei tavallisesti pidetä riittävän ennakoitavina. Kuten Hemmo toteaa, ”velkojan rahankäyttömahdollisuudet ja rahoitusmahdollisuudet eivät *normaalisti* kuulu velalliselta vaadittavan tietämyksen piiriin”.¹⁰²³ Sama koskee myös velallisen suoritushäiriöstä aiheutunutta velkojan maksukyvyttömyyttä.¹⁰²⁴ Normaalisti velallinen ei vastaa tällaisistakaan menetyksistä, paitsi jos on ottanut sopimuksessa erityisesti huolehtiakseen velkojan maksukyvyttömyyden. Hemmo toteaa, että rahavelan maksamisen laiminlyömisestä seuraava vahingonkorvausvelvollisuus on suppeampi kuin muunnaisissa suorituksissa.¹⁰²⁵

Uudessa taloudessa rahasuoritusten viivästysten asema näyttäytyy uudessa valossa. Kun liiketoiminnan aikahorisontti on leveä, rahan puute jossakin kriittisessä vaiheessa voi olla kohtalokasta, aivan samaan tapaan kuin muutkin sopimusrikkomukset. Ongelma tulee esille, kun pohditaan, mitä perusteluja vastuuta rajoittaville lähtökohdille voidaan antaa. Perinteisessä katsantokannassa perusteluna lieenee ollut kolmen ajatuksen yhdistelmä. Ensinnäkin on ajateltu, että rahaa on useimmiten saatavilla. Jos rahaa puuttuu, sitä voidaan ja tulee lainata. Vahingonkärsijän on rajoitettava vahinkoaan. Toiseksi rahan puuttumisesta seuraavat ongelmat ovat usein vaikeasti velallisen ennakoitavissa. Velallisella ei ole useinkaan tietoa velkojan kassatilanteesta eikä hän voi siksi hahmottaa helposti oman

¹⁰²¹ Saksassa viivästyskorko (*Verzugszins*) on BGB § 288.2:n mukaan vain vähimmäiskorvaus. Velkoja voi vaatia tätä suurempien vahinkojensa korvaamista. Tavallisesti vahinkotyyppinä on kolme: korvaavan rahoituksen hankkimisesta aiheutuvat kulut, menetetyt sijoitustuotot ja rahan arvon aleneminen.

¹⁰²² Ks. Hemmo 1994 s. 228–229. Syynä on, että viivästyskorkokanta on siinä määrin korkea, että se ylittää tavanomaisten – ja siksi ennakoitavien – sijoitustapojen tuoton.

¹⁰²³ Ks. Hemmo 1994 s. 229, korostus MV. Näin myös Wilhelmsson – Sevón – Koskelo 2006 s. 164–165.

¹⁰²⁴ Ks. esim. Andersson 1993 s. 529–548; Hemmo 1994 s. 229.

¹⁰²⁵ Ks. Hemmo 1994 s. 229. Ks. myös KKO 1979 II 137. Yhtiö oli joutunut rahoittamaan tuhoutuneen myyntivarastonsa uudelleenhankinnan pankkilainalla. Lainakustannuksia ei tuomittu korvattavaksi, koska tuomitun vahingonkorvauksen maksun viivästyttäminen ei ollut lain mukaan suoritettava muuta korvausta kuin tuolloin sovelletun kauppakaaren 9 luvun 8 ja 10 §:ssä säädetty korko.

sopimusrikkomuksensa merkitystä velkojalle. Kolmanneksi velkojan taloudellinen haavoittuvuus on käsitetty velkojan omaan riskialueeseen kuuluvaksi seikaksi. Kuten Hemmo toteaa, *Geld muß man haben* -periaate¹⁰²⁶ on ollut helppo ulottaa sen ydinalueen ulkopuolelle.¹⁰²⁷ Jos vahingonkärsijä ei voi parhaista yrityksistään huolimatta saada rahaa lainaksi, ensimmäinen perustelu ei pidä. Näin käynee entistä useammin. Jos esimerkiksi riskisijoittaja vetäytyy projektista, johon hän oli jo sitoutunut, korvaavaa rahoitusta ei aina ole helposti saatavilla. Toisaalta jos velallinen on läheisessä yhteistyösuhteessa velkojaan, ennakoimattomuutta painottavat argumentit menettävät vakuuttavuuttaan. Vaikka vahinkoseuraukset olisivat mittavia, pelkästään ennakoitavuusargumentilla korvaamista ei voida estää. Jäljelle jää vain perinteinen nuiva suhtautuminen velkojan maksukyvyttömyydestä aiheutuvien vahinkojen korvaamiseen.

Suomalaisessa oikeuskäytännössä uuteen talouteen liittyviä ongelmia ei ole tietääkseni jouduttu ratkomaan¹⁰²⁸. Yhdysvaltalaisessa kirjallisuudessa on usein

¹⁰²⁶ Ks. periaatteesta esim. Medicus 1988.

¹⁰²⁷ Ks. Hemmo 1994 s. 229. Saksassa näin ei tehdä. Ks. esim. BGH II ZR 355/ 00. Ratkaisussa todettiin, että velallisen viivästyksen vuoksi spekulatiivisista osakekaupoista saamatta jäävä voitto on periaatteessa velallisen korvattavaa vahinkoa.

¹⁰²⁸ Korkein oikeus on vuosien varrella ottanut kahdessa tapauksessa kantaa siihen, voiko rahavelan suoritusvirheestä seurata muutakin kuin ainoastaan velvollisuus maksaa viivästyskorkoa. Ratkaisussa KKO 1991:42 kaksi yksityishenkilöä, A ja B olivat tehneet pankin kanssa sopimuksen asuntokaupan luotottamisesta. Pankki vetäytyi sopimuksesta ja kieltäytyi täyttämästä sitä. A ja B olivat joutuneet purkamaan jo tekemänsä asuntokaupan, koska he eivät pystyneet maksamaan kauppahintaa. A:lle ja B:lle oli aiheutunut vahinkoa viivästyskorkoina osakkeiden maksamattomalle kauppahinnalle, ilmoituskuluina uuden asunnon hankkimiseksi, muuttokustannuksina sekä omina ja vastapuolelle korvattavina oikeudenkäyntikuluina. Korkein oikeus piti näitä kuluja ennakoitavina ja velvoitti pankin korvaamaan ne. Ratkaisussa velallinen joutui kantamaan velkojan maksukyvyttömyyden seuraukset. Toisessa ratkaisussa KKO 1997:179 korkeimman oikeuden kanta näyttää päinvastaiselta. A oli myynyt B:lle kilpa-auton. Kauppa oli kuitenkin B:n rahoitusvaikeuksien vuoksi purkautunut. A oli jo tilannut itselleen uuden kilpa-auton, mutta ei pystynyt maksamaan sen kauppahintaa, koska B ei ollut suorittanut kauppahintasaatavaa. A oli sopinut hinnankorotuksesta ja sitoutunut maksamaan ostamastaan autosta 25 000 markkaa alkuperäistä kauppahintaa enemmän. Korkein oikeus katsoi, että hinnankorotus ei ollut ennakoitava vahinkoseuraus ja hylkäsi kanteen. B ei ollut saadun selvityksen mukaan tiennyt A:n rahoitusjärjestelyistä ja taloudellisesta tilanteesta, vaikka olikin ollut tietoinen, että hänen suoritustaan tultaisiin alalla yleisen tavan mukaan käyttämään toisen auton kauppahinnan maksamiseen. *Raju* hinnankorotus ei ollut ennakoitava. Korkein oikeus perustelee ratkaisuaan toteamalla muun muassa, että puolentoista vuoden viivästyskorkoa vastaavaa hinnankorostusta ei voitu tässä tapauksessa pitää tavanomaisena vahinkoseurauksena. Mikä ratkaisujen merkitys on? Näyttää siltä, että maksussaan viivästynyt velallinen on joka tapauksessa velvollinen korvaamaan viivästyksestä aiheutuvat tavanomaiset ylimääräiset kulut – aivan kuten ratkaisussa KKO 1991:42. Myöhempiä ratkaisua ei tule tulkita niin, että siinä rajoitettaisiin viivästyskorkon ylittävät korvaukset esimerkiksi vain pankkitoiminnassa syntyneisiin vahinkoihin tai kuluttajasuhteisiin. KKO:n argumentaatio ratkaisussa KKO 1997:179 antaa pikemminkin ymmärtää, että korvausvelvollisuus on yleinen. Hinnankorotuksen korvauskelpoisuus riippuu siitä, mikä ylimääräisten kulujen suhde on velkojan omaan viivästyskorkovastuuseen on. Useimmissa tapauksissa ainakin velkojan omalle velkojalleen suorittamat viivästyskorot ovat korvattavia, tosin ne eivät yleensä ylitä velallisen muutoinkin maksaman vii-

huomautettu, että uusien yritysten, joilla ei ole esittää näyttöä historiallisesta tuloksestaan, vahingonkorvausvaatimukseen on sikäläisessä oikeuskäytännössä suhtauduttu torjuvasti.¹⁰²⁹ Pidän todennäköisenä, että vastaava suhtautuminen voi tulla vallitsevaksi Suomessakin, jos tällaisia vaatimuksia joskus tuomioistuimiin päätyy. Oppirakenteen kannalta tilanne on kuitenkin ongelmallinen. Vaatimusten torjumisessa ei ole Yhdysvalloissa käytetty ennakoitavuusdoktriinia, eikä sillä useimmiten olisi näissä tilanteissa sijaakaan.¹⁰³⁰ Voitaneen nimittäin olettaa, että vahingonaiheuttaja on voinut ennakoita sopimuskumppaninsa tilanteen ja siihen liittyvät voitto-odotukset. Vaikka vahingon määrä olisi hyvin suuri, se ei välttämättä ole ennakoitamaton sen enempää tyypiltään kuin määrältäänkään. Tällaista ajattelutapaa tukee se, että verkoston luomisessa syntyvät kumppanuussuhteet usein johtavat varsin avoimeen tietojenvaihtoon. Yhdysvalloissa vahingonkorvausvaatimusten torjumisessa käytetty doktriini on ollut ns. *certainty*-arviointi. Tuomioistuimet ovat todenneet, että vahingonkärsijä ei ole pystynyt riittävällä todennäköisyydellä näyttämään toteen, että vahinkoa olisi syntynyt. Tämä on tapahtunut siitä huolimatta, että tuomioistuin on voinut todeta, että vahinko oli ennakoitavaa. Palaan *certainty*-doktriiniin ja sen merkitykseen jäljempänä.

Toinen mahdollisuus on Yhdysvalloissa ns. *disproportionate compensation* -periaate. *Restatement (Second) of Contracts* § 351 (3):n mukaan tuomioistuin ”may limit damages for foreseeable loss by excluding recovery for loss of profits, by allowing recovery only for loss incurred in reliance, or otherwise if it concludes that in the circumstances justice so requires in order to avoid disproportionate compensation.” Tuomioistuimet eivät ole ottaneet Andersonin mukaan kuitenkaan periaatetta omakseen.¹⁰³¹

Jotta varallisuus oikeudellinen argumentaatio voitaisiin päivittää, sen perinteisiä rakenteita, käsitteellistyskäsitteitä, metarakenteita ja -kuvia on ennakolluultomasti kyseenalaistettava. Uudet liiketoimintamuodot on otettava oikeudellisesti haltuun. Tämä onnistuu kuitenkin vain, jos perinteisistä käsitteellisistä, varallisuus-oikeuden 1800-luvun taloudelliseen todellisuuteen kiinnittävistä sitoumuksista voidaan ainakin osittain luopua. Kauppaliikkeen, tehtaan ja ansiotyön ei tarvitse kadota, mutta niiden täytyy saada rinnalleen uusia selitysmalleja, liiketoiminnan logiikkoja. Ongelmaksi jää tietenkin, mitkä näiden uusien liiketoiminnan logiikkien yksityiskohdat ovat.

väestyskoron määrää. Mitä enemmän tietoa velallisen on ollut velkojan taloudellisesta tilanteesta ja suunnitelmista, sitä suurempia vahinkoja voidaan pitää korvattavina. Ks. myös NJA 1965 s. 165.

¹⁰²⁹ Ks. jäljempänä jaksossa 6.13 esitettyä.

¹⁰³⁰ Ks. kuitenkin Anderson 2005 s. 448–449. Andersonin mukaan ennakoitavuusrajoitusta on varsin usein väärinkäytetty rajaamaan vastuuta, vaikka ennakoitavuusongelmia ei olisikaan ollut.

¹⁰³¹ Ks. Anderson 2005 s. 452–453.

10 ANSAINTALOGIIKKA ENNAKOITAVUUDEN UUTENA POLTTOPISTEENÄ

Ennakoitavuusarvioinnilla on siis kaksi merkittävää haastetta: 1) miten ottaa haltuun uuden talouden moninaiset liiketoiminnan muodot, ja 2) miten normativisoida ennakoitavuusarviointi. Oma ratkaisuni on *ansaintalogiikan* idea. Väitän, että voisimme ymmärtää ennakoitavuusharkinnan nimellä kulkevaa vahingonkorvauksen määrän harkinnan vaihetta paremmin, jos emme puhuisi siitä, mitkä vahingotapahtumat ovat ennakoitavia emmekä siitä, mitkä vahingot ovat ennakoitavaa vahinkoa. Hyödyllisempää olisi kiinnittää huomiota siihen, *minkälaisen ansaintalogiikan omaksumme kussakin tapauksessa vahingon laskemisen perustaksi*. Pelkän tappiolajin tai jonkin tapahtumaketjun ennakoitavuuden pohittamisen sijasta arvioitaisiin vahingon syntyminen mahdollistanutta ansaintalogiikkaa. Tässä vaihtoehdossa jonkin vahingon toteaminen ennakoitavaksi tarkoittaa sitä, että vahingonkärsijällä oli käsillä olleessa tosiasiallisessa tilanteessa syytä olettaa, että jos vahingotapahtuma keskeyttäisi jonkin logiikan varassa toimivan liiketoiminnan, tuon liiketoiminnan keskeytymisen seuraukset olisivat sellaisia, että vahingonaiheuttajan tulee vastata niistä.¹⁰³²

Ansaintalogiikoille perustuvassa arvioinnissa yhdistyy hedelmällisellä tavalla kolme vastausta ennakoitavuusarvioinnin keskeisiin kysymyksiin. Sen avulla voidaan tuottaa vastaus tosiasialliseen kysymykseen siitä, minkälaisia odotuksia toimijoilla todellisuudessa on, ja normatiivinen arvio siitä, minkälaiset odotukset ovat perusteltuja. Samalla myös kolmas ongelma, ennakoitavuusarvioinnissa varjoon osin anomaaliseksi jäävä harkinta järkevästä vastuunjaosta, saa paikan. Hyväksyttävästä ja mielekkäästä ansaintalogiikasta voidaan nimittäin muodostaa käsitys, vasta kun

- 1) toiminnan pinnassa olemassa olevat ja sen itsensä luomat odotukset on hahmotettu,
- 2) on tehty normatiivinen ratkaisu siitä, ovatko tällaiset odotukset perusteltuja eli halutaanko antaa viesti, että ne voivat muodostaa kulloisessakin tilanteessa hyväksyttävän liiketoimintakäsityksen osan, ja
- 3) on päätetty, ovatko odotukset sellaisia, että vahingonaiheuttajan tulee kantaa riski siitä, että ne jäävät toteutumatta¹⁰³³.

¹⁰³² Oikeuden ”sisäisten” ja ulkoisten käsitteellistysten ja todellisuuskuvan merkityksestä varallisuus oikeudessa ks. esim. Esser 1996 s. 605–607; Nimmer 1999 s. 17–18; Pöyhönen 2000 s. 140–145; Teubner 2007 s. 68–69.

¹⁰³³ Tällaista näkökulmaa ennakoitavuuteen on korostanut erityisesti Joseph Lookofsky (Lookofsky 1989 s. 248–254): ”To solve the consequential problem, we take into account a broad range of factors, balance competing interest both for and against, and allocate the consequential risk” (s. 248).

Ansaintalogiikan käsite on muodikas. Käsite on kuitenkin osin epämääräinen ja monitulkintainen. Esimerkiksi Ghaziani ja Ventresca pitävät ansaintalogiikkaa yhtenä uuden talouden avainsanoista, joka tuo mukanaan rikkaan konnotaatioiden ja assosiaatioiden verkon.¹⁰³⁴ Se on ilmaantunut taloudelliseen puheeseen vasta parin viime vuosikymmenen aikana.¹⁰³⁵ Käsite on eräässä mielessä oire johtamisen ja liiketoiminnan kehittämisen uudesta orientaatiosta. Se korostaa erilaisiin ”rahan tekemisen tapoihin” kiinnittyviä konnotaatioita.¹⁰³⁶ Kysymys ei ole liiketoiminnan käytännön organisoinnista tai järjestämisestä eikä käytännön liiketoimintaprosessien ja -operaatioiden suunnittelemisesta. Käsite viittaa näkemykseen kannattavan liiketoiminnan mahdollisuudesta, niistä tavoista ja mekaniismeista, joilla yritys voi olla tuottava ja ansaita tuloja enemmän kuin niiden hankkimiseksi on menoja.

Suomenkielisen ansaintalogiikka-termin englanninkielisenä vastineena voitaneen pitää useampaakin käsitettä, muun muassa *business model*- ja *revenue generation model* -termejä, joskin *business model* -käsitettä, joka voidaan kääntää suomeksi myös liiketoimintamalli-termillä, pidetään osittain ansaintalogiikkaa laajempänä ja kattavampana käsitteenä. Puhun tässä tutkimuksessa ansaintalogiikasta *business model* -merkityksessä.¹⁰³⁷ Valinta on kielenkäytöllinen. Ansaintalogiikka-termi avaa yhteyden havainnollisempaan ja valaisempaan miellelyhtymien joukkoon kuin jokseenkin mitäänsanomaton liiketoimintamallin käsite. Liiketoimintamallista puhuminen viittaisi liiaksi erilaisiin liiketoimintaprosesseihin.

Chesbrough ja Rosenbloom tiivistävät erilaisten teknologisten innovaatioiden kaupallistamista käsittelevässä artikkelissaan ansaintalogiikan käsitteen keskeiset ominaisuudet kuusikohtaiseen luetteloon:

”The functions of a business model are to:

1. articulate the value proposition, i.e. the value created for users by the offering based on the technology;
2. identify a market segment, i.e. the users to whom the technology is useful and for what purpose, and specify the revenue generation mechanism(s) for the firm;

¹⁰³⁴ Ghaziani – Ventresca 2005 s. 531. Ks. myös Feng et al. 2001; Osterwalder 2004 s. 12–15; Kobayashi 2005; Shafer – Smith – Linder 2005; Weill et al. 2005.

¹⁰³⁵ Ks. esim. Ghaziani – Ventresca 2005 s. 541–548 kielenkäytön muutoksesta ja tilastojen valossa.

¹⁰³⁶ Osterwalder 2004 s. 14: liiketoimintamalli on ”an abstract conceptual model that represents the business and money earning logic of a company; Ghaziani – Ventresca 2005 s. 532; Taalas – Rehn 2007 s. 62–63.

¹⁰³⁷ Ansaintalogiikan ja liiketoimintamallin käsitteiden suhde on osin ongelmallinen. Tavanomaisessa suomalaisessa kielenkäytössä ansaintalogiikka on liiketoimintamallia suppeampi käsite.

3. define the structure of the value chain within the firm required to create and distribute the offering, and determine the complementary assets needed to support the firm's position in this chain;
4. estimate the cost structure and profit potential of producing the offering, given the value proposition and value chain structure chosen;
5. describe the position of the firm within the value network linking suppliers and customers, including identification of potential complementors and competitors;
6. formulate the competitive strategy by which the innovating firm will gain and hold advantage over rivals.”¹⁰³⁸

Chesbroughille ja Rosenbloomille ansaintalogiikan käsite on väline, jolla toimijat pyrkivät kuvaamaan ja samalla hallitsemaan arvon luomisprosessia ja hahmottamaan voitollisen liiketoiminnan edellytyksiä ja rajoituksia.¹⁰³⁹ Chesbroughin ja Rosenbloomin mallissa korostuvat innovaatioiden merkitys, joustavuus, markkinoiden ja asiakkaiden kuunteleminen, muokkaaminen ja niiden ehdoilla toimiminen. Kaikki ovat uudelle taloudelle ominaisia seikkoja.¹⁰⁴⁰ Vaikka Chesbrough ja Rosenbloom rajoittavatkin ansaintalogiikan käsitteen vain teknologisen muutoksen liiketoiminnallisten seurausten analyysi- ja kehittämisvälineeksi¹⁰⁴¹, näen, että ansaintalogiikalla voi olla merkitystä laajemmalti-kin.¹⁰⁴²

Ongelmana on, että ansaintalogiikan käsite on selkeästi liiketaloustieteellinen ja siten se saattaa vaikuttaa tuovan turhiakin ulottuvuuksia vahingonkorvausoi-keudelliseen arviointiin. Jokainen määritelmä onkin ymmärrettävä omassa ympäristössään. Chesbroughin ja Rosenbloomin ansaintalogiikan käsitteelle hahmottelema sisältö on tarkoitettu helpottamaan uutta tuotetta tai palvelua kehittä-
vän yrityksen suunnitteluprosessia. Tästä syystä se tarjoaa varsin monimutkaisen

¹⁰³⁸ Chesbrough – Rosenbloom 2002 jakso 3. Ks. toisesta yhdeksänsäisistä määritelmästä Osterwalder 2004 s. 39–44.

¹⁰³⁹ Ks. myös Zott – Amit 2007.

¹⁰⁴⁰ Vastaavia seikkoja korostavat myös Tikkanen, Lamberg, Parvinen ja Kallunki (Tikkanen et al. 2005 s. 793–801), jotka hahmottavat business model -käsitteen aineellisten elementtien koostuvan neljästä pääkomponentista, 1) *strategiasta ja rakenteesta* eli yrityksen organisaatorakenteesta ja yleisistä tavoitteista, 2) *yrityksen verkostoista* eli sen asiakkaista, tavarantoimittajista, R&D-verkostoista ja muista sidosryhmistä, 3) *operaatioista* eli sen yrityksen käytännön toiminnan tavoista, kompetensseista, tuote- ja palvelutarjonnasta, ja 4) *rahoituksesta ja laskennasta*, joka kattaa niin sisäisen kuin ulkoisenkin laskentatoimen. Ks. myös Amit – Zott 2001 s. 503–508; Winter – Szulanski 2001 s. 730–734.

¹⁰⁴¹ Ks. esim. Chesbrough – Rosenbloom 2002 jakso 2 ja 3.

¹⁰⁴² Ansaintalogiikalla katsotaankin usein olevan merkitystä vain uuden talouden piirissä olevien yritysten kannalta. Ks. esim. Walters 2004, jossa Walters esittelee uuden talouden yritysten ansaintalogiikkojen peruspiirteitä ja näkee ansaintalogiikan juuri reformatiivisena välineenä. Vrt. Tikkanen et al. 2005, jossa ansaintalogiikan käsitettä pidetään yleisenä käsitteenä, jonka avulla strategioita muovataan.

kuvan yrityksen ansaintalogiikasta. Tärkeää on kuitenkin huomata, että Chesbrough ja Rosenbloom korostavat erityisesti markkinoiden määrittelyn, tuotevalikoiman ja sen houkuttelevuuden, kustannus- ja tuloarvioiden sekä asiakaspohjan hankkimisen merkitystä. Yrityksen liiketoiminnan mallintaminen voi lähteä liikkeelle näiden tekijöiden määrittelystä.¹⁰⁴³

Kaiken mallintamisen lähtökohtana on pidettävä yrityksen suunnitelmia, sitä tapaa, jolla yritys aikoo toteuttaa ansaintalogiikkansa. Ansaintalogiikan keskeisin osa on kuvaus yrityksen tarjoamien tuotteiden tai palveluiden *arvopropositioista* eli *arvolupauksesta*. Arvolupauksella tarkoitetaan sitä syytä, miksi asiakas ostaa juuri yrityksen valmistaman tuotteen tai tarjoaman palvelun. Arvolupaus vastaa moniin kysymyksiin: Mitä tuote merkitsee asiakkaalle? Mitä hyötyä siitä on tälle? Miten tuote eroaa muista kilpailevista tuotteista? Mikä on se tekijä, jonka vuoksi asiakas tekee hankintapäätöksensä?¹⁰⁴⁴ Chesbroughin ja Rosenbloomin skeemassa arvopropositio tai arvolupaus on ansaintalogiikan keskeisin tekijä. Jos arvolupaus ei ole houkutteleva eikä sillä pystytä houkuttelemaan asiakkaita, yritys ei voi menestyä.¹⁰⁴⁵

Arvopropositio on siis liiketaloudellisessa arvioinnissa keskeisessä asemassa. Vahingonkorvausoikeudellisesta näkökulmasta kyse on kuitenkin esikysymyksestä. Tuomari, joka arvioi vahingonkorvauksen määrän, joutuu selvittämään itselleen, mikä arvolupaus on, jotta voisi ymmärtää yrityksen liiketoimintaa. Varsinaista operationaalista merkitystä arvolupaus voi saada vasta, kun siirrytään simulointiin. Arvolupauksen tarkastelun perusteella voidaan tarkentaa käsitystä liiketoiminnan simuloinnin lopputuloksesta eli siitä, kuinka paljon tuotteitaan yritys olisi voinut myydä.

Ansaintalogiikkaa tärkeämpi tekijä nyt käsillä olevassa arvioinnissa ovat *markkinat*. Tuomarin – osapuolten asiamiesten avustamina – tulee ensi sijassa pyrkiä tunnistamaan ne markkinat, joilla yritys toimii tai joilla se oli pyrkinyt toimimaan. Kun markkinat on tunnistettu, niiden ominaisuudet on määriteltävä. Ominaisuudet määrittävät liiketoiminnan mahdollisuudet: Ketkä ovat yrityksen asiakkaita? Minkälaisia tuotteita he tarvitsevat? Mihin segmenttiin yritys pyrkii etabloitumaan? Miten tuotteista voidaan saada aikaan kassavirtoja eli mitä ja miten myydään ja millä hinnalla?¹⁰⁴⁶

¹⁰⁴³ Ks. ansaintalogiikkojen merkityksestä immateriaalioikeuden kannalta esim. Benkler 2006 s. 41–48.

¹⁰⁴⁴ Ks. esim. Hamel 2001 s. 82–85.

¹⁰⁴⁵ Ks. erittäin havainnollisesta arvolupausten arvioinnin analyttisestä mallista Osterwalder 2004 s. 48–56.

¹⁰⁴⁶ Ks. esim. Hamel 2001 s. 95–104; Osterwalder 2004 s. 58–78. Osterwalder jakaa tämän elementin kolmeen lisäelementtiin. Hän puhuu kohdeasiakkaista (*target customer*), jakelukanavista (*distribution channel*) ja asiakassuhteesta (*customer relation*).

Vahingonkorvausarvioinnin kannalta ongelmallista on, että markkinoita ei välttämättä ole olemassa arviointiajankohtana. Yritys on saattanut rakentaa toimintansa sen varaan, että markkinat voidaan luoda joko vaikuttamalla suoraan mahdollisiin ostajiin, esimerkiksi mainonnan avulla, tai tarjoamalla näille uudenlaista, innovatiivisen ja poikkeavan arvolupauksen tarjoavaa tuotetta.¹⁰⁴⁷ Vahingonkorvausvastuun perustava tapahtuma on saattanut katkaista sen kehityskulun, jonka tuloksena nämä markkinat olisivat voineet syntyä. Jo markkinakäsityksenkin muodostaminen edellyttää tulevaisuuden ennustamista. Tuomari joutuu arvioimaan, olisiko yritys voinut onnistua pyrkimyksissään muokata markkinoita.¹⁰⁴⁸

Ehkä merkittävin liiketoiminnan strategioita käsittelevän kirjallisuuden viimeaikaisista bestsellereistä on ollut W. Chan Kimin ja Renée Mauborgnen *Blue Ocean Strategy*, jonka strategisena perusideana on nimenomaan kilpailun välttäminen. Kimin ja Mauborgnen mukaan kilpailijoiden kanssa ei kannata kilpailla, vaan järkevämpää on pyrkiä tekemään kilpailijat irrelevanteiksi. Ideana on siis luoda markkina, jolla ei ole kilpailua, punaisen, kilpailun vuo-dattaman veren tahraaman meren sijasta sininen, koskematon valtameri, kuten he tavoitetilaa kuvaavat.¹⁰⁴⁹

Kolmanneksi tuomarin on tärkeää Chesboroughin ja Rosenbloomin esittämällä tavalla pyrkiä muodostamaan käsitys yrityksen kustannus- ja hintarakenteesta. Kustannukset ja hinta perustavat mahdollisuuden voitolle, jolle yrityksen toiminta voi perustua. Tavoitteeksi tulee siis kuvata sitä prosessia, jonka seurauksena yrityksen kassavirrat – niin negatiiviset eli meno- kuin positiivisetkin eli tulovirrat syntyvät. Tähän tavoitteeseen pyrkiminen edellyttää myös yrityksen arvoketjun analysoimista ja rekonstruoinnista sekä sen logistiikkaverkostojen ja tuotantomahdollisuuksien ainakin summittaista kartoittamista. Miten yritys olisi hankkinut tarvittavat tuotannontekijät? Mitä se olisi raaka-aineistaan, tuotantolaitteistaan, tarpeellisesta tiedosta ja taitotiedosta sekä henkilöstöstään maksanut? Tämän jälkeen päästään tärkeimpään kysymykseen: Olisiko yritys voinut myydä valmistamiaan tuotteita tai palveluita, miten paljon ja millä hinnalla? Olisiko se voinut toteuttaa suunnitelmansa tuotteittensa tai palveluidensa myymisestä saatavan kassavirran ja muun rahoituksen avulla, jos asiat olisivat edenneet halutulla tavalla? Mitkä sen tavoitteet olivat?

¹⁰⁴⁷ Ks. esim. Hamel 2001; Kaplan – Norton 2004; Kim – Marbourgne 2005.

¹⁰⁴⁸ Tässä puolestaan yrityksen arvopropositio ja sen houkuttelevuuden arvioiminen tulevat ajankohtaisiksi. Markkinoiden mahdollista syntymistä ja yrityksen todennäköistä markkinaosuutta mahdollisesti syntyvillä markkinoilla voidaan arvioida vain tarkastelemalla sen arvopropositiota sekä itsessään että suhteessa muihin kilpailevien yritysten arvopropositiioihin.

¹⁰⁴⁹ Ks. Kim – Marbourgne 2005.

Viides Chesboroughin ja Rosenbloomin erottamista tekijöistä ei vaikuta olevan erityisen tärkeä vahingonkorvausoikeudellisesti. On selvää, että yrityksen sijoittumisella omaan arvoketjuunsa, sen asiakkaiden ja tavarantoimittajien väliin, on oma tärkeä merkityksensä yrityksen tulospotentiaalin kannalta. Viides tekijä muodostaa kuitenkin arvioinnille taustaa.

Kuudes tekijä, yrityksen kilpailullinen strategia näyttäneen *prima facie* kliseeltä, jolla ei välttämättä pitäisi olla tekemistä vahingonkorvausoikeudellisen arvioinnin kannalta. Strategian toteuttamisen aikajänne on liian pitkä. Vahingon rajoittamisvelvollisuuden pitäisi ehkäistä näin pitkät odotukset. Jos jokin suunnitelma epäonnistuu, yrityksen on muutettava painopisteitään, vaihdettava toimintansa suuntaa. Näin onkin epäilemättä vanhan talouden piirissä, kun toimitaan perinteisillä ansaintalogiikoilla. Uudessa taloudessa menetetyt voitot arvioinnin jänneväli voi olla hyvin pitkä. Erityisesti kaikkein kiperimmissä tapauksissa myös strategiaa joudutaan arvioimaan. On tosin huomattava, että strategiset, pitkän tähtäimen näkökulmat leikkautuvat ensimmäisinä arvioinnin ulkopuolelle vahingon rajoittamisvelvollisuuden myötä.

Ansaintalogiikan käsitteen avulla voidaan kuvata ja hahmottaa lähes mitä tahansa liiketoiminnan muotoa, jäsentämis- tai ymmärtämistapaa. Sen avulla voidaan tarkastella liiketoiminnan epistemologisia ja sosiaalisia reunaehdoja, määrittää sitä, minkälaisessa ympäristössä, minkälaisin odotuksin ja millä tavoin liiketoimintaa harjoitetaan. Kysymys on eräänlaisesta liiketoiminnan tulkinnan ja hahmottamisen heuristisesta avaimesta¹⁰⁵⁰. Tässä tutkimuksessa käsitteen mobilisoinnilla pyritään mahdollistamaan toimijan liiketoimintaprosessin ja ansaintamallin mahdollisimman joustava ja vahingonkorvauksen määrän arvioinnin tarpeita palveleva kuvaus. Tavoitteena on luoda väline, jolla erilaisia ja vaikeasti ennalta lukittavia sosiaalisia ilmiöitä voidaan tuoda oikeuden piiriin formalisoimatta ja kangistamatta ilmiöitä liikaa.

Ansaintalogiikan käsitteen omaksuminen tavaksi puhua korvattavista vahingoista ohjaa kiinnittämään huomiota liiketoiminnan keskeisiin ja yleisiin onnistumisen ehtoihin eli edellytyksiin, joiden täytyessä liiketoiminta voi olla kannattavaa ja siten tuottaa voittoa, jota voitaisiin vahingonkorvausoikeudellisesti korvata.

Ansaintalogiikan muotoileminen edellyttää, että asian ratkaiseva tuomari tuntee vahingonkäräjien liiketoiminnan yksityiskohtaisesti ja perinpohjin. Tuntemusvaatimuksesta seuraa ongelmia. Omri Ben-Shahar ja Lisa Bernstein ovat

¹⁰⁵⁰ Ks. esityksestä, jossa ansaintalogiikan käsitettä käytetään ”uudesta taloudesta” poikkeavassa kontekstissa esim. Shelley 2003, jossa Shelley tarkastelee naiskaupan erilaisia kulttuurisesti ja markkinoiden luonteen perusteella eriytyneitä ansaintalogiikkoja. Shelley’n käsitys on, että pyritäessä vähentämään naiskauppaa, erilaiset ansaintalogiikat edellyttävät erilaisia naiskaupan vastaisen toiminnan muotoja.

artikkelissaan *The Secrecy Interest in Contract Law* esittäneet, että *expectation interestin*¹⁰⁵¹ lisäksi sopimusvelkojalla on useimmiten myös ns. *secrecy interest*. Tällä Ben-Shahar ja Bernstein tarkoittavat sitä, että positiivisen sopimusedun määrän laskeminen ja näyttäminen toteen edellyttää useimmiten, että sopimusvelkoja esittää hyvin yksityiskohtaisia tietoja kustannusrakenteestaan, asiakkaitaan ja tulevaisuuden suunnitelmistaan. Sopimusvelkoja ei useinkaan ole halukas paljastamaan näitä tietoja, koska vastapuoli saattaisi käyttää niitä hyväkseen osapuolten neuvotellessa seuraavan kerran. Vaikka vastapuolen kanssa ei enää tehtäisikään yhteistyötä, tietojen vuotaminen julkisuuteen saattaisi muuten vahingoittaa sopimusvelkojaa.¹⁰⁵²

Ben-Shahar ja Bernstein pohtivat artikkelissaan lukuisia eri keinoja, joilla *secrecy interest* voitaisiin ottaa huomioon vahingonkorvausoikeudenkäynneissä. Näitä keinoja ovat muiden muassa objektiivisten vahingonkorvauksen mittapuiden¹⁰⁵³, normaalikorvauksen ja negatiivisen sopimusedun käyttäminen vahingonkorvauksen määrää laskettaessa¹⁰⁵⁴, mutta myös prosessuaaliset muutokset esimerkiksi käsittelyaikatauluihin ja *discovery*-prosessin¹⁰⁵⁵ kattavuuteen ulottuvat toimenpiteet, oikeudenkäynnin julkisuutta rajoittavat tuomioistuinmääräykset, sekä erityisten vahingon arvioijien (*special master*) käyttäminen¹⁰⁵⁶.

Tilanne on yhdysvaltalaisissa prosesseissa kuitenkin toinen kuin esimerkiksi Suomessa ja siksi Ben-Shaharin ja Bernstein ajatuksiin tulee suomalaisissa oloissa suhtautua osin varauksella. Yhdysvaltalainen ns. *discovery*-menettely on hyvin kattava ja pakottaa oikeudenkäynnin osapuolet antamaan toisilleen tietoja hyvin kattavasti. Suomalaisessa järjestelmässä editiovaatimukset tuottavat laajimmillaankin huomattavasti rajoitetumman oikeuden saada tietoja vastapuolen hallussa olevasta informaatiosta.¹⁰⁵⁷ Suuri osa isoista sopimusriidoista ratkaistaan välimiesoikeuksissa, joiden tuomiot eivät ole pääsääntöises-

¹⁰⁵¹ Termi, joka vastaa suomalaista positiivista sopimusetua, on alun perin peräisin Lon Fullerin ja William Perduen vuonna 1936 julkaistusta kaksiosaisesta artikkelista Fuller – Perdue 1936; Fuller – Perdue 1937.

¹⁰⁵² Ks. Ben-Shahar – Bernstein 2000 s. 1886–1889.

¹⁰⁵³ Ben-Shahar ja Bernstein tarkoittavat objektiivisilla mittapuilla tässä tapauksessa lähinnä ns. *contract-market differential* -menetelmää, jossa vahingon määrä lasketaan vertaamalla sopimus hintaa markkinahintaan.

¹⁰⁵⁴ Ks. Ben-Shahar – Bernstein 2000 s. 1894–1901.

¹⁰⁵⁵ Liittovaltion tuomioistuimissa *discovery*-menettelyä koskee *Federal Rules of Civil Procedure* Rule 26. Tietojensaantioikeus on laaja: Rule 26(b)1:n mukaan ”parties may obtain discovery regarding any nonprivileged matter that is relevant to any party’s claim or defense – including the existence, description, nature, custody, condition, and location of any documents or other tangible things and the identity and location of persons who know of any discoverable matter.” *Discovery*-menettelystä ks. esim. Grenig – Kinsler 2008.

¹⁰⁵⁶ Ks. Ben-Shahar – Bernstein 2000 s. 1920–1922. Vahingon arvioijat saisivat käyttöönsä kaiken osapuolten toimittaman materiaalin, mutta sitä ei paljastettaisi vastapuolelle. Järjestely on mahdollinen vain, jos osapuolet sopivat siitä.

¹⁰⁵⁷ Editiovaatimuksista ks. esim. Lappalainen 2001 s. 189–199.

ti julkisia. Osapuolijulkisuus jää kuitenkin ongelmaksi. Voidakseen esittää näyttöä kärsimänsä vahingon määrästä, vahingonkärsijän on usein paljastettava vastapuolelle hyvin sensitiivistä informaatiota. Kantajan prosessitaktiseen yhtälöön tulee uusi muuttuja: se, miten paljon kantaja haluaa liiketoiminnastaan paljastaa saadakseen vahingonkorvauksen.¹⁰⁵⁸

Ansaintalogiikan käsitettä korostava siirto ei olisi ristiriidassa sen enempää oikeuskäytännössä omaksuttujen ratkaisujen kuin oikeuskirjallisuudessa esitettyjen kantojenkaan kanssa. Kysymys on normiston taustalla vaikuttavaan metakerptomukseen kohdistuvasta siirrosta, jolla olisi nähdäkseni myönteisiä vaikutuksia. Ennakoitavuusarviointi saa ansaintalogiikan myötä uuden viitekehyksen, jonka avulla voidaan artikuloida aiempaa paremmin, mitä ennakoitavuusarvioinnissa ”todellisuudessa” tapahtuu.

Ennakoitavuusarviointi on käyttökelpoinen väline silloin, kun liiketoimintaympäristössä on olemassa yksi normaali liiketoiminnan harjoittamisen muoto, jonka piirteet ovat kaikkien tiedossa. Patologisen tuottoisiakin liiketoiminnan muotoja voi tietenkin olla olemassa. Ne ovat pääsääntöisesti ei-korvattavia, koska niissä vahingon epätavallisen korkea määrä johtuu tekijöistä, joita ei voida ennakoita. Epätavalliset liiketoimintamallit voidaan rajata vastuun ulkopuolelle, koska osapuolet eivät yleensä ole olleet tietoisia niistä seikoista, joiden vuoksi sopimukseen kiinnittyy patologisen laajoja odotuksia.

Uuden talouden paradoksi on siinä, että korvauskelvottomiksi hahmottuvia vahinkoseurauksia ei voida todeta ei-korvattaviksi sillä perusteella, että ne eivät olisi ennakoitavia. Tietoisuuden puute ei enää pelasta. Osapuolten on useimmiten oletettava olleen tietoisia hyvinkin laajojen seurauksien mahdollisuudesta. Perinteisestä näkökulmasta patologisen laajat vastuupositiot eivät ole uuden talouden oloissa enää epätavallisia, vaan pikemminkin sääntö. Tilannetta pahentaa entisestään se, että *alan* käsite on hajoamassa. Saman yrityksen toiminta voi näyttäytyä yrityksen toimintojen ja sen arvoketjun osissa kovin erilaiselta. Sama yritys voi samaa tuotetta valmistaessaan toimia useilla eri ”aloilla” ja sen kumppaneilla saattaa olla vaihtelevia käsityksiä siitä, millä alalla se kulloinkin toimii.¹⁰⁵⁹

Ansaintalogiikan käsitteen avulla voidaan ottaa haltuun vahingonkärsijän liiketoiminnan kokonaisuus myös dynaamisessa suhteessa. Kun tarkoituksena on artikuloida hyväksyttävä ja mielekkääseen vastuunjakoon johtava ansaintalogiikka, ei ole erityinen ongelma, että liiketoimintakäytäntöjen kenttä on sekä muuttuva että hyvin diffuusi. Ansaintalogiikan käsitteessä on jo sisänrakennet-

¹⁰⁵⁸ Ks. suomalaisesta kirjallisuudesta prosessitaktisia ilmiöitä sivuavaa Jarkko Männistön kirjoitusta (Männistö 2004).

¹⁰⁵⁹ Ks. myös Eisenberg 1992 s. 598–602.

tuna ajatus lukuisista toimialoista ja toimialankin sisällä vaihtelevista ansaintalogiikoista. Taloudellisessa toiminnassa on keskenään kilpailevia logiikkoja. Taloudelliset toimijat pyrkivät jatkuvasti kehittämään uusia ansaintalogiikkoja, joiden avulla he voisivat hyödyntää kilpailijoitaan tehokkaammin ja tuloksellisemmin jotakin jo olemassa tai vasta syntymässä olevaa markkinaa. Koko ajattelutapa perustuu juuri mukautumiselle ja muutokselle. Jos ennakoitavuudesta siirrytään perusteltuihin ansaintalogiikkoihin, vahingonkorvausoikeudellinen normisto tulee joustavammaksi. Sen avulla voidaan antaa suojaa myös kehittyville uusille odotuksille, virittää oikeusjärjestelmä uusien taloudellisten toimintalogiikkojen ”taajuudelle”. Hemmon mallissa hieman arvoitukselliseksi jäävät punnintatekijät alan käytännöistä ja sopimuksen tarkoituksesta saavat luontevan paikan.¹⁰⁶⁰ Epäilemättä myös korvattavien vahinkoseurausten piiri voisi laajeta.

Ansaintalogiikalle perustavan harkintamallin omaksuminen selventäisi niin ikään ennakoitavuusdoktriinin asemaa suhteessa differenssioppiin, joka on yksi Hemmon väitöskirjan hiljaisista kohdista. Siirron myötä ennakoitavuusarviointi muuttuisi osaksi hypoteettisen tapahtumakulun rakentamista. Se integroituisi osaksi kirjanpidollisessa simuloinnissa tarvittavan mallin etsimistä, jossa hahmotellaan niitä säännönmukaisuuksia, joiden varassa hypoteettinen tapahtumakulku voidaan rakentaa.

Hemmon mallissa tosiasiallinen tietämys liiketoiminnan malleista asettuu vastakkain intressipunninnan kanssa. Samalla kadotetaan kuitenkin ote siitä, että sopimusvastuun harkinnassa on välttämättä kysymys järjestelyihin liittyvien riskien jakamisesta osapuolten kesken.¹⁰⁶¹ Ennakoitavuudella operoiminen johtaa periaatteessa binaarisiin lopputuloksiin. Väitetty tapahtumaketju oli joko kokonaisuudessaan ennakoitu tai ennakoimaton. Vastuun ulottuvuudetkin määräytyvät periaatteessa samanlaisella binaarisella kaavalla. Joko vahingonkärsijä saa korvauksen kärsimästään vahingosta tai hän ei saa mitään.¹⁰⁶² Huomio on reaali vahingoissa, jotka seuraavat jostakin tapahtumakulusta. Arviointitavassa pelivara syntyy siitä, että vahingotapahtumaan liittyy useita päällekkäisiä tapahtumakuluja. Osa tapahtumakuluista on ennakoitavia, osa ei. Osa tapahtumaketjuista voidaan säilyttää velkojalle, osa velalliselle.

Ennakoitavuusarvioinnissa onkin kiistelty laajalti siitä, kohdistuuko ennakoitavuusharkinta konkreettisiin tapahtumakuluihin vai vahinkojen rahamääriin.¹⁰⁶³

¹⁰⁶⁰ Jokseenkin vastaavaa, tosin jonkin verran perinteisempää menettelytapaa ovat Yhdysvalloissa esittäneet mm. Diamond ja Foss (Diamond – Foss 1994).

¹⁰⁶¹ Ks. vastuun- ja riskinjakoharkintaa korostavasta lähestymistavasta esim. Taxell 1972 s. 364–367; Lookofsky 1989 s. 217–254; Eisenberg 1992 s. 600–601.

¹⁰⁶² Harmaan sävyä tuo mukaan tuomioistuinten tapa tehdä oikeudenmukaisuutta myös arvioimalla vahingonkorvauksen määrää OK 17:6:n antaman löyhän valtuutuksen perusteella kohtuuden mukaan.

¹⁰⁶³ Ks. Hemmo 1994 s. 202–206; Ramberg 1995 s. 670.

Lopputulos on useimmiten ulkomaisessa kirjallisuudessa ollut, että ennakoitavuusarviointi rajoittuu vain tapahtumakulkuihin. Ennakoitavan tapahtumakulun seurauksena syntyvät ennakoimattoman suuret vahinkomäärät on tullut korvata.¹⁰⁶⁴ Suomessa Hemmo ei kuitenkaan kannattanut tällaista ratkaisua. Hänen mukaansa ennakoitavuusrajoituksen tausta-arvot puoltavat vastakkaista tulkin-
taa. Vain ennakoitava määrä vahingosta tulee korvata. Samaan lopputulokseen voitaisiin päätyä Hemmon mukaan myös sovittelemalla korvausvastuuta. Esi-
merkkinä ja tukena ajatustavalleen Hemmo viittaa ratkaisuun KKO 1950 II 419,
jossa vahingonkärtsijä oli jättänyt hotelliin säilytettäväksi paketin, jossa oli kal-
lisarvoisia turkiksia. Kun paketti oli sittemmin kadonnut, hotelli velvotettiin
korvaamaan puolet turkisten arvosta, ei koko sinällään ennakoitavan tapahtuma-
ketjun seurauksena syntynyttä vahinkoa.¹⁰⁶⁵

Ennakoitavuusharkinnassa vastuunjakoharkinta jää kuitenkin ilmaan. Miten
perustella, mistä velkoja oli vastuussa ja mistä velallinen? Ansaintalogiikan kä-
sitteelle perustuvassa arvioinnissa tätä ongelmaa ei ole, sillä ajattelutapa ei rajoi-
ta tarkastelukulmaa vain vahinkoseurauksiin tapahtumakulkuina. Hyväksyttä-
vän ansaintalogiikan idea ulottuu suoraan vahingon rahamäärään. Ansaintalo-
giikka sisältää nimittäin käsityksen mahdollisista tulevista voitoista ja niiden
suuruusluokasta. Vahingonaiheuttaja ei vastaisi kulloisessakin tilanteessa liian
mittavaksi hahmotettavaan vahinkoon johtavista tapahtumaketjuista.

Edellistäkin seikkaa tärkempää on, että käsitteellistämistä mahdollistaa ve-
lallisen vastuun laajuuden rajoittamisen myös silloin, kun velallinen on ollut
tietoinen velkojan sinällään ennakoitavasta, mutta tämän asemaan ja toimijai-
dentiteettiin nähden pulmallisen laajan vastuun tuottavasta liiketoimintamallista.
Vahingonaiheuttaja voi esimerkiksi hyvin ennakoida, että vahinkotapahtuma es-
tää vahingonkärtsijän toiminnan ja että tästä aiheutuu mittavia vahinkoja. Toisaal-

¹⁰⁶⁴ Vrt. kuitenkin. *Restatement (Second) of Contracts* § 351(3). Ks. myös Lookofsky 1989 s. 248:
”The answer to the consequential question is not always best answered in yes or no terms. Even the
various, individual factors which enter into the consequential equations themselves involve ques-
tions of degree. So conventional contract wisdom notwithstanding, we should not be surprised to
find that both Scandinavian and American judges sometimes act like the arbitrator in search of a
compromise: there is often good reason to ‘split the [consequential] baby’.”

¹⁰⁶⁵ Perustelu ajautuu vaikeuksiin kahdessa suunnassa. Hemmo toteaa itsekin, että ”ennakoitavuus-
arvioinnin kohteena on esitetyillä perusteilla pidettävä vahingon ilmenemistapaa. Tätä vaativampia
kriteereitä ei ennakoitavuudelle tule asettaa, jotta mahdollisuudet korvauksen saamiseen eivät
liiaksi kavennu.” (Hemmo 1994 s. 205) Jos määrältään ennakoimattoman suuret mutta ennakoita-
van tapahtumakulun seurauksena syntyneet vahingot rajataan säännönmukaisesti korvausvastuun
ulkopuolelle, ennakoitavuusrajoitus muuttaa muotoaan. Nyt vahingon määrän, ei tapahtumakulun,
täytyy olla ennakoitava. Sovitteluargumentti on sekin ongelmallinen. Yleensä ajatellaan, että eritoi-
ten liikesopimusten sovittelussa kohtuuttomuuden täytyy olla hyvin selkeää, jotta esimerkiksi va-
hingonkorvauksen määrää voitaisiin sovittaa. Vaikuttaakin siltä, että sovitteluinstituutiota voitai-
siin käyttää verraten harvoin. Vastaava ongelma liittyy myös vahingon määrään. Hemmo näyttää
pitkälti samaistavan vahingon ennakoitavan ja kohtuullisen määrän.

ta nuo vahingot ovat esimerkiksi osapuolten välisen sopimuksen valossa täysin epäsuhtaisia muihin sopimusvelvoitteisiin, esimerkiksi vahingonaiheuttajan saamaan vastikkeeseen verrattuna. Mielekkääseen riskinjakoon tähtäävät argumentit näyttävät rajautuvan ennakoitavuudelle rakentuvasta yhtälöstä.

Hemmo tunnistaa ongelman. Se jää kuitenkin ratkaisua vaille. Syy on, että Hemmon hahmottelemassa ennakoitavuusarvioinnissa syntyy jännite todellisuuden ja normatiivisuuden välille. Ennakoitavuusrajoituksen sisältö täsmentyy ja rakentuu todellisuuden perusteella. Kun arvioidaan, mikä on ennakoitavaa, pyritään ottamaan selvää siitä, mikä on todellisuudessa ennakoitavissa liiketoiminnan pinnassa. Toisaalta normatiivinen näkökulma heijastuu siinä, että ennakoitavuusarvioinnista tulee Hemmon mukaan enenevässä määrin vastuunjakoarviointia, jossa ”velalliselle asetettavat ennakoitavuusvaatimukset eivät siksi voi täsmällisesti vastata velallisen tosiasiallisia psykologisia mahdollisuuksia ottaa huomioon tulevaan tapahtumakulkuun vaikuttavia tekijöitä”.¹⁰⁶⁶ Lopullinen ratkaisuperusta löytyykin Hemmon mukaan jonkinlaisesta intressipunninnasta: tuomarin täytyy punnita vastakkain sekä velkojan että velallisen intressejä ja tehdä ratkaisu, kumman intressejä on käsillä olevassa tapauksessa tarkoituksenmukaisempaa suojata.¹⁰⁶⁷

Intressipunninnan sijasta korvauskelvottomat vahingot rajataan ansaintalogiikkaratkaisussa ei-korvattavaksi siksi, että päinvastainen ratkaisu antaisi vääränlaisen viestin siitä, minkälaisia odotuksia osapuolet voivat perustellusti asettaa sopimustoimintansa perustaksi. Ansaintalogiikkoja koskeva arviointi ei lataudu vain todellisuudesta, vaan myös todellisuus latautuu normatiivisen arvioinnin suunnasta. Oikeusjärjestyksen säännöillä viestitetään, että osapuolten olisi järkevää ymmärtää oma asemansa ja toimintansa siten, että vahingonaiheuttaja joutuisi yksin kantamaan tällaisessa tapauksessa ei-hyväksyttävänä ja mielekkäänä pidettävän ansaintalogiikan epäonnistumisesta koituvat seuraukset. Viesti kulkee myös yksittäisen riidan ulkopuolelle. Se on puheenvuoro siitä, mitä sosiaalinen todellisuus on.

Kohtuullisuusharkinnan ja intressipunninnan korostaminen häivyttää kuvasta tärkeän elementin: arvionti *suuntautuu aina sekä tulevaisuuteen että todellisu-*

¹⁰⁶⁶ Ks. Hemmo 1994 s. 207 ja 213. Ks. myös Lookofsky 1989 s. 217–254.

¹⁰⁶⁷ Gunther Teubner kirjoittaa osuvasti intressipunninnan – alun perin sosiologiselle analyysille perustuvasta argumentaatiotavasta – hahmosta: ”No sociologist whatsoever would dare to follow lawyers in their attempts to conceptualize, operationalize, and empirically identify those phenomena called ‘social interests’ that figure prominently in legal decisions (e.g., the legal concerns of creditors, debtors, neighbors, corporations, regions, states), not to speak of the juridical methods of ‘balancing’ them. There are just too many explicit and implicit normative assumptions based on a complex network of legal-doctrinal consideration that enter into legal interest analysis. Simply put, juridical interest analysis cannot be legitimated from the standpoint of sociological theories or methods.”

teen ja on normatiivista. Ennakoitavuusarvioinnissa samoin kuin hyväksyttävien ansaintalogiikkojen tunnistamisessa ei ainoastaan etsitä jotakin olemassa olevaa ansaintalogiikka, vaan luodaan liiketoiminnan reunaehdoja ontologisessa mielessä. Kun ansaintalogiikka on oikeudellisesti tunnistettu ja sen toteutumista suojataan oikeudellisesti, syntyy liiketoiminnan rakenteita ja niitä koskevia perusteluita odotuksia eli uusinnetaan ja muokataan liiketoiminnan sosiaalisia käytäntöjä.

Ansaintalogiikan käsite avaa liiketoiminnan rakenteen uudella tavalla, tekee siitä keskustelun ja tietoisuuden kehittämisen kohteen.¹⁰⁶⁸ Oikeus saa normatiivisen funktion suhteessa liiketoiminnan todellisuuteen. Kun ansaintalogiikkaan kytkeytyvät toimijan käsitys omasta itsestään, suhteesta muihin toimijoihin, ympäristöihin instituutioihin, ajattelutapoihin ja käsitteellisiin rakenteisiin, oikeudelliset ratkaisut, joilla ansaintalogiikkoja artikuloidaan, muokkaavat maailmaa. Tosi-asiallinen tietoisuuskään ei enää rajoita eikä järjesty ennakoitavuusharkintaa. Liiketoimintaympäristön sosiaaliset rakenteet yhdessä oikeudellisten argumenttien kanssa tuottavat kuvan kussakin tilanteessa asianmukaisista ja perustelluista odotuksista. Koko pakka aukeaa.¹⁰⁶⁹

Ansaintalogiikka saattaa vaikuttaa jossakin määrin itsetarkoitukselliselta ja turhan mutkikkaalta nimitykseltä, etenkin kun pyrin hahmottamaan sen avulla niinkin itsestään selviä ja jokapäiväisiä prosesseja kuten esimerkiksi ansio- tai palkkatyötä. Ansiotyö on ansiotyötä, ei ansaintalogiikka, voitaisiin väittää.¹⁰⁷⁰ Ihmiset tekevät työtä saadakseen palkkaa ja sillä hyvä. Ehkä näin onkin. On kuitenkin huomattava, että ansiotyössäkin työn oma logiikka, se käsitteellinen tila, johon työ sijoittuu ja joka tekee mahdolliseksi ajatella, että työstä voi saada palkkaa, tulee osaksi oikeudellista säännöstöä. Ansiotulojen menetys korvataan, koska on olemassa palkkatyön nimellä kulkeva sosiaalinen ja osin oikeudellinenkin instituutio ja koska tämä instituutio on sedimentoitunut osaksi oikeudellista käsitystä todellisuudesta. Palkkatyöinstituutio, sen kiinteys ja vakiintuneisuus, sitä ylläpitävät säännöt ja tosiasialliset käytännöt, asiantuntijajärjestelmien tuottama tieto, teoriat ja käsitteellistykset, mahdollistavat päämäärätietoisuuden toiminnan ja myös tulevaisuuden odotusten synty-
misen yksilöille. Kun ansaintalogiikka kiinteytyy, artikuloidaan, hyväksytään, siitä tulee osa sosiaalista todellisuutta. Vasta kiinteytymisen jälkeen yksilöt voivat toimia ansaintalogiikan mukaisesti, tavoitella ansaintalogiikan mallin-

¹⁰⁶⁸ Ks. Esser 1996 s. 600–601, jossa Esser selittää *Sociology of Institutionalization*- ja *Strategy and Structure* -teorioiksi nimeämiensä lähestymistapojen etuja silloin, kun uusiin sosiaalisiin käytäntöihin pyritään kehittämään oikeudellisia ratkaisuja.

¹⁰⁶⁹ Ks. esim. Pöyhönen 2000 s. 140–143.

¹⁰⁷⁰ Palkka (wage) ja voitto (profit) poikkesivat esimerkiksi Adam Smithin ajattelussa jo käsitteellisesti toisistaan. Sama vastakkainasettelu on, kuten tunnettua erityisen korostunut esimerkiksi Marxin ajattelussa. Vasta 1900-luvun lopussa palkkatyö on ”yrittäjäistynyt” ja samalla vastakkainasettelu palkkatyön ja kapitalistien työn välillä on liudentunut. Työhön on liitetty ennen yrittäjyyteen sidottuja ja siten porvariston keskuudessa tuttuja ajatuksia.

tamalla tavalla voittoa. Ansaintalogiikkaan kerrostuu teorioita, käsityksiä siitä, mitä kulloinkin sosiaalinen toiminta on, miksi se voi olla tuottoisaa ja miksi toimija voi saada siitä jotakin hyötyä. Yhtäältä ansaintalogiikat ovat jatkuvassa liikkeessä, mutta silti ainakin jollakin tarkkuustasolla ne ovat kiinteitä, artikuloitavissa ja suhteellisen muuttumattomia.

Ennakoitavuusarvioinnin sijasta tuomarin tehtäväksi jäisi vahingonkorvauksen laajuutta arvioitaessa kussakin tapauksessa hyväksyttävänä ja mielekkäänä pidettävän ansaintalogiikan artikulointi ja määrittäminen. Käytännön ongelmat ovat ilmeisiä. Mistä tuomari voi tietää, minkälainen ansaintalogiikka on hyväksyttävä? Miten voidaan tunnistaa sellainen hyväksyttävä ansaintalogiikka, joka voidaan ottaa osapuolten välisen vastuuharkinnan rakentamisen perustamiseksi? Kysymykset ovat samoja kuin ennakoitavuusrajoituksessa. Kun Hemmo on esittänyt listansa punnintatekijöistä, hän toteaa seuraavaa:

”Analyysin syventyminen ja harkintatekijöiden yksityiskohtaisuuden lisääntyminen merkitsevät vasta ratkaisutilanteen täsmentymistä. Kun käyttökelpoiset argumentit on selvitetty, on tuomarilla jäljellä varsinainen tehtävänsä: käyttää harkintavaltaa sen vahvistamiseksi, millainen painoarvo erilaisille seikoille on syytä antaa. Ennakoitavuusrajoituksen sisällön täsmentämisen jälkeen käsillä oleva harkinnan avoimuus muistuttaa osaltaan yhtä klassisista sääntelyn ja argumentaation ongelmista: materiaalsen ja formaalsen oikeuden jännitteestä sekä ehdottomasti oikeiden (tai parhaiden) ratkaisujen arvorelativismista johtuvasta mahdottomuudesta.”¹⁰⁷¹

Polttava kysymys on, miten tuomioistuimet voivat tehdä perusteltuja ratkaisuja, joissa yhdistyvät oikeudelliset näkökulmat liiketoiminnan sosiaalisia käytäntöjä koskevaan aineistoon? Vastaus on: pitkälti samaan tapaan kuin aikaisemminkin. Tuomari punnitsee asiassa esitettyä näyttöä tosiasiallisista käytännöistä, koostaa oikeudellisesta materiaalista, oikeuskäytännöistä ja kirjallisuudesta käsityksen tapaukseen liittyvistä normatiivisista vaatimuksista ja lopulta tekee ratkaisun. Uusi elementti on tulevaisuuteen kohdistuva normatiivinen valinta, joka itse asiassa tehnee ratkaisun perustelemisesta entistä helpompaa. Kun tuomari tekee ratkaisun esimerkiksi riskinjakoperusteella ja asettaa rajan johonkin tiettyyn ansaintalogiikkaan, hän voi perustella ratkaisua juuri niillä vaikutuksilla, joita ratkaisulla on toimijoiden perusteltuihin odotuksiin. Ratkaisusta käy ilmi, että tuomari ei pidä tarkoituksenmukaisena, että vastaavassa tilanteessa olevat toimijat ajattelisivat perustaa toimintansa esitetyn ja hylättävän todellisuus-, oikeus- ja velvollisuuskäsityksen varaan. Wilhelmssonin terminologiaa käyttäen syntyy yksittäistä tilannetta koskeva pieni kertomus, joka täydentää ja uusintaa omalta

¹⁰⁷¹ Hemmo 1994 s. 214.

osaltaan sitä prosessia, jossa liiketoiminnan sosiaaliset lainalaisuudet syntyvät.¹⁰⁷²

Normatiivisten näkökohtien esiintuominen ja niillä operoiminen asettaa omat haasteensa tuomareiden harkinnalle. Oikeudellinen materiaali on määrältään vähäistä. Oikeuskäytäntö on ainakin pohjoismaisissa olosuhteissa hyvin pistemäistä. Suoraan tai edes analogisesti sovellettavia oikeustapauksia ei todennäköisesti ole. Muistakaan, löyhemmin käsillä olevaa muistuttavista tapauksista tuskin on erinomaista johtoa.¹⁰⁷³ Oikeuskirjallisuudessa ei ehkä voida koskaan kehittää tarkkoja erotteluja. Täsmälliset tulkintasuositukset jäänevät vähälukuisiksi. Mitä muuta tuomarilla on käytettävissään, paitsi järkensä? Yksi vaihtoehto lähestyä tätä pulmaa – kuten myös edellä käsiteltyä järkevyyden ongelmaa esinevahinkojen korvaamisessa – voisi olla Juha Karhun *Uudessa varallisuus-oikeudessa* esitlemä *presumptiivinen kontekstualismi*.

Presumptiivisessa kontekstualismissa oikeudellinen ratkaisu poikkeaa perinteisistä tavoista hahmottaa ratkaisutilanteita. Kyse ei ole loogisesta syllogismista, jossa oikeuslausetta tarkennetaan tulkinnalla, kunnes voidaan sanoa, vastaako normi todellisuutta vai ei, eikä edes heuristisesta prosessista, jossa normia lähenetään todellisuuteen ja todellisuutta normiin.¹⁰⁷⁴ Presumptiivisen kontekstualismin ytimenä on sen sijaan se, että ratkaisun kohteena olevan ongelman konteksti on ensisijainen, kun oikeudellista ongelmaa tarkastellaan. Normit ovat taustalla: koko ratkaisu ohjautuu kontekstin, ei normien suunnasta. Toinen merkittävä seikka on, että presumptiivisessa kontekstualismissa ratkaisussa ei operoida normeilla. Oikeudellisen tulkinnan tarkoituksena ei ole tuottaa tarkkaa oikeuslausetta, jota voitaisiin soveltaa ratkaisussa. Tarkoituksena on pikemminkin ottaa ratkaisun kohteena oleva tilanne oikeudellisesti haltuun. Lähestymistapaa selventää ehkä teoreettisesti uudenlainen käsitys oikeusjärjestelmän normien sisällön merkityksestä. Presumptiivisessa kontekstualismissa normit eivät ole normeja *in senso stricto*, vaan pikemminkin oikeudenmukaisuusideoiden kantajia, kertomuksia siitä, miten ja mistä näkökulmasta, minkälaisia seikkoja painottaen tiettyjä tilanteita on katsottu hyväksi hahmottaa.

Presumptiivisessa kontekstualismissa tilanteen ensisijaisuudesta johtuu, että perinteinen normien ja todellisuuden välinen tasapaino käännetään pääläelleen. Oikeussääntö ei johda tilanteen tunnistamista, vaan tilanne johtaa oikeussäännön tunnistamista. Tilanne, sitä koskeva ymmärrys, mahdollistaa oikeudenmukai-

¹⁰⁷² Ks. Wilhelmsson 2001 s. 233–239.

¹⁰⁷³ Välimiesmenettelyasiakirjojen huono saatavuus vähentää entisestään mahdollisuuksia argumentoida oikeudellisten käytäntöjen tuottaman materiaalin pohjalta. Vaikka ratkaisut eivät sinällään ole salaisia, jos osapuolet eivät ole niin erityisesti määränneet (Turunen 2007 s. 47–54), niitä ei ole yleisesti saatavilla.

¹⁰⁷⁴ Ks. esim. Aarnio 1978 s. 129–196; Aarnio 1989 s. 153–180; Aarnio 2006 s. 110, joka tosin huomauttaa, että syllogismi-malli ei enää ole vallitseva.

suusideoiden tarkoituksenmukaisen järjestämisen. Kun on ensin karakterisoitu, minkälainen tilanne on kyseessä, voidaan oikeusjärjestelmän eri puolilta poimitut oikeudenmukaisuusideat painottaa oikein ja siten luoda kyseiseen tilanteeseen soveltuva ”normi”.

Oikeudellisen argumentaation keskipisteeksi muodostuu presumptiivisessa kontekstualismissa *tilannetaju*. Koska yhteiskunnallisista ilmiöistä ei juuri koskaan saada otetta pelkästään normeja tarkastelemalla, käyttöön on otettava tilannetaju. Tilanneherkkä tarkastelu ”tuottaa tyhjiä juridisia sanoja, joihin sisältyy vaatimus saada merkitystä, mutta ei mitään etukäteen kiinnilyötyjä valmiita merkityksiä.”¹⁰⁷⁵ Tilannetajun idea on samalla Karhun lähestymistavan kipupiste, jos asiaa tarkastellaan oikeuspositivistisesta näkökulmasta. Oikeudellisesti asianmukaista kun ei voida millään ilveellä formalisoida ja ilmaista kirjoitetun lain säännöissä. Tajuaminen ei ole ymmärtämistä, se on kokonaisvaltaisempaa. Jokaisen oikeuden käyttäjän – oli hän sitten tuomari, asianajaja tai liikejuristi, joille Karhun uusi varallisuus-oikeus on ensi sijassa kohdistettu – on pakko rekonstruoida ja tajuta asianmukainen itse, tehdä eettisiä valintoja siitä, miten kohtaamiaan tilanteita hahmottaa. Karhu toteaa seikan itsekin: presumptiivisessa kontekstualismissa ja uudessa varallisuus-oikeudessa hyvä on oikeaan nähden etusijalla.¹⁰⁷⁶ Tuomarin tulee olla kiinnostunut luomaan hyvän yhteiselmän sääntöjä ja rakenteita, ei niinkään ratkomaan konflikteja.

11 MALLINTAMINEN JA ANSAINTALOGIIKAT

Jos liiketoimintaa halutaan simuloida, tarvitaan *malli* yrityksen toiminnasta. Malli yrityksen liiketoiminnasta eli siitä tavasta, jolla yritys tuottaa arvoa ja vangitsee tuottamastaan arvosta osan itselleen, voidaan täsmentää tarkastelemalla yrityksen ansaintalogiikkaa. Kun hyväksyttävä ja osapuolten välisen vastuunjaon kannalta mielekäs ansaintalogiikka on rakennettu, sen perusteella voidaan puolestaan rakentaa laskennallinen malli yrityksestä ja sen toiminnasta. Malli on erillinen, matemaattinen ja mikä tärkeintä käytännön laskennan mahdollistava kuvaus yrityksen tulevaisuudesta.

Käytän tietoisesti taloustieteellisiin ja matemaattisiin menetelmiin viittaavia termejä. Puhun malleista ja simuloimisesta, koska hypoteettisten tapahtumakulkujen rakentamisen – kuten prosessia on totuttu oikeudellisessa kielenkäytössä hahmottamaan – merkitys muuttuu kielenkäytön muutoksen myötä. Menettelyn vahvuudet ja heikkoudet käyvät ilmi. Kun hypoteettisen tapahtumakulun raken-

¹⁰⁷⁵ Pöyhönen 2000 s. 196.

¹⁰⁷⁶ Ks. Pöyhönen 2000 s. 201.

tamisessa on kysymys Rodhen kokemussäännöille perustuvan todennäköisyys-arvioinnin tarkennuksesta, mallintamisesta puhuminen luo yhteyden liiketoiminnan ammattilaisten kielenkäyttöön. Se ohjaa vahingonkorvauksen arvioinnin uusille – ja oikeille – urille. Liikevahinkoa korvattaessa kun kysymys ei ole jonkin differenssiopin hypoteettisen tapahtumaketjun rakentamisesta, vaan kylmästi liiketoiminnan simuloimisesta sille ominaisine menetelmineen ja rajoituksineen.¹⁰⁷⁷

Kielenkäytön muutoksen tarkoituksena on lyhentää oikeuden ja liiketaloudellisen todellisuuden välistä etäisyyttä. Sen myötä syntyy yhteys yritysten normaalisti toimintansa hallitsemiseksi käyttämään sisäiseen laskentaan ja erityisesti investointipäätöksenteossa käytettäviin laskentamenetelmiin. Siitä huolimatta, että vahingonkorvauslaskenta aktualisoituu vain liiketoiminnan poikkeustiloissa, yritykset tuottavat rutiininomaisesti pitkälti vahingonkorvauslaskelmiin vertautuvia ennusteita oman strategisen ja operatiivisen päätöksentekonsa tueksi. Näisäkin laskelmissa tulevaisuutta pyritään hahmottamaan ja ennustamaan.

Mikä simuloimisessa tarvittava malli sitten on ja miten se rakennetaan? Kun joudutaan ratkaisemaan aidosti vaikea tapaus, ansaintalogiikka on useimmiten tiivistettävä jonkinlaisen matemaattisesti manipuloitavan yhtälön tai yhtälöjoukon muotoon. Tavoitteena on laatia liiketaloustieteellisen tiedon varassa koottu matemaattinen malli yrityksen ja sen asiakkaiden, kilpailijoiden ja yhteistyökumppaneiden yhteis- ja vuorovaikutuksesta markkinoilla. Malli yhdistää yrityksen oman toiminnan ulkomaailmaan. Kun yrityksen sisäinen toiminta ja ulkoinen maailma tunnetaan, todellisuuden korvike voidaan tuottaa ”laboratorio-oloissa” ilman, että sitä tarvitsee koskaan tuottaa oikeasti. Jokaisessa ratkaisutilanteessa malli joudutaan kokoamaan tilanteen itsensä ehdoilla.

Normaalitapauksissa simulointimallin ei useinkaan tarvitse olla matemaattisesti sofistikoitunut. Sillä ei tarvitse pyrkiä eksplikoimaan tarkasti yrityksen ansaintalogiikkaa tai markkinatilannetta. Jos vahingonkärsijä on vakiintuneilla markkinoilla toimiva yritys, jonka markkinaosuuskin on vakiintunut ja joka ei kohtaa arviointiajankohtana erityisiä uusia markkinapaineita, liiketoiminnan kehitystä ja tulosta voidaan varsin luotettavasti mallintaa ilman tarkkaa ja yksityiskohtaista mallia yrityksen ja sen ympäristön vuorovaikutuksesta. Yksittäisen sopimuksen horisontissa, kun vahinkotapahtuma ei vaikuta merkittävästi yrityksen muihin tulevaisuuden näkymiin, sopimuksessa sovitun hinnan ja kateosto- tai katemyyntihinnan välinen erotus antaa riittävän luotettavan

¹⁰⁷⁷ Ks. esim. Abrams – Welsch – Jonas 1996 s. 834: ”Today, there is no excuse for a court to accept less than the best expert testimony using sophisticated econometric tools to estimate damages – expert testimony that combines the skills of a forensic economist and a legal accountant. The key judicial finding – the market viability of the stillborn enterprise – must be based on the financial and accounting aspects of the damage estimation. The economist and accountant work together to provide the court with the product of the best available methodology.”

kuvan menetetyn voiton määrästä. Toiseksi tieto yrityksen menneisyydestä, esimerkiksi sen liiketoiminnan keskimääräisestä kannattavuusasteesta tai aikaisemmasta tuloksesta jonakin ajanjaksona voi niin ikään olla riittävän vahva indisio, että tilanne olisi pysynyt muuttumattomana myös tulevaisuudesta.¹⁰⁷⁸ Näissä tapauksissa mallintaminen voidaan ohittaa ja siirtyä suoraan haarukoi-
maan mallintamisen lopputuloksia.

Periaatteessa jakelu- tai tuotantoyrityksen kassavirtamalli voidaan pukea muotoon:

$$c = \sum_{t=1}^n i_t - \sum_{t=1}^n e_t,$$

missä f on lopullinen positiivinen kokonaiskassavirta, $i(t)$ tulot kunakin tilikautena ja $e(t)$ menot kunakin tilikautena.

Tällainen malli on karkeudessaan tietenkin täysin mitäänsanomaton eikä se kerro vielä mitään. Ansaintalogiikan avulla malliin voidaan lisätä tarkkuutta. Ansaintalogiikassa on nimittäin kysymys juuri $i(t)$:n ja $e(t)$:n määräytymisen tavan käsitteellistämisestä. Koska ansaintalogiikka kuvaa minkälaista tuotetta tai palvelua, kenelle, missä laajuudessa, mihin hintaan ja millaisella kulurakenteella yritys pyrkii tarjoamaan ja missä kohtaa arvoketjua se sijaitsee, käsitystä sekä $i(t)$ että $e(t)$:n todennäköisestä suuruudesta voidaan tarkentaa. Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että sekä kassavirran tulo- että menopuoleen vaikuttavia tekijöitä pystytään mallintamaan tarkemmin ja luotettavammin kuin ennen. Yhtälö muuttuu tulo- ja menovirtafunktioiden aikasarjojen erotukseksi.

$$c = \sum_{t=1}^n i(a_t, b_t, c_t) - \sum_{t=1}^n e(d_t, e_t, f_t),$$

missä a_t , b_t , c_t ja e_t , d_t , f_t ovat ulkoisia olosuhteita koskevia oletuksia, joiden perusteella muodostuu käsitys i :n ja e :n suuruudesta ja derivatiivisesti f :n.

Mallia rakennettaessa on pyrittävä tunnistamaan tekijät, joiden varassa yrityksen kassavirran tulo- ja menopuoli määräytyvät. Lähtökohtaisesti tämä edellyttää sekä myytävän tuotteen että tuotevalikoiman kappalemääriäisten myyntivolyymien mallintamista kulloinkin vallitsevassa ja ennakoitavassa kysyntätilanteessa kulloinkin niistä laskutettavalla hinnalla. Jos markkinat ovat hyvin dynaamiset, mallinnuksessa joudutaan ottamaan huomioon hinnan vaihteluista johtuvat muu-

¹⁰⁷⁸ Ks. esim. Lord 1990 §64.11.

tokset ja yrityksen markkinaosuuden kehitys. Helpoimmillaan ennustaminen on yksinkertaista, pahimmillaan lähestulkoon mahdotonta.¹⁰⁷⁹

On selvää, että mallintaminen on aina riippuvaista kunkin tapauksen olosuhteista, siitä yrityksestä ja toiminnasta, joka on kulloinkin mallintamisen kohteena. Mitään yleispätevää tapaa ja menetelmää ansaintalogiikan muotoilemiseen tai sitä koskevien ehkä epämääraisten käsitysten muuttamisesta tarkkarajaiseksi käsitykseksi yrityksen toiminnasta ja arvonmuodostuksesta ei ole olemassa. Mallinnuksen on perustuttava *liiketoiminnan asiantuntijoiden* tietämyksen ja kokemuksen varaan. Se on eräässä mielessä kiistatta faktakysymys: kiinteitä oikeudellisia suuntaviivoja mallintamiselle ei voida asettaa.

Mallintamista koskevien kysymyksenasettelujen ja todistusoikeuden välinen kytkentä on voimakas, mutta sen yksipuolinen painottaminen veisi oudoille poluille. Mallintamisen kytkeytyminen ansaintalogiikkoihin luo yhteyden myös materiaalliseen vahingonkorvausoikeuteen. Kun todistelu on oikeudellisesti hyväksyttävän ja soveliaan ansaintalogiikan eksplikoimista, prosessi- ja materiaalisioikeudellisen aineksen raja hämärtyy. Soveliasta mallia kehiteltäessä joudutaan myös tekemään normatiivisesti perusteltuja ratkaisuja, kun rajataan, mitkä ansaintalogiikat ovat sellaisia, että ne voidaan ottaa osapuolten välisen suhteen hahmottamisen perustaksi. Vahingonkorvausoikeuden materiaaliset säännöt saavat tällöin todistelua ohjaavaa vaikutusta.

Toiseksi puhtaasti todistusoikeudellisen käsitteistön käyttäminen on erityisesti hypoteettisen tapahtumakulun luomisen ja sen todentamisen osalta monessa suhteessa ongelmallista prosessioikeuden näkökulmasta. Todistelua koskevat säännöt voivat nimittäin vastata ennen kaikkea kysymyksiin, käyttäytyikö joku väitetyllä tavalla tai seurasiko jonkun osoitetusta käyttäytymisestä jokin väitetty seuraus. Tämä puolestaan lienee seurausta siitä, että rikosoikeudelliselle vastuuasetelmalle ominaiset, teonkuvausta ja sanktion langettamisen edellytyksiä koskevat kysymykset ovat olleet ensiarvoisen tärkeitä. Todistelu on tavanomaisesti kohdistunut tekojen olemassaolon osoittamiseen ja tekojen seurausten poissulkevaan arviointiin, jossa seuraus on läsnä ja jossa koetellaan vain syy-seurausyhteyttä teon ja sen väitetyn seurauksen välillä.¹⁰⁸⁰ Kyse on ollut ns. *negatiivisista kontrafaktuaaleista*.¹⁰⁸¹ Todistelulla tuomioistuimien pyritään vakuuttamaan siitä, että osapuolen käsitys todellisuudesta on juuri se, jota tuomioistuimen on pidettävä jutussa totena. Lappalainen kuvaakin todistusharkinnan luonnetta seuraavasti:

¹⁰⁷⁹ Ks. esim. Armstrong 2002a s. 5, jossa Armstrong esittää kaavion myyntiin vaikuttavista tekijöistä.

¹⁰⁸⁰ Ks. esim. Pöyhönen 1997 s. 374–375.

¹⁰⁸¹ Ks. edellä s. 105 esitettyä.

”Todistusharkinnaksi nimettyä tuomarin tehtävää voidaan kuvata ajatustoiminnaaksi, jossa tuomari yhden tai useamman todisteen asemassa olevan faktan l. todistustosisaikan (faktum probans) olemassaolosta päätelee, millä todennäköisyydellä todistettava fakta, todistusteema (faktum probandum), on olemassa (= millä todennäköisyydellä teemana oleva faktaväite on tosi).” Tässä arvioinnissa tuomari käyttää hyväkseen, ”soveltaa”, todistussuhdetta koskevia yleisiä kokemussääntöjä ottaen samalla huomioon kokemussäännön soveltuvuuteen ja sen sisältöön vaikuttavat konkreettiset olosuhteet l. ns. aputosiseikat.”¹⁰⁸²

Jos pyritään fyysiseen ennallistamiseen, tilanne on pulmaton. Todistelu on normaalia. Vahingonkäräjien täytyy pystyä pääasiassa näyttämään, että on joko korjannut tai hankkinut korvaavan esineen jostakin tietystä hinnasta tai että hän voisi sellaisen jostakin hinnasta hankkia. Kuitit – joko todelliset tai vielä kuvitelut – tuovat todellisuuden numeroina, fyysisinä inskriptiona, oikeussaliin. Liikevahingon määrän todistelu poikkeaa todistelua koskevasta todistus-oikeudellisesta ideaalikuvausta monessa olennaisessa suhteessa. Todistustosisaikasto on liiketaloudellisen mallintamisen asiantuntijoiden luoma malli siitä, miten maailma todellisuudessa ”käyttäytyy”. Todistusteema on koskaan todentumaton maailma, jonka olemassaolosta ja todellisesta laidasta ei voida *per definitionem* esittää minkäänlaista varmaa faktaa, joka kuitenkin on todistelun kohteena.¹⁰⁸³ Todistelua joudutaan esittämään yhtä aikaa sekä todellisuudesta että todellisuuden kehitystä hallitsevista kokemusperäisistä todennäköisyyssäännöistä, jos haluamme käyttää Rodhen hypoteettisen tapahtumakulun rakentamisen yhteydessä käyttämää terminologiaa.

Todellisuudesta esitettävällä todistelulla tarkoitan mallinnuksen lähtökohtaoletuksia, esimerkiksi tietoja vahingotapahtuman aikana vallinneesta kilpailutilanteesta, vahingonkäräjien resursseista ja suunnitelmista tai markkinoiden kehityssuunnasta. Kiusallista on, että itse lähtökohtaoletuksetkin voivat itsessään olla ”ei-todellisia” eli koskaan tapahtumattoman kuvauksia, jotka jokin todellisuus, tiettyjen kokemusperäisten sääntöjen varaan rakennettu mallinnus on tuottanut. Näin on väistämättä, jos vahingotapahtumalla väitetään olevan pitkäkestoisia seurauksia. Asetelman *virtuaalisuus* on käsin kosketeltava.

¹⁰⁸² Lappalainen 2001 s. 299. Ks. myös vanhemmasta kirjallisuudesta Tirkkonen 1977 s. 105–109.

¹⁰⁸³ Norjalainen Magne Strandberg on väitöskirjassaan käsitellyt vahingonkäräjien hypoteettisen ansiotulon määrän osoittamisessa ajankohtaisia todistelukysymyksiä. Strandberg ajattelee, että menetetyn ansiotulon määrää todisteltaessa voidaan erottaa monia eri todistusteemoja. Strandbergin mukaan jo puhtaasti eri aikana kärsityt vahingotapahtumat tuovat esille eri todistusteemoja. Ennen oikeudenkäyntiä syntyneestä vahingosta päästään esittämään erityyppistä näyttöä kuin oikeudenkäynnin jälkeen, tulevaisuudessa syntyvästä vahingosta. Tulevan vahingon määrän näyttämisessä tulee esille erilaisia todistusteemoja. Strandberg jakaa teemat *joko-tai*- ja määrä-teemoihin. Ks. Strandberg 2005 s. 72–79.

Esimerkiksi vaikeissa henkilövahingoissa tavattavista syy-yhteyskysymyksistä aselman erottaa se, että mitään tiedollisesti vakaata lopputilaa ei ole olemassa.¹⁰⁸⁴ Vahinkotapahtumasta tiedetään vain, että jokin tapahtumaketju jäi kesken. Liikevahinkojen korvaamisessa onkin kyse kuvitellun todistamisesta todeksi, olemassa olevaksi faktaksi. Ongelma on epistemologinen. Todistusoikeudellinen paradigma on rakennettu liikevahinkojen korvaamisen yhteydessä tarpeellisen ajattelutavan kanssa yhteen sovittamattomalle perustalle. Nähdäkseni todistusoi-
keudesta ei löydy tähän kysymykseen vastausta. Jäljelle jää kaksi ongelmaa, joiden kanssa tuomioistuimen on vain elettävä:

- 1) Miten varmistaa, että malli on oikea?
- 2) Miten käsitellä simuloinnissa simulointiprosessin lopputulokseen kerros-
tuvaa epävarmuutta?

Ensimmäisessä kysymyksessä polttopisteeseen nousee mallin luotettavuus. Onko malli oikea? Tuottaako se oikean lopputuloksen? Vastausta näihin kysy-
myksiin ei koskaan saada selville. Siitä pitää huolen liikevahinkojen korvaami-
sen perusasetelma. Tapahtumakulku on katkennut, eikä ”oikea” maailma kos-
kaan synny. Ongelma ei kuitenkaan katoa tällä toteamuksella minnekään.

Vahingonkorvausoikeudenkäynneille ominainen prosessuaalinen asetelma voi
ehkä ratkaista osan ongelmasta. Kummankin osapuolen on nimittäin esitettävä
todistelua vaatimusten tueksi. Käytännössä vahingonkorvausta vaativa joutuu
esittämään ensimmäisen mallin ja perustelemaan, miksi vahingonkorvauslaskel-
ma tulisi perustaa sille. Kun malli on esitetty, vastaajan tehtäväksi jää osoittaa,
miksi malli ei ole sovelias, ja sitten esittää oma mallinsa. Ideaalitulanteessa malli
muokkautuisi osapuolten välisessä adversiaalisessa vuoropuhelussa, kunnes
koskaan todentumattomasta ja menetetyistä tulevaisuudesta saavutetaan yhteis-
ymmärrys. Näin oletettavasti käy vain harvoin.¹⁰⁸⁵ Jos osapuolet eivät pääse yh-
teisymmärrykseen vahingon määrästä, tuomioistuin joutuu ratkaisemaan, min-
kälaiselle mallille se oman lopullisen vahingon määrää koskevan laskelmansa
perustaa.

Yhdysvaltalaisessa keskustelussa tätä ongelmaa lähestytään arvioimalla mal-
lia rakentavien asiantuntijoiden tieteellistä pätevyyttä. Jos mallin on laatinut pä-
tevä asiantuntija päteviä tieteellisiä menetelmiä hyödyntäen, mallin voidaan olet-
taa olevan luotettava.¹⁰⁸⁶ Tuomioistuimille jää portinvartijan rooli. Niiden tehtä-
vänä on pitää huoli, että asiantuntijat ja heidän käyttämänsä tieteelliset menetel-

¹⁰⁸⁴ Kun lopputilaa ei ole, ei päästä ”etenemään” taaksepäin, testaamaan kokemuseräisten tosi-
asiamaailmaa koskevien todennäköisyyssääntöjen ulottuvuutta ja kykyä selittää olemassa olevan
vahinkotapahtuman syntymistä. Tavanomaisesta todistelusta vaikeissa lääketieteellisissä asioissa
ks. Saranpää 2006.

¹⁰⁸⁵ Ja jos käykin, lieene turha odottaa, että kyse olisi totuudesta. Osapuolet ovat vain neuvotteleet
prosessitaktisten insentiivirakenteiden puitteissa kummankin tarpeisiin sopivan kompromissin.

¹⁰⁸⁶ Ks. Gaughan 2004s. 10–25.

mät täyttävät asetetut laatuvaatimukset. Yhdysvaltain korkeimman oikeuden ns. *Daubert*-trilogian¹⁰⁸⁷ jälkeen myös taloustieteellistä asiantuntijatodistelua arvioidaan samojen kriteerien mukaan kuin muutakin tieteellistä asiantuntijatodistelua. Ongelmalliseksi jää tilanne, jossa kummankin osapuolen asiantuntija on luotettava, mutta tästä huolimatta heidän arvionsa poikkeavat toisistaan. Yhdysvaltalaisessa järjestelmässä jury – ja jos tuomiosta valitetaan – vetoomustuomioistuimien ratkaisevat tämän kysymyksen.

Yhdysvaltalaisesta keskustelusta leimaa huoli asiantuntijoiden rehellisyydestä ja mahdollisesta puolueellisuudesta. Kummankin osapuolen käyttämät asiantuntijat voivat ”vetää kotiinpäin”. Jury-oikeudenkäynti pahentaa tilannetta. Esimerkiksi Lloydin mukaan mallinnukseen liittyvä todistelu on usein niin teknistä ja monimutkaisista, että juryn jäsenet eivät sitä ymmärrä. Tämä on seikka, jota osapuolten asianajajat – ja myös asiantuntijat – käyttävät hyväkseen.¹⁰⁸⁸

Kotimaisessa järjestelmässämme nyt tarkoitetut riita-asiat käsittelee lähes poikkeuksetta kolmen ammattituomarin muodostama tuomioistuin. Jury tai lautamiehet eivät ole hämmentämässä tilannetta. *Daubert*-trilogiaan ja siinä muotoiltuun testiin verrattavaa välinettä hallita asiantuntijatodistelua ei myöskään ole olemassa. Todistusharkinta on vapaata. Tuomioistuimen on esitetyn kokonaisnäytön valossa päätettävä, mitä on asiassa pidettävä totena¹⁰⁸⁹. Miten, siihen palaan vielä seuraavan jakson lopussa.

Tuomioistuimella on oikeudenkäymiskaaren 13 luvun 44 §:n mukaan oikeus hankkia yhden tai useamman asiantuntijan lausunto osapuolia kuultuaan, jos harkittavan kysymyksen arvostelemiseen tarvitaan erityisiä ammattitietoja. Asiantuntijan tulee olla rehelliseksi tiedetty tai tunnettu alan asiantuntija. Tuomioistuimet käyttävät 13 luvun 44 §:ssä säädettyä mahdollisuutta tietävästi harvoin. Erityisesti monimutkaisissa vahingonkorvausasioissa asiantuntijan käyttäminen voisi olla perusteltua. Tuomioistuin voisi antaa vahingonkorvauksen määrän laskemisen ja osapuolten esittämien laskelmien luotettavuuden arvioimisen nimeämänsä asiantuntijan tehtäväksi.¹⁰⁹⁰

¹⁰⁸⁷ *Daubert*-trilogialla tarkoitetaan Yhdysvaltain liittovaltion korkeimman oikeuden ratkaisuja asioissa *Daubert v. Merrell Dow Pharms., Inc.* (509 U.S. 579 (1993)), *General Electric Co. v. Joiner* (522 U.S. 136 (1997)) ja *Kumho Tire Co. v. Carmichael* (526 U.S. 137 (1999)). Trilogiassa on kysymys *Rule 702:n* (Federal Rules of Evidence, 28 U.S.C.A.) tulkinnasta. Trilogian merkityksestä vahingonkorvausasioissa ks. esim. Lopatka – Page 2005; Schwartz – Silverman 2006; Lloyd 2007.

¹⁰⁸⁸ Ks. Lloyd 2007 s. 380–385.

¹⁰⁸⁹ Todistusharkinnasta ks. Lappalainen 2001 s. 294–306.

¹⁰⁹⁰ Tuomioistuimen määräämästä asiantuntijasta ks. Lappalainen 2001 s. 284–293.

12 EPÄVARMUUDEN KERROSTUMINEN

Vaikka malli olisi luotettava ja tuottaisi oikein käytettynä oikean lopputuloksen ja simulointi olisi teknisesti miten sofistikoitunutta tahansa, avoimeksi jää silti aina se, miten tehokkaasti ja menestyksekkäästi yritys olisi pystynyt toteuttamaan liiketoimintasuunnitelmansa ja siten toimimaan ansaintalogiikkansa mukaisesti. Tämä johtuu arviointitavan rakenteesta. Ansaintalogiikka-arvioinnin käyttäminen edellyttää, että ansaintalogiikkaa ja sen matemaattista kuvausta käytetään todellisuuden simuloinnin ”koneistona”, mallina todellisuudesta. Simulointi edellyttää kuitenkin syötteitä, lukuja, joiden varassa simulointi toimii. Todellisuudesta täytyy tehdä erilaisia *olettamuksia*. Vasta kun tieto ja käsitykset yrityksen ansaintalogiikasta yhdistetään toimintaympäristöstä kerättävään olettamustietoon, pystytään yrityksen tulevaisuutta simuloimaan ainakin joksikin luotettavasti ja täsmällisesti.

Simulointiin itseensä liittyvät kuitenkin samat ongelmat kuin yrityksen toiminnan ennustamiseen ja kuvaamiseen laskentatoimen keinoin yleensä. Ensinnäkin vahingon aiheuttamien muutosten syy-seuraussuhteita yrityksen sisällä voi olla vaikea tunnistaa. Jotakin yksittäistä toimintoa koskevasta vahinkotapahdumasta voi seurata ongelmia toisaalla yrityksessä. Usein näille ongelmille voi olla vaihtoehtoisia ja rinnakkaisia syitä. Tällöin ei pystytä kiistatta osoittamaan, että juuri vahinkotapahtuma olisi tosiasiaa häirinnyt yrityksen toimintaa. Vaikka syy-seuraussuhde voitaisiinkin osoittaa, sen laskennallinen hallinta lisää problematiikkaan ylimääräisen ongelmakerroksen. Rinnakkaisten ja päällekkäisten syiden kvantitatiivinen vaikutus kokonaismuutoksiin olisi selvitettävä ja mallinnettava. Pulma muistuttaa pitkälti kysymyksenasetteluja, joihin joudutaan vastaamaan, kun pyritään implementoimaan *toimintolaskentaa*. Toimintolaskennassa yrityksen eri toimintojen aiheuttamat kustannukset pyritään kohdistamaan oikeansuuruisina ja tarkoituksenmukaisesti ne aiheuttaneille kustannuspaikoille.¹⁰⁹¹ Ironista on, että ”luonnollisia” kustannuksia ei useinkaan voida laskea. Ainoaksi vaihtoehdoksi jää, että toimintolaskenta järjestetään siten, että se tukee yrityksen tavoitteellista johtamista.¹⁰⁹²

Toinen liitännäinen ongelmakimppu on kuitenkin edellistä tärkeämpi. Mallituksen ja simuloinnin tärkeimpänä tavoitteena on määrittää yrityksen kassavirta. Vaikka yrityksen kulurakenne ja sitä myötä negatiivinen kassavirta olisi suhteellisen selkeä ja vakaa, positiiviset kassavirrat voivat pitkällä aikavälillä vaihdella merkittävästikin. Kassavirran simuloinniseksi on välttämätöntä purkaa yri-

¹⁰⁹¹ Ks. tähän käytettävistä laskentamenetelmistä esim. Horngren et al. 1999 s. 342–378; Neilimo – Uusi-Rauva 2005 s. 143–163

¹⁰⁹² Ks. esim. Horngren et al. 1999 s. 344–345; Neilimo – Uusi-Rauva 2005 s. 163–166.

tyksen liiketoimintaprosessi osiin ja arvioida, kuinka paljon kutakin yrityksen tuotetta tai palvelua olisi myyty ja millä hinnalla. Markkinatilanne määrittää tämän. Jos yrityksen tuotteet eivät kelpaa asiakkaille, kassavirtaa ei ole.

Olennaista on huomata, että jokaisen esimerkiksi markkinatilannetta ja yritysten tuotteiden huokuttelevuutta koskevien muuttujien arvon selvittämiseksi tehtävän olettamuksen myötä *simulaatioon ja sen lopputulokseen kerrotaan jatkuvasti lisää epävarmuutta*. Laskelman lopputulosta ei kuitenkaan saisi vaivata epävarmuus. Simulaation on vahingonkorvausoikeudessa pystyttävä tuottamaan yksi ja ainoa lopputulos, vahingon luonnollinen määrä. Kerrostaava epävarmuus on erittäin vaikea ja hankalasti käsiteltävä ongelma, joka on jo vanhastaan tunnettu. Kuten Dernburg jo 1800-luvulla kirjoitti,

”Jede Schadenberechnung ist eine konjekturale. Es ist behufs derselben festzustellen, wie der Vermögensstand des Beschädigten gewesen wäre, wenn das schadenzufügende Ereignis nicht eingetreten wäre, und hiermit der wirklich eingetretene Zustand zu vergleichen und die Differenz zu bemessen. Da also der zur Vergleichung nötige Faktor ein bloß vorgestellter und hypothetischer ist, so ist eine absolut sichere Ermittlung der Schadendifferenz unmöglich und stets nur eine höhere oder geringere Wahrscheinlichkeit erreichbar.”

(H)aavekuvassa epävarmuus ei ollut vielä erityisen polttava ongelma. Siihen ei kiinnitetty huomiota, paitsi silloin, kun vahingon aiheutumisen epävarmuutta käytettiin adekvanssiin vertautuvana teemana, jolla perusteltiin vahingonkorvausvelvollisuuden rajoittamista todennäköisiin tai ennakoitaviin vahinkoihin. Epävarmuus oli sivuutettavissa ja selitettävissä pois. Jos asiakkaiden jyvistä tilauksesta jauhoa tuottavan myllyn kiertokanki jäi teille tietymättömille kuljetuksessa ja toimitettiin vasta monta päivää ennakoitua myöhemmin, vahinkoseurausten ennakoiminen ja niiden rahamääräinen laskeminen oli varsin yksinkertaista, koska tulevaisuus oli helposti ennustettavissa. Siihen ei liittynyt erityisen merkittävää epävarmuutta. Mylly seiso i eikä jauhatuksesta tavanomaisesti maksettua korvausta saatu, kun asiakkaat joutuivat toimittamaan jyvän s muualle jauhettavaksi.¹⁰⁹³ Vahinkotapahtuma ja sen vaikutukset rajautuivat kuitenkin luonnostaan.

¹⁰⁹³ Esimerkkiinkin liittyy epävarmuutta. Jos asiakkaat eivät vaihda toiminnan keskeytymisestä huolimatta jauhattajaa, jauhatuskysyntä voi patoutua. Kun myllyn toimintakyky palautuu, on mahdollista, että patoutunut kysyntä lisää myllyn palveluiden kysyntää ja siksi myllyn myynti on vahinkotapahtuman jälkeen tavanomaista suurempi. Tästä voi seurata, jos mylly ei jatkuvasti toimi kapasiteettinsa ylärajoilla, että kaikkia yksinkertaisten laskutoimitusten perusteella menetetyiltä vaikuttavista tuloista ei tosiasiallisesti menetettykään. Toiseksi asiakkaat voivat periaatteessa hävitä myös lopullisesti tai ainakin tuotantokatkosta pidemmäksi ajaksi. Tällöin liiketoiminnan häiriö ei poistu, kun mylly korjaamisen jälkeen avataan uudelleen. Liikevaihto voi jäädä tavanomaista pienemmäksi.

Yksinkertaisissa ja lukumääräisesti arvioiden tosiasiaissa useimmissa tapauksissa näin on epäilemättä edelleenkin. Kassavirran mallintaminen ja siten vahingonkorvauksen määrän laskeminen on suhteellisen helppoa ja varmaa.¹⁰⁹⁴ Kun liiketoiminnan odotukset ovat lyhyitä ja syy-seuraussuhteet rajautuvat ongelmitta, vahingonkorvauksen määrän laskennan lopputulokset ovat epäilyksittä luotettavia ja riittäviä approksimaatioita asioiden todellisesta laidasta.

Aina näin ei kuitenkaan ole. Uudessa taloudessa liiketoiminta ei käyttäydy hyvin. Nyt tarkoituksenani onkin pohtia, miten voidaan hallita tilanteita, joissa mallintaminen ja mallille perustuva simuloiminen on vaikeaa. Miten suhtaudutaan niihin liiketoimintaympäristöihin, joissa odotukset ovat ajallisesti pitkiä tai vaiheiltaan monipolvisia?

Kasvavan puuston tuhoutuminen eli ns. taimikkovahinko on hyvä esimerkki epävarmuuden merkityksestä. Vahinkotyyppi ei tosin ole kovin jälki- tai postmoderni saati sitten uudelle taloudelle ominainen. Taimikkovahingoissa vahingonkorvauksen määrän selvittämiseksi riittää näennäisesti hyvin yksioikoinen laskutoimitus. Jos taimikko tuhoutuu, taimikon ennallistamiskustannukset tulee korvata. Vahingonaiheuttajan tulee siis korvata taimikon uudelleenistutuksesta aiheutuvat kulut, käytännössä taimien hinta ja istuttamisesta aiheutuvat työskustannukset.¹⁰⁹⁵ Tällainen menettely tuottaa kuitenkin puutteellisen lopputuloksen. Jos vain ennallistamiskulut korvataan, vahinkotapahtumasta jää jälki. Vahingonkärsijä menettää osan taimiston kasvusta, sillä vahinkotapahtumasta johtuen sekä harvennus- että päätehakkuut ja seuraava uudistaminen joudutaan tekemään myöhemmin kuin oli suunniteltu.

On epäselvää, miten tällaista jäännösvahinkoa tulisi käsitellä. Vahinkoseuraus on, että hakkuutulot saadaan vasta, kun ennallistettu puusto on kasvanut hakkuuikään. Jos tuhoutunut taimikko oli esimerkiksi seitsemänvuotista, hakkuutulo myöhästyy todennäköisesti kahdeksan vuotta. Tulo saadaan vasta seitsemän vuotta oikeaa ajankohtaa myöhemmin. Rahasuoritus myöhästyy. Vahingonkärsijä ei voi käyttää rahaa. Menetykset on korvattava. Vahinkolaji asettuu kuitenkin hankalaan systemaattiseen asemaan. Sille, että rahaa ei voida käyttää, ei ole olemassa vakiintunutta vahingonkorvauksen laskemisen menetelmää.

Millä perusteella korvaus rahan käytön estymisestä maksetaan? Tavallisesti korvausta maksetaan rahan käytön estymisestä silloin, kun velallinen ei maksa velkaa sen eräpäivänä. Vahingonkorvaus lasketaan tällöin korkolain viivästyskorkoa koskevien säännösten mukaan. Korkolain 4 §:n 1 momentin mukaan ve-

¹⁰⁹⁴ Esimerkkeinä voidaan mainita esimerkiksi jaksoissa 6.6 ja 6.7 esitellyt perinteiset liikevoiton korvaamisen perustapaukset.

¹⁰⁹⁵ Jos vahingonkärsijä istuttaa taimikon itse, ennallistamiskustannuksien laskemiseen liittyvät oman työn raha-arvon laskemiseen liittyvät ongelmat ajankohtaistuvat.

lan pääomalle on maksettava viivästyskorkoa siltä ajalta, kun suoritus on maksumatta.

Vahingonkorvauksen maksaminen viivästyskorkoa koskevien säännösten perusteella ei kuitenkaan ole asianmukaista. Viivästyskorko soveltuu parhaiten käytettäväksi silloin, kun ”vahingonaiheuttaja” itse jättää velan maksumatta. Taimikkovahingossa vahinko syntyy, kun väli- tai päätehakkuu olisi voitu tehdä ja niistä olisi voitu saada tuloja kolmansilta tahoilta. Viivästyskorkosäännösten analoginenkaan soveltaminen ei näytä järkevältä. Viivästyskorkoa koskevien sääntöjen funktiota ei voida nimittäin pitää puhtaasti kompensatorisena. Viivästyskorkoon liittyy *sanktioelementti*. Lakimääräinen korkokanta on mitoitettu niin, että se ylittää useimmissa tapauksissa suoritusvelkojalle aiheutuneen vahingon todellisen määrän.¹⁰⁹⁶ Viivästyskorkon tarkoituksena on kannustaa velallista maksamaan velkansa ajallaan.¹⁰⁹⁷ Sanktioluonteisuudesta johtuu, että viivästyskorkoinstrumentti soveltuu huonosti vahingonkorvauksen perusideaan, todellisen vahingon korvaamiseen rikastumiskieltoa kunnioittaen. Viivästyskorkoa koskevien sääntöjen sijasta ratkaisua kysymykseen onkin etsittävä muualta.

Taimikkovahingossa rahan käytön estyminen muistuttaa vahinkolajina viivästyskorkon kontekstia enemmän niitä tilanteita, joissa tuomitaan suoritettavaksi tuottokorkoa. Tuottokorkoa on maksettava silloin, kun sopimus on purettu tai se on muutoin osoittanut tehottomaksi, ja sopimuksen osapuolen on palautettava sopimuksen perusteella saamansa rahasuoritus.¹⁰⁹⁸

Saarnilehdon mukaan tuottokoron maksamisvelvollisuuden tarkoituksena rahasuorituksissa on pidetty tavanomaisesti ennen muuta rahan arvon säilymisen varmistamista.¹⁰⁹⁹ Jos jollakulla on toisen varoja hallussaan, hänen tulee maksaa niille tuottokorkoa, jotta palautettu rahamäärä vastaisi alkuperäistä varallisuutta.¹¹⁰⁰ Toisaalta tuottokoron tarkoituksena voi olla myös perusteettoman edun palauttaminen. Tuottokorkoa koskevia säännöksiä ei voida soveltaa nyt käsillä olevaan ongelmaan. Jos tarkoituksena on vain varmistaa, että varallisuuden rahaarvo säilyy inflaatiosta huolimatta, tuottokoron tulee olla varsin alhainen. Sen tulee vastata todellista rahan arvon vähentymistä.¹¹⁰¹ Jos tällainen käsitys omak-

¹⁰⁹⁶ Ks. esim. Lange – Schiemann 2003 s. 344, jossa Lange ja Schiemann toteavat, että ”für Verzugszinsen im Geschäftsverkehr ohne Beteiligung eines Verbrauchers enthält § 288 II n.F. mit acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz eine dem Gläubiger so günstige Regelung, daß die Schadenberechnung nach anderen Anlagemöglichkeiten gem. 288 IV n.F. nur noch selten in Betracht kommen dürfte.” Ks. myös Ebert 2004 s. 403–404, tosin varauksin; Saarnilehto 2005 s. 106.

¹⁰⁹⁷ Ks. esim. Hemmo 2001 s. 239; Saarnilehto 2005 s. 105. Ks. myös HE 232/2001 vp s. 11.

¹⁰⁹⁸ Ks. esim. Saarnilehto 2005 s. 87.

¹⁰⁹⁹ Ks. Saarnilehto 2005 s. 86–92.

¹¹⁰⁰ Tuottokorkoa voidaan maksaa vain rahamääräiselle saatavalle. Esineoikeudellisissa palautusvelvollisuuksissa korvattavaksi tulee vain *todellisuudessa saatu*, ei laskennallinen tuotto. (Saarnilehto 2005 s. 88.)

¹¹⁰¹ Ks. Saarnilehto 2005 s. 91–92.

sutaan, vahinkoseuraus jää korvaamatta. Kenenkään järkevän ihmisen tarkoitukseksi ei liene makuuttaa rahoja siten, että niiden tuotto vastaa vain vaivoin inflaatiota.

Sopimuksen purkamiselle perustuvassa tuottokoron maksamisvelvollisuudessa alhaisen korkokannan soveltaminen on perusteltua. Purkamiseen liittyy usein epävarmuutta, eikä varoja siksi voida sijoittaa tuottavasti. Ratkaisu on omaksuttu esimerkiksi kauppalain 65 §:n 2 momentissa, jossa todetaan, että jos myyjän on maksettava kauppahinta takaisin, hänen on maksettava sille korkolain 3 §:n 2 momentin mukaisesti korkoa siitä päivästä lukien, jona hän vastaanotti maksun. Säännöksessä tarkoitettu korkokanta on varsin alhainen.¹¹⁰² Sen suuruus määrätään korkolain 12 §:ssä olevan Euroopan keskuspankin viimeisimpään perusrahoitusoperaatioon ennen kunkin puolivuotiskauden ensimmäistä kalenteripäivää soveltama korko pyöristettynä ylöspäin lähimpään seuraavaan puoleen prosenttiyksikköön.

Taimikkovahingoissa korkokanta pitää määrätä niin, että vahingonkorvaus vastaa sitä todellista vahinkoa, joka vahingonkärsijälle aiheutui. Tuomioistuimen tulisi arvioida, kuinka suurta tuottoa vahingonkärsijä olisi saamatta jääneelle rahamäärälle todennäköisesti saanut. Sovellettavan korkokannan tulisi tällöin useimmissa tapauksissa olla korkeampi kuin korkolain 12 §:ssä tarkoitettu korkokanta. Tämä johtuu siitä, että useimmat huolellisesti toimivat henkilöt pyrkisivät sijoittamaan saamansa rahat korkolain 12 §:ssä tarkoitettua korkoa suuremman tuoton tuottavalla mutta samalla riskialttiimmalla tavalla.

Mikä sovelias korkokanta olisi? Ideaalitulanteessa tuomioistuimen tulisi selvittää, kuinka suuren tuoton vahingonkärsijä olisi todennäköisesti onnistunut hankkimaan sille rahamäärälle, jonka käyttömahdollisuuden tämä on menettänyt.¹¹⁰³ Tämä edellyttää, että vahingonkärsijä esittää todistelua suunnitelmistaan,

¹¹⁰² Saman pykälän 1 momentissa asetetaan ostajalle velvollisuus palauttaa *koko* esineestä saamansa tuotto.

¹¹⁰³ Ks. esim. Lange – Schiemann 2003 s. 344. Osakeyhtiöiden vähemmistöosakkeiden lunastamista koskeissa välimiesmenettelyissä on kehitetty varsin sofistikoituneita menetelmiä, joilla vastaavaa korkokantaa on pyritty haarukoimaan. Vuoden 1978 osakeyhtiölain (734/1978) 14 luvun 21 §:n 1 momentin nojalla vähemmistöosakkeenomistajilla oli oikeus saada lunastushinnalle *käypä* korko vakuuden asettamisesta siihen saakka, kun lunastushinta tuli lopullisesti vahvistetuksi. Esimerkiksi Pohjola-yhtymä Oyj -tapauksessa välimiesoikeus katsoi käyvän koron tarkoittavan tuottokorkoa. Välimiesoikeus katsoi niin ikään, että tuottokorko merkitsi ”rahamarkkinoiden yleisen korkotason ja sijoitusmarkkinoiden yleisen keskimääräisen tuottotason huomioon ottavaa korkoa, jossa tulee ottaa huomioon lisätekijänä myös kohtuullinen riskilisä, mutta ei kuitenkaan pitkän aikavälin tulevaan korkokehitykseen liittyviä epävarmuustekijöitä” (Välitystuomio osakeyhtiölain (734/1978) 14 luvun 19–21 §:issä ja 16 luvun 5 §:ssä tarkoitettussa Pohjola-Yhtymä Oyj -nimisen Helsingistä olevan julkisen osakeyhtiön (Y-tunnus 0196743–2) vähemmistöosakkeiden lunastusta koskevassa asiassa, s. 64). Tätä nykyä ongelmaa ei enää ole. Osakeyhtiölain (624/2006) 18 luvun 7 §:ään otettiin vuoden 2006 uudistuksessa säännös, jonka mukaan lunastushinnalle on maksettava vuotuista korkoa välimiesmenettelyn vireilletulon jälkeiseltä ajalta korkolain 12 §:ssä

sijoitustavoistaan ja -taipumuksistaan. Laskelmassa olisi otettava myös huomioon, että kaikkiin sijoitusvaihtoehtoihin sisältyvät riskit häviävät. Korkokantaa on siksi sovitettava alaspäin.¹¹⁰⁴ Todennäköistä on, että korkokanta on suurempi kuin korkolain 12 §:ssä tarkoitettu viitekorko, mutta alhaisempi kuin viivästyskorko, jonka määrästä säädetään korkolain 3 §:ssä. Tehtävä on vaikea: tuomioistuimen tulisi siis pyrkiä arvioimaan, miten hyvän tuoton vahingonkärsijä saisi riskinotolleen, ja ottamaan vielä huomioon samainen riski.

Toinen vaihtoehto olisi lähestyä asiaa rahan ”uudelleen hankintakustannusten” näkökulmasta. Tällöin vahingonkorvauksena tuomittaisiin korvattavaksi ne kustannukset, jotka vahingonkärsijälle olisivat puuttuneen rahan hankkimisesta aiheutuneet. Käytännössä korvattavaksi tulisi rahan ”hintaa”, se korko, jonka vahingonkärsijä olisi joutunut velasta maksamaan ja velkaan liittyvät järjestelykustannukset. Todistelu-ongelmat ovat pitkälti samat kuin edeltävässäkin vaihtoehdossa.

Varmuutta yksilöllisten tuotto-odotusten mukaisesta korosta ja siten menetetyt tuoton määrästä on vaikeaa saada. Taimikkovahinkojen aikajänne pahentaa ongelmaa. Taimikon kehittyminen korjauskelpoiseksi puustoksi kestää vuosikymmeniä. Koron suuruudesta ei voida esittää näyttöä, jos aikajänne on 50 vuotta. Vastakkain ovatkin kantajan esittämä arvio, jonka mukaan korkokanta voisi olla varsin korkea ja vastaajan oletettavasti tätä selkeästi alhaisempi ehdotus. Realistiset tuotto-odotuksetkin vaihtelevat voimakkaasti vahingonkärsijästä riippuen. Jos vahingonkärsijän tavanomaisesti harjoittama liiketoiminta on hyvin kannattavaa, voidaan puoltaa varsin korkeankin korkokannan käyttöä. Menneisyys ei voi kuitenkaan koskaan olla täysin luotettava todiste tulevasta. Vertailuryhmään nähden epätavanomaisen korkeilla tuottoprosenteilla on ajan mittaan tapana korjaantua vastaamaan yleistä tasoa.

Kirjallisuudessa on esitetty, että esimerkiksi kussakin maassa tavanomainen investointien tuottoaste voisi antaa osviittaa rahan käyttömahdollisuuksien määrittämisen korvaamisessa käytettävän korkokannan määräämiseen.¹¹⁰⁵ Tässä –

tarkoitettuna kulloinkin voimassa olevan ja siis todennäköisesti vanhaa käytäntöä alhaisemman viitekoron mukaisesti. Korkokanta siis vakioitiin. Mistä syystä, sitä ei hallituksen esityksessä kerrota. Ks. HE 109/2005 vp s. 173–174.

¹¹⁰⁴ Ks. Fisher 1990 s. 146–147.

¹¹⁰⁵ Ks. esim. Lange – Schiemann 2003 s. 344. Lange ja Schiemann esittävät, että esimerkiksi silloin, kun tavallisesti sijoituksissaan varovainen ja riskejä karttava henkilö on tuottamuksellisesti tai sopimuksenvastaisesti annetun virheellisen neuvon saatuaan sijoittanut varojaan riskialttiisiin johdannaisiin tai velkakirjoihin, rahojen vaihtoehtoisen käytön tuottoa arvioitaessa sovelias vertailukohta voisi olla DAX-indeksin pidemmän aikavälin keskituotto. Ajatus on järkevä, jos oletetaan, että henkilö olisi sijoittanut varansa tavanomaista suurempia riskejä karttaen osakkeisiin. Vrt. edellä av. 1103 selostetun välimiesoikeuden tuomiossa esitettyyn laskentamenetelmään. Toisaalta varsin tavallista on, että raha ”makaa” pankkitileillä. Talletuskorot ovat melko alhaisia. Varsin usein ne jäävät jopa inflaatiota alhaisemmiksi.

tilastollisen analyysin myötä ehkä myös objekti(ivi)suuden leiman saavassa¹¹⁰⁶ – vaihtoehdossa puhtaasti yksilöllisiin tuotto-odotuksiin liittyvä diskonttaamaton riski tulee otettua huomioon, koska keskimääräiseen tuottoasteeseen heijastuvat myös ne investoinnit, jotka epäonnistuvat ja joista ei saada tuottoa. Jos korkokanta on määrättävä pitkälle ajanjaksolle – tai ajanjakso, jonka korosta on kysymys, on pitkällä tulevaisuudessa – laskutoimitus muuttuu hyvin epävarmaksi, kun menneisyyden ”todistusarvo” vähitellen katoaa. Tilanne on hankala. Korkokantaa on jo periaatteellisella tasolla hyvin vaikeaa määrittää täyden korvauksen periaatteen edellyttämällä tavalla. Aikakytkentä lisää siihen uuden mahdollisuuden kerroksen.

Kaikki taimivahingon määrän laskemiseen liittyvät ongelmat eivät kuitenkaan saa ratkaisua, vaikka sovellettavasta korkokannasta voitaisiinkin päästä yksimielisyyteen. Jos korvaus rahan käytön estymisestä maksetaan täysimääräisenä esimerkiksi 40 vuotta ennen kuin käyttömahdollisuus tosiasiaa olisi menetetty, päädytään rikastumiskiellon kannalta vaarallisille vesille. Ulkomaisessa – ja myös pohjoismaisessa – kirjallisuudessa on tavanomaisesti katsottu, että kun on kyse vasta tulevaisuudessa aktualisoituvasta vahinkoseurauksesta, josta maksetaan korvausta merkittävästi ennen kuin vahinko aktualisoituisi, korvaus tulee diskontata vahingon tapahtumispäivän nykyarvoon. Korvaus tulee tuomita nykyarvon suuruisena, jotta ylikompensaatiolta vältyttäisiin. Näin olisi epäilemättä tehtävä myös taimikkovahingoissa.

Diskonttaamisessa otetaan huomioon se seikka, että raha yleensä tuottaa uutta rahaa. Rahan – ja laajemmin varallisuuden – luonnolliseksi ominaisuudeksi hahmotetaan tällöin se, että raha kasvaa korkoa, lisääntyy ajan myötä. Vahingonkorvaustuomioiden kannalta tämä merkitsee todellisuutta koskevan olettamuksen tekemistä. Jos vahingonkäräjät saa rahasumman ennen aikaansa haltuunsa, hän ei todennäköisesti jätä sitä makaamaan toimettomana sukanvarressa. Raha sijoitetaan ja sille kertyy tuottoa. Diskonttaaminen nykyarvoon on tällöin tarpeen, jotta vahingonkäräjät ei tulisi ylikompensoiduksi. Diskonttauksessa saadaan selville se rahasumma, joka järkevällä tavalla sijoitettuna olisi muuttunut vastaamaan vahingonkorvauksen oikeata määrää sillä hetkellä, kun vahingonkorvauksen suorittamishetken nähdessä vasta tulevaisuudessa esille tulevat hypoteettiset vahinkoseuraukset todellisuudessa olisivat aktualisoituneet.¹¹⁰⁷

¹¹⁰⁶ Keskimääräisessä tuottoasteessa on omat tilastoihin laatimiseen ja laatimisen yhteydessä tehtyihin valintoihin liittyvät ongelmansa. En käsittele niitä tässä yhteydessä.

¹¹⁰⁷ Toinen mahdollisuus olisi tietenkin antaa tulevaa maksuvelvollisuutta koskeva tuomio. Tällöin vahingonaiheuttaja tuomittaisiin maksamaan vahingonkorvausta vasta silloin, kun vahinkoseuraus tosiasiaa ilmenee eli kun vahingonkäräjän varallisuus todellisuudessa tulee vähäisemmäksi kuin se olisi ollut, jos vahingon tapahtumaa ei olisi koskaan sattunut.

Ruotsalainen Peter Eriksson on esittänyt erästä julkaisematonta ruotsalaista hovioikeusratkaisua (Svea hovrätt, Dom 2000-11-08 i mål nr T 8566-99) kommentoidessaan, että diskonttauksessa käytettävä korkokanta tulisi määrätä siten, että se ilmentäisi vahingonkärsijän *aikapreferenssiä* (tidspreferens).¹¹⁰⁸ Eriksson toteaa, että diskonttauskoron tulee vastata ”helt enkelt hur mycket mindre det är värt för en viss skadelidande att få en viss summa pengar om ett år jämfört med samma summa pengar idag.”¹¹⁰⁹

Korkokantaongelma tulee taas esille. Mitä korkokantaa diskonttauslaskelmassa sovelletaan? Perusperiaate on selvä. Korkokannan on oltava sellainen, että se vastaa tuottoa, jonka vahingonkärsijä saa vahingonkorvauksen määrälle, jos hän sijoittaa rahamäärän välittömästi sen saatuaan. Periaate on vähäisessä pohjoismaisessa asiaa sivuavassa oikeuskäytännössä saanut varsin erilaisia tulkintoja. Erikssonin kritisoimassa ratkaisussa¹¹¹⁰ tuomioistuimien päätyi soveltamaan diskonttaamisessa kymmenen prosentin korkokantaa, jota asianosaiset olivat sopimuksessa sopineet soveltavansa maksamattomaan osaan kauppahintasaatavasta. Erikssonin käsityksen mukaan korkokanta oli liian alhainen, sillä osakkeenomistajat olisivat todennäköisesti saaneet sijoitukselleen sovittua kymmenen prosentin korkokantaa korkeamman tuoton.¹¹¹¹

Suomessa korkeimman oikeuden käytännössä ei ole suoranaisesti diskonttaus- eli pääomituskorkokantaa koskevia ratkaisuja. Kun alioikeudet määrittävät lunastuskorvauksia¹¹¹², ne käyttävät pääasiassa *viiden prosentin vakioitunutta*

¹¹⁰⁸ Ks. Eriksson 2005 s. 254–255. Erikssonin ensimmäinen asiaa ja hovioikeuden ratkaisua käsitellyt artikkeli Eriksson 2004 sai Konrad Lundbergin kirjoittamaan vastauskirjoituksen Lundberg 2005, jossa tämä kummeksui Erikssonin kantoja ja hovioikeuden tuomiota kohtaan esittämää kritiikkiä. Eriksson vastasi tähän kirjoitukseen varsin perinpohjaisella kirjoituksella Eriksson 2005.

¹¹⁰⁹ Ks. Eriksson 2005 s. 255–256.

¹¹¹⁰ Riidan faktat ovat varsin monimutkaiset. Kyse oli osakekaupasta, josta ostaja vetäytyi sopimuksen vastaisesti. Sopimuksessa ostaja oli sitoutunut ostamaan osakeyhtiön koko osakekannan sen osakkeenomistajilta. Sopimuksessa oli määrätty, että ostaja saattoi valita mieleisensä kahdesta vaihtoehtoista maksujärjestelmästä. Joko osakkeiden koko kauppahinta tuli suorittaa välittömästi tai ostaja saattoi maksaa välittömästi pääosan kauppahinnasta ja tämän jälkeen jäljelle jääneen kauppahinnan osan neljän vuoden aikana vuosittaisissa erissä. Osapuolet olivat sopineet, että ”osamaksuvaihtoehdossa” ostajan tuli maksaa kauppahintavelalleen kymmenen prosentin vuotuista korkoa. Vahingonkorvausvaatimus koski hinnaneroa. Ostajan vetäydyttyä myyjät olivat myyneet yhtiön toiselle ostajalle ja velkoivat alkuperäisen ja katemyynnistä saadun kauppahinnan erotusta. Hovioikeuden korkokantapäätöksen vaikutus oli onnekas siinä mielessä, että se eliminoi kokonaisuudessaan diskonttaamisen tarpeen.

¹¹¹¹ Ratkaisu on Erikssonin mukaan myös periaatteellisesti epäonnistunut. Osapuolten välisessä sopimuksessa velkaan sovellettavaksi sovittua korkokantaa (*skuldräntan*) ei saa sekoittaa diskonttaus- tai pääomituskorkoon (*kalkylränta*). Ks. tältä osin myös Hager 1998 s. 77.

¹¹¹² Pakkolunastuskorvaukset ovat lähes ainoa tapausryhmä, jolloin pääomittaminen on ollut tarpeen. Periaatteessa pysyvän haitan korvaamisessa voitaisiin käyttää vastaavalla tavalla pääomittamista. Tällaista ratkaisua ei ole kuitenkaan omaksuttu liikennevahinkolautakunnan taulukoissa. Vaikka korvaus pysyvästä haitasta maksetaan kertakorvauksena, korvausta ei jaeta kullekin vahingonkärsijän odotettavissa olevalle eliniän vuodelle ja diskontata nykyarvoonsa.

pääomituskorkokantaa lähes riippumatta siitä, minkälaisista näytöistä sijoitusten todellisesta tuotosta olisi saatavissa. Tästä on merkkejä erilaatuisia lunastuskorvauksia koskeneissa korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2003:85, KKO 2002:69¹¹¹³ ja KKO 1992:15.¹¹¹⁴ Ratkaisussa KKO 1992:127 kuuden prosentin pääomituskorkokantaa esittivät sovellettavaksi vähemmistöön¹¹¹⁵ jääneet oikeusneuvos Wirilander ja presidentti Heinonen. Mistä tällaiset vakioituneiksi väitetyt korkokannat ovat peräisin, jää epäselväksi.¹¹¹⁶

Lähtökohtaisesti viiden prosentin diskonttauskoron soveltamista kaavamaisesti jokaiseen tapaukseen, jossa tulevia tuottoja joudutaan muuttamaan nykyarvoonsa, voidaan pitää varsin epäonnistuneena ratkaisuna. Korkokanta on varsin alhainen, jos sitä verrataan esimerkiksi osakemarkkinoilta saatua pitkäaikaiseen keskimääräistuottoon. Vakiokorkokannan soveltaminen on ongelmallista myös, jos pyritään mahdollisimman ”todelliseen” korvaamiseen. Vakiokorkokanta ei ota lainkaan huomioon eri vahingonkäräjien yksilöllisiä eroja.¹¹¹⁷

Käytin taimikkovahinkoa ainoastaan esimerkkinä, joka tuo esille epävarmuuden ongelman. Jo varsin yksinkertaisessa tilanteessa vahingonkorvauksen määrän laskemiseen liittyvästä epävarmuudesta seuraavat ongelmat ovat erittäin vaikeita ratkaista. Kun epävarmuutta kertyy yksinkertaisissa oloissa, tilanne on huomattavasti monimutkaisempi silloin, kun pitää simuloida epävarmoissa oloissa toimivan yrityksen toimintaa pitkällä aikajänteellä.

Hyvä esimerkki monimutkaisesta liiketoiminta-asetelmasta voisi olla, että biotekniikka-alan yrityksen tuotekehityshanke epäonnistuu alkuvaiheessaan, kun yrityksen sopimuskumppani syöllistyy sopimusrikkomukseen. Yhtä lailla jo edellä mainitsemani kauppapaikkaportaalin lanseeraus kävisi esimerkiksi. Muitakin esimerkkejä voisi tuki esittää. Esimerkiksi ulkoistamissopimuksissa, erilaisissa osakassopimuksissa, joint venture - ja tuotekehityssopimuksissa voisi syntyä vastaavia vastuuasetelmia.¹¹¹⁸

¹¹¹³ Ratkaisussa on tosin kysymys tosiasiallisesti samasta riidasta kuin ratkaisussa KKO 2007:33.

¹¹¹⁴ Korkeimmissa oikeudessa on myös lukuisia ratkaisuja, joissa korkein oikeus viittaa pääomittamiseen, mutta ei eksplikoi käytettävää korkokantaa. Ks. esim. KKO 1992:46.

¹¹¹⁵ Enemmistö katsoi, että käyvän arvon mukainen lunastuskorvaus oli riittävä eikä tarvetta tuotoarvon mukaisen lunastuskorvauksen käyttämiselle ollut.

¹¹¹⁶ Ks. myös KKO 1978 II 105: Syytetty, joka oli pahoinpitelemällä aiheuttanut asianomistajalle viiden hampaan katkeamisen, veloitettiin korvaamaan asianomistajalle hampaiden korjauksesta aiheutuneiden kustannusten lisäksi 12–15 vuoden kuluttua tapahtuvasta uusintakorjauksesta johtuvat todennäköiset kustannukset. Korvauksen määrään vaikuttavana seikkana otettiin huomioon nyt tuomittavalle korvaukselle uusintakorjauksen todennäköiseen ajankohtaan laskettava korko. Koron määrästä ei ratkaisun kuvauksessa ole selvitystä.

¹¹¹⁷ Englannissa ongelmaan on törmätty erityisesti diskontattaessa henkilövahingoista maksettavia korvauksia. Ks. esim. Allen – Hartshorne – Martin 2000 s. 229–233; McGregor 2003 s. 1225–1230; Burrows 2004 s. 281–282; Langstaff et al. 2005 s. 309–314.

¹¹¹⁸ Voidaan tietysti esittää vastaväite, että ulkoistamissopimuksissa ja useimmissa muissakin pitkäkestoissa liiketoimintasopimuksissa – näistäkin liikevahinkojen korvaamisen tyyppitapauksis-

Parhaassa tapauksessa laadittu malli on luotettava. Osapuolet voivat jopa olla yksimielisiä siitä, että se kuvaa hyvin vahingonkärsijän toimintaa. Miten muut-
tujen numeeriset arvot voidaan löytää? Ei mitenkään, jos vaaditaan ehdotonta
varmuutta. Mallin sovellus jää aina ja välttämättä siihen oletusten myötä kerros-
tuvan epävarmuuden vaivaamaksi. Esimerkiksi markkinoiden kehitystä, toden-
näköistä kysyntää ja hintatasoa, kilpailutilannetta ja yrityksen markkina-asemaa
ja yrityksen arvoproposition ja tuotteiden houkuttelevuutta koskevat oletukset
vaikuttavat siihen, minkälaiseksi kuviteltu todellisuus muotoutuu. Kassavirtalas-
kelmissa kassavirrasta esitetyt arviot ovat nimenomaan *arvioita*, jotka perustuvat
erilaisille, ehkä vaihtelevasti paikkansa pitävälle käsityksille tulevaisuudesta.
Näitä käsityksiä ja niiden oikeellisuutta on mahdotonta arvioida täysin luotetta-
vasti, koska luotettavan ennusteen laatiminen edellyttäisi, että esimerkiksi histo-
riallisessa datassa ilmenevät kausaalisuhteet voitaisiin hahmottaa oikein.¹¹¹⁹ Epä-
varmuutta voidaan toki hallita rakentamalla sofistikoituneempi malli, jossa syöt-
teisiin liittyvää arvionvaraisuutta pyritään vähentämään muuttamalla komposiit-
tisyötteitä itsessään malleiksi. Tällöin epävarmuus siirtyy ”alemmas”. Huomat-
tava on kuitenkin, että sofistikoituneimmissakin malleissa epävarmuus on aina
läsnä.

Ekskursio tulokassavirran normaaleihin liiketaloustieteellisiin ennustamista-
pohin voi tuottaa havainnollisen näkökulman siihen, miten todellisuutta koske-
via oletuksia tarkennettaessa voitaisiin käytännössä menetellä.

Yritykset käyttävät varsin vaihtelevia tekniikoita laatiessaan esimerkiksi
myyntiennusteita. Tarkoituksena on tukea johdon päätöksentekoa. Usein ennus-
teet laaditaan ns. kvalitatiivisia menetelmiä käyttäen. Kvalitatiivisilla menetel-
millä tarkoitetaan ei-kvantitatiivisia menetelmiä, joille ei voida yksilöidä kiin-
teää ja järjestelmällisesti sovellettavaa tilastotieteelle pohjautuvaa järjestelyä.
Kvalitatiivisissa menetelmissä hyödynnetään asiantuntijoiden kokemusta ja in-
tuitiota.¹¹²⁰ Kvalitatiivisista menetelmistä on syytä mainita ainakin seuraavat:

sa on useimmiten kysymys – sovitaan vastuunrajoituksista. Osapuolet sopivat tyypillisesti, että
seurausvahinkoja ei korvata. (Hemmo 2005a s. 244–258; Ben-Shahar – White 2006; Levi 2006
s. 215–216). Tästä huolimatta esimerkki ja siinä esiin nostettu kysymyksenasettelu eivät ole turhia
tai käytännön kannalta täysin vieraita. Joskus voi käydä niin, että vastuunrajoituksesta ei ole sovitu
tai vastuunrajoituksesta tulee tehoton, kun vahinko on seurausta aiheuttajan törkeän huolimatto-
masta toiminnasta.

¹¹¹⁹ Ks. esim. Allen – Fildes 2002 s. 304–307.

¹¹²⁰ Tällainen jaottelu on kuitenkin voimakkaan yksinkertaistava. Kvalitatiiviset menetelmätkin
rakentuvat tiedon huolellisen käsittelyn ja osin kvantifioinninkin varaan, vaikka asiantuntijan hal-
litsema ja käyttämä tieto voikin olla ulkoisesti arvioiden hyvin jäsentymätöntä ja epämääräistä.
Toisaalta kvantitatiivisiin menetelmiin tiivistyy intuitiota ja subjektiivisia arvioita, koska järjes-
telmällisesti toistettavien menetelmien rakentamisessa asiantuntijan on käytettävä arvioitaan datan
luonteesta valitakseen juuri käsillä olevan aineiston manipulointiin soveliaan analyysimenetelmän.

*jury of executive opinion*¹¹²¹, *sales force composite*¹¹²², *Delphi*¹¹²³, päätöspuu¹¹²⁴ ja oletusmallit¹¹²⁵.

Kvantitatiivisissa menetelmissä painottuu tilastotieteellinen analyysi. Kvantitatiiviset menetelmät voidaan jakaa aikasarja-, regressio- ja muihin malleihin. Aikasarjamalleissa päähuomio on joko tilastollisen aineiston ilmentämä mahdollisen trendin tunnistamisessa ja käyttämisessä tulevaisuuden ennustamiseen tai erilaisiin yksinkertaisiin tai eksponentiaalsiin tasoittamismenetelmiin¹¹²⁶. Ns. *looks-like-analyysi*¹¹²⁷ ja diffuusiomallit kuuluvat aikasarjojen analyysille perustuviin menetelmiin. Regressiomenetelmät puolestaan perustuvat eri muuttujien välisten korrelaatiosuhteiden tunnistamiseen mallintamiseen kerätyn datan tilastollisen analyysin perusteella.¹¹²⁸ Erilaisia asiantuntija-, neuroverko¹¹²⁹ ja simulaatiojärjestelmiä käytetään ainakin joskus.¹¹³⁰ Ns. ARMA- ja ARIMA-malleissa yhdistetään regressio- ja aikasarja-analyysille ominaisia tekniikoita.¹¹³¹

Mikä menetelmä valitaan, riippuu kokonaan siitä, mitä pyritään ennustamaan. Useimmiten luotettavan ennusteen laatiminen edellyttää useiden menetelmien yhtäaikaista käyttämistä. Kun tuotteesta ja sen markkinoista kertyy uutta tietoa, ennusteita mukautetaan.¹¹³²

Kenneth B. Kahn esittää uusien tuotteiden kassavirtaennusteiden laatimista koskevassa kirjassaan, että uusien tuotteiden luonne määrää pitkälti, minkälaisia menetelmiä niistä kertyvän kassavirran ennustamisessa on järkevää käyttää. Jos uusi tuote on vain vanhan tuotteen parannettu versio tai jos tuotteen hinta muuttuu, markkinoihin ja teknologiaan liittyvää epävarmuutta on vähiten. Tällöin

Kvalitatiivisiin menetelmiin viitataan usein myös arvottavina menetelminä, *judgmental methods* (Kahn 2006 s. 10).

¹¹²¹ Johtovetoisessa menetelmässä yrityksen operatiiviseen johtoon kuuluvat asiantuntijat esittävät omat arvionsa kohteen kehityksestä ja nämä arviot kerätään yhteen ennusteeksi.

¹¹²² Tässä menetelmässä tieto tulee organisaation alimmilta portailta, myyjiltä, jotka esittävät oman arvionsa myynnin todennäköisestä kehityksestä.

¹¹²³ Delphi-menetelmässä ennusteita tehdään useita peräkkäin. Anonymisti koottu asiantuntijajaneeli saa summakoosteen kunkin ennustekierroksen tuloksista. Ajatuksena on, että kootun tiedon perusteella asiantuntijat voivat mukauttaa omia ennusteitaan ilman, että ryhmässä tavanomaiset sosiaaliset ilmiöt kuten painostus ja arvovalta-asetelmat pääsevät vaikuttamaan kunkin asiantuntijan arvioihin. Ks. esim. Kahn 2006 s. 42–44.

¹¹²⁴ Ks. esim. Kahn 2006 s. 57–63.

¹¹²⁵ Ks. esim. Kahn 2006 s. 55–56.

¹¹²⁶ Ks. Hanke – Wichern 1998; Kahn 2006 s. 85–110.

¹¹²⁷ Ks. Kahn 2006 s. 86–90.

¹¹²⁸ Ks. esim. Kahn 2006 s. 99–119. Regressioanalyysistä vahingonkorvaus kontekstissa ks. McCausland – Sedgley 1999; Kanninen – Saraste – Tammelin 2005.

¹¹²⁹ Neuroverkkojen käyttämisestä ks. esim. Zhang 2003.

¹¹³⁰ Ks. Remus – O'Connor 2002 s. 248–251.

¹¹³¹ Ks. ARMA- ja ARIMA-malleista esim. Hanke – Wichern 1998 s. 407–490; Kahn 2006 s. 12–14.

¹¹³² Ks. Kahn 2006 s. 13–15.

aiempia versio- ja hintamuutoksia koskevan myyntihistoriatiedon käyttäminen ja analysoiminen esimerkiksi erilaisia aikasarja- ja regressiotekniikoita käyttäen voi tuottaa Kahnin mukaan parhaan tuloksen. Tilanne on toinen, jos kyse on kokonaan uudesta tuotteesta. Vaikka tuote olisi pitkälti edellisten kaltainen, sen suuntaaminen uudelle kohderyhmälle tai uudenlaiseen käyttöön lisää markkinaepävarmuutta. Ennustamisessa tulisikin Kahnin mukaan keskittyä juuri markkinatilanteesta ja asiakaskäyttäytymisestä johtuvan epävarmuuden hallitsemiseen esimerkiksi erilaisten asiakas- ja markkinatutkimusten avulla.¹¹³³ Historia-tieto on usein hyödyllistä, erityisesti jos *looks-like*-analyysiä päästään käyttämään. Vaikka tuotetta tarjottaisiinkin jo vakiintuneelle markkinalle, mutta sen tarjoama teknologinen arvolupaus on uusi, historiatieto on useimmiten hyödytöntä. Sen käyttäminen voi olla vain välillistä. Painopisteeseen nousevat asiakas-tutkimukset ja erilaiset testimarkkinoinnit.¹¹³⁴

Tehtiinpä ennusteet miten tahansa, kassavirtalaskelmien käytännön toteutus muistuttaa pitkälti investointien kannattavuuden arvioimisessa käytettyjä talousmatemaattisia menetelmiä, erityisesti ns. *discounted cash flow* -menetelmään. DCF-menetelmä poikkeaa edellä kuvatusta kassavirtamallinnuksesta siinä, että DCF perustuu hankkeen tulevan kassavirran diskonttaamiselle, jolloin hankkeen kannattavuutta voidaan arvioida ottaen huomioon sen rahoittamiskustannukset. DCF-menetelmän käyttäminen mahdollistaa hankkeen kannattavuuden arvioinnin yhden hetken suhteen, mittavankin projektin kokoa-misen yhteen ajanhetkeen ja tiivistämisen yhteen numeroon: hankkeen kassavirtojen nykyarvoon (*net present value*).¹¹³⁵ Tällöin ajan ja (ajan hinnan) vaikutus poistuu. Kun kassavirta diskontataan, tulevat, eri aikoina saatavat rahat voidaan siirtää samaan hetkeen, vertailtaviksi, samalle asteikolle. Eri aikaisten tulojen ja menojen suhteen voidaan siirtämisen jälkeen toimia ikään kuin ne olisivat yhtä aikaa läsnä.¹¹³⁶

Edellä mainitsemani diskonttaaminen on sisäänrakennettuna DCF-menetelmiin. Vahingonkorvauksen arvioinnissa juuri tähän liittyy sudenkuoppa, joka ei ole täysin ilmeinen.¹¹³⁷ Sudenkuoppa on siinä, että perinteinen DCF-menetelmä ja siinä tehtävät diskonttaamislaskelmat perustuvat ns. sisäisen korkokannan käyttämiselle. Investoinnille asetetaan tuottovaatimus, joka sen on täytettävä. Tuottovaatimus lasketaan yleensä siten, että se vastaa rahoitus-kustannuksia. Onkin tärkeää huomata, että *discounted cash flow* -menetelmän

¹¹³³ . Ks. Kahn 2006 s. 68–71.

¹¹³⁴ Ks. Armstrong 2002b.

¹¹³⁵ Ks. DCF-menetelmien kehityksestä ja omaksumisen merkityksestä esim. Miller – O’Leary 1998.

¹¹³⁶ Muista DCF-menetelmän (piilo)funktioista ks. Miller 1991; Miller – O’Leary 1993 s. 641; Miller – O’Leary 1998 s. 613–615.

¹¹³⁷ Ks. esim. Victorin – Hager 2006 s. 811–812, jossa sudenkuoppaa ei ole huomattu. Syynä tähän lienee, että Victorin ja Hager itsepitäisästi pitäytyvät siinä käsityksessä, että arvon käsite hallitsee vahingonkorvausoikeutta. Ajattelutapa joutuu vaikeuksiin, koska sen avulla ei ole mahdollista tunnistaa vahingon rajoittamisvelvollisuuden vaikutusta.

käyttäminen ei ole vain mahdollista, vaan useimmiten myös välttämätöntä.¹¹³⁸

Laskentamallien ja -menetelmien alkuperä heijastuu vahingonkorvausoikeudelliseen asetelmaan. Kun yritykset käyttävät laskelmia normaalisti päätöksenteonsa tukena, tulevaisuus näyttää, pitivätkö oletukset paikkansa. Investointipäätöksiä tehdessä ei tarvita eikä tavoitella absoluuttista varmuutta. Yrityksen budjettiin voidaan kirjata varovainen arvio tulevista tuotoista ja toivoa, että tuo arvio lopulta ylittyy. Suhteellisen vähäinen varmuus siitä, että projekti on useimmissa mahdollisissa ja kuviteltavissa tulevaisuuksissa riittävän kannattava, jotta sen toteuttaminen olisi mielekästä, on tarpeeksi. Vahingon määrää laskettaessa ennusteita ei kuitenkaan päästä vertaamaan todellisuuteen, eikä vastaavaa pelivaraa erehtymisen suhteen ole. Siitä, mikä alkuperäisessä käytössään on vain kasa ennusteita, tulee oikeudenkäynnin tai sovintosopimuksen välittämänä todellisuutta.¹¹³⁹

Simulaatioiden lopputuloksiin välttämättä kerrostuvaa epävarmuutta ei myöskään voida pyrkiä poistamaan tavanomaisin, investointipäätöksiä tehtäessä käyttökelpoisin finanssimatemaattisin keinoin. Tällaisia keinoja ovat esimerkiksi erilaiset herkkyysanalyysit. Herkkyysanalyysijä tehdään tavanomaisessa investointilaskennassa kolmessa tarkoituksessa. Niiden avulla voidaan testata itse mallia ja sen tuottamia tuloksia. Jos mallin tuottamat tulokset eivät vastaa mallin taustalla olevaa teoriaa tai mallin laatijan oletuksia, herkkyysanalyysi voi paljastaa mallin virheellisyyden. Toinen käyttötarkoitus liittyy varsinaisesti päätöksentekoon ja riskinhallintaan. Ajamalla lukuisia simulaatioita ja vaihtelemalla eri parametrien arvoja voidaan selvittää, miten vakaa toiminnan kannattavuus eri skenaarioissa on. Jos pienetkin muutokset oletuksissa tekevät projektista kannattamattoman, investointiprojektin hylkäämistä on syytä harkita. Kolmas herkkyysanalyysin käyttötarkoitus on investoinnin kannattavuuteen vaikuttavien tekijöiden keskinäisen merkittävyyden selvittäminen.¹¹⁴⁰

Käytännössä herkkyysanalyysi tehdään siten, että simulaatio ajetaan satoja tai tuhansiakin kertoja ja mallin parametreille annetaan eri arvoja siten, että suuri osa mahdollisista tulevaisuusskenaarioista tulee testatuksi. Herkkyysanalyysijä tehdään esimerkiksi ns. *Monte Carlo* -menetelmällä.¹¹⁴¹

Mitä tämä merkitsee vahingonkorvausoikeudellisen päätöksenteon kannalta? Vaikka voitaisiinkin ajatella, että herkkyysanalyysin avulla voitaisiin tuottaa kä-

¹¹³⁸ Diskonttaamisen ongelmat ovat samat kuin taimistoesimerkissä.

¹¹³⁹ Ks. tällaisesta oikeansuuntaisesta havainnosta Victorin – Hager 2006 s. 811–812.

¹¹⁴⁰ Ks esim. Borgonovo – Peccati 2004 s. 17–18; Borgonovo – Peccati 2006.

¹¹⁴¹ Ks. esim. Woolley – Cannizzo 2005 s. 97; Kahn 2006 s. 15.

sitys ajettujen simulaatioiden lopputulosten moodeista, mediaaneista, keskivaihteluista tai mistä tahansa muusta aineiston tilastollisesta tunnusluvusta, epävarmuuteen liittyvät vahingonkorvausoikeudelliset ongelmat eivät välttämättä ratkea. Niiden ratkaiseminen edellyttäisi, että pystyttäisiin uskottavasti ja luotettavasti mallintamaan simuloinnin eri skenaarioiden toteutumistodennäköisyydet. Edes tällaisen menettelyn onnistuminen ei johtaisi ongelmattomaan lopputulokseen. Parhaassakin tapauksessa herkkyyssanalyysien tuloksena olisi vain vahingon määrän todennäköisyysjakaumafunktio, käsitys siitä, miten eri vahinkomäärien todennäköisyydet jakaantuvat.

Kiperissä tapauksissa – erityisesti silloin, kun on kysymys aloittavan yrityksen kärsimän katastrofaalisen vahingon toteennäyttämisestä – esitetyn näytön luotettavuuden arviointi voi osoittautua hyvin vaikeaksi, vaikka käytössä olisi- vatkin yrityksen historiatiedot ja dataa muista vastaavista yrityksistä. Jos palaamme mahdollisten herkkyyssanalyysien tuottamaan vahingon määrän todennäköisyysjakaumaan, vastattavaksi jää vielä tärkeitä kysymyksiä. Todennäköisyysjakaumassa mahdollisista vahingonmääristä olisi vielä valittava se, jonka varaan vahingonkorvauksen määrää koskeva tuomio perustetaan. Mikä summista valitaan, on kiusallisen vaikea kysymys. Periaatteessa voitaisiin ajatella, että summista tulisi valita todennäköisin vahingonkorvauksen määrä. Toisaalta yhtä lailla perusteltua voisi olla valita se vahingonkorvauksen määrä, joka asettuu kertymäfunktion puoliväliin eli jota alemman vahingon määrän todennäköisyys on 50 prosenttia ja jota korkeamman vahingon toteutumisen todennäköisyys olisi samat 50 prosenttia. Muitakin pisteitä voitaisiin perustellusti ajatella oikeiksi. Yksi mahdollisuus olisi tuomita vahingonkorvaus integroimalla todennäköisyysjakaumasta vahingonkorvauksen odotusarvo. Tällöinkin ongelmana on, että todennäköisyysjakauman tuottavat oletukset tulevaisuudesta, ei tulevaisuus itse. Eri oletuksilla ja simulaatioajoilla saataisiin toisenlainen todennäköisyysjakauma. Odotusarvoratkaisutapaa lähestytään *loss of a chance* -tilanteissa. Palaan oikeudellisessa kirjallisuudessa ja oikeuskäytännössä kehitettyihin epävarmuuden hallintamenetelmiin jäljempänä.

Mitä hyötyä herkkyyssanalyyseistä voisi vahingonkorvauskontekstissa olla? Vaikka otettaisiinkin huomioon niihin liittyvät epävarmuustekijät, herkkyyssanalyysin lopputuloksena voi olla varmempi käsitys niistä todennäköisistä puitteista, joihin vahingon määrä olisi asetunut. Tuomioistuimelle voidaan esittää pelkkää DCF-laskelmaa kouriintuntuvammalla tavalla, mitkä vahingon määrän enimmäis- ja vähimmäismäärät olisivat voineet olla.

Vaikka edellä esitetty tekninen lähestymistapa olisi toteutettavissa, ongelmat eivät suinkaan lopu siihen. Liiketaloustieteellisessä kirjallisuudessa on viime vuosikymmenten aikana kuitenkin esitetty, että DCF-menetelmät näyttävät tuottavan joillakin aloilla liian alhaisen arvon yrityksen tulevaisuuden näkymille. Ensimmäiset havainnot tästä tehtiin, kun analyttikot pyrkivät laske-

maan, mikä olisi lääke- tai muihin teknologiainvestointeihin panostavien yhtiöiden osakkeiden oikea hinta eli mikä olisi yhtiön arvo. Vallinneen – ja osittain osakemarkkinatoimintaa vieläkin vallitsevan – teorian mukaan yhtiön osakkeista maksettavan hinnan pitäisi täydellisillä markkinoilla vastata osakkeelle tulevaisuudessa maksettavien osinkojen kokonaismäärää diskontattuna nykyhetkeen. Vastaavasti markkinahinnan pitäisi vastata yrityksen maksamien vuosittaisten yhteenlaskettujen osinkojen kokonaismäärää diskontattuna nykyhetkeen.¹¹⁴² Analyytikot havaitsivat, että esimerkiksi lääkeyhtiöiden osakkeiden hinta arvioitiin markkinoilla tämän teorian näkökulmasta johdonmukaisesti liian korkeaksi. Samanlainen havainto tehtiin melkein minkä tahansa yrityksen markkina-arvossa. Suuri osa yrityksen hahmotetusta arvosta perustui tulevaisuuden odotuksiin, kasvun mahdollisuuteen.¹¹⁴³

Yksittäisestä huomiosta lähti liikkeelle peliteoreettisia menetelmiä hyödyntänyt tätä nykyä huomattava *real options* -tutkimussuuntaus. Sen merkittävin kontribuutio on havainto siitä, että kassavirtalaskelmat, erityisesti DCF-menetelmälle perustuessaan, tuottavat vain *yhden* lineaarisen tulevaisuuden. Liiketoimintaprosesseja karakterisoi kuitenkin se, että niitä pystytään mukauttamaan ajan kuluessa. Projektin liikerata ei ole suinkaan etukäteen kiveen kirjoitettu, vaan sitä voidaan mukauttaa sitä mukaa kuin liiketoimintaympäristön muutokset havaitaan.¹¹⁴⁴ Projekti ei vain onnistu tai epäonnistu. Vaikka suunnitelmat eivät pitäisi, arvoa voidaan silti pelastaa.¹¹⁴⁵

DCF:n oletukset ovat epätarkkoja eikä se siitä syystä tuota luotettavaa kuvaa muuttuvien ja jatkuvasti mukautettavien projektien todellisesta arvosta. Real options -arviointi perustuu kuitenkin ajatukselle jatkuvasta mukauttamisesta ja monista mahdollisista rinnakkaisista tulevaisuuksista.¹¹⁴⁶ Mukauttamisen lopputulokset pyritään ottamaan huomioon projektin arvoa koskevissa laskelmissa. Vahingonkorvausarviointiin real options -arviointi tuo tietenkin jälleen uuden epävarmuuskerroksen.¹¹⁴⁷

Olivat laskentamenetelmät mitkä tahansa, pelimetaforille perustuvalla maailman hahmottamisella on rajansa. Niiden varaan rakentuu aivan liian hallittava ja laskettava kuva todellisuudesta. ”Mustat joutsenet”, odotettavasta radikaalisti poikkeavat tapahtumat, jäävät ennakoimattomiksi ja siten parhaidenkin laskelmien

¹¹⁴² Ks. esim. Niskanen – Niskanen 2000 s. 154–180, kritiikistä ja kilpailevista teorioista s. 169–178. Idean yrityksen rationaalisesta arvonmäärityksestä osinkoja diskontaamalla esitti ensimmäisenä John Burr Williams vuonna 1938 (Williams 1938).

¹¹⁴³ Reaalioptioista puhuminen juontuu ajatuksesta, että reaalioptiot, mahdollisuus esimerkiksi investoida tai myöhäistää investointia muistuttavat rahoitusmarkkinoilla vaihdettavia optioita. Ks. esim. Dixit – Pindyck 1994 s. 8–9; Amram – Kulatilaka 1999 s. 27–45; Sudarsanam – Sorwar – Marr 2005.

¹¹⁴⁴ Ks. esim. Trigeorgis 1996; Amram – Kulatilaka 1999; Sudarsanam – Sorwar – Marr 2005; Triantis 2005; Woolley – Cannizzo 2005. Tutkimussuuntauksen matemaattisesta ja peliteoreettisesta taustasta hyvin seikkaperäinen esitys on Dixit – Pindyck 1994.

¹¹⁴⁵ Ks. McGrath – Keil 2007.

¹¹⁴⁶ Käytännön päätöksentekoa mallintavasta artikkelista ks. esim. Alessandri et al. 2004.

¹¹⁴⁷ Ks. esim. Glick – Kalay 2003.

ulkopuolelle. Niiden merkityksestä ja mahdollisuudesta ei saada otetta.¹¹⁴⁸ Jos vielä uskotaan uuden talouden perusväittämiä, menestyspotentiaali on juuri ”mustissa joutsenissa”. Epävarmuutta kerrostuu aina kaikkiin laskelmiin. Ja jos epävarmuus on suurta, laskeminen on lopulta lähestulkoon hyödytöntä.

13 EPÄVARMUUDEN OIKEUDELLINEN HALLITSEMINEN

Epävarmuus on pahasta, varmuus hyvää. Jos simuloinnin lopputulokseen on kerrostunut epävarmuutta jokaisen todellisuutta koskevan oletuksen myötä, miten epävarmuutta voitaisiin oikeudellisesti hallita? Ulkomaisessa vahingonkorvausoikeudellisessa kirjallisuudessa on viime vuosikymmeninä esitetty, että epävarmuuden hallitsemiseen voitaisiin käyttää esimerkiksi anglosaksisista ja -amerikkalaisista oikeusjärjestelmistä peräisin olevaa ns. *certainty*-doktriinia. Yksi doktriinin mahdollisista formulaatioista on tullut kirjatuksi kansainvälisten kaupan sopimuksia koskeviin UNIDROIT-periaatteiden¹¹⁴⁹ artiklaan 7.4.3 (*Certainty of harm*), joka kuuluu seuraavasti:

- (1) Compensation is due only for harm, including future harm, that is established with a reasonable degree of certainty.
- (2) Compensation may be due for the loss of a chance in proportion to the probability of its occurrence.
- (3) Where the amount of damages cannot be established with a sufficient degree of certainty, the assessment is at the discretion of the court.

Periaatekokoelman virallisen kommenttitekstin mukaan artiklan 1 kohta koskee itse fyysisen vahinkoseurauksen lisäksi myös vastuun laajuutta ja määrää. Vahingonkärsijän tulee näyttää vahingon määrä toteen ”with a reasonable degree of certainty”. Virallinen kommenttiteksti ei tarjoa esimerkkejä sanonnan tulkinnasta. Englantilaisessa oikeuskäytännössä on korostettu testin *in casu* -luonnetta. Kutakin tilannetta on arvioitava sen omilla ehdoilla. Vahingonkärsijän oikeus-suojatarvetta on korostettu: vahingonkärsijän tarvitsee esittää vain *tarvittava* näyttö, jotta tuomioistuimien voi päätellä vahinkoa kärsityn, ja tarjota riittävä perusta sen määrän laskemiseksi.¹¹⁵⁰ Absoluuttista varmuutta ei tarvita. Hyvin kaunopuheisen kuvauksen testin luonteesta voi löytää jo vuodelta 1892:

¹¹⁴⁸ Ks. Taleb 2007.

¹¹⁴⁹ Ks. suomalaisesta UNIDROIT-periaatteiden oikeuslähdeopillista asemaa koskevasta pohdis-kelusta Norros 2007b.

¹¹⁵⁰ Ks. esim. McGregor 2003 s. 298.

”In all actions accordingly on the case where the damage actually done is the gist of the action, the character of the acts themselves which produce the damage, and the circumstances under which these acts are done, must regulate the degree of certainty and particularity with which the damage done ought to be stated and proved. As much certainty and particularity must be insisted on, both in pleading and proof of damage, as is reasonable, having regard to the circumstances and to the nature of the acts themselves by which the damage is done. To insist upon less would be to relax old and intelligible principles. To insist upon more would be the vainest pedantry.”¹¹⁵¹

Liikevahinkoja koskevaan oikeuskäytäntöön ja erityisesti *certainty*-vaatimuksen täsmälliseen sisältöön ei ole kiinnitetty kovin paljoa huomiota englantilaisessa oikeuskirjallisuudessa.¹¹⁵² Asia on osittain toisin Yhdysvalloissa, jossa useimmissa osavaltiossa on niin ikään käytännössä UNIDROIT-periaatteiden sanottua artiklaa muistuttava testi.¹¹⁵³ Testi on muotoiltu oikeuskäytännössä, jota on kommentoitu varsin paljon¹¹⁵⁴. *Certainty*-testin vahingonkorvausta voidaan tuomita, vaikka vahingonkärsijä ei olisikaan voinut esittää ”matemaattisen eksaktia” näyttöä vahingonkorvauksen määräästä.¹¹⁵⁵

Saksassa epävarmuuden hallinnassa vaikuttaa ennen kaikkea BGB § 252. Säännöksen toisessa momentissa todetaan, että ”als entgangen gilt der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte”. Asiaan vaikuttaa myös ZPO § 282.1, jonka mukaan ”ist unter den Parteien streitig, ob ein Schaden entstanden sei und wie hoch sich der Schaden oder ein zu ersetzendes Interesse belaufe, so entscheidet hierüber das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung. Ob und inwieweit eine beantragte Beweisaufnahme oder von Amts wegen die Begutachtung durch Sachverständige anzuordnen sei, bleibt dem Ermessen des Gerichts überlassen.”

Yksi huomionarvoisista yhdysvaltalaisen *certainty*-doktriinin jatkeista on ns. *new business rule*. *New business rule*’n mukaan toimintaansa vasta käynnistävän yrityksen ei ole mahdollista saada vahingonkorvauksia menettämästään voitosta. Tuomioistuimet ovat yleisesti pitäneet tällaisia voittoja liian spekulatiivisina ja epävarmoina, jotta niiden korvaaminen olisi perusteltua. Korvauksen saaminen on vaatinut, että yritys voi esittää historiatietoa aiemmasta tuloksekkaasta liike-

¹¹⁵¹ Per Bowen L.J. ratkaisussa *Ratcliffe v. Evans* [1892] 2 Q.B. 524 CA, s. 532–533.

¹¹⁵² Ks. esim. McGregor 2003 s. 309–310.

¹¹⁵³ Ks. esim. Restatement (Second) of Contracts § 352; 64 *Harvard Law Review* (1950) s. 317–318, 66 *Yale Law Journal* (1956) s. 998, Anderson 1987 s. 394–399; Lord 1990 § 64.11; Weisman – Clements 1991 s. 186–188; Lloyd 2007 s. 399 ja 406–407; Pryor 2007 s. 563–570.

¹¹⁵⁴ Ks. Lloyd 2007 s. 406–407.

¹¹⁵⁵ Ks. esim. Eisenberg 1998 s. 1052–1053. Suhtautumisen taustoista ks. Pryor 2007 s. 563–564.

toiminnasta.¹¹⁵⁶ *New business rule* on kuitenkin Yhdysvalloissa hitaasti väistymässä.¹¹⁵⁷

Suomessa vahingonkorvauksen määrän todistelusta on kirjoitettu ylipäättään vähän. Jouko Halilan artikkeli vuodelta 1961 lienee ainoa esitys, jossa asiaa on käsitelty laajasti.¹¹⁵⁸ Liikevahingon osalta tämänkin artikkelin saldo on lohduton: ”myös aineellisen eli taloudellisen vahingon piirissä on eräitä vahinkotyyppisiä, joissa koituneen vahingon laajuutta ja arvoa on käytännössä ellei mahdotonta niin ainakin peräti työstästä täsmällisesti edes ilmoittaa saatikka sitten toteen näyttää”.¹¹⁵⁹

Halilan lisäksi Hoppu¹¹⁶⁰ on sivunnut asiaa liikevahingon korvaamista koskevissa kirjoituksissaan. Saxén ei vahingonkorvausta sopimussuhteessa koskevassa tutkimuksessaan juuri käsittele asiaa¹¹⁶¹, Hemmo vain sivuaa väitöskirjassaan¹¹⁶² ja muissa teoksissaan ohimennen¹¹⁶³.

Miten vahingon määrää koskevaa epävarmuutta hallitaan Suomen oikeudessa? Lähtökohta on, että vahingonkäräjien on Suomen oikeudessa näytettävä toteen *sekä* vahinko että sen määrä.¹¹⁶⁴ Vahingonkäräjien tulee esittää *täysi näyttö* siitä, että vahinkoa on syntynyt ja myös vahingon määrästä.¹¹⁶⁵ Tuomioistuimien joutuu todisteluratkaisussaan vahvistamaan ensisijaisesti sen, minkälaisia liikelakeja ja olettamuksia on kussakin tapauksessa pidettävä totena.¹¹⁶⁶ Tällöin tuomioistuimien määrittää, minkälainen todellisuuden malli vaikuttaa luotettavimmalta, aivan samaan tapaan kuin tosiasioita koskevassa todistusharkinnassakin. Täyden näytön vaatimus koskee mallia, ei vahingon määrää. Vasta toisella sijalla tulee itse

¹¹⁵⁶ Ks. esim. Anderson 1987 s. 410–416; Bollas 1987; Weisman – Clements 1991; Abrams – Welsch – Jonas 1996 s. 812–814.

¹¹⁵⁷ Ks. vähintäänkin toiveajattelusta esim. Abrams – Welsch – Jonas 1996 s. 816–818; Eisenberg 1998 s. 1059–1070; Pryor 2007 s. 573–576, oikeuskäytännöstä Smyth 1987.

¹¹⁵⁸ Ks. Halila 1961. Ks. kuitenkin myös Halila 1955 s. 260–261; Kanninen – Saraste – Tammen 2005; Strandberg 2005; Saranpää 2006.

¹¹⁵⁹ Ks. Halila 1961 s. 295.

¹¹⁶⁰ Ks. Hoppu 1988 s. 59.

¹¹⁶¹ Ks. Saxén 1995 s. 209–211.

¹¹⁶² Ks. Hemmo 1994 s. 207.

¹¹⁶³ Ks. Hemmo 2003 s. 294.

¹¹⁶⁴ Ks. esim. Halila 1955 s. 260; Saxén 1995 s. 209–211.

¹¹⁶⁵ Vrt. esim. Halila 1961 s. 300. Halila ymmärtää, että OK 17:6:n säätämisen myötä ”Suomen oikeus on rajoittanut täyden näytön vaatimuksesta luopumisen koskemaan vain vahingon suuruutta eli sen laajuutta ja rahassa arvioitavaa määrää.” Hän tosin toteaa myöhemmin (s. 302), että ”on syytä tähdentää, ettei korvauksen määrää arvioitaessa tule jättäytyä pelkän kohtuusharkinnan varaan. Tuomioistuimilla on päinvastoin velvollisuus etsiä korvauksen määrälle objektiivisia perusteita.”

¹¹⁶⁶ Rodhen mainitsemilla kokemussäännöillä Ks. Rodhe 1984 s. 468–469; Lappalainen 2001 s. 300.

vahingon määrä. Se on derivatiivinen seikka, joka seuraa omaksutusta mallista. Voidaankin sanoa, että liikevahingon korvaamisessa vahingon määrää suoraan ja välittömästi koskeva todistelu ei ole tarkkaan ottaen edes mahdollista. Haastehakemuksessa ilmoitettu euromäärä ei ole todiste. Se on määräämistoimi prosessissa.

Prosessioikeudellisessa kirjallisuudessa on kuitenkin pidetty selvänä, että täydelle näytölle ei voida asettaa yksiselitteistä ja kiinteää rajaa. Täyden näytön esittämisessä ei ole Suomessa omaksutun todisteluteorian mukaan kysymys esimerkiksi minkään ennalta asetetun ja kiinteän todennäköisyyskynnyksen ylittämisestä.¹¹⁶⁷ Tilanne on kuitenkin eriskummallinen, koska oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 6 §:n säännöksen johdosta vahingon määrän todistamista koskevat vaatimukset ovat vähäisemmät kuin vahinkotapahtuman todistamiselle asetettavat säännökset. Vahingon määrästä ei aina vaadita täyttä näyttöä. Näin ajattelee esimerkiksi Halila.¹¹⁶⁸ Oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 6 §:ssä säädetään, että kun kysymys on vahingon määrästä eikä määrästä ole saatavissa näyttöä tai se on vain vaikeuksien esitettävissä, on oikeudella valta arvioida vahinko kohtuuden mukaan.

Säännös avaa näyttöharkintaa vahingonkorvaustilanteissa. Tavallisesti on ajateltu, että säännöksen sanamuoto mahdollistaa monenlaisten argumenttien huomioonottamisen. Kirjallisuudessa on esitetty muun muassa, että kohtuusharkinnassa voitaisiin ottaa huomioon esimerkiksi muiden henkilöiden myötävaikuttava tuottamus, vastaajan syyllisyyden aste ja asianosaisten varallisuussuhteet. Lisäksi on esitetty, että materiaallisen oikeuden tavoitteetkin voitaisiin ottaa todistusarvioinnissa huomioon.¹¹⁶⁹ Suomalaisessa oikeuskäytännössä lieneekin vallalla¹¹⁷⁰ Halilan puolittain hyväksymä, oikeudenkäymiskaaren 17:6:n sään-

¹¹⁶⁷ Ks. esim. Lappalainen 2001 s. 294–305 ja 341–347.

¹¹⁶⁸ Ks. Halila 1961 s. 301; Lappalainen 2001 s. 338.

¹¹⁶⁹ Ks. Halila 1961 s. 301.

¹¹⁷⁰ Korkeimman oikeuden ratkaisuissa heijastuva ali- ja hovioikeuksien suhtautuminen on varsin yksioikoista: jos näyttöä vahingonkorvauksen määrästä ei ole tarpeeksi, alioikeus määrää kohtuulliseksi katsomansa korvauksen. Samanlaista suhtautumista näyttää esiintyvän myös korkeimmassa oikeudessa, tosin kuten ali- ja hovioikeusratkaisuissakin asiaa on vaikeaa arvioida, kun erityisesti korkeimman oikeuden ratkaisuissa todistelua selostetaan hyvin kitsaasti. Ks. esim. sekä alioikeuksien että korkeimman oikeuden suhtautumisesta ratkaisuja KKO 1982 II 34, KKO 1982 II 57, KKO 1984 II 28, KKO 1985 II 85, KKO 1990:1, KKO 1990:10, erityisesti KKO 1990:150, KKO 1992:138, KKO 1997:181, KKO 1996:25, KKO 1997:48, KKO 1998:53, KKO 1998:80 ja KKO 2005:66. Esimerkiksi ratkaisussa KKO 1999:115 korkein oikeus toteaa, että ”yhtiöt eivät ole yksilöineet sitä vahinkoa, joka niille on nimenomaan A:n toiminnasta aiheutunut, tai esittäneet siitä mitään selvitystä. Näin ollen asiassa ei voida katsoa näytetyksi, että A:n toiminnasta olisi aiheutunut yhtiöille sellaista tekijänoikeuslain 57 §:n 2 momentin mukaan korvattavaa vahinkoa, jonka määrä voitaisiin arvioida oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 6 §:n nojalla.” Vastaavasti ratkaisussa KKO 2000:45 Helsingin hovioikeus (KKO ei muuttanut tuomiota) totesi korkeimman oikeuden ratkaisusta ilmenevällä tavalla, että ”ohjelman esittämisestä oli näin ollen aiheutunut yhtiölle ta-

nöksen itsenäistä merkitystä korostava tulkinta. Tuomioistuimella katsotaan olevan valta tuomita kohtuullinen korvaus, jos vahinkoa on aiheutunut.¹¹⁷¹ Tällaisessa tulkinnassa säännöksen alkuosan merkitys kaventuu. Vaikeudet, joihin *vain vaikeuksin esitettävissä* -ilmaisussa viitataan, voivat olla varsin lieviä. Näytön puuttuminen vahingonkorvauksen määrästä ei välttämättä suoraan johda kanteen hylkäämiseen silloinkaan, kun näyttöä ehkä olisi ollut esitettävissä. Jos tuomioistuin muutoin pitää selvänä, että vahinkoa on aiheutunut, puuttuva näyttö sen määrästä ei estä vahingonkorvauksen tuomitsemista¹¹⁷².

Lopputuloksena oikeuskäytännössä näyttää olevan, että jos kantaja voi osoittaa jotakin vahinkoa aiheutuneen, hänen tulee saada siitä korvausta. Kun yleinen käsitys näyttää vielä olevan, että näyttö liikevahingosta ei useimmissa tapauksissa ole säännöksen tarkoittamassa mielessä vaikeuksista hankittavissa, kantaja voi vetäytyä säännöksen taakse. Ainoa kattavan todistelun näyttämiseen kannustava seikka on, että oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 6 §:n nojalla tuomittava vahingonkorvaus useimmiten jää kantajan vaatimuksia alhaisemmaksi. Jos ajatellaan, että oikeudenkäynnin yksi tarkoitus olisi, että osapuolet rakentavat adversarialisessa prosessissa hyväksyttävää mallia vahingonkärsijän liiketoiminnasta, säännös näyttäisi johtavan ei-toivottavaan asetelmaan. Kantajan prosessitaktista asemaa voisi nimittäin parantaa se, että kantaja esittää kärsimästään vahingosta vain arvion ja sen tueksi varsin vähäistä näyttöä. Vahingonaiheuttajalle tällainen tilanne on hankala, koska tämä ei saa riittävästi tietoa kantajan ajattelutavasta. Vahingonaiheuttaja ei voi lähteä riitauttamaan kantajan vaatimusten taustalla olevaa liiketoiminnan kuvausta tai simuloimisessa käytettyjä oletuksia, koska ei tunne niitä. Onko oikeudenkäymiskaaren säännös ylipäätään järkevä saati sitten optimaalinen, on toinen kysymys. Jos tavoitteena pidetään osapuolien kannustamista mahdollisimman hyvän näytön esittämiseen, oikeudenkäymiskaaren säännös ei ole optimaalinen. Tilanne on pikemminkin päinvastainen etenkin, jos

loudellista vahinkoa liikevoiton menetyksenä. Ohjelman esittämisestä oli katsottava aiheutuneen yhtiölle myös muuta sellaista markkinahäiriönä ilmenevää vahinkoa, josta oli johtunut tuoton menetyksiä. Tällaisen vahingon tarkka määrä ei ollut vahingon luonteen vuoksi selvitettävissä. Kommandiittiyhtiölle liikevaihdon vähentymisestä edellä kerrotuin tavoin aiheutuneen vahingon yhteismäärä ei ollut asiassa esitetyn näytön perusteella laskettavissa eikä siitä myöskään ollut vaikeudetta saatavissa näyttöä. Tämän vuoksi vahingon määrä oli oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 6 §:n nojalla arvioitava. Hovioikeus arvioi vahingon määräksi 50 000 markkaa.”

¹¹⁷¹ Ks. ruotsalaisen vastaavan säännöksen tulkinnasta esim. Lindblom 1993.

¹¹⁷² Korkeimman oikeuden prejudikaaturissa ratkaisu KKO 1995:96 on sikäli erikoinen, että siinä todetaan nimenomaisesti, että edellytyksiä OK 17:6:n soveltamiseen ei ole käsillä. Tapauksessa ei ole kysymys liikevahingon korvaamisesta, vaan perusesinevahingosta. Vahingonkärsijä vaati alun perin kihlakunnanoikeudessa korvausta vahingoittuneen asuinrakennuksen korjaamiseksi välttämättömien toimenpiteiden arvioitujen kustannusten perusteella. Työt oli kuitenkin jo suoritettu, kun oikeutta käytiin. Korkein oikeus totesi, että korjausten suorittamisen jälkeen vahingonkärsijällä oli velvollisuus esittää hallussaan oleva näyttö. Koska vahingonkärsijä ei ollut näyttöä esittänyt, vaatimukset hylättiin siltä osin kuin niitä ei ollut myönnetty. Ks. myös KKO 1998:82.

tuomioistuimissa ymmärretään, että pelkkä vahingon olemassaolon näyttäminen riittää siihen, että tuomioistuin voi arvioida vahingon määrän kohtuuden mukaan.

Prosessioikeudellinen säännöstö ottaa eräässä mielessä niskalengin materiaalisesta sääntelystä. Vahingonkorvausoikeudelliset säännöt edellyttävät, että vahingonkorvaus tuomitaan todellisen vahingon suuruksena, prosessioikeus mahdollistaa erilaiset kohtuuspunninnat. (H)aavekuva murenee ”keittiön kautta”, *prosessioikeudellisen* sääntelyn johdosta. Tämä tosiasiallinen vahingonkorvausharkinnan ominaisuus ei kuitenkaan heijastu vahingonkorvausoikeudelliseen kirjallisuuteen ja siinä esitettyihin käsityksiin vahinkojen korvaamisen peruspiirteistä. Oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 6 § on alaviitteissä, ei keskiössä.

Näyttövaatimus ei ole keino, jolla epävarmuutta voitaisiin hallita. Hallintakeinojen valikoima voi jonkin verran laajentua Suomessakin tunnetun, UNIDROIT-periaatteiden artiklan 7.4.3. (2) kohdassa kuvatun *loss of a chance* -opin seurauksena.¹¹⁷³ *Loss of a chance* tai *perte d'une chance* on käsillä silloin, kun vahingon seurauksena mahdollisuus, että jokin vahingonkärsijän kannalta myönteinen tapahtumakulku olisi käynnistynyt tai jatkunut, menetetään. Doktriinin luontaisimpana käyttöympäristönä on pidetty hoitovirheitä.¹¹⁷⁴

Nils Jansenin esittämä kuvitteellinen esimerkki on varsin valaiseva, joskin kuoleman erikoislaatuisen vahingonkorvausoikeudellisen aseman takia lopulta ongelmallinen¹¹⁷⁵:

¹¹⁷³ *Loss of a chance* -opista ei juuri ole mainintoja suomalaisessa kirjallisuudessa. Vanhemmassa pohjoismaisessa kirjallisuudessa käsitellään kuitenkin usein vaaraa vahinkotapahtumana. Ks. esim. Stang 1927 s. 297–300; Hoel 1929 s. 116–118.

¹¹⁷⁴ Ks. esim. Jansen 1999 s. 274. Muista mahdollisista *loss of a chance* -doktriinin käyttötilanteista ks. Jansen 1999 s. 274, alaviite 219; Großerichter 2001 s. 231–266. Vanhastaan doktriinia on käytetty myös ansionmenetystä korvattaessa. Englannissa *loss of a chance* -opin avaavana tapauksena on pidetty ratkaisua tapauksessa *Chaplin v. Hicks* 2 K.B. 786. Tapauksessa nuori nainen menetti mahdollisuuden osallistua kauneuskilpailuun ja siitä saatavaan palkintoon.

¹¹⁷⁵ Kuolemasta ei seuraa suoranaista vahingonkorvausvelvollisuutta vahingonkärsijälle eli vainajalle sen enempää Suomessa kuin niissä maissa, joiden oikeusjärjestelmiä Jansen artikkelissaan pääasiassa käsittelee. Näin ollen, jos elatuksen menetystä ei oteta huomioon, korvattavaksi tulisi tällaisissa tilanteissa varsin vähäinen määrä erilaisia sairaanhoitokuluja sekä hautauskulut. Kuoleman erityiskohtelua ja erityisesti sitä, että ihmiselämän merkittävimmästä vahinkoseurauksesta, sen päättymisestä, ei vahingonaiheuttajaa veloiteta maksamaan vahingonkorvausta, arvosteltiin 1980-luvulla voimakkaasti erityisesti Yhdysvalloissa. Kriitikin perusteista ks. esim. Posner – Sunstein 2005 s. 553–559. Asianajat vaativat *wrongful death* -oikeudenkäynneistä korvausta elämästä, jonka vainaja oli menettänyt. Kyse ei ollut siitä, että vahingonkorvausta olisi vaadittu taloudellisesta vahingosta, vaan tästä erillisestä aineettomasta vahinkolajista, joka sai nimityksen *hedonic damages*. Ks. vahinkolajin määritelmästä ja historiasta esim. Leebon 1989; Schwartz – Lorber 2002 s. 1040–1044. Viimeistään 1990-luvun lopulla *hedonic damages* -vahinkolajiin alettiin oikeuskäytännössä suhtautua karsaasti. Vahingonkärsijän perilliset eivät useimmissa Yhdysvaltojen osavaltioista voi enää ajaa vainajan nimissä korvausvaatimusta siitä aineettomasta elämänilon

A saa sydänkohtauksen. Jos hoito olisi aloitettu välittömästi, todennäköisyys sille, että A olisi jäänyt eloon, olisi ollut 80 prosenttia. Kun A:ta kuljetettiin ambulanssilla sairaalaan, jalankulkija B aiheutti tahallaan onnettomuuden, jonka seurauksena A:n matka kesti kymmenen minuuttia pidempään kuin jos onnettomuutta ei olisi sattunut. Viivästymisen seurauksena A:n elonjäämistodennäköisyys laski 80 prosentista 40 prosenttiin. Kun A saatiin vihdoin toimitettua sairaalaan, lääkäri C, jonka olisi pitänyt ryhtyä hoitamaan A:ta, luokiteli A:n sairauden lieväksi ja päätti jatkaa kahvitaukoaan vielä 10 minuutin ajan. C:n törkeän tuottamuksellisen menettelyn vuoksi A:lla ei lopulta ollut mitään mahdollisuutta jäädä eloon. A kuoli.¹¹⁷⁶

Perinteisen kaikki tai ei mitään -periaatteelle perustuvan lähestymistavan perusteella tapauksessa olisi mahdollista todeta vain joko, että C aiheutti vahingonkorvausvelvollisuuden perustavalla tavalla A:n kuoleman tai että tämä ei aiheuttanut A:n kuolemaa tällä tavoin.¹¹⁷⁷ Jos tapausta tarkastellaan ilman tällaista esisitoumusta, koko kysymyksenasettelu näyttää enemmän tai vähemmän oudolta. On selvää, että C vaikutti jollakin merkitykselliseltä vaikuttavalla tavalla A:n kuolemaan mutta ei sinällään yksinään aiheuttanut sitä. Kun A saapui sairaalaan ja C:n toimien vaikutuspiiriin, A:n mahdollisuus selviytyä sydänkohtauksestaan oli jo pienempi kuin se todennäköisyys, että hän kuolisi sydänkohtaukseen.

Jos tapaukseen sovellettaisiin edellä kuvattua riittävän varmuuden periaatetta, lopputulos olisi epävarma. Emme voi varmasti sanoa, aiheuttiko C:n menettely A:n kuoleman. Useimpien sovellettavien standardien mukaan näin ei olisi. Vaikka katsoisimme, että aiheutumisyhteys C:n menettelyn ja A:n kuoleman välillä olisi riittävällä todennäköisyydellä osoitettu, täyden korvauksen periaatteen seurauksena tilanne muuttuu perverssiksi. Perinteinen vahingonkorvausoikeudellinen arviointi tuottaa lopputuloksen, jonka mukaan C, jonka toiminnasta riippumatta A oli jo 60-prosenttisesti ”kuollut”, joutuu korvaamaan koko vahingon.

Loss of a chance -doktriini on vastaus juuri tällaiseen ongelmaan. Sen perusidea on kääntää huomio vahingon olemassaolon arvioinnissa konkreettisesta todellisuudesta abstrakteihin mahdollisuuksiin. Jansenin esimerkissä tämä tarkoittaisi siirtymää kuolemasta kuoleman riskiin tai pikemminkin elämästä elämän

menettämisestä aiheutuvasta vahingosta, jonka kuolema aiheutti. Korvauksen saaminen vahinkolajista on mahdollista vain Arizonassa, Connecticutissa, Havaijilla, New Hampshiressa ja New Mexicossa (Brady 2006 s. 125, av. 124). Ks. oikeuskäytännöstä laajemmin esim. Slesinger 1996; Schwartz – Lorber 2002.

¹¹⁷⁶ Ks. Jansen 1999 s. 272.

¹¹⁷⁷ Saroyan väittää, että Yhdysvalloissa loss of a chance -oppi soveltuukin vain tapauksiin, joissa väitetty vahinkotapahtuma on aiheutunut vahingonaiheuttajan menettelystä alle 50 prosentin todennäköisyydellä. Ks. Saroyan 2002 s. 34. Vastakkaisesta käsityksestä King 1981; King 1998. Kingin mukaan loss of a chance -doktriinia olisi syytä soveltaa lähestulkoon kaikkiin vahinkotapahtumiin. Edellytyksistä ks. King 1998 s. 559–560.

jatkumisen mahdollisuuteen. Loss of a chance -doktriinissa käsitellään näiden mahdollisuuksien menettämistä itsenäisenä vahinkotapahtumana, jonka seurauksiin voitaisiin vaikuttaa rahallisella suorituksella. Epävarmuuteen liittyvät todistusoikeudelliset ongelmat muuttuvat materiaalis-oikeudellisiksi ongelmiksi: miten sovittaa vahingonkorvauksen määrä heijastamaan sitä epävarmaa mahdollisuutta, jonka vahingonkärsijä menetti.¹¹⁷⁸

Liikevahingon korvaamisessa tällainen, mahdollisuuksien ja todennäköisyyksien matemaattista hallintaa korostava lähestymistapa saattaisi olla perusteltu.¹¹⁷⁹ Jos voimme muodostaa käsityksen jonkin tietyn tapahtumaketjun todennäköisyydestä, olisi ehkä perusteltua mukauttaa täyden korvauksen mukaista korvausmäärää vastaamaan tätä todennäköisyyttä. Menetelmä lähestyisi tapahtumakulun *ex ante* -odotusarvolle perustuvaa vahingonkorvausta. Korvatuksi tulisi vahingonkärsijän kuhunkin tapahtumaketjuun liittämä etukäteinen odotus, joka määrittäisi riskin ja tapahtumaketjusta saatavan hyödyn tai siihen liittyvän varaushinnan tuloksi.

Hyvin monimutkaisten liikevahinkoasetelmien korvaamisessa tällaista yksinkertaista lähtökohtaa on vaikea omaksua. Ylipäätään on huomattava, että loss of a chance -doktriinin sovellutusalueita vaikuttavat olevan binaariset tapahtumaketjut, joissa vaihtoehdot voidaan tyypistää *joko–tai*-asetelmiksi. Liikevahingoissa näin ole. Simuloinnin tuloksena on useimmissa tapauksissa todennäköisyysjakauma eri vahingon määrän tapauksista. Kun pitäisi valita monien vaihtoehtojen ja vaihtelevasti todennäköisten vahingon määrääarvioiden välillä, valinnasta tulee käytännössä mahdoton, ainakin jos siltä vaaditaan edes jonkinlaista rationaalisuutta ja verifioitavuutta.¹¹⁸⁰ Jos loss of a chance -doktriinia käytetään, näyttää ilmeiseltä, että puhtaita todennäköisyyslaskelmia merkittävämmässä roolissa vahingonkorvauksen määrän arvionnissa ovat pitkälti edellä viittaamani, tulevaisuuteen suuntautuvaan merkityksenantoon ja viestittämiseen liittyvät argumentit.

¹¹⁷⁸ Perusidealtaan vastaavaa sovellusta on ehdottanut omaksuttavaksi lääkevahinkojen korvaamiseen suomalaisessa kirjallisuudessa Michael Saarikoski (Saarikoski 2002 s. 239–245).

¹¹⁷⁹ Ks. tällaisesta käsityksestä esim. Eisenberg 1998 s. 1062–1064; Pryor 2007 s. 576–578. Pryor (s. 568) tosin toteaa, että oikeustilaa voisi kuvata ”lievän skitsofreeniseksi”.

¹¹⁸⁰ Toisin esim. Eisenberg 1998 s. 1062; Pryor 2007 s. 576–578.

14 BINAARINEN LOGIIKKA, VERKOSTOT JA KOHTUUS

Ansaintalogiikka, mallinnus ja simuloiminen eivät pelasta laskennallista korvaamista objektiiviselle, luonnolliselle ja perinteisestä näkökulmasta ongelmattomalle perustalle. Ongelma on vahinkojen korvaamisen perinteisessä perusrakenteessa: binaarisen, oikeudenmukaisen ja oikeudenvastaisen, korvauksen ja ei-korvauksen, idealle perustuvasta harkinnasta. Vahingonkorvausvelvollinen joko *on* tai *ei ole* velvollinen korvaamaan vahinkoa, vahinko joko korvataan kokonaan tai sitä ei korvata.

Binaarisesta perusrakenteesta seuraa vaikea jännite, joka syntyy täyden korvauksen ja yksittäistapauksellisen kohtuuden ja oikeudenmukaisuuden – lyhyesti sanoen järkevyyden tai mielekkyyden – välille. Oikeudenmukaisuusnäkökulmat, vahingonaiheuttajan ja vahingonkärsijän taloudelliset olot, vahingonaiheuttajan menettelyn vähäinen moitittavuus, vahingonkärsijän myötävaikuttava tuottamus, osapuolten erilaiset mahdollisuudet varautua vahinkoriskiin, osapuolten välisen sopimuksen tarkoitus ja monenlaiset sosiaaliset ja taloudelliset näkökulmat, joihin olen edellä viitannut, puhuvat usein täyden korvauksen tuomitsemista vastaan. Täyden korvauksen tuomitseminen voi näyttää kohtuuttomalta ja järjettömältä.

Täysi korvaus on vahingonkorvausoikeuden asiantuntijoiden mukaan oikeudenalan kantava periaate, tästä tosiasiasta ei päästä yli eikä ympäri. Se tunkee vahingonkorvausharkinnan normatiiviset ulottuvuudet sivuun. Kuitenkin luonnollisuuden kaapu on häipymässä. Esimerkiksi Håkan Andersson on väitöskirjassaan pystynyt vakuuttavasti osoittamaan, että vahinkotapahtuman seurauksien arviointi ohjautuu tosiasiaassa normatiivisesta näkökulmasta. Syy-yhteysarviointi latautuu koko oikeusjärjestelmän normien mukaisesti ja niiden perusteella. Tällöin ei enää voida puhua syy-yhteysarvioinnissakaan vahingon luonnollisen määrän etsimisestä. Arviointi ei ole oikeudellisista ja vastuun alaan viittaavista pohdinnoista vapaata. Suojatarkoitussoppi on tässä suhteessa vastakkaissuhteessa niihin teorioihin, joiden mukaan vahingonkorvausoikeudellisten seurausten tunnistaminen olisi mahdollista puhtaasti ei-oikeudellisten loogisia sääntöjä tai edes jonkinlaista erityistä ”oikeudellista kausaalisuuskäsitystä” – joka kuitenkin koskee syy-seuraussuhteita eikä oikeudellista vastuunjakopäätöksentekoa – hyväksikäyttäen. Anderssonin havaintojen merkitys on tätä laajempikin: se asettaa kyseenalaiseksi vahingonkorvausoikeudellista normistoa ylläpitävän myytin: vahingonkorvauksen määrän ja syntymekanismien arvioinnin luonnollisuuden ja ulko-oikeudellisuuden.

Tilanne on sama laskennallisissa korvaamisissa. Helppoissa tapauksissa korvaaminen edellyttää tiettyä maailmankuvaa ja perustuu sen varaan. Tiettyjä sosiaalisia konventioita uusinnetaan. Vaikeissa tapauksissa keskeiseksi muodostuu

sosiaalisen todellisuuden rakenteiden *oikeudellinen* määrittelemineen ja nimeäminen.¹¹⁸¹ Laskelmiin kerrostuva epävarmuus on niin ikään merkittävä täyden korvauksen periaatteen haastaja. Jos täyden korvauksen määrään liittyy merkittävää ja radikaaliakin epävarmuutta, miten voimme puhua täydestä korvauksesta? Miten voimme sanoa, että olisi olemassa jokin täysi korvaus, jos huolellisimmankin laskelman lopputuloksena on vahingonkorvauksen määrän todennäköisyysjakauma erilaisissa skenaarioissa?

Epävarmuus ei ole erityinen ongelma suojatarkoitussopissa. Siinä ehdottomuuden aiheuttamat ongelmat voidaan pääasiassa kiertää. Vastuu voidaan rajoittaa haluttuun tosiasiatapahtumien ulottuvuuteen. Voidaan todeta, että seuraukset, yksittäiset vahinkotapahtuman jälkeen tapahtuvat muutokset, ovat tiettyyn rajaan asti normin suojatarkoituksen sisällä, mutta muut eivät ole. Syy tähän on yksinkertainen. Koska syy-yhteydeltään kyseenalainen vahinkoseuraus on tosiasiasa olemassa ja tapahtunut, sen olemassaolon määrittäminen ei ole ongelmallista. Yksittäisten vahinkotapahtumien summa, vahingon kokonaismäärä, toimii harkinnassa eräänlaisena rajoittimena, joka voi vaikuttaa suojatarkoitussarviointiin ja näin puskuroida kaikki tai ei mitään -periaatteen vaikutusta.

Epävarmuuden merkitys korostuu uuden talouden oloissa, silloin kun liiketoiminnan perustellut odotushorisontit leviävät ja laajenevat. Mitä pitempiä odotusketjuja, sitä enemmän epävarmuutta. Korvauksista tulee entistä ”epätodellisempia”.

Perinteisessä liiketoimintaympäristössä ansaintalogiikkojen rakentaminen ja arvioinnin kytkeytyminen täyden korvauksen periaatteeseen ei aiheuta erityisiä ongelmia. Ennakoitavuus, se mitä oikeussuhteen osapuolet tietävät ja mitä heidän olisi pitänyt tietää toistensa olosuhteista ja suunnitelmista, on varsin rajoitettua. Vahingonkorvausvastuu saa luonnostaan luonnolliset rajat¹¹⁸². Yksittäiset tapahtumat ovat toisistaan erillään, toimijat tiukan antagonistisesti toisiinsa suhtautuvia, luottamussuhteita ei synny ja kukin transaktio neuvotellaan erikseen.¹¹⁸³ Toiminnan ketjut eristyvät siirtyessään yksittäisen organisaation toiminnan sisäiseen yksityiseen, oikeusjärjestelmän ulkopuolelle sijoittuvaan tilaan.¹¹⁸⁴ Monimutkaisia riippuvuusketjuja ei synny, koska viimeistään velvollisuus rajoittaa

¹¹⁸¹ Suojatarkoitussoppi eroaa nyt käsillä olevista kysymyksenasetteluista siinä, että sen avulla pyritään määrittämään, ovatko vahinkotapahtuma ja siitä seuranneiksi väitetyt vahingot sellaisessa vahingonkorvausoikeudellisesti relevantissa suhteessa, että vahingonaiheuttajan tulisi korvata niistä aiheutunut vahinko.

¹¹⁸² Ks. Rohe 1998 s. 1.

¹¹⁸³ Ks. sopimusoikeuden perinteisten lähtökohtaolettamien analyyseistä esim. Wilhelmsson 1995 s. 1–5; Häyhä 1996 s. 29–52; Mononen 2001 s. 118–135.

¹¹⁸⁴ Ks. esim. Coase 1937, jossa Coasen keskeinen idea on korostaa juuri tämän ei-oikeudellisen, sopimusoikeudellisesti sääntelemättömän – mutta tietenkin yhtiöoikeudellisten sääntöjen ylläpitä-

vahinkoa asettaa vahingonkärsijälle aktiivisen velvollisuuden pyrkiä ohittamaan oikeudenloukkaus ja hankkia vastaava suoritus muualta.

Uuden talouden ansaintalogiikat ovat tässä suhteessa kuitenkin haasteellisempia. Arvoketjut ovat pidempiä, liiketoimintasuunnitelmat monimutkaisempia, arvontuotantoprosessit tavanomaisesti haavoittuvaisempia häiriöille, kun niihin on tietoisesti kieltäydytty rakentamasta puskureita ja suoria käskyvaltasuhteita. Arvoketjuun kytkeytyy lukuisia toimijoita, jotka ovat kaikki tietoisia arvoketjun eri osista. Vaikka ketjussa onkin monia mustia laatikoita, joiden vaikutuksesta ketju vahingonkorvausoikeudellisesti relevantissa mielessä olisi vanhan liiketoiminnan oloissa katkennut, näin ei enää käy. Juuri yksittäisten suunnitelmien kurotuminen tietoisella, koordinoitulla tasolla yhteen johtaa siihen, että odotukset, joita eri ketjun toimijoilla johonkin ketjun osaan kiinnittyy, ovat todennäköisesti ennakoitavissa ja siten normaalin ennakoitavuusdoktriinin perusteella periaatteessa vyörytettävissä varsinaiselle vahingonaiheuttajalle. Alihankkija, jolle osa jonkin yrityksen tuotantoprosessia on ulkoistettu, tietää tai sen on ainakin täytynyt tietää, että jos se epäonnistuu omien tuotteidensa valmistamisessa, sopimuskumppanin ja ehkä koko laajan arvoverkostonkin toiminta voi seisahtua ja toimintaan ladatut odotukset voivat käydä tyhjiksi. Periaatteessa alihankkija voisi olla vahingonkorvausvelvollinen verkostokumppaninsa koko vahingosta, joka voi kohota hyvin merkittäviin määriin.

Vahingonkorvausdoktriinin perusoletukset ja uuden talouden sopimusten taloudellinen ja tuotannollinen tarkoitus ovat ristiriidassa keskenään.¹¹⁸⁵ Vahingonkorvausoikeus on teollistumassa olleen porvarillisen yhteiskunnan tuotetta.¹¹⁸⁶ Verkottuneen liiketoiminnan yhteistyötä painottava peruslogiikka jää vahingonkorvausoikeudellisessa säännöstössä huomiotta, kun painopiste on binaarisissa rakenteissa. Esimerkiksi sopimusvelallisen ja sopimusvelkojan, sopimusvelvoitteen ja saamisoikeuden peruskäsitteet eivät enää kuvaa tyydyttävällä tavalla todellisuutta, koska velkojan ja velallisen käsitteiden edellyttämä intressien tarkarajaisuus, vastakkaisuus ja ristiriitaisuus eivät enää kuvaa osapuolten suhdetta. Uudessa taloudessa molemmat voivat olla saman projektin osia, yhteistyössä toistensa kanssa, toteuttamassa yhteistä päämääräänsä. Tästä syystä intressien vastakkaisuuden varaan perustuva ennakoitavuusrajoitus yhdessä täyden korvauksen periaatteen kanssa ei välttämättä ole erityisen onnistunut tapa hallita uudessa taloudessa tavanomaisia oikeussuhteita.

män ja järjestämän – tilan merkitystä sinä keskuksena, jossa transaktiokustannuksia voidaan vähentää. Ks. myös Williamson 1985 s. 78–79 ja 90–102.

¹¹⁸⁵ Ks. esim. Teubner 2004; Teubner 2007.

¹¹⁸⁶ Ks. ongelman käsitteellistyksestä Rohe 1998 s. 65–67. Vastaavasti asiaa on pyrkinyt lähestymään myös Pöyhönen 2000 erityisesti s. 140–145. Ks. myös Teubner 2004; Teubner 2006, joissa Teubner pohtii laajalti verkosto-käsitteen ongelmallista asemaa ja statusta.

Kun vanhat oletukset eivät enää vastaa todellisuutta, on kaksi vaihtoehtoa. Voimme sulkea kollektiivisesti silmämme ja jatkaa vanhojen systemaattisten ratkaisujen viitoittamalla polulla. Tai voimme vastata rapautuvan paradigman asettamaan haasteeseen ja muuttaa systematiikkaa.¹¹⁸⁷

Koko kysymyksenasettelun keskellä on kaksi seikkaa: *verkostot* ja *etiikka*.

Sekä sopimusoikeudellisen *privityn* että vahingonkorvausarvioinnin yleisten oppien ytimen hajottamiseen tähtäävät argumentit perustuvat tavanomaisesti ajatukselle siitä, että verkostot ovat yhteistoiminnan muotoja *sui generis*¹¹⁸⁸. Verkostoa, jossa taloudellista toimintaa harjoitetaan, ei voi hajottaa oikeudellisen normiston perusrakenteen edellyttämiksi diskreetteiksi, vaikkakin toisiinsa jollakin tavalla liittyviksi kaksiasiansaissausteiksi tekemättä väkivaltaa itse verkostolle ja sen sisäiselle logiikalle. Jos oikeudellinen logiikka pääsee jossakin vaiheessa niskan päälle, verkostojärjestelyjen mielekkyys katoaa. Tästä seuraa normatiivinen vaade: taloudellisen toiminnan verkostoituneiden muotojen hallitsemiseen tulee kehittää aikaisemmista paradigmoista poikkeavia välineitä.¹¹⁸⁹ Verkostot on otettava oikeudellisesti haltuun verkostojen omilla ehdoilla. Koska vanhat sääntelytavat eivät riitä, verkostoille on välttämätöntä kehittää toimivia oikeudellisia hallintastruktuureja, joille ei voida löytää suoranaista esikuvaa olemassa olevasta systematiikasta.¹¹⁹⁰

Verkostojen lisäksi ongelmallisiksi ovat osoittautuneet ns. *hybridiorganisaatiot*. Hybridiorganisaatiot ovat sopimuksellisen ja vertikaalisen hallinnan ääripäiden välille sijoittuvia organisaatioita. Tällöin kahden osapuolen välinen useimmiten toistuva ja ainakin jokseenkin pitkäaikainen yhteistoiminta on järjestetty niin, että suhdetta ei voida hahmottaa sen enempää diskreettinä sopimustransaktionä kuin käskyvaltasuhteenä. Oikeudellisesti merkittävää on, että hybridiorganisaatiot asettuvat hankalasti sopimus- ja yhteisöoikeuden välimaastoon, kummankin ulottumattomiin.¹¹⁹¹ Verkostoon nähden

¹¹⁸⁷ Erityisesti Thomas Wilhelmsson on pyrkinyt käsitteellistämään paradigmanmuutosta vahingonkorvausoikeudessa *Senmodern ansvarsrätt*issä ja artikkeleillaan *vastuu*oikeudesta. Ks. Wilhelmsson 1997; Wilhelmsson 2001 s. 29–31 erityisesti vastuuoikeudesta; Wilhelmsson 2002.

¹¹⁸⁸ Ks. Rohe 1998 s. 65–84; Teubner 2004 s. 109–149.

¹¹⁸⁹ Ks. esim. Rohe 1998 s. 109; Teubner 2004 s. 212–251.

¹¹⁹⁰ Williamson puhuu esimerkiksi ns. *trilateral* ja *bilateral governance*sta hallintatyyppinä. *Trilateral governance*ssa joku osapuoliin nähden ulkopuolinen on mukana sopimussuhteessa ja pitää huolen siitä, että järjestely toteutuu. *Bilateral governance*ssa tällaista ulkopuolista osapuolta ei ole (Williamson 1985 s. 75–77).

¹¹⁹¹ Hybridiorganisaatio – ja miksei myös verkostokin – voidaan hahmottaa myös ns. *siviiliyhtiöksi* (Heikonen 1948 s. 33–37) tai *yhtymäksi* (KKO 2000:66). Tällöin yhtiön osakkaiden välisiin suhteisiin voitaisiin soveltaa analogisesti avoimia yhtiöitä koskevia sääntöjä. Avoimesta ja kommandiittiyhtiöstä annetun lain (389/1988) 12 §:n mukaan yhtiömiös on velvollinen korvaamaan vahingon, jonka hän on tässä asemassaan tahallisesti tai huolimattomuudesta yhtiölle aiheuttanut. Periaatteessa vahingonkorvausvelvollisuus voisi olla varsin kattava. Yhtiömiös saattaisi voida joutua korvaamaan esimerkiksi illojaalin toimintansa aiheuttaman vahingon. Miten pitkälle vahingon-

hybridiorganisaatio on kahden osapuolen erityistapaus. Voidaan ajatella, että verkostossa syntyy hybridiorganisaatioiden yhteenliittymä, jota ei edes voida ajatella hybridiorganisaationa.

Mitä nämä uudet hallintastruktuurit voisivat olla ja mikä niiden suhde vahingonkorvauksen määrän harkintaan voisi olla? Gunther Teubner on pohtinut verkostojen oikeudelliselle sääntelylle asettamaa haastetta useissa artikkeleissa¹¹⁹² ja laajimmin monografiatutkimuksessaan *Netzwerk als Vertragsverbund*. Teubnerille verkostojen oikeudelliset ongelmat juontuvat niihin välttämättä kuuluvasta sisäsyntyisestä jännitteestä verkoston 1) kaksi- ja moniasianosaisuuden, 2) kilpailun ja yhteistyön, ja 3) verkoston ykseyden ja moniulotteisuuden välillä sekä 4) sisäisten rationaliteettivaatimusten ristiriidoista. Teubnerin ratkaisuehdotus on vaikeaselkoinen ja suorastaan hurja: ”selective (!) double-attribution of network acts to contract parties and to the network, varying according to different structural contradictions within the network.”¹¹⁹³ Kyse on siis jonkinlaisesta Juha Karhun lanseeraamaa *asianmukaisuus*-kriteeriä muistuttavasta vaatimuksesta¹¹⁹⁴. Oikeudellisessa päätöksenteossa verkoston ominaisuudet on pystyttävä ottamaan haltuun ja muuttamaan oikeudellisiksi säännöiksi verkostoon ja sen toimintalogiikkaan sisäänrakennetuista jännitteistä huolimatta. Teubner kuvaakin mahdollista vastuunjakoa perustellessaan verkoston vastuuta kolmannelle seuraavasti:

“Rather, the appropriate form of liability is a decentralized, multiple and collective combination of network liability and the liability of nodes who have in fact participated within the operation under scrutiny. In contrast to comprehensive collective liability in the case of formal organizations, this leads to a re-individualization of collective liability within networks. Analogous to the well-known concept of ‘market share liability’, one might make use of the notion ‘network share liability’; a form of liability that is particularly significant in situations where the root cause of damage cannot be traced back to individual nodes, but only to the network itself.”¹¹⁹⁵

Teubnerin valikoivassa kahdenkertaisessa vastuun jakamisessa on kyse *privity*-opin¹¹⁹⁶ murtamisesta. Jos verkosto aiheuttaa vahinkoa, sen on (”normaalin” va-

korvausvelvollisuus voisi ulottua, on epäselvää. Vahingonkorvausvastuusta avoimessa yhtiössä ks. esim. Wilhelmsson 2001 s. 165–172.

¹¹⁹² Ks. esim. Teubner 2006; Teubner 2007.

¹¹⁹³ Ks. Teubner 2004 s. 296; Teubner 2006 av. 64 kohdalla.

¹¹⁹⁴ Ks. Pöyhönen 2000 s. 199: ”normien muodollisesta pätevyydestä seuraavaa velvoittavuutta ei tule asettaa ratkaisuharkinnan lähtökohdaksi, vaan soveltuvat normit on etsittävä ja määritettävä sen mukaan, mikä soveltamisessa havaitaan asianmukaiseksi”.

¹¹⁹⁵ Teubner 2006 av. 78 jälkeen.

¹¹⁹⁶ Suoritushäiriön seurauksena sopimusta rikkoneelle osapuolelle syntyvä sopimusoikeudellinen vastuu ulottuu *privity*-doktriinissa kiteytyvän, vanhastaan voimassa olevan periaatteen mukaan vain tämän välittömään sopimuskumppaniin ja tälle koituihin vahinkoihin. Sopimusta rikkoneen

hignonaiheuttajan lisäksi) vastattava aiheuttamastaan vahingosta, vaikka verkosto ei olisikaan sopimussuhteessa sen ulkopuoliseen tahoon, jolle vahinkoa aiheutuu.

Vaikka Teubner käsittelee vain suhdetta verkostoon nähdessä kolmansiiin, samaa periaatetta voitaisiin soveltaa myös verkoston sisällä. Tällöin kyse on eritoten vahingonkorvausvastuun laajuuteen liittyvästä ongelmasta. Argumentti kulkee toiseen suuntaan kuin *privity*-opin murtamiseen tähdättäessä. Sillä ei perustella, miksi sopimusvastuu pitäisi ulottaa täysimääräisenä kaksiasiansuhteiden ulkopuoliseen tahoon. Pikemmin argumentti pyrkii rajoittamaan ”normaalin” vahingonaiheuttajan vastuuta verkoston sisälle, sen yksittäisten solmujen välisessä kaksiasiansuhteessa silloin, kun kaksiasiansuhteiden suhte on osa laajempaa kokonaisjärjestelyä. Perinteisen vastuutahon vastuu ei saa olla yksinomaista eikä sen määrän arviointi voi perustua kaiken aiheutetun vahingon korvaamiselle. Vastuuta on jaettava tarkoituksenmukaisesti verkoston sisällä, välittämättä esimerkiksi *privitystä* tai täyden korvauksen periaatteesta. Tässä suhteessa vaatimus on sama kuin Teubnerilläkin. Verkostojen logiikka edellyttää, että kaksiasiansuhteet puretaan ja vahingonkorvausta hahmotetaan verkoston ehdoilla.

Vastuun laajuuden virittäminen verkostojen toiminnan logiikan taajuudelle edellyttää vähintään yhtä radikaalia perusrakenteiden muutosta kuin vastuun kohdentamisessakin. Vastuun määrän luonnollisuuden ja objektiivisuuden vaatimuksista on luovuttava. Korvaamisen tavoite on verkostoissa kyseenalainen. Kysymys on lopulta verkottuneiden sopimusten sopimusoikeudelliselle vahingonkorvausoikeussäätelylle asetettavista tavoitteista. Mihin verkostojen sääntelyllä pyritään? Minkälaisia tavoitteita sille asetetaan. Mitä nämä tavoitteet voisivat olla?

Vastaus on monimutkainen. Perinteinen sopimusvahingonkorvaus on ollut vastaus markkinaohjautuvan, diskreetin ja kertaluonteisen sopimussuhteen patologioihin, markkinalogiikalle perustuvan taloudellisen järjestelyn epäonnistumiseen.¹¹⁹⁷ Vahingonkorvausoikeudellinen hallinta on perustunut eräänlaiselle *exit*-strategialle. Vahingonkorvausoikeudenkäynnin jälkeen sopimussuhde selvitetään, eliminoidaan ja saatetaan päätökseen. Syyllinen osapuoli saattaa syyttömän osapuolen siihen asemaan, jossa tämä olisi ollut ennen vahinkotapahtumaa.

sopimuskumppani ei voi kohdistaa vahingonkorvausvaadetta suoraan vahingon aiheuttaneeseen tahoon, vaan joutuu hakemaan vahingonkorvausta vain omalta sopimuskumppaniltaan. Vastaava rajoitus koskee myös deliktiperusteista vastuuta. Vahingonaiheuttaja voi vain poikkeuksellisesti joutua vastuuseen kolmannelle aiheutuneista vahingoista. Olli Norros on pohtinut vastuuta sopimusketjussa väitöskirjassaan Norros 2007c ja asiantuntijan vastuuta artikkelissaan Norros 2007a.

¹¹⁹⁷ Ks. esim. Williamson 1985 s. 69–71 ja 73–74.

Uuden talouden sopimuksellisissa järjestelyissä tällainen lähtökohta on keino. Osapuolet ovat usein tehneet järjestelyjensä varten huomattavan määrän investointeja, upottaneet kustannuksia sellaisiin laitteisiin ja järjestelyihin, joita ei voida mielekkäästi käyttää muihin tarkoituksiin. Verkostot on myös useimmiten suunniteltu pitkäkestoisiksi, niihin on luotu oma hallintarakenteensa, jonka tarkoituksena on sopeuttaa verkosto liiketoiminnan muuttuviin olosuhteisiin.¹¹⁹⁸ Oliver E. Williamsonin terminologiaa käyttäen on syntynyt eräänlainen hybridi-rakenne, organisaatio, joka on sekoitus markkina- ja vertikaalista hallintaa ja jota ei juuri sen luonteesta johtuen voida hallita tehokkaasti perinteisillä sopimusosoikeudellisilla työkaluilla.¹¹⁹⁹

Ratkaisu voisi löytyä pikemminkin *tarkoituksenmukaisesta* riskin- ja tappion- jaosta, eikä siitä, että yksi verkoston osapuolista vakuuttaa toiset verkostoon osalliset kaikkia omista toimistaan johtuvia tappioita vastaan.¹²⁰⁰ Kyse voisi olla Teubnerin tarkoittamasta verkosto-osuusvastuusta. Kun verkostossa joku epäonnistuu, kyse on vain verkostojärjestelylle ominaisen *systemisen* ja välttämättömän riskin toteutumisesta. Tällaista systeemistä riskiä olisi mielekästä kohdistaa vain yhden osapuolen kannettavaksi. Perinteinen riskin allokointi voisi johtaa yksittäisen verkoston jäsenen konkurssiin ja ehkä koko verkoston tuhoutumiseen.¹²⁰¹ Verkosto-oikeuden tavoitteeksi näyttää hahmottuvan *yhteistoimintaprojektin pelastaminen*: talouskasvu asetetaan vapauden edelle. Oikeudellisella interventiolla varmistetaan, että uponneet kustannukset eivät käy turhiksi, että osapuolet käyttäytyvät yhteisen projektin onnistuneen toteuttamisen edellyttämällä tavalla, että yhteistoimintajärjestelyn tavoite saavutetaan. Olen tullut kuvanneeksi sopimusosoikeudellisen lojaliteettiperiaatteen yhden variaation, verkosto- tai projektilojaliteetin.¹²⁰²

Kolikolla on kääntöpuolensa. Verkosto-osuusvastuun omaksuminen voi johtaa siihen, että verkoston jäsenet vetäytyvät verkoston selän taakse eivätkä pyri yhtä ponnekkaasti täyttämään velvoitteitaan kuin silloin, kun vastuu rakentuisi perinteisen säännösten varaan. Verkostoille ominainen luottamusulottuvuus toimii vastapainona. Verkostolla on mahdollisuus uhata illojaalisti toimivaa

¹¹⁹⁸ Ks. Williamson 1985 s. 78–79.

¹¹⁹⁹ Ks. Williamson 1985 s. 75–77.

¹²⁰⁰ Ks. samansuuntaisista kehittelyistä ja erityisesti vahingon prosessikäsitteestä Pöyhönen 1999 s. 351–359.

¹²⁰¹ On kyseenalaista, ovatko Teubnerin taustaoletukset realistisia. Lienee useimmissa tapauksissa selvää, että esimerkiksi alihankintasopimuksissa käytetään tavanomaisesti vastuunrajoitusehtoja, jolloin sopimusvastuusäännöstö rajautuu pitkälti pois. Sama *caveat* koskee tietenkin omia oletuksiani. En ole missään kohti ottanut huomioon vastuunrajoitusehtojen merkitystä. Verkostovastuun toteuttaminen edellyttää – privitystä ja täyden korvauksen periaatteesta luopumisen lisäksi – mahdollisten vastuunrajoitusten ohittamista.

¹²⁰² Ks. lojaliteettiperiaatteen variaatioista Holm 2004; Votinius 2004; Lehtinen 2006; Munukka 2007.

osapuolta kumppanuussuhteen päättämällä tai muilla sanktioilla. Tässä kohdin verkosto-osuusvastuun kohdentaminen ja määrän arviointi muuttuu eettiseksi kysymykseksi, joka ohjautuu verkostojen osapuolille osoitettavien toimijaidentiteettien ohjailun ja ylipäättään verkostojen oikeudelliselle sääntelylle asetettavien tavoitteiden suunnasta.

Tavanomaisen *exit*- ja *ex post* -ajattelutavan ja verkostoille ominaisen *loyalty*- ja *ex ante* -ajattelun eroa on kuitenkin tärkeää korostaa.¹²⁰³ Vahingonkorvausoikeudellinen normisto, erityisesti silloin, kun on päädytty vahingon määrän arvioinnin sääntöjen mobilisoimiseen, on erittäin tylppä väline. Verkostoyhteistyön pitäisi perustua osapuolten väliselle luottamukselle ja aidolle, vaikkakin taloudellisten realiteettien pakottamalle, halulle toteuttaa aloitettu hanke tai projekti.¹²⁰⁴ Jos luottamusta ja aitoa halua ei ole, verkosto ei todennäköisesti saavuta tavoitteitaan. Jokainen oikeudenkäynti onkin omiaan tuhoamaan verkoston toiminnan edellytyksiä. Siksi verkosto-oikeuden on oltava ennen kaikkea *ex ante* -oikeutta, jonka avulla konfliktit voidaan välttää.¹²⁰⁵ Ja vahinkojen korvaamiselle tällaisessa oikeudessa on vähän tilaa. Jos sitä on, suuntana on mielekäs riskinjako. Mielekkääseen riskinjakoon voidaan päästä vain, jos oikeudenkäyntien lopputulosten avulla voidaan esplikoida järkeviä toiminnan rakenteita, toimintaidentiteettejä ja toimintatapoja.

Olen päätenyt toiseen korvausajattelun murroksen keskeiseen teemaan: etiikkaan. Teema on tuttu eritoten Thomas Wilhelmssonin viimeaikaisista töistä, erityisesti *Senmodern ansvarsrätt* -tutkimuksesta. Kun vahingonkorvauksen määrää arvioidaan, muotoillaan pieniä hyviä kertomuksia vastuusta.¹²⁰⁶ Ja kun määrää mukautetaan ja hienosäädetään tarpeen mukaan, viestistä voi tulla hyvin hienojakoinen. *Vastuu–ei vastuuta-* ja *oikein–väärin*-dikotomioiden lisäksi käytössä on laaja skaala, jolla oikeus voi tuottaa hyviä kertomuksia hyvästä elämästä. Mitä vahingonkorvauksen arvioinnin tekniikoiden eettinen käänne merkitsee? Mitä siitä voisi seurata? Lähdän seuraavassa liikkeelle kohtuullistamisesta.

¹²⁰³ Ks. Hirschman 1970.

¹²⁰⁴ Ks. esim. Williamson 1985 s. 163–204.

¹²⁰⁵ Ks. Pöyhönen 2000, jossa Karhu toteaa uuden varallisuus-oikeuden olevan leimallisesti oikeutta, joka ei tähtää oikeudellisten konfliktien ratkaisemiseen, vaan niiden välttämiseen. Uusi varallisuus-oikeus on, kuten Karhu esittää, liikejuristien oikeutta. Oikeusvelvollisuudet, jotka ovat Karhun käsitteistön keskiössä, ohjaavat kiinnittämään toimijoiden huomiota sellaisiin toiminnan aikana tehtäviin *oikeisiin* ja *vastuullisiin* valintoihin, jotka estävät konfliktin syntymisen. Oikeudesta siis seuraa jatkuvasti positiivisia velvollisuuksia toimia hyvällä ja perustellulla tavalla (s. 74–76).

¹²⁰⁶ Hyvistä pienistä kertomuksista ja muutoksen taustoista ks. Wilhelmsson 2001 luku 7, erityisesti s. 233–239. Wilhelmsson mainitsee eettiset pohdinnat juuri vastuunjakokysymysten yhteydessä. Näin varmasti on. Itse haluan korostaa erityisesti oikeudellisen ratkaisun merkitystä todellisuuden rakentamisessa.

Kohtuullistaminen lienee yksi niistä strategisista keinoista, jolla tällaiseen eettiseen sopeuttamiseen voidaan pyrkiä.¹²⁰⁷ Strategia on jokseenkin hankala, kahdestakin syystä. Liikevahinko on liikevahinkoa. Sekä delikti- että sopimusperusteisessa vahingonkorvauksessa kohtuullistamisvaatimuksiin on tavanomaisesti suhtauduttu varsin penseästi, varsinkin liiketoiminnassa. Joskus on jopa katsottu, että kohtuullistaminen ei soveltuisi lainkaan tasaveroisina pidettävien, liikeriskin omaksuneiden osapuolten välisiin sopimussuhteisiin.¹²⁰⁸ Vaikka näin radikaaleja positioita ei olisikaan omaksuttu, on esitetty, että kohtuullistamisen pitäisi olla poikkeuksellista ja vain harvoin käytössä. Juuri liikesuhteissa täyden korvauksen periaatteessa pitäytymistä on pidetty tärkeänä. Kohtuullistaminen ei olisi hyväksi vaihdannan intressille. Kun kohtuus assosioidaan sosiaaliseen oikeudenmukaisuuteen, sen katsotaan pääasiassa kuuluvan yksityishenkilöiden välisiin suhteisiin tai kuluttajaoikeuteen, jossa suhteet eivät ole tasa-arvoisia. Kohtuullistamista ei siis pidetä yleisesti legitiiminä liikesopimuksiin puuttumisen instrumenttina.

Toiseksi kohtuullistamista koskevat normit ovat vahingonkorvauksen määrän laskemista koskevan normijärjestelmän ytimen ulkopuolella. Niillä operoidaan vasta, kun oikea korvauksen määrä on tiedossa. Vaikka kohtuullistamista pidettäisiin yleisesti mahdollisena, kohtuullistamisharkinnassa lähtökohtana on kuitenkin täyden korvauksen määrän selvittäminen. Kohtuullistaminen voi tulla kyseeseen vasta, kun havaitaan, että täyden korvauksen tuomitseminen on jostakin syystä kohtuutonta. Kohtuus asettuu itsenäisenä kontrapunktina täyttä korvausta vastaan. Se on poikkeusinstituutio ja vastaus normaalin lähestymistavan tuottamaan anomaliaan. Kohtuullistamisnormiston käyttäminen sopeuttamisstrategiana vahvistaa perverssillä tavalla täyden korvauksen periaatetta. Se ylläpitää ajatusta siitä, että oikea ja luonnollinen vahingon määrä on olemassa ja että vahingonkorvauksen tulee vastata *normaalisti* tuota luonnollista määrää. Kohtuullistamisen mahdollisuus kätkee taakseen vahingonkorvausoikeuden sääntelyrakenteen epäonnistumisen. Anomaliat korjataan anomalialla.

Kohtuullistamisnormisto ei voi tästä syystä tuottaa kestäväää lähtökohtaa ”uudelle” vahinkojen korvaamiselle, ainakaan ilman, että kohtuullistamisnormiston asemaa ja ymmärrystapaa radikaalisti muutettaisiin. Kohtuullisuus täytyisi sijoittaa arvioinnin keskiöön, ymmärtää koko vahingonkorvauksen määrän ar-

¹²⁰⁷ Esko Hoppu viittaa vahingonkorvausoikeuden tulevaisuutta luotaavassa artikkelissaan tuomioistuinten korvaamista koskevien ratkaisujen harkinnanvaraistumiseen. Täyden korvauksen ja Alles-oder-Nichts-periaatteista tullaan Hopunkin mukaan enenevässä määrin luopumaan (Hoppu 1998 s. 1052).

¹²⁰⁸ Oikeuskäytännössä liikesopimusten sovitteluun – muulloin kuin muuttuneiden olosuhteiden perusteella – on suhtauduttu pidättyvästi. Ks. esim. Saarnilehto 2001 s. 433.

viointia konstitutiiviseksi peruseriaatteenksi.¹²⁰⁹ Täden korvauksen sijasta tulisi aina pyrkiä kohtuulliseen korvaukseen. Kohtuullistamismien tulevan käytön taustalla voikin hämmöttää uusi uuden liiketoiminnan sisäsyntyiseen logiikkaan soveltuva korvaamisen paradigma.

Yksi este tälle on, että kohtuullisen viitekehys on Suomen oikeudessa paitsi epämääräinen myös *sosiaalisesti* väritynyt. Oikeustoimilain ja vahingonkorvauslain kohtuullistamissäännökset ovat yleislausekkeita *sans rival*. Ne jättävät lainsoveltajalle laajan harkintavallan määrittellä, mitä kohtuullisuus on ja miten sitä hahmotetaan. Tavallisesti ymmärretään, että säännökset mahdollistavat erilaisten pääasiassa *sosiaalisten* tekijöiden huomioon ottamisen vastuu- ja vastuun ulottuvuusharkinnassa. Huomioon voidaan ottaa esimerkiksi erilaisia tilanteeseen vaikuttavia reaalisia, sosiaalisiksi määrittyviä seikkoja, kuten esimerkiksi osapuolten varallisuusolot. Korkeimman oikeuden linjausten mukaan vahingonaiheuttajan menettelyyn liittyvät seikat voivat niin ikään olla mahdollisia sovitelun perusteita. Osapuolten toimintatapojen moitittavuus on otettu huomioon kohtuullistamisharkinnassa samoin kuin sopimuksen syntymistä tai vahinkotahtumaa edeltäneet tai seuranneet muutokset olosuhteissa.¹²¹⁰

Tavanomaisesti sovitteluharkinta hahmottuu intressipunninnaksi, tosin eri tapaan kuin ennakoitavuusarviointi Hemmon mallissa. Intressipunninta keskittyy varallisuusoloihin, vahingonkorvausratkaisun vaikutuksiin vahingonaiheuttajan ja vahingonkärsijän taloudessa. Olisiko kohtuullista, että vahingonaiheuttaja kantaa vahingon? Olisiko kohtuutonta, jos vahinko jäisi sen kärsijän kannettavaksi. Tähän punnintaan sekoittuu preventiöpainotuksia.

Kohtuullisuusarvioinnin tavoitteeksi ja hahmoksi voitaisiin kuvitella jokin muu teko kuin intressipunninta, aivan samaan tapaan kuin ennakoitavuusarvioinnissakin. Kyse ei välttämättä edes olisi *moraalikeskustelusta* tai *moraalin eksplikoimisesta* oikeudenkäynnin luomassa julkisessa tilassa, kuten Wilhelmsson esittää. Oikeudellisen päätöksenteon tavoite muuttuu suorastaan megalomaaniseksi: vahingonkorvauksen määrää koskevassa ratkaisussa tuomioistuim voi tehdä ontologiapolitiikka, eksplikoida hyvän maailman rakenteita, tuottaa rakennuspalikoita sosiaalisille odotuksille ja toimijoiden identiteeteille. Vahingonkorvauksen määrää laskettaessa ei etsitä jo olemassa olevaa, objektiivista, valmista ja löydettävää maailmaa, vaan luodaan hyvä maailma.

Puhun tarkoituksella etiikasta, en moraalista. Valinnalle on kaksi syytä. Etiikka assosioituu hyvän elämän edellytyksiin. Tämä on yksi tutkimuksen keskeisistä oikeutta koskevista väitteistä. Oikeudessa eksplikoidaan (jo nyt) hyvän

¹²⁰⁹ Vrt. esim. Hemmo 1996 s. 319–322. Ks. tällaisen käännöksen hahmottelusta vahingonkorvausoikeudessa yleisesti Pöyhönen 1999 s. 339–350.

¹²¹⁰ Ks. myös av. 1430 esitettyä.

elämän ja hyvien identiteettien reunaehtoja. Toiseksi etiikka ei ole sääntöpohjaista samassa mielessä kuin universaaleihin ja yleisiin moraaliperiaatteisiin tyhjentävä moraal. Etiikka on kiinni kussakin tilanteessa eikä sitä voi määritellä abstraktilla tasolla, aivan kuin vahinkojen korvaaminenkin.

Jokaisesta vahingonkorvauksen määrää koskevasta ratkaisusta ei tietenkään tule megalomaanista maailmanrakennusprojektia. Olemassa olevat säännöt ovat useimmiten käyttökelpoisia. Niissä kuvastuva maailma on samalla hyvä ja tarkoituksenmukainen, eettisesti hyväksyttävä. Silloin, kun vahingonkorvauksen laskemisen säännöt tuottavat ympärilleen hyvän ja ongelmattoman maailman, tämän maailman luonnollisia ja todellisia tapahtumia on täysin järkeenkäypää ryhtyä imitoimaan. Toisaalta jos maailma ei ole hyvä eikä tarkoituksenmukainen, sitä on kehitettävä. Lopputuloksena voisi olla monimutkainen tasapainoteltu luonnollisen korvaamisen – jolla tarkoitan täyden korvauksen periaatteeseen rinnastuvaa ideaa ”todellisen” vahingon määrän siirtämisestä vahingonaiheuttajalta vahingonkärsijälle –, todellisuuden rakenteiden ylläpitämisen ja uusintamisen, toimijaidentiteettien eksplikoimisen, vahingonkärsijän oikeuksien symbolisen tunnistamisen ja tunnustamisen ja eettisen keskustelun välillä. Tasapainoilu painottunee kuitenkin vaikeisiin tapauksiin. Objektiiivisella arvon korvaamisella ja vahingonkorvauksella ei ole tulevaisuudessa enää vaikeissa tapauksissa kovinkaan paljon tekemistä keskenään.

Erityisen mielenkiintoisen lisänsä simuloimisen, kohtuullisuuden ja vahingonkorvauksen funktioita koskeviin pohdiskeluihin tuovat kaksi jo vanhastaan hyvin tunnettua periaatetta: vahingon rajoittamisvelvollisuus ja vahingonkärsijän myötävaikutus. En voi tässä yhteydessä käsitellä periaatteita koskevia sääntöjä tarkasti, mutta esitän muutaman huomion. Yleisen oikeusperiaatteen mukaan vahingonkärsijän on pyrittävä rajoittamaan kärsimäänsä vahinkoa ja ryhtyä tämän tavoitteen saavuttamiseksi tarpeellisiin toimenpiteisiin. Vahingonrajoittamisvelvollisuus esitetään usein vahingon määrän laskemisen säännöistä erillisenä säännöstönä.

Myötävaikutussäännöissä kuvastuva käsitys rahasta ja mahdollisista rahan käyttämisen tavoista on mielenkiintoinen. Pohjoismaisessa doktriinissa myötävaikutusta on pidetty jo vanhastaan täysin hyväksyttävänä perusteena poiketa kaikista tai ei mitään -maksuista.¹²¹¹ Vahingonkorvauksen määrää on voitu

¹²¹¹ Vrt. kuitenkin Bengtsson 1982 s. 82–87, jossa Bengtsson esittää, että korvausta ei alenneta alle täyden korvauksen. Hahto on omaksunut saman kannan Hahto 2004 s. 204. Täyden korvauksen periaatteesta poikkeamista korostava ajattelutapa edellyttää, että vahinkotapahtuman jäljet käsitellään yhdeksi seurausketjuksi. Jos vahinkotapahtumalla on useita erillisiä seurausketjuja, myötävaikutussäännöllä voidaan operoida ilman, että samanlainen hyvin selkeästi ”epäluonnollinen” rahan käyttötapaa joudutaan operationalisoimaan. Tällöin voidaan sanoa, että vahingonkärsijän oma menettely oli pääsyy johonkin seurausketjuun ja että vastuu myötävaikutussäännön seurauksena tästä syystä rajautuu pois.

sovitella, jos vahingonkärtsijä on itse myötävaikuttanut vahingon syntymiseen.¹²¹² Jos vahingonkärtsijä ei ole aiheuttanut vahinkoa, hänen ei tule sitä korvatakaan. Sääntö on tuottamus-periaatteen jatke, jossa kausaalisuuteen liittyvät seikat puoltavat säännön olemassaoloa. Bengtsson on todennut, että ”det är svårt att komma ifrån att den skadelidandes handlande kan utgöra en väsentlig faktor i skadeförloppet; det kan på ett avgörande sätt bidra till skadans uppkomst eller påverka dess storlek.”¹²¹³

Kirjallisuudessa on usein esitetty, että myötävaikutussäännön käyttämisen jälkeenkin vahingonkärtsijä saa *täyden korvauksen* siitä vahingosta tai vahingon osasta, jonka aiheuttajan menettely aiheutti. Myötävaikutussääntö toteuttaa ajatusta empiirisestä ja ei-normatiivisesta kausaalivastuusta. Ajatusta on tietyissä oloissa vaikeahkoa ymmärtää. Jos vahinkotapahtumasta lähtee ainoastaan yksi yhtenäinen johdonmukainen tapahtumaketju, tapahtumaketjun aiheuttamaa räsistusta ei voi jakaa vahingonaiheuttajan ja -kärtsijän kannettaviksi muutoin kuin turvautumalla arvionvaraiseen arviointiin paitsi kahdessa tapauksessa: jos vahingonkärtsijän menettely johti vahinkotapahtuman seurausten pahenemiseen siitä, mitä ne olisivat ilman myötävaikutusta, tai jos vahinkoseurausketjussa on haaroja, joiden pääasialliseksi syyksi myötävaikutus voidaan hahmottaa. Ensimmäinen tapaus voi olla käsillä, kun vahingonaiheuttaja on provosoinut vahingonaiheuttajaa ja seurauksena on ollut pahoinpitely. Tällöinkin on välttämätöntä olettaa, että vahingonkärtsijä olisi tullut joka tapauksessa pahoinpidellyksi.

Edellä mainittuja tilanteita tavallisempaa lienee, että vahinkotapahtumalla on kaksi siihen adekvaattisessa yhteydessä olevaa syytä: vahingonaiheuttajan menettely ja vahingonkärtsijän myötävaikutus, ja että näiden syiden välillä ei voida kovin mielekkäästi tehdä kausaalisuusperusteella erottelua. Väitänkin, että tavallisesti myötävaikutussäännössä ei jaeta pelkästään seurauksia syyseurausmielessä, vaan ilmaistaan käsitys siitä, miten vahingonaiheuttajan menettely pitäisi *normatiivisesti* ottaa huomioon, kun vahinkotapahtuman seurauksia jaetaan vahingonaiheuttajan ja -kärtsijän kesken. Tekijät, jotka arvioinnissa otetaan huomioon, eivät varmastikaan tyhjene puhtaisiin kausaalisuuspohdintoihin, vaan arvioinnissa jaetaan myös *moitetta*. Myötävaikutusperusteisen sovittelun käytännön muodot puhuvat tällaisen käsityksen puolesta. Vahingonkärtsijälle tuomitaan suoritettavaksi useimmiten jokin ”todellisen” vahingon määrän (eli täyden korvauksen) murto-osa. Murto-osan suuruus vastaa tuomioistuimen käsitystä siitä, miten suurelta osin vahinko oli vahingonkärtsijän syytä. Jos myötävaikutussäännöllä jaetaan myös moitetta, huomionarvoiseksi tulee, että mitään rahan ”väärinkäyttöön” tavallisesti liittyviä huonon omantunnon ja katumuksen merkkejä ei ole näkyvissä. Näyttää siltä, että rahan avulla voidaan nyt jakaa syyllisyyttä ja ilmaista syy-seuraussuhteiden erityispiirteitä täysin ongelmatta ja luonnollisesti. Tilanne on hämmästy-

¹²¹² Ks. esim. Grönfors 1954 s. 19–30; Bengtsson 1982 s. 20–30; Hahto 2004 s. 207–208.

¹²¹³ Bengtsson 1982 s. 36. Ks. myös Stang 1927 s. 70–71. Stang selittää myötävaikutussäännön juuri adekvaattisuusperusteella. Kaikki adekvaattisessa suhteessa vahinkotekoon oleva vahinko on korvattava. Jos kausaliteetti puuttuu, korvausvelvollisuuttakaan ei voi olla. Ks. yleisesti myötävaikutussäännön perusteluista Grönfors 1954 s. 19–30; Hahto 2004 s. 185–194; Hemmo 2005b s. 207–215; Mielityinen 2006 s. 333–337; Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006 s. 421–431.

tävä. Siinä, että tuomioistuin katsoo vahingon olleen esimerkiksi kolmasosaksi vahingonkärsijän oman myötävaikutuksen tulosta ja tuomitsee vain kaksi kolmasosaa vahingonkorvauksesta, ei nimittäin ole mitään luonnollista. Periaatteessa ongelma täysin on sama kuin silloin, kun vahingonkorvauksen määrä sovitetaan vahingonaiheuttajan syyllisyyden mukaan. Tarvitaan välittävä teknologinen kerros, joka mahdollistaa syyllisyyspohdintojen siirtämisen rahamääräisiksi suureiksi.¹²¹⁴ Ja syyllisyyden osalta moinen ei ole edelleenkään hyväksyttävää.

¹²¹⁴ Myötävaikutusarviointi voidaan tyypiltään jakaa pääasiassa kahteen kategoriaan, joita anglo-amerikkalaisessa kirjallisuudessa kutsutaan *comparative* ja *contributory negligence*ksi. Suomalainen myötävaikutusarviointi vastaa *comparative negligence*a. Siinä vahingonkorvauksen määrä voidaan sovittaa vastaamaan vahingonkärsijän suhteellista merkitystä vahingon syntymiseen. *Contributory negligencessä* tätä mahdollisuutta ei ole. Arviointi on binaarista. Joko vahingonaiheuttajan myötävaikuttava tuottamus aiheutti vahingon, jolloin vahingonaiheuttaja ei sitä joudu korvaamaan, tai se ei sitä aiheuttanut. Jos päädytään jälkimmäiseen vaihtoehtoon, vahingonaiheuttaja ei korvaa vahinkoa. Vrt. Englannin oikeuden osalta Markenis – Deakin 1994 s. 185–186. Jos myötävaikutus on – vaikkapa vahinkoerittäinkin – jälkimmäistä laatua, välittävää teknologista kerrosta ei tarvita.

7. LUKU

Vakuutuksellinen korvaaminen

Tässä luvussa pohdin tilapäisen haitan korvaamista. Lähtökohtanani ovat liikennevahinkolautakunnan taulukot, joita kirjallisuudessa esitettyjen tietojen perusteella käytetään tavanomaisesti tilapäisen haitan korvaamiseksi. Mistä taulukot ovat tulleet? Kuka ne on laatinut? Miksi ne ovat legitiimejä vastauksia tilapäisen haitan määrän arvioinnin ongelmiin?

Ennen näitä kysymyksiä tarkastelen sitä, mitä tilapäinen haitta on. Hallituksen esitys 167/2003 Eduskunnalle laiksi vahingonkorvauslain muuttamisesta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi joutuu puolivihamielisen lähiluvun kohteeksi. Pohdin, mitä objektiivisuuden teema merkitsee tilapäisen haitan kannalta. Ajattelen, että kysymys on taasen Bruno Latourin tarkoittamasta objektisuudesta. Tilapäinen haitta tunnistetaan sen ulkoisten ilmenemismuotojen perusteella ja siitä pyritään tekemään mitattavaa. Samalla kokemus, tunteukset joutuvat sivulauseisiin.

Taulukkojen syntyhistoria avaa tien vakuutuksellisuuteen. Taulukot on laadittu vakuutusjärjestelmän piirissä, kaikei suhteellisen mielivaltaisesti. Ne ovat kuitenkin legitiimejä. Miksi? Ajattelen, että vakuutuslaitoskykentä on merkittävä. Tilapäisen haitan korvaaminen saa vakuutusjärjestelmissä mielekkään yhteyden. Se voidaan määritellä samoin kuin vakuutustapahtuma ja sille voidaan antaa samalla tavalla rahamääräinen merkitys kuin muillekin vakuutustapahtumille. Yhteys luonnollisten prosessien, taloudellisen arvon ja vahingon väliltä katkeaa. Tilapäisestä haitasta maksetaan neuvoteltu ja keinotekoinen korvaus. Toisaalta myös liikennevakuutusjärjestelmän ihmiskuvalliset ehdot määrittävät korvausta. Se on kaikille sama, iästä, sukupuolesta ja varallisuusasemasta riippumatta.

Luvun lopussa yritän hahmottaa, mitä vakuutuksellisuus merkitsee tilapäisestä haitasta maksettavan korvauksen teoreettisen pohjan kannalta. Käyn läpi kirjallisuudessa tilapäisen haitan määrän arvioinnille esitettyjä teoreettisia viitekehyksiä ja päädyn Margaret Jane Radinin esittämään tunnistamisen ja tunnustamisen ideaan. Tilapäisestä haitasta maksettava korvaus mitoitetaan siten, että vahinkotapahtuman merkitys tulee mielekkäältä tavalla tunnistetuksi ja tunnustetuksi.

1 TAULUKOT JA NIIDEN ARVOITUS

Liikennevahinkolautakunnan taulukoita on tavanomaisesti käytetty apuna, kun kivusta ja säyrystä maksettavan korvauksen määrää arvioidaan¹²¹⁵. Pysyvän haitan perusteella maksettava korvauksen määrä vastaa niin ikään useimmiten suuruudeltaan liikennevahinkolautakunnan taulukoissa määrättyjä laskentakaavoja ja määriä. Sama koskee pysyvää kosmeettista haittaa eli vamman aiheuttamia ruumentavia arpia.¹²¹⁶

En käsittele tässä tutkimuksessa pysyvän haitan korvaamista. Luvussa hahmottuva korvausharkinnan vakuutuksellisuutta koskeva ajatus soveltuu kuitenkin nähdäkseni myös pysyvän haitan arviointiin. Pikemminkin voitaneen ajatella, että pysyvän haitan arvioiminen¹²¹⁷ on jopa vakuutuksellisempaa¹²¹⁸ kuin tilapäisen haitan korvaaminen.

Vahingonkorvausharkinta on erilaisia taulukoita käytettäessä erikoislaatuista, mutta samalla ymmärrettävää ja intuitiivisesti hyväksyttävissä. Hyväksyttävyyttä taakseen tärkeän seikan. (H)aavekuvassa taulukot olisivat outoja ja myös anomaalisia, vääriä vahingon määrän arvioimisen välineitä.¹²¹⁹ Taulukoiden käyttäminen nimittäin muuttaa korvausharkintaa ratkaisevasti.

Kun arvioija käyttää taulukkoja, hän ei arvioi aineettoman vahingon oikeaa suuruutta vapaasti esimerkiksi jonkinlaisen differenssimenetelmän avulla. Arvioija ei pyri arvioimaan itsenäisesti aineettoman vahingon määrää. Sen sijaan arviointi kiinnittyy taulukkoon ja sen tuottamaan skeemaan. Arvioija vertaa käsiteltävää tapausta niihin tunnusmerkkeihin, joita taulukot tuottanut taho – joko henkilövahinkoasiain neuvottelukunta tai liikennevahinkolautakunta – on esittänyt. Arviointi typistyy tapauksen ja taulukon välisen yhtäläisyyden etsimiseksi.

¹²¹⁵ Ks. Hemmo 2005b s. 179; Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006 s. 384–385. Tilanteesta Ruotsissa ks. Bengtsson – Strömbäck 2002 s. 194–195; Hellner – Radetzki 2006 s. 391–392. Käytän seuraavassa kipua ja särkyä viittaamaan henkilövahinkouudistusta edeltäneeseen oikeustilaan. Puhuessani uudistuksen jälkeisestä ajasta puhun tilapäisestä haitasta tai kivusta ja säyrystä ja muusta tilapäisestä haitasta.

¹²¹⁶ Ks. esim. Hemmo 2005b s. 179; Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006 s. 384–385; Saarnilehto 2007 s. 141–142. Tilanteesta Ruotsissa ks. Dufwa 2002 s. 85; Bengtsson – Strömbäck 2006 s. 207; Hellner – Radetzki 2006 s. 398.

¹²¹⁷ Suomalaisessa kirjallisuudessa pysyvä haitta on jäänyt pitkälti vähälle huomiolle. Varsin lyhyistä selvityksistä ks. esim. Hemmo 2005b s. 177–180; Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006 s. 389–393. Ruotsalaisesta kirjallisuudesta asiaa käsitellään laajasti erityisesti Bengtssonin ja Strömbäckin yleisesityksessä (Bengtsson – Strömbäck 2006 s. 199–225). Vahinkolajiin liittyvistä käsitteellisistä ongelmista tiiviisti ks. Nordenson 1984 s. 404–406.

¹²¹⁸ Ks. jäljempänä jaksot 7.7 ja 7.14.

¹²¹⁹ Taulukoiden käyttö on osa vahingonkorvauksen arvioinnin standardisoimispyrkimyksiä. Standardisoimisesta ks. Nordenson 1984 s. 404.

Kun vastaavuus löytyy, korvauksen määräkin selviää. Menettely vaikuttaa yksinkertaiselta ja tehokkaalta. Se on myös objektiivista, ennustettavaa ja yhdenvertaista. Taulukot ovat kaikille samat. Samanlaisissa tapauksissa tuomitaan samanlainen korvaus. Korvaus ei ole riippuvainen ratkaisijan mielihaluista tai muista sattumanvaraisista tekijöistä.

Taulukot ovat erinomaisen käyttökelpoisia. Ei ole yllättävää, että niitä sekä käytetään yleisesti että myös pidetään legitimeinä. Tosiassiallisen korostaminen häivyttää kuitenkin kuvasta normatiivisen. Emme kysy, miksi ja millä perusteella taulukot ovat ja voivat olla legitimejä ja käyttökelpoisia. Unohdettu miksi-kysymys on luvun keskiössä. Pyrin selvittämään, miksi taulukoita voidaan käyttää ja mitä niiden käyttämisestä seuraa.

Lähtökohdat eivät ole täysin ongelmattomat. Taulukoiden legitimizeettiä tarkasteltaessa on syytä pitää mielessä aineettoman vahingon hankala systemaattinen asema vahinkojen korvaamisen yleisissä opeissa. Taulukkoja käytetään tavanomaisesti *aineettoman* vahingon korvaamisessa. Tälle on syynsä. Syy liittyy yhtäältä rahaan ja sen kykyihin, mutta toisaalta myös vahinkojen korvaamiselle asetettaviin tavoitteisiin. Jos vahinkotapahtumalla ei ole hintaa ja jos sitä ja sen jälkiä ei pystytä poistamaan fyysisen ennallistamisen avulla eikä vahinkotapahtumasta vapaan maailman taloudellisella simuloimisella voida menestyksellisesti vaikuttaa vahinkoteon seurauksiin, näytetään vahinkojen korvaamisessa turvaututtavan helposti taulukoihin. Ne näyttävät – ei vain Suomessa tai muissa Pohjoismaissa – olevan vastaus aineettoman vahingon arvioinnin käytännöllisiin ongelmiin. Kun rahaa ei voida käyttää hyväksyttävällä tavalla muutoin, käytetään taulukkoa.¹²²⁰

Keskeinen ongelma on taulukoiden perusteella maksettavien korvausten objektiivisuus. Aineettomasta vahingosta maksettavaa korvausta on pidetty subjektiivisena ja mielivaltaisena siitä syystä, että aineettoman vahingon määrän arvioinnille ei ole objektiivisia mittapuita. Korvauspäätökseen sisältyy tästä syystä aina subjektiivinen, emotionaalinen ja mielivaltainen elementti. Tämän arviointiin välttämättä liittyvän elementin seurauksena vahingon määrää koskevasta arvioista tulee hankalasti hallittava ja välttämättä subjektiivinen.¹²²¹ Aineettoman vahingon korvaaminen on tästä syystä ollut teoreettisesta näkökulmasta rahan väärinkäyttöä, illegitiimiä ja epäaitoa vahinkojen korvaamista, moraalista vaikeuttamista, joka ei kuulu siviilioikeuden alaan.

Keskeinen väitteeni tutkimuksen tässä luvussa on, että erilaiset taulukot ovat osoittautuneet käyttökelpoiseksi ratkaisuksi subjektiivisuuden, emotionaalisuuden ja objektiivisuuden puutteen ongelmaan. Niiden avulla on pystytty järjestä-

¹²²⁰ Vrt. myös edellä selostettuun korkeimman oikeuden ratkaisuun KKO 2001:28.

¹²²¹ Ks. esim. Saxén 1975 s. 81–83; Sisula-Tulokas 1995 s. 55; Hemmo 2005b s. 174–175; Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006 s. 388–389.

mään aineettoman vahingonkorvauksen määrän harkinta (h)aavekuvalle ominaisten vahinkojen korvaamisen yleisten oppien ytimenkin normatiivisiin vaateisiin nähden (ainakin osittain) ongelmattomalle perustalle. Taulukot poistavat korvausharkinnasta subjektiivisuuden ja mielivaltaisuuden. Ne muuntavat subjektiivisen korvaamisen objektiiviseksi. Mutta millä tavalla taulukot ovat objektiivisiä? Mikä tekee niistä objektiivisiä?

Taulukoiden arvoituksen ratkaisu löytyy niiden historiasta, tarkemmin sanoen niiden kytkennästä *vakuutusjärjestelmiin*. Raha ja ne teknologiat, joilla vahingon määrä lasketaan, saavat keskeisen aseman. Aineettoman vahingon korvaamisen suurin ongelma on, että laskemisella ja siten rahan käyttämiselle ei ole olemassa legitiimiä, objektiivista perustaa. Vakuutusjärjestelmä on tarjonnut tuon perustan. Taulukoissa kuvastuu *vakuutuksellinen* tapa käyttää rahaa. Tämä tapa *poikkeaa* muista vahingonkorvausoikeudessa tavattavista rahankäyttötavoista. Se on myös legitiimi. Taulukoiden käyttäminen on legitiimiä, koska niiden taustalla oleva rahankäyttötapa on omassa kontekstissaan – vakuutusjärjestelmien sisällä – niin legitiimi ja hyväksytty, että se voi lainata perustelun myös välittömän ympäristönsä ulkopuolelle.

2 KIVUN JA SÄRYN ONGELMA

Laki vahingonkorvauslain muuttamisesta (509/2004) tuli voimaan 1.1.2006. Lain myötä saatettiin päätökseen henkilövahinkouudistus. Uudistuksen tärkein painopiste oli aineettomien henkilövahinkojen korvauskäytäntöjen selventämisessä ja täsmentämisessä. Säännösten sanamuotoja pyrittiin yksinkertaistamaan ja vanhentuneiden sanamuotojen tilalle vaihdettiin ymmärrettävämpiä ilmauksia. Asiaa valmistelleella hallituksen esityksellä voisi puolivihamielisen lähiluvun perusteella kuitenkin myös hahmottaa olevan julkilausumattomia tavoitteita.¹²²² Yksi näistä tavoitteista näyttäisi itse asiassa olevan muokata vahinkojen korvaamisen yleisiä oppeja siten, että aineettomien vahinkojen korvaamisesta tulisi osa vahingonkorvausoikeuden ”kovaa ydintä”. Jotta kivusta ja särystä voidaan muokata salonkikelpoinen vahinkolaji, *tilapäinen haitta*, se on objektoitava. Hallituksen esityksessä tilapäisestä haitasta maksettava korvaus pyritäänkin – niin esitystä voi lukea – *normaalistamaan* siten, että korvauksen arviointisään-

¹²²² Hallituksen esityksen ”julkisista” tavoitteista ks. HE 167/2003 vp s. 1 ja 19. Uudessa laissa muokataan myös henkilövahinkojen sääntelyn käsitejärjestelmää. Merkittävimpinä muutoksista voidaan pitää erityisen kärsimys-vahinkolajin luomista. Ks. kärsimyksen korvaamisesta luvussa VII esitettyä.

töjen teoreettisen kehityksen ja taloudellisen vahingon korvaamisen välille luodaan läheinen vastaavuussuhde.¹²²³ Siitä tulee tilapäistä haittaa.

Lähtötilanne tälle projektille on ongelmallinen. Perinteisen ajattelutavan mukaan kivulla ja säryllä mahdollisesti korvattavina vahinkolajeina¹²²⁴ ei voi olla vahingonkorvausoikeudellisen normiston perusrakenteen edellyttämää rahamääräistä taloudellista arvoa.¹²²⁵ Ne eivät ole varallisuuseriä vaan aineetonta eli ei-taloudellista vahinkoa. Samalla ne ovat systemaattisesti anomaalisia, epätodellisuuden, epätieteellisyyden ja epätarkkuuden leimaamia. Miksi näin on? Ajatellen, että ongelmat juontuvat kolmesta kivun ja säryn korvaamisen ominaispiirteestä: kivun ja säryn *poistamisen* käytännön hankaluuksista, kivun ja säryn eiruumiillisuudesta sekä rahan yhteensovittamattomuudesta kivun ja säryn kanssa.

Perustavin ongelmista on, että kivun ja säryn poistaminen – tai kuten Margaret Jane Radin asiaa nimittää *rektifikaatio*¹²²⁶ on käytännössä mahdotonta. Koska tilapäinen haitta on ensisijaisesti kokemuksia, mielentiloja, on vaikeaa ajatella, että niitä voitaisiin jollakin tavoin jälkikäteen poistaa, ainakaan rahan avulla.¹²²⁷ Kokemukselliset vahinkotapahtumat näyttäytyvätkin selkeinä vastapoleina aineellisille vahingoille, joiden poistaminen rahan avulla näyttää olevan mahdollinen toimitus. Kipuun ja särkyyn vahingon taloudellisen arvon siirtäminen ei kuitenkaan pure. Kipu jää jäljelle. Rektifikaatiotavoitteen ja rikastumiskiellon näkökulmista kivun ja säryn korvaaminen näyttää rahan ja vahingonkorvauksen väärinkäytöltä. Kun kipua ja särkyä ei voida poistaa objektiivisessa mielessä, kivun ja säryn korvaaminen ei ole vahinkojen korvaamista.¹²²⁸

Toinen ongelma juontuu siitä, että kivulta ja säryltä puuttuu – tai ainakin menneisyydessä puuttui – fyysinen ilmenemismuoto.¹²²⁹ Perinteisessä, vahingonkorvausoikeudessa vaadittiin, että oli olemassa selkeästi tunnistettava reaali vahinko,

¹²²³ Ks. Dahlstrand 2007 s. 74–79. Dahlstrand väittää, että erityisesti kärsimyskorvauksissa, joita hän kutsuu *puhtaasti ideaalisiksi* (rent ideella) korvauksiksi, kielenkäyttö on viime vuosina muuttunut. Korvaukset ovat normaalistuneet.

¹²²⁴ Tässä kohtaa en puhu kivusta ja särystä vahinkolajina vaan pikemminkin vahinkotyyppinä, jonka juridinen määrittely on vielä avoin.

¹²²⁵ Ks. esim. viimeaikaisesta kirjallisuudesta Sisula-Tulokas 1995 s. 55–56; Nygaard 2000 s. 121; Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006 s. 388–389; Dahlstrand 2007 s. 21–22; Schultz 2008 s. 48–49.

¹²²⁶ Ks. Radin 1993 s. 60–61.

¹²²⁷ Sen sijaan esimerkiksi esine- ja osittain myös ruumiinvammojen osalta rektifikaatio on ainakin tiettyynajaan asti mahdollinen. Vahingonkorvauksella voidaan varsin usein ”ostaa” fyysisen maailman, niin esineiden kuin kehojenkin, palauttaminen vahinkotekoa edeltäneeseen kuntoonsa. Sama koskee myös pitkälti varallisuusvahinkoja.

¹²²⁸ Ks. BGB:n esitöistä esim. Motive zum EBGB s. 801.

¹²²⁹ Ks. esim. Sisula-Tulokas 1995 s. 55–57.

josta seurasi kustannuksia tai edunmenetys.¹²³⁰ Kivulla ja säryllä tällaista reaali-vahinkoluonnetta ei ollut eikä niistä myöskään seurannut välittömästi taloudellista vahinkoa. Ruumiinvammaisestakin kivusta seuraa vain kivun ja säryn inhimillinen fyysinen *kokemus*¹²³¹. Kipu ja särky ovat *kokemuksellisia henkilövahinkoja*. Kokemuksellisuus tekee kivusta ja särystä seuraavasta vahingosta aina välillistä. Reaalivahingon ja vahinkoseurauksen väliin ilmestyy hankala ihmisen mieleen liittyvä osa, jota ei voida hallita.¹²³² Perinteisessä vahingonkorvausoikeudessa¹²³³ penseä suhtautuminen kivun ja säryn korvattavuuteen selittynee osaltaan juuri sillä, että kivun ja säryn kokemiseen johtavista fysiologisista prosesseista, kipuaistimuksen syntytavasta, ei 1900-luvun ensimmäisinä vuosikymmeninä tiedetty tarpeeksi. Kipu ja särky pysyivät tästä syystä kokemuksellisina, ehkä paremmin sanoen eksistentiaalisina ilmiöinä. Perinteistä vahingonkorvausjärjestelmää rakentaneilla oikeustieteilijöillä ei ollut tämän ajatuksen ylittämiseen tarpeellista, selkeää käsitystä hermoston toiminnasta ja siitä, miten kipuaistimus syntyy. He eivät voineet kuvitella ihmisen hermostoa ja aistijärjestelmiä samalla tavalla kuin me voimme.¹²³⁴ Yksilön mielen mahdollisesta heikkoudesta johtuvaa kärsimystä ei voitu erottaa todellisesta kivusta ja särystä. Kivun ja säryn kokemusten hahmotettiin olevan, kuten Sisula-Tulokas toteaa, ”subjektiva, vaga, obestämda”^{1235 1236}.

Kolmas kivun ja säryn penseään kohteluun johtanut tekijä on ehkä edellä esitetyistä tärkein. Se liittyy rahaan ja sen ominaisuuksiin. Viime vuosisadan ensimmäisten vuosikymmenten aikana pohjoismaisessa keskustelussa vakiintui näkökanta, jonka mukaan aineettomiin henkilövahinkoihin *ei voitu* vaikuttaa rahan avulla. Tämä oli (h)aavekuvan keskeinen ominaispiirre.

¹²³⁰ Ks. tällaisen suhtautumisen syistä lyhyesti esim. Levit 1992 s. 175–180; Sisula-Tulokas 1995 s. 55–57; Cane 1997 s. 67–69.

¹²³¹ Ks. esim. Lech 1973 s. 168–173; Routamo – Ståhlberg 1995 s. 198; Strömbäck 2006 s. 1099.

¹²³² Ks. esim. Brusiin 1953 s. 18; Levit 1992 s. 175–180; Hellner 1993 s. 453–457; Sisula-Tulokas 1995 s. 55–63; Chamallas 1998 s. 491; Karner 1999 s. 91–103; Merkel 2006.

¹²³³ Tässä on syytä pitää erillään perinteinen moderni – 1800-luvun aikana syntyvä ja jo mennyt – ja esimoderni vahingonkorvausoikeus. Penseä suhtautuminen kipuun ja särkyyn on tulosta (h)aavekuvalle ominaisen ideologisen kompleksin vakiintumisesta vahingonkorvausoikeuden taustalle. Aiemmassa esimodernissa vahingonkorvausoikeudessa tällaista suhtautumista ei voida erottaa. Ks. esim. Göthel 2005.

¹²³⁴ Ks. esim. Levit 1992 s. 191–192 ja erityisesti s. 184–186.

¹²³⁵ Sisula-Tulokas 1995 s. 55. Sisula-Tulokkaan esityksessä käy selkeästi ilmi suunta, josta aineettomuutta on lähdetty purkamaan. Kysymys on juuri varmuuden etsimisestä. Tämä kuvastuu erityisesti kivusta ja särystä maksettavan korvauksen asteittaaisessa laajenemisessa ensin kivunhallintakuluihin, ruumiinvammoihin ja diagnosoitaviin mielenterveyden häiriöiden aiheuttamiin kustannuksiin. Ks. Sisula-Tulokas 1995 s. 63–66.

¹²³⁶ Entistä epämääräisempi tilanne oli silloin, kun kipuun ja särkyyn verrattavia kokemuksia väitettiin aiheutuvan ilman, että minkäänlaisia ruumiillisia muutoksia voidaan havaita esimerkiksi psykykkisten häiriötilanteiden yhteydessä. Sisula-Tulokas puhuikin tällöin osuvasti ns. kaksinkertaisesti aineettomuudesta (*dobbel immaterialitet*). Ks. tältä osin Sisula-Tulokas 1995 s. 56.

Ensinnäkin kysymys oli käytännöllisestä ongelmasta, joka liittyi rahan *kykyihin*. Rahamääräisen vahingonkorvauksen käyttäminen oli irrationaalista, koska rahan ja aineettomien henkilövahinkojen välillä ei ollut suoraa yhteyttä. Ne olivat yhteen sovittamattomia.¹²³⁷ Tätä näkökantaa perusteltiin sillä, että aineettomille vahingoille ei ollut olemassa *ns. objektiivista mittapuuta*. Vahingonkorvauksen määrää koskevaa arviointiratkaisua ei voitu kiinnittää mihinkään objekti(ivi)sesti koeteltavissa olevaan ja hyväksytyyn rahan käyttömenetelmään tai -tapaan, koska vain rahan luonnolliset, spontaanit ja objektiiviset käytöt olivat hyväksyttäviä. Ajateltiin, että raha oli vaihdon väline ja näin ollen rahan luonnollisia käyttäjiä olivat ne, joissa sitä käytettiin vaihdossa. Vaihtoa ei hallinnut yksikään yksittäinen taho, vaan se perustui yksilöiden massamittaiselle ja spontaanille kommunikaatiolle. Ei-subjektiivisuus, spontaanisuus ja kontrolloimattomuus kääntyivät objekti(ivi)suudeksi.

Toiseksi asiaa voidaan lähestyä myös eettisten ja myös uskonnollisluonteisten käsitysten suunnasta. Osa kirjoittajista ajatteli, että rahalla voitiin tehokkaasti vaikuttaa myös erilaisiin aineettomiin vahinkoihin.¹²³⁸ Samaan aikaan oli kuitenkin tavallista ajatella, että tätä teknistä mahdollisuutta *ei tullut* hyödyntää. Perustelut olivat eettiset: rahan ei haluttu ulottavan omaa laskelmoivaa, maallista rationaliteettiaan ja merkitysreferenssiään aineettomien henkilövahinkojen kaltaisiin, ainutlaatuisiin inhimillisiin kokemuksiin. Kivun, säryn ja kärsimyksen ei haluttu olevan kaupan; niihin ei haluttu suhtauduttavan kylmän laskelmoivasti kauppatavaroina.¹²³⁹ Kivun, säryn ja kärsimyksen haluttiin pysyvän *pyhinä*, maallisen taloudellisen toiminnan piirin ulkopuolella.¹²⁴⁰

Kipu ja särky jäivät näistä syistä perinteisen järjestelmän näkökulmasta *systemaattisesti anomaalisiksi vahinkolajeiksi*. Vahinkolaji oli olemassa, mutta sen ei haluttu olevan olemassa. Anomaalisesta asemasta seurasi, että ei-taloudelliseksi hahmotetusta vahingosta maksettava korvaus oli pitkänsä toissijaista, *ei-oikeata*

¹²³⁷ Ks. Kaufmann 1963 s. 425; Lange – Schiemann 2003 s. 423–427.

¹²³⁸ Ks. Scheel 1893 s. 454–455.

¹²³⁹ Tämän aiheen dokumentointi on hankalaa, koska moraalisiin, eettisiin ja ehkäpä jopa transendenttisiin myyttisiin uskomuksiin ei hevin haluttu rationaalisuutta korostaneessa varhaisessa skandinaavisessa realismissa viitata. Ks. esim. Hagerup Bullin ajattelutapaa (Hagerup Bull 1920 s. 167). Ks. myös Kaufmann 1963 s. 425.

¹²⁴⁰ Ajattelutapa on korostuneesti esillä Fredrik Stangin kirjoituksissa. Stang kirjoittaa mm., että ”[d]et siges undertiden, at en retsorden, som bare gir ertatning for økonomiske værdier er materialistisk; den virkelige forstaaelse av de immaterielle livsgoder høie værdi skal bare komme frem gjennom en retsorden, som gir erstatning for dem. Jeg synes, forholdet er det omvendte. At ville omsætte de høieste livsgoder i pengebeløp er, efter min mening, at flytte dem ned paa et lavere plan; og at ville skaffe ækvivalent for dem gennem penger, er at fornegte deres natur; er de ideelle, er der efter sit væsen uforenelige med pengeydeler.” (Stang 1927 s. 366).

ja *ei-aitoa* vahingonkorvausta¹²⁴¹. Kivun ja säryn korvaaminen saikin kiistatta negatiivisen perussäyn.¹²⁴² Siihen suhtauduttiin penseästi, sen korvattavuutta haluttiin rajoittaa¹²⁴³, siitä haluttiin päästä eroon¹²⁴⁴. Aineettomat henkilövahingot, erityisesti kipu, särky ja kärsimys, vähemmässä määrin myös vika ja haitta, ovat 1900-luvun rationaalisuuteen ja objektiivisuuteen pyrkineen vahingonkorvausoikeuden irrationaalinen alitajunta.¹²⁴⁵

Pyrkimykset päästä eroon aineettoman vahingon korvaamisesta olivat kuitenkin turhia. Aineettomista henkilövahingoista ei päästy eroon, eikä niiden korvaamisen laajuutta pystytty tehokkaasti rajoittamaan. Juna kulki toiseen suuntaan. 1950-luvun uuden innovaation, ns. aputaulukoiden ja 1970-luvulla säädettyjen pohjoismaisten vahingonkorvauslakien myötä tilanne rauhoittui. Korvausaiheeseen oli sopeuduttu: se oli lopullisesti osa normistoa. Tämä ei kuitenkaan johtanut siihen, että vahingonkorvausoikeuden seuraamusnormiston systematiikka olisi viritetty aineettomien henkilövahinkojen ”taajuudelle”. Kipu ja särky sekä pysyvä haitta pysyivät silti anomaalisina ilmiöinä, vaikeina ja funktioltaan epämääräisinä korvausaiheina, vaikka niiden tosiasiallinen merkitys korvausaiheena jatkuvasti lisääntyikin.¹²⁴⁶ Rahan ja aineettoman vahingon liitto oli ja (on edelleenkin) epämukava. Raha ei ulotu aineettomiin vahinkoihin tai ainakin rahamääräiseen korvaamiseen liittyä hankalia kysymyksiä, joihin ei näytä olevan varmoja vastauksia.¹²⁴⁷ Kuten yhdysvaltalainen Mark Geistfeld artikkelissaan toteaa rahan ja aineettomien vahinkojen suhteesta:

”At present, there is no test to objectively assess the severity of a plaintiff’s pain-and-suffering injury, nor is there a satisfactory method for translating this harm into the appropriate monetary award.”¹²⁴⁸

¹²⁴¹ Ks. erityisesti Ekström 1921–24 s. 901–903, joka kirjoittaa, että aineeton vahinko ei ole ”verklig skada”. Ks. myös uudemmassa kirjallisuudesta esim. Nygaard 2000 s. 61.

¹²⁴² Ks. esim. Ekstedt 1977 s. 39.

¹²⁴³ Ks. tältä osin esim. Ussing 1947 s. 210; Routamo – Ståhlberg 1995 s. 268.

¹²⁴⁴ Ks. myös esim. professori Berndt Godenhjelm (Godenhjelm 1969 s. 357–361) puheenvuoroa pohjoismaisilla lakimiespäivillä 1963, joilla aineettomien vahinkojen ongelmaa käsiteltiin laajasti. Ks. myös esim. Nybergh 1951 s. 14–16 ja kriittisesti eritoten 172; Hagan 1957 s. 384–385; Arti 1965 s. 120; Routamo – Hoppu 1977 s. 86.

¹²⁴⁵ Ks. immateriaalisista vahingoista anomaalisena poikkeuskonstruktiona ja modernin näkökulmasta irrationaalisena korvausaiheena Niemeyer 2004 s. 1401; Dahlstrand 2007 s. 35–37.

¹²⁴⁶ Ks. esim. Routamon ja Ståhlbergin ajatuksia *Suomen vahingonkorvausoikeuden viidennessä* painoksessa (Routamo – Ståhlberg 1995 s. 268).

¹²⁴⁷ Ks. esim. Cane 1997 s. 67–69; Cane 2006 s. 161.

¹²⁴⁸ Geistfeld 1995 s. 776.

3 OBJEKTIIVISUUS, LÄÄKETIEDE JA LEGITIMAATIO

Henkilövahinkouudistuksen yksi tärkeä tarkoitus oli saattaa haittavahinkolajin legitimaatioprojekti loppuun. Tavoite oli tehdä kivusta ja särystä salonkikelpoista vahinkoa, tilapäistä haittaa. Tämä on välttämätöntä jo korvausaiheen käytännön merkityksen takia: aineettoman vahingon korvaamisesta on tullut vahingonaiheuttajan maksettavaksi jäävistä eristä ehkä suurin ja keskeinen.¹²⁴⁹ Tilanne olisi kestävämpi, jos käytännössä merkittävin vahinkolaji olisi edelleen systemaattisesti hankala. Väitteeni on, että hallituksen esityksen strategiset retoriset siirrot kiertyvät yhden keskeisen teeman, *objektiivisuuden* ympärille. Kipu ja särky ja muu tilapäinen haitta pyritään hallituksen esityksessä objektivoimaan. Objektiivisuus on tärkeä legitimointikeino ja hallituksen esityksen iskusana: taustalla on ajatus, että kaikki objektiivisille kriteereille perustuva korvaaminen on hyväksyttävää, aitoa ja oikeaa vahingonkorvausta, taloudellisen vahingon korvaamista.¹²⁵⁰

Edellä esittelemäni Latourin objektiivisuuden ja objektisuuden välinen erotteilu¹²⁵¹ avaa uuden näkökulman tilapäisen haitan ongelmaan. On nimittäin selvää, että tilapäisen haitan edessä tuomari ei voi pysytellä objektiivisena oikeudelliselle elämälle normaalissa mielessä. Jos tuomari asettuisi objektiiviseen asemaan tapaukseen nähden, hän ei voisi havaita kipua ja särkyä tai muuta tilapäistä haittaa. Niiden havaitseminen edellyttää myötätuntoa, asettumista toisen ihmisen asemaan. Se toisi arviointiin välttämättä mukaan subjektiivisuuden. Objektiivisuuden sijaan tarvitaan *objektisuutta*. Tilapäisestä ja haitasta on luotava objekti jotta tuomarin subjektiivisuus voidaan sulkea arvioinnin ulkopuolelle. Koejärjestely tuottaa tietoa objektista ilman, että ihminen joutuisi sekaantumaan prosessiin.

Mielenkiintoista on, että objektisuusteeman käyttö legitimaatiovälineenä ajankohtaistuu kahdessa suunnassa. Ensinnäkin hallituksen esityksessä pyritään väittämään, että aineettomat henkilövahingot – vahinkotapahtumina ja reaali vahinkona – voidaan *tunnistaa* objektiivisesti. Lääketieteellinen tutkimus- ja kokemustieto ja derivatiivisesti kaikki ne koejärjestelyt, joita lääketieteessä käytetään tilapäisen haitan tunnistamiseen, ottavat oikeudellisen tunnistamisen paikan. Samanlainen retorinen asennoituminen leimaa myös vahingon määrän arviointia.

Objektisuudeksi kääntyvällä objektiivisuudella on hallituksen esityksessä luokittu merkityssisältö. Tunnistamisessa objektista on lääketieteellinen tieto. Kipu

¹²⁴⁹ Ruotsalaisessa hallituksen esityksessä asia todetaan ykskantaan: ”Skadeståndsrättens främsta uppgift på personskadeområdet har därför i praktiken blivit att kompensera ideell skada.” Ks. Prop. 2000/01:68 s. 17.

¹²⁵⁰ Tällaisen ajatuskulun juuria on vaikea jäljittää. On kuitenkin nähdäkseni selvää, että objekti(vi)-sointi on ilmeinen strategia silloin, kun jotakin vahingonkorvauserää pyritään legitimoimaan.

¹²⁵¹ Ks. edellä jaksossa 3.1 esitettyä.

ja särky ja muu tilapäinen haitta kiinnitetäänkin tunnistamisessa lääketieteelliseen tietoon. Lääketieteen tehtäväksi tulee antaa oikeuden käytettäväksi ne koejärjestelyt, joiden avulla tilapäinen haitta voidaan tunnistaa, ja luovuttaa ne oikeuden käyttöön. Henkilövahinkoja ovat nimittäin ne *terveydentilan häiriöt, jotka ovat lääketieteellisin keinoin (koejärjestelyin) todettavissa*.¹²⁵² Tämä todetaan yksiselitteisesti:

”Henkilövahingolla tarkoitetaan ehdotetussa pykälässä asiallisesti samaa kuin voimassa olevassa laissa käytetyllä ilmaisulla ruumiinvamma tai muu henkilövahinko. Sanamuodon muutoksella ei siis pyritäisi laajentamaan eikä supistamaan terveydentilan häiriöiden korvattavuutta nykyiseen verrattuna. Lähtökohtaisesti henkilövahingolla tarkoitettaisiin vastaisuudessaakin sellaista terveydentilan häiriötä, joka on lääketieteellisin keinoin todettavissa. Terveydentilan häiriö voi olla fyysinen tai psyykkinen. *Henkilövahingon käsite olisi käytännössä pitkälti sidoksissa kulloinkin vallitsevaan lääketieteelliseen tietämykseen ja käytettävissä oleviin lääketieteellisiin tutkimusmenetelmiin*. Kysymys olisi siitä, että henkilövahinkoa arvioidaan lääketieteellisenä ilmiönä, eikä siitä, että henkilövahinko olisi aina pystyttävä näyttämään lääketieteellisesti riittävästi toteen.”¹²⁵³

Hallituksen esityksessä tosin todetaan samalla sivulla, että ”ratkaisun tekeminen sen suhteen, millaiset terveyteen kohdistuvat haitat tulevat korvattaviksi henkilövahingon korvaamista koskevien säännösten nojalla, perustuisi nykyiseen tapaan viime kädessä oikeudelliseen harkintaan”. Mitä lausuma yhdessä edellisessä lainauksessa esiintyvän *pitkälti*-sanana kanssa käytännössä tarkoittaa, jää epäselväksi. Voidaan tietenkin ajatella, että ajoittain voi osoittautua tarpeelliseksi laajentaa tai kaventaa henkilövahinkojen korvattavuutta siitä, mihin raja tulisi vetää puhtaasti lääketieteellisen tiedon perusteella. Tämä näyttää olevan ajatuksena myös lakivaliokunnan esittämässä 2 c §:n muutoksessa¹²⁵⁴. Nähdäkseni on kuitenkin syytä ajatella, että vaikeissa erityistapauksissa käytettäväksi tarkoitetusta ”oikeudellisesta harkinnasta” ei voitane tehdä tulkintakäytännössä pääsääntöä: henkilövahinkojen piiri määrittäyty ensi sijassa lääketieteen näkökulmasta ja lääketieteen tuottaman tiedon perusteella. Oikeudellinen harkinta toimii varaventiilinä, poikkeustapauksissa.

¹²⁵² Ks. Ruotsin osalta Bengtsson – Strömbäck 2006 s. 140–141. Ruotsalaisessa kirjallisuudessa lääketiede ei ole saanut yhtä lailla korostunutta asemaa, vaikka henkilövahinko on Ruotsissakin aina ”en defekttillstånd”, mikä olisi omiaan viemään ajatuksia kohti lääketieteellistä arviointia. Ks. Prop. 2000/01:68 s. 17.

¹²⁵³ HE 167/2003 vp s. 29, korostus MV. Ruotsalaisessa hallituksen esityksessä on omaksuttu vastaava, lääketieteelle perustuva määrittelystrategia. Ks. Prop. 2000/01:68 s. 17.

¹²⁵⁴ Ks. LaVM 1/2004 vp s. 4.

Tilanteeseen vaikuttaa myös, että henkilövahinkoihin liittyvissä syy-yhteysskysymyksissä lääketieteellisellä asiantuntemuksella on niin ikään merkittävä rooli. Kun psyykkiset henkilövahingot ovat todennäköisimmin kiistan kohteeksi sattuvia henkilövahinkoja, viimeistään syy-yhteysskysymyksenasettelujen myötä lääketiede näyttää saavan hyvin vahvan aseman. Vaikka olisi sinällään oikeudellisesti perusteltua todeta, että jokin tapahtuma on henkilövahinko, lääketieteellinen syy-yhteyssarviointi voi johtaa siihen, että korvaus joka tapauksessa evätään, koska lääketieteellisesti arvioiden riittävää syy-yhteyttä ei ole.

Korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2008:18 asiaa on hahmotettu osin toisin. Korkein oikeus näyttää tekevän jaon yhtäältä lääketieteellisesti toteen näytettävien muutosten eli terveydentilan häiriöiden ja toisaalta niiden tosiasiallisten seurausten välille. Oikeudellinen harkinta näyttäisi tällöin kohdistuvan siihen, ovatko *seuraukset* siinä määrin vakavia, että niitä on syytä pitää henkilövahinkoina, vai eivät. Lääketieteellisen toteamisen kriteeri sen sijaan näyttäytyy ehdottomana. Korkein oikeus toteaaakin, että korvaaminen edellyttää, että kyseessä ”on lääketieteellisin keinoin toteen näytetty, ihmisen elimistössä tapahtunut epäedullinen muutos eli terveydentilan häiriö”. Perustelut jatkuvat: ”Tästä erikseen on kuitenkin ratkaistava kysymys siitä, aiheutuuko herkistymisestä ihmiselle *sellaista haittaa*, että se olisi vahingonkorvausvelvollisuuden muiden edellytysten täytyessä korvattava henkilövahinko. Ollakseen lain mukaan korvattavaa vahinkoa haitan tulee ylittää normaaliin elämään kuuluvien epämiellyttävyyksien, epämiellyttävien tunteiden taikka hankaluuksien taso.” Sen sijaan oikeudelliselle arvioinnille ei ole sijaa, jos lääketiede ei tunnista muutosta terveydentilan häiriöksi.

Näillä kohdin uudistuksen reformatorinen alavire tulee pintaan. Esityksessä tosin todetaan, että siinä vain kodifoidaan oikeuskäytännössä tapahtuneet muutokset. Lääketieteen merkityksen osalta tällainen selitys on melko uskottava. Oikeuskäytännössä, erityisesti korkeimman oikeuden ratkaisuissa, lääketieteellisen arvioinnin merkitys on ollut kiistatta huomattava.¹²⁵⁵

Esimerkiksi korkeimman oikeuden ratkaisuissa KKO 1998:79 ja KKO 1998:80 lääketieteellinen arviointi sai ratkaisevan aseman. Ratkaisut ovat relevantteja kahdessakin suhteessa. Niissä vahvistettiin, että henkilöt voivat saada korvausta kipuun ja särkyyn verrattavasta kärsimyksestä, jos heidän psyykinen tilansa häiriintyy.¹²⁵⁶ Toisaalta ratkaisuissa myös lukittiin henkilövahingon ja lääketieteellisen tiedon välinen yhteys. Niissä tuomari ei voinut tehdä psyyk-

¹²⁵⁵ Ks. esim. ratkaisuja KKO 2002:110, KKO 1998:79 ja KKO 1998:80.

¹²⁵⁶ Esimerkiksi ratkaisussa KKO 1998:80 todetaan, että ”on selvää, että vuosia jatkuva epävarmuus taudin kehittymisestä ja tartuttamisvaarasta läheisille aiheuttaa elämänilon menetystä ja eristäytymistä ympäristöstä. Tätä ahdistusta on pidettävä sellaisena psyykkisen tilan häiriintymisenä, joka oikeuttaa korvaukseen kipuun ja särkyyn verrattavasta kärsimyksestä.” Perustelut ovat varsin vaikeaselkoiset. Juuri siteeratun kappaleen edellä KKO puhuu *tuntemattoman uhasta ja vakavasta pettymyksestä*. Molemmat ilmaisut ovat omiaan hämmentämään vesiä. Onko kyseessä lääketieteellinen tila vaiko yleinen pettymyskokemus? Kirjallisuudessa on päädytty kannattamaan

kisen terveydentilan häiriintymistä koskevaa havaintoa. Tuomari ei voinut todeta, että käsillä oli henkilövahinko ilman lääkärin apua, joka saattoi vahvistaa diagnoosin lääketieteellisellä kojearsenaalillaan. Yksinkertaistettuna ja väärinkäytettynä ratkaisun lopputulos on melko yksioikoinen: Jos vahingonkärsijällä on lääketieteellinen diagnoosi mielen terveyden häiriöstä, hänelle tulee tuomita korvausta kipuun ja särkyyn vertautuvasta kärsimyksestä eli käytännössä kivusta ja särystä. Jos diagnoosia ei ole, korvaustakaan ei ole aihetta tuomita.¹²⁵⁷

Voidaan kuitenkin kysyä, onko korkein oikeus ratkaisuisaan esittänyt käsityksiä yleisten oppien pääsuunnista vai ratkaissut pragmaattisesti – ainoalla käyttökelpoisella välineellä – erityistapauksia, joissa *todisteluun liittyvät ongelmat* pakottavat hakemaan ratkaisua neutraalin tieteen suunnasta. Jälkimmäinen vaihtoehto vaikuttaa todennäköisemmältä. Oikeuskäytäntöön on tullut kirjatuksi lähinnä vaikeisiin rajatapauksiin liittyviä *poikkeuksellisia* kannanottoja, joiden arvoa ja merkitystä yleisten oppien peruslähtökohtia määriteltäessä ei saisi liioitella. Kun tosiasiallisten ilmiöiden hahmottamiseen liittyvä kysymys on kiistanalainen ja edellyttäisi vaikean oikeudellisen ratkaisun tekemistä, konsultoidaan helposti niitä asiantuntijoita, joiden voidaan olettaa parhaiten tuntevan käsillä olevat eri-

edellistä, mutta ratkaisujen sanamuodon perusteella tällainen ratkaisu jää välttämättä epäilyksenalaiseksi.

¹²⁵⁷ Ruotsin Högsta domstolen puolestaan on todennut esimerkiksi ratkaisussaan 27.12.2005 T-3637-04 samaa ajatusta noudattaen, että ”för att psykiska besvär skall anses som personskada krävs att en medicinskt påvisbar effekt föreligger.” HD toteaa lisäksi, että ”för att ersättning för sveda och värk skall utgå krävs i allmänhet att den skadade har varit sjukskriven. När det gäller fall då sjukskrivning inte är aktuell, t.ex. beträffande barn och pensionärer, får den totala akuttiden uppskattas på grundval av annan medicinsk utredning.” Högsta domstolenin ratkaisu on kuitenkin argumentaatiotavoiltaan muutoin hyvin mielenkiintoinen. Ratkaisussa oli kyse lapsen seksuaalisesta hyväksikäytöstä. 30-vuotias mies oli syyllistynyt neljän vuoden aikana kolmeen otteeseen brottsbalken 6 luvun 4 §:n perusteella rangaistavaan törkeään seksuaaliseen hyväksikäyttöön ja 6 luvun 7 §:n perusteella rangaistavaan seksuaaliseen tekoon. Mies oli tuomittu suorittamaan korvausta skadeståndslagen 2 luvun 3 §:n perusteella kärsimyksestä ja 5 luvun 1 §:n perusteella kivusta ja särystä. Mies kiisti kivusta ja särystä tuomitun korvauksen määrän oikeellisuuden. Asiassa ei ollut esitetty minkäänlaista lääketieteellistä näyttöä tytölle aiheutuneista fyysisistä tai psyykkisistä vammoista, mutta korvausta oli tästä huolimatta tuomittu ali- ja hovioikeudessa. HD:ssakaan näyttöä ei esitetty. Normaalisti näytön puuttumisen tulisi johtaa siihen, että korvausvaatimus hylätään. Lähtökohta olisi oikeudenmukaisuuslähtökohdista ja – myös käytännön näyttömahdollisuuksien näkökulmasta – tietenkin täysin kestämaton. Oli selvää, että jonkinlaista kipua ja särkyä oli uhrille välttämättä syntynyt. Hyväksikäyttötapaukset havaitaan kuitenkin usein vasta hyvin pitkän kuluttua varsinaisten rikosten tekemisen jälkeen. Tällöin lääketieteellistä näyttöä vammoista ja niiden laadusta olisi ylipäättään hyvin vaikeaa hankkia. HD toteaaakin ratkaisussaan, että näyttöä ei edes tarvita: ”Det har nämligen ansetts stå klart att den skadade genom övergreppen måste ha tillfogats medicinska besvär i form av t.ex. depression, oro, ångest, sömnbesvär m.m.”. Ks. ratkaisusta Andersson 2006.

tyiskysymykset, vaikka asiantuntijoiden edustama tieteenala ei normaalisti edes pohtisi tällaisia kysymyksiä.¹²⁵⁸

Ehkä on liian rohkeaa väittää, että yleisten oppien peruspiirteet ovat pysyneet muuttumattomina siitä lähtien, kun rikoslain 9 luvun 2 §:n ymmärrystapa vakiintui, mutta jotakin olennaista menetetään, jos hallituksen esityksessä esitetyjä käsityksiä voimassa olevan oikeuden sisällöstä uskotaan liian yksisilmäisesti. Perinteisten yleisten oppien ytimestä voi nimittäin hahmottaa jo Otto Brusiinin vuonna 1953 havaitseman lähestymistavan: ”RL lähtee näiden sanojen [kivun ja säryn, MV] ilmaisemista, vanhat perinteet omaavista kansanomaisista käsityksistä, eikä suinkaan lääketieteelliseltä pohjalta.”¹²⁵⁹

Läketieteelle annettu yleinen merkitys heijastuu nimittäin tapaan, jolla hallituksen esityksessä tilapäinen haitta korvausaiheena määritellään. Lakitekstin perusteella käy ilmi vain, että tilapäinen haitta jakautuu kahteen eri pääluokkaan. Vahingonkorvauslain 5 luvun 2 §:n 1 momentissa todetaan, että kivusta ja särystä sekä muusta tilapäisestä haitasta määrätään korvaus ottamalla huomioon erityisesti henkilövahingon laatu ja vaikeusaste, sen edellyttämän hoidon laatu ja kesto aika sekä haitan kesto aika. Hallituksen esityksessä lain väljää ja osittain vanhalle kielenkäytölle rakentavaa sanamuotoa tarkennetaan.¹²⁶⁰ Haitta hahmotuu esityksessä aistimuskytkenän takia ruumiillisiksi tuntemuksiksi, epämielittävänä aistimuksina konkretisoituviksi fysiologisiksi ilmiöiksi:

”[K]orvattavaa haittaa ovat ensinnäkin henkilövahingosta johtuvat epämielittävät aistimukset ja muut oireet. Niistä tyypillisimmät ovat kipu ja särky. Esimerkkinä voidaan mainita myös tinnitus (korvan soiminen).”¹²⁶¹

Käy ilmi, että tilapäinen haitta ei olekaan kokemusta. Vahinkoseurauksia ovat epämielittävät *aistimukset* ja muut oireet, joista kipu ja särky ovat yksi alaluokka. Aistimusten sekä oirein tärkein tunnusmerkki on, että niiden olemassaolo voidaan todentaa jollakin menetelmällä tieteellisesti. Jotta kokemukset olisivat haittaa, niillä on oltava selvä, lääketieteen näkyväksi tekemä fysiologinen ja siksi todellinen haittamekanismi. Niiden on oltava *objektisesti* olemassa.

Kivun ja säryn osalta tilanne on erityisen selvä. Kipua ja särkyä seuraa fyysisestä vammasta tai sairaudesta. Ne ovat todellisia, koska voimme kertoa, miten tällainen kokemus syntyy ja minkälaisella koejärjestelyllä se voidaan todentaa.

¹²⁵⁸ Ks. lähestymistavan kritiikistä Saarnilehto 2006 s. 120–123.

¹²⁵⁹ Brusiin 1953 s. 19.

¹²⁶⁰ Tältä osin kysymys on pitkälti perusteluilla säättämisestä, joka aiheuttaa omat ongelmansa. Kun merkittävät käsitteelliset ratkaisut on kirjattu eksplisiittisesti vain hallituksen esitykseen, voi hyvällä syyllä kyseenalaistaa, siirtyvätkö ne tarkoitetulla tavalla ja laajuudessa myös oikeuskäytäntöön.

¹²⁶¹ HE 167/2003 vp s. 34.

Kaikki sellaiset tilat, joista tiedämme lääketieteellisen, maallikkojenkin hallussa olevan tiedon perusteella aiheutuvan epämiellyttäviä, hermostollisia nosiseptisiä aistimuksia, ovat kipua ja särkyä. Tässä suhteessa hallituksen esityksessä omak-suttu kanta vastaa IASP:n klassista kivun määritelmää:

”Pain: An unpleasant sensory and emotional experience associated with actual or potential tissue damage, or described in terms of such damage.”¹²⁶²

Vaikka IASP:n standardimääritelmä korostaakin kudosuutosten merkitystä ja myös kivun tunnistamista ulkoisesti, samaan määritelmään liitetty huomautus mutkistaa tilannetta melkoisesti. Huomautuksessa todetaan, että

”Pain is always subjective. Each individual learns the application of the word through experiences related to injury in early life. Experiences which resemble pain, e.g., pricking, but are not unpleasant, should not be called pain. Unpleasant abnormal experiences (dysaesthesia) may also be pain but are not necessarily so because, subjectively, they may not have the usual sensory qualities of pain.

Many people report pain in the absence of tissue damage or any likely pathological cause; usually this happens for psychological reasons. There is no way to distinguish their experience from that due to tissue damage if we take the subjective report. If they regard their experience as pain and if they report it in the same ways as pain caused by tissue damage, it should be accepted as pain. This definition avoids tying pain to the stimulus. Activity induced in the nociceptor and nociceptive pathways by a noxious stimulus is not pain, which is always a psychological state, even though we may well appreciate that pain most often has a proximate physical cause.”¹²⁶³

Kipututkimuksessa lähtökohtana on, että kivun aistimus ei ole suora hermostol-linen aistimus, vaan se moduloituu jokaisessa välitysvaiheessa¹²⁶⁴. Kipuaisti-muksessa on kaksi elementtiä: tuntemus kivun voimakkuudesta ja sen epämiel-lyttävyydestä. Tutkimuksessa on edelleen esitetty, että *nosiseptinen* ”raaka” her-mostollinen aistimus on kuitenkin vain osa kivun kokemuksta ja että jopa nosisep-tiseen aistimukseen voisi liittyä affektuaalinen eli korkeampaan aivoprosesseihin liittyvä komponentti.¹²⁶⁵ Viimeksi mainitusta seikasta seuraisi se, että itse raaka kokemuksin voi olla ”ohjelmoitu”, altis eri ympäristötekijöistä johtuville vaihte-luille ja siten aidosti subjektiivinen ja myös sellainen, että siitä ei saada otetta

¹²⁶² International Association for the Study of Pain 1986 s. 217.

¹²⁶³ International Association for the Study of Pain 1986 s. 217.

¹²⁶⁴ Ks. esim. Kruger 1996 luku 6; Kruger 2001 erityisesti luvut 1 ja 12–14; Holdcroft – Jagger 2005 luku 1, erityisesti s. 3; Boswell – Cole 2006 luku 1; Schofield 2006 luku 1; Usunoff et al. 2006. Objektiviisuuden merkityksestä kipututkimuksessa ks. esim. Aydede – Güzeldere 2002 eri-tyisesti s. 2–3.

¹²⁶⁵ Ks. Aydede – Güzeldere 2002 s. 7–10.

objektisilla menetelmillä. Oli primäärinen kokemus sitten affektuaalinen tai ei, puhtaan aistimuksen lisäksi kipuun sisältyy aina toisen asteen kipukokemus, joka vaihtelee kulloinkin kipua aistivan henkilön yksilöllisten, aiempiin kokemuksiin, geeniperimään ja ulkoisten olosuhteisiin liittyvien ominaisuuksien myötä.¹²⁶⁶

Muun tilapäisen haitan reaali vahinkoluonnetta ei hallituksen esityksessä kuitenkaan hahmoteta fysiologisten metaforien avulla, mikä on varsin paljastavaa. Vaaditaan *oireita*. Esityksen mukaan tämä johtuu siitä, että muusta tilapäisestä haitasta puhuminen on ”luontevaa erityisesti silloin, kun korvattava henkilö vahinko on psyykkisen terveydentilan häiriö”. Korvauslajia ei voida kytkeä aistimukseen ja tuntemuksiin samalla tavalla kuin kipua ja särkyä, koska psyykkinen ei ole aistimuksia. Se on jotain muuta, jonka tarkempi fenomenologia jää hallituksen esityksessä määrittelemättä¹²⁶⁷. Psyykkiselle tilapäiselle haitalle ei pystytä keräämään eksplisiittistä lääketieteellistä perustelua, joten se ei voi olla samassa mielessä objektista kuin kipu ja särky.

Muun tilapäisen haitan *psyykkinen* luonne on selkeä legitimaatio-ongelma, mikä ei tosin näy hallituksen esityksen sanonnasta. Hallituksen esityksen taustalla häivähtää silti ajatus, että masennus, ahdistus, ja niistä aiheutuva tilapäinen haitta eivät ole yhtä helposti ymmärrettävissä kuten kipu ja särky.¹²⁶⁸ Siksi niitä ei hahmoteta aistimuksiksi samalla tavoin kuin kipua ja särkyä. Masennuksessa ja ahdistuneisuudessa hermosoluja, kipuimpulsseja ja niiden kulkeutumista esimerkiksi raajoista aivoihin ei voida ”nähdä”. ”Fyysistä todellisuutta” ei voida asettaa perustelemaan korvausaiheen olemassaoloa ja tarpeellisuutta. Psyykkiset oireet jäävät yksilön ”pään sisälle”, lääkäreiden koneellisestikin vahvistetun näkökyvyn ulottumattomiin, ei-objektisiksi.

Psyykkisiä henkilö vahinkoja jää edelleen vaivaamaan tietty immateriaalisuuden leima. Kun psyykkiset oireet eivät ole aistimuksia, niitä ei voi myöskään erottaa jonkin selkeän vamma- tai kuvantamismekanismin avulla ihmiselämään normaalisti kuuluvista tunteista ja tuntemuksista, kuten hallituksen esityksessä edellytetään. Kun surua, vihaa, ahdistuneisuutta ja muita tuntemuksia ei korvata, miten ylipäätään tunnistaa psyykkisestä henkilö vahingosta aiheutuva tilapäinen

¹²⁶⁶ Mitä tästä voidaan päätellä? Nähdäkseni voimme Aydeden ja Güzelderen tavoin hyvinkin ajatella, että lääketieteellisessä tutkimuksessa ei olla selvillä kivun luonteesta. Kivun fenomenologia on kiistanalainen monissa tärkeissä suhteissa. Ks. Aydede – Güzeldere 2002 s. 15–16. Samalla käy ilmeiseksi, että hallituksen esitys on aika huonoa tiedettä.

¹²⁶⁷ Ks. HE 167/2003 vp s. 34.

¹²⁶⁸ Ks. esim. Paula Casen (Case 2004) mielenkiintoista artikkelia ns. sekundäärisestä iathrogeenisestä henkilö vahingosta, patologi soituneesta surusta, joka ei ole välittömästi seurausta äkillisestä traumaattisesta kokemuksesta.

haitta?¹²⁶⁹ Hallituksen esityksessä tätä rajaa ei käydä. Syntyy kuitenkin paradoksaalinen tilanne: lääketieteelliselle tiedolle on korvausoikeudenkäynneissä sitä suurempi tarve mitä vähemmän yksiselitteistä, maallikkojenkin hallussa olevaa vakiintunutta ja kiistatonta lääketieteellistä tietoa (tai ylläpitäviä¹²⁷⁰ koejärjestelyjä) on. Lääketiedekytkentä on välttämätön, koska lääketieteellisesti kouluttamaton henkilö ei voi tietää, milloin jokin psyykkinen oire on patologia ja milloin vain normaalia elämää ja siihen kuuluvia tuntemuksia.¹²⁷¹

Objektisuuden idea tuottaa vastauksen kysymykseen, missä mielessä lääketiede voi tehdä tilapäisen haitan tunnistamisesta objektiivista. Lääketiedettä pidetään hallituksen esityksessä *Tieteenä*, joka voi tuottaa objektisen totuuden kivusta ja särystä ja tilapäisestä haitasta. Tieteellisyys, se, että esimerkiksi kipu ja särky voidaan asettaa tieteellisten kokeiden kohteeksi, legitimoi lääketieteen aseman. Taustalla vaikuttaa häilyvän hyvin ihannoitu kuva lääketieteestä. Koska lääketiede on luonnontiedettä, sen oletetaan olevan ei-poliittista ja neutraalia. Siksi se voi tuottaa arvovapaan käsityksen tilapäisestä haitasta. Toisena oletuksena on, että lääketieteellinen tieto on myös kauttaaltaan homogeenistä, yhdenmukaista: lääketieteellisten asiantuntijoiden välillä ei oleteta olevan suuria erimielisyyksiä. Jos niitä kuitenkin ilmenee, totuus voidaan silti löytää. Riittää, että tunnistetaan asiantuntevin lääkäri.¹²⁷²

Tuomarit puolestaan näyttäytyvät hallituksen esityksessä epäluotettavina, aihtelevaisina ja ei-objektiivisina. He eivät kykene aitoon objektiivisuuteen, joka puhdistaisi tilapäisen haitan arvioinnista empatian ja sympatian.¹²⁷³ Jos tuomareihin arvostelukykyyn luotettaisiin, yhdenvertaisuus vaarantuisi. Samalla seurauksena saattaisi olla, että korvattavuudesta käytävä keskustelu muuttuisi avoimeksi. Siinä jouduttaisiin miettimään, minkälaisia ihmisiä me haluamme olla ja minkälaisessa maailmassa haluamme elää. Tähän ei näytä riittävän halua, ainakaan tilapäisen haitan korvaamisen osalta. Moraalikeskustelun paikka on

¹²⁶⁹ Esimerkiksi Routamo ja Ståhlberg saattoivat todeta *Suomen vahingonkorvausoikeuden* vuoden 1995 painoksessa, että ”psykkisen tilan häiriintyminen, esim. sielullinen järkytystila, on korvattavana vahingolajina ongelmallinen pääasiassa todistamisvelvollisuuteen ja syy-yhteyteen liittyvien vaikeuksien vuoksi” (Routamo – Hoppu 1977 s. 188; Kaivola 1988; Hellner 1993; Routamo – Ståhlberg 1995 s. 199). Uudistuksen jälkeen sen ei pitäisi enää olla ongelmallinen. Suhtautuminen on muuttunut myös oppikirjassa. Ongelmallisuutta koskeva passus on edelleen olemassa, mutta sitä seuraa oikeuskäytännössä ja hallituksen esityksessä omaksuttuja lähestymistapoja perinpohjaisesti selvittävä jakso. Ks. Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006 s. 284–285.

¹²⁷⁰ Ks. koejärjestelyjen mustien laatikoiden verkostoista esim. Latour 1987.

¹²⁷¹ Ks. Cane 1997 s. 97; Bagdasarian 2000 s. 435–438.

¹²⁷² Latourilla on ironinen huomautus tähänkin. Hänen mukaansa mikään ei ole surullisempaa kuin asiantuntijatodistaja, tiedemies, joka joutuu kertomaan, miten asiat todellisuudessa ovat. Latour 2004 s. 108–109.

¹²⁷³ Ks. empaattisuuden teemasta Jody Lyneé Madeiran artikkelaja (Madeira 2006b; Madeira 2006a).

muualla, uuden vahingonkorvauslain 5 luvun 6 §:n tarkoittamissa tapauksissa.¹²⁷⁴ Keskustelun sijaan tilapäisen haitan määrittämiseen halutaan perustaa *laboratorio*.¹²⁷⁵

Voidaan tietysti kysyä, onko laboratorio parempi vaihtoehto kuin se, että (h)aavekuvalle ominaiseen tapaan lapsi heitettäisiin pesuveden mukana pihalle. (H)aavekuvassa juuri kivun ja säryn korvaamisessa *objektisuuden* puute olisi – jos esimerkiksi Fredrik Stang olisi saanut asiasta päättää – johtanut nimittäin siihen, että koko vahinkolaji olisi hylätty. Nyt, kun laboratorio perustetaan, lapsi ei ole vaarassa, mutta tilanne on siitä huolimatta jännittävä. Koska objektinen vahingonkorvaus on legitiimi tapa järjestää vahinkojen korvaaminen, tilapäisen haitan legitimoiminen oikeaksi vahingon korvaamiseksi edellyttää, että se järjestetään objektiselle pohjalle. Vastakkainasettelussa objektisuus vai ei korvausta lainkaan valinta on tietysti selkeä ja helppo. Valitsen näissä olosuhteissa laboratorion. Lopulta, kun laboratorio yhdistetään vakuutuslaitokseen, syntyy järjestely, jonka taustalle hahmotuva ontologia, käsitys ihmisistä, tilapäisestä haitasta ja rahasta on varsin hyvä ja eettisestikin kestävällä pohjalla.

Kuva lääketieteen kyvyistä ja sen mahdollisuuksista ratkoa näitä ongelmia näyttää osittain vaikeasti perusteltavalta. Rajaa ei-korvattavien ”normaalisti syntyvien tunnetilojen, kuten mielipahan, surun, pelon tai vihan”¹²⁷⁶ ja korvattavan masennuksen tai ahdistuneisuuden välillä nimittäin lieenee vaikea käytännössä vetää tieteellisin koejärjestelyin. Tilanteesta tulee myös objektiivisuuden ja objektisuuden dikotomiassa osittain hullunkurinen. Kun oikeudenkäynnissä ratkaistaan, onko henkilövahinko käsillä vai ei, kriteeriksi muodostuu vaikeissa tapauksissa se, onko vahingonkärsijällä asiaa koskeva lääkärintodistus vai ei. Hienosta objektiivisuuden ideasta on edetty varsin outoon ja vääristyneeseen käytännön toteutukseen. Koejärjestely on muuttunut lääkärintodistukseksi eli yksittäisen lääkärin yksittäiseksi ja subjektiiviseksi arvioksi, olkoonkin, että arvioinnin pitäisi perustua tieteelliselle tiedolle ja tieteellisille koejärjestelyille. Harkintavalta siirtyy tällaisessa järjestelmässä tuomarilta, jonka pitäisi hallita oikeutta, hoitavalle lääkärille tai esimerkiksi lääketieteellistä asiantuntijatietoa hallitsevalle elimelle¹²⁷⁷. Entä todistelu? Tilapäistä haittaa koskeva todistelu esitetään lääkärille tämän vastaanottohuoneen yksityisyydessä.

¹²⁷⁴ Ks. tästä HE 167/2003 vp s. 41 ja kärsimyksen osalta s. 54–55.

¹²⁷⁵ Tosaalta ongelmaksi muodostuu tuon laboratorion kytkentä juuri siihen subjektiivisuuteen, jonka ulossulkemiseksi se luodaan ja tarvitaan. Miten poistaa subjektiivisuus siitä objektisesta käytännöstä eli taulukoista, jotka luodaan vahingonkorvauksen arvioinnin objektivoimiseksi?

¹²⁷⁶ Ks. tältä osin HE 167/2003 vp s. 29. Sanonnaltaan lähes identtinen on lausuma on myös ruotsalaisessa hallituksen esityksessä. Ks. Prop. 2000/01:68 s. 18.

¹²⁷⁷ Ks. lääketieteelliseen asiantuntijuuteen liittyvistä lainkäyttöongelmista esim. Jokela 2000. Asiantuntijatodistelusta vahingonkorvausasioissa ks. myös esim. Hemmo 2001 s. 530–534.

4 KIVUN JA SÄRYN MITTAAMINEN

Vielä korvausaihemääritelmää selkeämmin tilapäisen haitan kytkeminen lääketieteelliseen tietoon ja sen myötä sen objektisointi tulee esille, kun tarkastellaan vahingonkorvauksen määrää ja sen arviointia koskevia sääntöjä. Vahingonkorvauslain 5 luvun 2c §:n 1 momentin mukaan korvauksen määrää arvioitaessa voidaan ottaa huomioon ”erityisesti henkilövahingon laatu ja vaikeusaste, sen edellyttämän hoidon laatu ja kestoaika sekä haitan kestoaika”. Nämä perusteet rajaavat sen *käsitteellisen tilan*, jossa keskustelua tilapäisen vakavuudesta ja määrästä käydään. Henkilövahingon laatu ja vaikeusaste, hoidon laatu ja kesto-aika sekä haitan kesto-aika ovat kaikki ennen kaikkea lääketieteellisen tiedon ja asiantuntemuksen perusteella arvioitavia seikkoja.¹²⁷⁸ Perusteet ovat kuitenkin käsitteellisesti kovin etäällä tilapäisestä haitasta kokemuksina. Ne voivat toimia korkeintaan välillisinä ja epäluotettavina indikaattoreina siitä, miten intensiivinen vahingonkärsijän kokemus on ollut tai miten paljon hänen elämänlaatunsa on heikentynyt.

Lähtökohtana hallituksen esityksessä näyttää joka tapauksessa olevan vakau-mus, että kipu ja särky ja muu tilapäinen haitta ovat *kokemuksina* aina subjektiivisia¹²⁷⁹. Paradoksaalista on, että subjektiivista haittaa ja sen suuruutta väitetään kuitenkin pystyttävän arvioimaan objekti(ivi)sesti. Objekti(ivi)nen arviointi on hallituksen esityksessä mahdollista, jos arvioinnissa pidättäydytään edellä mai-nituissa arviointiperusteissa. Tältä osin hallituksen esityksessä todetaan, että

”Tämän harkinnan ohjaamiseksi ja vahinkoa kärsineiden yhdenvertaisen koh-telun edistämiseksi pykälässä luettelaisiin ne keskeiset perusteet, jotka olisi otettava huomioon määrättäessä korvausta kivusta ja särystä sekä muusta tila-päisestä haitasta ja pysyvistä haitasta. Niiden mukaan korvauksen määrää ar-vioitaisiin objektiivisesti.”¹²⁸⁰

Hallituksen esityksessä väitetään siis, että erityisten objektiivisten arviointipe-rusteiden käytöstä seuraa, että korvauksen määrää voidaan arvioida objektiiv-

¹²⁷⁸ Arviointiperusteet näyttävät vastaavan jostakin, hallituksen esityksessä ilmaisematta jääneestä syystä, hyvin pitkälle liikennevahinkolautakunnan vammaluokituksessaan käyttämiä luokittelupe-rusteita. Liikennevahinkolautakunnan ohjeissa nimittäin vammoja arvioidaan juuri niiden laadun, niiden edellyttämän hoidon laadun ja kestoajan sekä vamman kestoajan perusteella.

¹²⁷⁹ Ks. esim. Madeira 2006a s. 420–422 kivun ja säryn subjektiivisuudesta. Madeiran mukaan kivun ja säryn kokemukseen vaikuttavat kärsijän oma narratiivi itsestään, se yhteiskunta, jossa hän elää, mutta tämän lisäksi myös sosiaalinen asema saattaa vaikuttaa kivun kokemukseen. Ks. myös Pryor 1991 s. 240–257; Madeira 2006b.

¹²⁸⁰ HE 167/2003 vp s. 41.

sesti.¹²⁸¹ Tämä on tärkeää, jotta korvauskäytäntö olisi yhdenvertaista ja ennustettavaa. Samanlaisen vahingon kärsineitä henkilöitä on kohdeltava samalla tavalla.¹²⁸² Ilmeisesti objektiivinen arviointi johtaa myös siihen, että aiemmin määriteltä aineettoman vahingon korvaamisen yleinen tavoite, henkilövahingosta aiheutuneen elämänlaadun heikkenemisen korvaaminen toteutuu. Kärjistämään pyrkivässä lukutavassa hallituksen esityksen taustalla näyttääkin hahmottuvan kaksi ajatusta:

Kokemusta voidaan arvioida lääketieteellisestä näkökulmasta sen ulkoisten, välittömästi havaittavien ei-kokemuksellisten ilmenemismuotojen perusteella.¹²⁸³ Jos harkinnalle asetetaan ulkoiset objekti(ivi)siin lääketieteellisiin perusteisiin kiinnittyvät reunaehdot, arviosta tulee objekti(ivi)nen ja siten systemaattisesti ongelmaton, koska tuomareilla on sisäsyntyinen kyky muuttaa lääketieteellinen arviointi tuomariyksilöstä riippumatta saman suuruiseksi rahamääräiseksi ilmaukseksi.

En usko, että todellisuus vastaa oletuksia. Se, että voimme lääkäreitä kuultuamme tietää, minkä laatuinen ja kuinka vakava jokin ruumiinvamma *heidän mielestään* on, minkälaista ja miten pitkää hoitoa se on vaatinut, ja miten pitkään siitä on aiheutunut vahingonkärsijälle haittaa, ei voi riittää tuottamaan arviota henkilövahingon aiheuttaman elämänlaadun heikkenemisen määrästä saati sen rahamäärästä. Vahingonkorvauslain 5 luvun 2 c §:n 1 momentissa tarkoitetut *kvalitatiiviset* arviointiperusteet eivät voi kääntyä suoraan rahan kielelle, kvantitatiivisiksi suureiksi. Henkilövahingon vakavuutta koskevan käsityksen ja rahamääräisen vahingonkorvauksen väliin jää aukko. Esityksessä ei pitäydytä tässä ajattelutavassa johdonmukaisesti. Esitys perustuu ajatukselle siitä, että tuomareiden arviot vaihtelevat ja tästä syystä oikeusvarmuus vaarantuu. Arvioiminen

¹²⁸¹ Ks. esim. Totaro 2006 s. 305–311, jossa Totaro selvittää mahdollisuuksia lääketieteellisesti ”mitata” ja arvioida kipua ja särkyä objektiivisesti.

¹²⁸² Yhdenvertaisuuden teema esiintyy useasti yhdysvaltalaisessa kirjallisuudessa. *Horisontal equityä* on pidetty Yhdysvalloissakin tärkeimpänä syynä, joka puhuu tilapäisen haitan korvaamisen sääntelemisen puolesta. Sääntelemättömän tilan aivan viimeaikaisista kritiikeistä ks. esim. Schwartz – Lorber 2002; Niemeyer 2004; Abel 2006; Geistfeld 2006; Rabin 2006. Ks. sääntelyehdotuksista esim. Bovjberg – Sloan – Blumstein 1989; Croley – Hanson 1995; Geistfeld 1995; Viscusi 1996; Avraham 2005; Blumstein 2005 s. 407–409; Avraham 2006. Vrt. Lind 2003 s. 254, jossa Lind arvostelee yhdenvertaisuusargumentille perustuvia sääntelyehdotuksia siitä, että lähestymistapa ”masks the normative choice to treat our internal states as if they are equivalent to promote other, unexpressed, policy goals. Second, it obscures a higher order decision about values, namely to use maximization of expected utility as the model of rationality for assessing law.”

¹²⁸³ Vrt. esim. Holdcroft – Jaggar 2005 s. 3: ”A major barrier to appropriate pain management is a general misperception that pain and nociception are interchangeable terms. This encourages the belief that every individual will experience the same sensation given the same stimulus. This is analogous to suggesting that all individuals will grow to the same height given the same nourishment – a situation that all would agree is unlikely!”

tarvitsee lisää mittapuita. Tuomari on vaihdettava objektiseen koejärjestelyyn – aivan samaan tapaan kuin henkilövahinkoa tunnistettaessakin.

Jotta käsitteellinen hyppy lääkäreiden tuottamasta objektisesta laadullisesta tuomareiden hallitsemaan objektiseen määrälliseen voitaisiin suorittaa, tarvitaan jokin välittävä osa, erityinen tekniikka. Tätä tekniikkaa ei hallituksen esityksessä eksplisiittisesti ja nimenomaisesti kuvata. Väitän silti, että sellainen on olemassa. Mikä tämä tekniikka on? Miten laadullisesta päästään määrälliseen? Vastaus voidaan nähdäkseni löytää seuraavasta perustelujen katkelmasta:

”[VahL 5 luvun 2 c] Pykälällä ei pyritäisi muuttamaan aineettomien vahinkojen korvausten nykyistä yleistä tasoa. Korvauskäytännön yhdenmukaisuuden turvaamiseksi korvauksia määrättäessä olisi otettava huomioon tässä esityksessä perustettavaksi ehdotetun henkilövahinkoasiain neuvottelukunnan suositukset. Huomiota olisi aiheellista kiinnittää myös muihin yleistä korvauskäytäntöä säänteleviin normistoihin, kuten liikennevahinkolautakunnan normeihin ja ohjeisiin sekä sosiaali- ja terveysministeriön antamaan päätökseen tapaturmavakuutuslain 18 a §:ssä tarkoitetusta haittaluokituksesta.”¹²⁸⁴

Lausumaa on sen sanamuodon perusteella hyvin vaikeaa tulkita. Sen julkilausutuna tarkoituksena näyttää olevan vain vakiinnuttaa nykyiset tilapäisestä haitasta maksettavan korvauksen määräämisessä sovellettavat tavat ja käytännöt sekä niitä ylläpitävät institutionaaliset järjestelyt. Kaiken on tarkoitus jatkaa samalla tavalla kuin ennenkin, sekä *materiaalisessa*, korvaustasoon liittyvässä että – ja kiistanalaisessa – *teknisessä*, arvioinnin tapaan viittaavassa ulottuvuudessa.

Katkelma on näennäisestä toteavuudestaan ja staattisuudestaan huolimatta erittäin tärkeä. Siinä määritellään ja vahvistetaan – ehkä rivien välissä ja vaivihkaa – se tekniikka, jonka avulla korvausta tätä nykyä arvioidaan ja tulee tulevaisuudessakin arvioida. Tekniikka on yksinkertainen: kysymys on vamman ja korvauksen määrän yhdistävästä taulukosta. Hallituksen esitys on näiltä osin ehkä tarkoituksellisestikin epäselvä. Tilapäisen haitan korvaamisesta luodaan todellista hallitumpi, ”oikeudellisempi” ja yksinkertaisempi kuva. Uuden 5 luvun 2 c §:n sanamuotoon päätyneet arviointiperusteet ovat oikeudellisemmilta vaikuttavia instrumentteja kuin perinteisesti avuksi käytetyt liikennevahinkolautakunnan tai tulevaisuudessa käyttöön otettavat henkilövahinkoasiain neuvottelukunnan laatimat korvaustaulukot. Tästä syystä taulukot päätyvätkin hallituksen esityksessä sivulauseeseen.

Sivulauseeseen joutumisesta huolimatta liikennevahinkolautakunnan muotoilemat taulukot ovat tilapäisestä haitasta maksettavan korvauksen legitimointihankkeen onnistumisen kannalta elintärkeitä. Ne perustavat objektiivisen korvaamisen *teknisen* mahdollisuuden, mutta samalla syrjäyttävät hallituksen esi-

¹²⁸⁴ HE 167/2003 vp s. 41.

tyksessä julkilausutun aineettoman vahingon korvaamisen perusidean: rahallisen hyvityksen maksamisen siitä, että ”hänen olotilansa ja olosuhteensa ovat vahingon vuoksi huonommat kuin ne olisivat olleet, jollei vahinkoa olisi sattunut.”¹²⁸⁵ Koko kivun ja säryn ja muun tilapäisen haitan korvausjärjestelmä saa uuden viitekehityksen, jos ja kun arviointi kiinnitetään taulukkoihin – olivat ne sitten liikennevahinkolautakunnan tai henkilövahinkoasiain neuvottelukunnan tuottamia.

Toinen vaihtoehto ”kalibroida” korvausjärjestelmä on ajatella, että prosessin osapuolet tavanomaisesti esittävät järkeviä arvioita vahingonkäräjien kokemuksesta rahamääräisesti arvioituna. Käytännössä vahingonkäräjä arvioi oman kokemuksensa raha-arvon ja vahingonaiheuttaja esittää oman käsityksensä vahingonkäräjien käräjien haitan määrästä. Tuomarin tehtäväksi jää puolestaan aidon tilapäisen haitan määrän koskevan arvion tekeminen näiden prosessitoimien määrittelemissä rajoissa. Ajattelutapa on tietenkin mahdollinen ja aidossa moniäänisyydessään myös hyvin puhutteleva. Siinä prosessin osapuolet pääsisivät rahavälitteiseen keskusteluyhteyteen, jossa kokemus muutetaan rahaksi. Vahingonkorvausoikeuden systematiikka on kuitenkin virittynyt toisenlaiseen tilaan. Lähtökohtana on objektiivinen vahinko, jonka rahamäärän laskemisessa vahingonkäräjien subjektiivista arviota omasta kokemuksestaan ei voida ottaa lähtökohdaksi. Vahingon määrän laskemisessa tuomarin tehtävä ei ole toimia prosessin osapuolten välisenä sovittelijana. Määräämisperiaate on pikemminkin haitta kuin siunaus.

Miten taulukot on rakennettu? Liikennevahinkolautakunnan julkaisemissa ohjeissa taulukoiden perusidea on yksinkertainen. Taulukot perustuvat vammojen luokittelulle ja kullekin luokalle vahvistettavalle korvaukselle. Vammat luokitellaan kolmella perusteella: niiden 1) vaikeusasteen, 2) vaatimien hoitotoimenpiteiden ja 3) aiheuttaman työkyvyttömyyden ja invaliditeetin mukaan.¹²⁸⁶

Luokitteluperusteet muistuttavat vahingonkorvauslain 5:2 c §:n 1 momentissa säädettyjä arviointiperusteita, jopa siinä määrin, että tulee välttämättömäksi ajatella, että juuri liikennevahinkolautakunnan säännöstö on ohjannut ja toiminut esikuvana säädösvalmistelussa. Asialla on myös merkitystä arvioitaessa, missä määrin tilapäisen haitan korvaamisessa ominaista rahan käyttötapaa voidaan edelleen pitää henkilövahinkoasiain neuvottelukunnasta huolimatta vakuutuksellisenä. Väitän, että juuri arviointiperusteiden eksplisiittinen mainitseminen säännöstekstin tasolla on juurruttanut vakuutuksellisuuden tilapäisen haitan korvaamisen käytäntöihin siten, että henkilövahinkoasiain neuvottelukunnan puuttuvalla vakuutusjärjestelmäkytkennällä ei ole erityistä merkitystä. Palaan tähän teemaan jäljempänä.

¹²⁸⁵ HE 167/2003 vp s. 20.

¹²⁸⁶ Ks. Liikennevahinkolautakunnan normit ja ohjeet: Tilapäinen haitta, julkaistu 17.1.2008 (<http://www.liikennevahinkolautakunta.fi/quideline.asp?id=614>).

Vammat jaetaan liikennevahinkolautakunnan taulukoissa vaikeutensa perusteella kolmeen pääluokkaan: vähäisiin vammoihin (luokka 1), lieviin vammoihin ja vaikeisiin vammoihin. Lievien vammojen ja vaikeiden (luokka 4) vammojen pääluokat jakaantuvat lieviin (luokka 2) ja lievää vaikeampiin (luokka 3) vammoihin sekä vaikeisiin (luokka 4), hyvin vaikeisiin (luokka 5) ja poikkeuksellisen vaikeisiin (luokka 6) vammoihin.¹²⁸⁷

Henkilövahinkoasiain neuvottelukunnan suosituksissa lähestymistapa on peruspiirteissään sama, mutta normitus on merkittävästi tarkempaa. Lukuisia vahinkotyyppejä sisältävien luokkien sijaan neuvottelukunnan taulukoissa kullekin vamman eri vakavuusmuodolle on annettu oma korvaussuosituksensa.

Lähtökohdaksi kummassakin taulukossa on omaksuttu vamma, ei kipu ja särky eli vamman tuottamat fyysiset tai psyykkiset tuntemukset itsessään tai edes tilapäinen haitta. Tilapäisen haitan korvaamiselle liikennevahinkolautakunnan ja henkilövahinkoasiain neuvottelukunnan taulukoissa omaksuttua viitekehystä voitaneen siis kuvata *fysiologis-traumatologiseksi*. Siinä korostetaan fyysisiä muutoksia ja pyritään määrittämään potilaan kärsimä tilapäinen haitta näiden muutosten lääketieteellisesti arvioidun vakavuuden funktioksi. Vamma itsessään määrää siitä seuraavan tilapäisen haitan ”määrän”. Tuomarit tosin ovat vapaita tekemään kuten parhaaksi näkevät. Taulukot kun eivät ole sitovia.

Suomessa omaksuttu vaihtoehto ei ole ainoa mahdollinen. Esimerkiksi Ruotsissa on omaksuttu tyystin suomalaisesta poikkeava lähtökohta. Ruotsissa liikennevahinkolautakunnan taulukot perustuvat hoitoajan pituudelle ja hoitotavalle. Peruseriaatteena on, että kultakin hoitokuukaudelta määrätään maksettavaksi

¹²⁸⁷ Vammaluokittelut ovat varsin yksityiskohtaisia ja graafisiakin. Esimerkiksi vaikeiden vammojen osalta todetaan, että vaikeusasteeltaan vaikeita (luokka 4) vammoja ovat mm. ”hidastuneesti luutuva murtuma, luunmurtumaan tai sijoiltaanmenoon liittyvä hermo- tai verisuonivamma, luunmurtumaa seuraava märkäinen tulehdus, murtuman jälkeinen niveljäykistymä ja nivelrikko, vaikea kaula-, rinta- tai lannerangan murtuma, johon ei liity pysyvää hermovammaa, kylkiluiden monimurtuma, johon liittyy veri-ilmarinta tai keuhkon ruhjevamma, lisätautien komplisoima rintakehän ja vatsaontelon leikkaus, toistuva suolitukkeuma, virtsaputken kurouma, joka tarvitsee jatkuvaa hoitoa, pallean repeämä, keskivaikea aivovamma, vaikeat kasvoluiden monimurtumat, raajojen monimurtumat tai vastaavat suurten vammojen yhdistelmät, silmän tai sen näön menetys, useiden sormien menetys, laaja palovamma tai paeltuminen, josta on seurauksena varpaiden menetys.” Hoitotoimenpiteiden ja työkyvyttömyyden sekä invaliditeetin mukaan arvioituina ”vaikeille vammoille ominaista on, että niiden hoito saattaa vaatia tehohoito-osastolla lyhytkestoista hengityskonehoitoa tai henkitorven avanteen, niiden hoito vaatii sairaalahoitoa pidentäviä hoitomenetelmiä (esimerkiksi kalloveto, murtumien ulkoiset kiinnityslaitteet), raajavammojen hoidossa tarvitaan vaativia kirurgisia toimenpiteitä (useiden murtumien kiinnityisleikkaukset, nivelen, raajan, verisuonten tai hermojen suurehko korjausleikkaus, laaja käsikirurginen leikkaus), jälkihoidossa tarvitaan murtuman kiinnitysvälineiden poiston lisäksi muita leikkauksia (esimerkiksi luunsiirto, raajojen korjausleikkaus), tarvitsevat sairaalahoitoa 3–8 viikkoa, toiminnallinen toipuminen vaatii yli 8 kuukautta, niiden jättämä pysyvä toiminnallinen haitta on merkittävä.” (Liikennevahinkolautakunnan normit ja ohjeet: Tilapäinen haitta, julkaistu 17.1.2008 (<http://www.liikennevahinkolautakunta.fi/quideline.asp?id=614>)).

tietty, vamman tyypin ja hoitotavan perusteella jonkin verran vaihteleva standardisoitu korvaus¹²⁸⁸, jonka määrä vaihtelee riippuen siitä, hoidetaanko vahingonkärsijää sairaalassa vai muualla.¹²⁸⁹ Taulukointi ei perustu vammatyypeille eikä niillä ole ratkaisevaa merkitystä kuten suomalaisessa järjestelmässä.¹²⁹⁰

Vammojen luokittelu on taulukoinnissa vasta ensimmäinen, valmisteleva vaihe. Varsinainen hyppy kvantitatiivisesta kvalitatiiviseen on hyvin toteava, lähes merkityksistä tyhjä. Sitä ei perustella mitenkään. Riittää, että liikennevahinkolautakunta toteaa vahvistaneensa tilapäisen haitan uudet euromääräiset korvausnormit seuraavasti:

vähäiset henkilövahingot (1)	ei korvausta
lievät vammat (2)	200–1 000 €
lievää vaikeammat vammat (3)	1 000–3 200 €
vaikeat vammat (4)	3 200–7 900 €
hyvin vaikeat vammat (5)	7 900–17 800 €
poikkeuksellisen vaikeat vammat (6)	17 800 € ¹²⁹¹

Neuvottelukunnalla teko ei ole yhtä brutaali ja paljas, koska sitä perustelee oikeuskäytännöstä tehty perinpohjainen selvitys.¹²⁹²

Näiden kahden siirron perusteella rakentuu objekti(ivi)suuden merkitys. Taulukot mahdollistavat loikan kvalitatiivisesta kvantitatiiviseen. Ne pitävät yllä korvausmäärän harkinnan objekti(ivi)suutta, luomalla sen koejärjestelyn, joka sulkeistaa omalla välttämättömällä painollaan ratkaisijan persoonan ratkaisun ulkopuolelle. Tuomarilla on taulukon avulla asetettu selkeä, tämän arvostuksista riippumaton lähtökohta tilapäisestä haitasta maksettavan korvauksen määräämiselle. Objektiivisuutta, Latourin tarkoittamassa aidossa oikeudellisessa mielessä, ei tarvita. Rahan ja tilapäisen haitan suhde on ennalta määritelty ja esineellistetty, objektiivisoitu. Perustelu on oikeudellinen. Taulukko on tarpeellinen, koska sen

¹²⁸⁸ Ks. Trafikskadenämndens cirkulär nr 1–2006, bilaga 1 s. 1–3.

¹²⁸⁹ Vakavien vahinkojen piiri määritellään trafikförsäkringsnämndenin ohjeissa sen perusteella, minkälaista sairaalahoitoa vamma on vaatinut. Trafikskadenämndens cirkulär nr 1–2006, bilaga 1 s. 1–3.

¹²⁹⁰ Voidaan tietysti kysyä, mitä merkitystä tällä erolla on. Yksi vaihtoehto olisi ajatella, että se kertoo selkeästä mentaliteettierosta. Ruotsissa kivun ja säryn voimakkuuden ajatellaan liittyvän selkeästi sairaalahoitoon. Jos lähtökohta yleistettäisiin lopputulos olisi varsin outo: Ruotsissa ajatellaan, että kipu ja särky liittyvät sairaaloihin. Tästä tuskin on kyse. Pikemminkin syy löytyy historiasta. 1930-luvulla Ruotsissa selvitetiin laajalti aineettoman vahingon korvaamiskäytäntöjä ja myöhemmin ilmiäydyttyä tavalla selvitystyön lopputulokseksi jäi, että korvauksen määrä riippui vahvasti sekä hoidon laadusta että kestoajasta. Ilmeisestikin tämä havainto heijastui myös ensimmäisiin Åke Andreassonin laatimiin korvaustaulukoihin, joista se omaksuttiin myös varsinaisiin suosituksiin. Suomessa korvauskäytäntöjä ei ilmeisestikään selvitetty ennen ensimmäisten taulukoiden laatimista. Ks. seuraavassa jaksossa (7.4) esitettyä.

¹²⁹¹ Ks. Liikennevahinkolautakunnan normit ja ohjeet: Tilapäinen haitta, julkaistu 17.1.2008 (<http://www.liikennevahinkolautakunta.fi/quideline.asp?id=614>).

¹²⁹² Ks. neuvottelukunnan suosituksista tarkemmin jaksossa 7.9 esitettyä.

seurauksena tilapäinen haitta on kaikille tuomareille, vahingonaiheuttajille ja vahingonkärsijöille merkitykseltään homogeenistä. Perustelu on, että objektiivisuus tuottaa yhdenvertaisuutta ja yhdenmukaisuutta.

Nyt on tärkeää huomata, että hallituksen esityksessä vaadittu objektiivisuus ei ole objektiivisuutta vaan juuri objektisuutta. Vaatimus kohdistuu tuomariin. Ohjaaminen on välttämätöntä, koska pelkkä objektiivisuus ei riitä. Tuomarin on luovuttava objektiivisuudestaan ja ryhdyttävä objektiseksi. Häntä ei kuitenkaan pakoteta, vaan hän on edelleen riippumaton. Ironista on, että ohjauksen tarve johtuu hallituksen esityksessä omaksutusta tilapäisen haitan korvaamisen tavoiteasettelusta, funktiosta. Tilapäisestä haitasta maksettavan korvauksen korvausaiheeksi määritetään ”elämänlaadun heikkenemisen hyvittäminen”¹²⁹³. Korvausaihe kiedotaan nimittäin löyhästi myös täyden korvauksen periaatteeseen:

”Korvauksella vahinkoa kärsinyt siis saa rahallisen hyvityksen siitä, että hänen olotilansa ja olosuhteensa ovat vahingon vuoksi huonommat kuin ne olisivat olleet, jollei vahinkoa olisi sattunut.”¹²⁹⁴

Tuomarit näyttäytyvät epäluotettavina, koska perinteisestä tavasta hahmottaa tilapäisen korvaamista pidetään kiinni. Tuomarien saama tehtävä on – tavoitemäärittelystä johtuen – arvioida kokemusta samalla tavoin kuin taloudellistakin vahinkoa. Taloudellisen vahingon arvioinnissa käytettäviä luonnollisia objektisia mittapuita ei kuitenkaan ole: ne on luotava. Ja kun ne luodaan, arviointikäytännöt kertovat oman kertomuksensa tilapäisen haitan korvaamisen tarkoituksesta. Kokemus on sivuroolissa.¹²⁹⁵ Arviointiperusteet lukitsevat arvioinnin siten, että tilapäistä haittaa arvioitaessa *lääketieteen tunnistamasta terveydentilan muutoksesta määrätään maksettavaksi tietty erityisen – lääkäreiden ja aktuaarien hallitseman – asiantuntijajärjestelmän ylläpitämän tietokokonaisuuden perusteella määritettävä hyvitys*.¹²⁹⁶

HD:n ratkaisu NJA 2005 s. 405 asettuu mielenkiintoiseen suhteeseen juuri tämän lähtökohtaista lääketieteellistä määräytymistä koskevan ajatuksen kanssa. Tapauksessa lääketieteellinen näkökulma osoittautuu riittämättömäksi. Ongelmana oli korvauksen määrän arvioiminen silloin, kun näyttöä vahinkotapahtuman – tässä tapauksessa siis raiskauksen – aiheuttaman kivun ja säryn tai psyykkisen terveydentilan häiriön vakavuudesta ei ole saatavilla. HD joutui tuottamaan innovatiivisen ratkaisun, jolla kierrettiin lääketieteellisen näy-

¹²⁹³ Ks. HE 167/2003 vp s. 20. Ks. myös Mielityinen 2006 s. 201–203, jonka mielestä kivun ja säryn korvausaihe sopii hyvin yhteen liberaalin maailmankatsomuksen kanssa.

¹²⁹⁴ HE 167/2003 vp s. 20.

¹²⁹⁵ Mielestäni tämä on vain hyvä asia. Kuten jäljempänä esitän jaksossa 7.14 kokemuksen ja rahan välistä yhteyttä ei mielestäni saa päästää syntymään.

¹²⁹⁶ Palaan funktioasetelmaan jäljempänä jaksoissa 7.10–7.14.

tön puuttuminen. Vahingonkorvausvaatimusta ei ollut aihetta hylätä, koska oli joka tapauksessa ilmeistä, että kipua ja särkyä tai siihen verrattavia terveydentilan häiriön seurauksia oli syntynyt. Aikaperusteinen laskutapa oli korvattava jollakin vaihtoehtoisella perusteella. On kiinnostavaa, että HD kääntyi tässä vaikeudessa toisten taulukoiden puoleen. *Brottsoffermyndighetin* korvauskäytännössä kyseisen tyyppisestä rikoksesta oli määrätty maksettavaksi tietty vakiosumma. Kuten Håkan Andersson toteaa, HD lähestyi lääketieteellisestä näkökulmasta mahdotonta arviointitilannetta tavanomaisesta poikkeavan, erilaisista lähtökohdista rakentuvan ja erilaisia lopputuloksia tuottavan, tässä tapauksessa tehdyn rikoksen luonteen ja korvauksen määrän linkittävän taulukoinnin kautta.¹²⁹⁷

KokemuskytKentä jää kuitenkin jäljelle, mutta yllättävässä muodossa. KokemuskytKentä on ohjannut tuomareita ajalla 1.1.2007–31.6.2007, jolloin neuvottelukunnan käyttämän raakadatan ratkaisut on tehty. Vai onko? Vai onko kokemus arvioitu jo 1960-luvulla?

5 TAULUKOIDEN HISTORIAN OPETUKSET

Vuosi 1968 vaikuttaa itse asiassa todennäköisimmältä ajankohdalta. Taulukot näyttävät rantautuneen suomalaiseen ja ruotsalaiseen vahingonkorvausjärjestelmään toden teolla varsin myöhään, joskus 1950- ja 1960-lukujen aikana. Historia on kuitenkin pidempi. Kivun ja säryn korvaamisen taulukoimisen juuret ovat liikennevakuutuksessa. Liikennevakuutuslakeja säädettiin Pohjoismaissa jo 1920-luvulla. Ruotsin ensimmäinen liikennevakuutuslaki (*trafikförsäkringslag*) oli vuodelta 1929. Sitä täydensi jo 1906 säädetty ja 1916 uudistettu autovastuulaki (*bilansvarighetslag*).¹²⁹⁸ Suomessa liikenteessä aiheutettuja vahinkoja koski 1950-luvun lopulle asti ensin vuonna 1925 säädetty laki moottoriajoneuvoliikenteestä johtuvan vahingon vastuusta (148/1925) ja sitten vuonna 1937 säädetty autovastuulaki (408/1937), joissa ei ollut erityisiä säännöksiä kivun ja säryn korvaamisesta. 1950-luvulle tultaessa todettiin kaikissa Pohjoismaissa, että vanha sääntely ei ollut riittävän modernia ja liikennevakuutussääntelyä uudistettiin.¹²⁹⁹ Taulukoiden ongelma aktualisoitui Suomessa vasta 1960-luvulla, kun 1959 säädettyä liikennevakuutuslakia (279/1959) ryhdyttiin soveltamaan. Sitä ennen autovastuulaki oli perustunut normaalin tuottamusvastuun varaan.

¹²⁹⁷ Ks. Andersson 2006 kohta 2.3..

¹²⁹⁸ Ks. Nordenson 1977 s. 16–17.

¹²⁹⁹ Ks. esim. Nordenson 1977 s. 58–62. Ruotsissa 1950-luvun ponnistelut eivät tuottaneet muuta tulosta kuin selvityksen.

Ruotsissa kivun ja säryn soveliasta korvaustasoa koskeva keskustelu alkoi kuitenkin jo huomattavasti aikaisemmin, 1930-luvulla. Syynä oli, että vuonna 1929 säädetyssä trafikförsäkringslagissa oli säädetty, että vakuutuksesta säädettiin korvattaviksi kaikki henkilö- ja esinevahingot, myös kipu ja särky.¹³⁰⁰ Vakuutusyhtiöt olivat aidon ongelman edessä. Vakuutuskorvauksen suuruuden määrittäminen taloudellisesta vahingosta ei ollut ongelma. Ei-taloudellista vahinkoa vakuutusyhtiöt eivät voineet mitata, koska sen mittaaminen oli tuomioistuinten tehtävä. Olikin välttämätöntä selvittää, miten tuomioistuimet ei-taloudellisen vahingon määrän arvioivat. Ruotsin liikennevakuutusyhdistyksessä päädyttiinkin pitämään tarpeellisena selvittää¹³⁰¹ Ruotsin korkeimman oikeuden ja muiden tuomioistuinten ei-taloudellista vahinkoa koskevien päätösten sisältö. Erik Andersson laati 1930-luvun kolmen ensimmäisen vuoden kuluessa selvityksen, jossa hän pyrki selvittämään tuomioistuinten korvausten arvioinnissa käyttämät säännöt. Tehtävä osoittautui vaikeaksi: Andersson joutui toteamaan, että ”lärningstidens längd är ett mått på skadans mer eller mindre allvarliga karaktär”.

Trafikförsäkringsförening jatkoi sittemmin Anderssonin työtä. Yhdistyksessä päätettiin vielä saman vuoden aikana, että kaikki jäsenyhteisöjen hallussa olevat oikeudenkäyntiasiakirjat, kaikkiaan 3000 tapauksen materiaalit, kerättäisiin yhteen ja analysoitaisiin. Bennich kuvaa työn lopputulokset julkistaneessa raportissaan tavoitteita seuraavasti:

”Förhoppningen var, att genom undersökning av ett så omfattande material säkra siffror skulle kunna erhållas för vad som enligt domstolarnas praxis genomsnittligt utginge i ersättning vid alla vanligen förekommande kroppsskador.”¹³⁰²

Yhdistyksessä toivottiin, että näin saatu tieto voitaisiin välittömästi operationaalistaa jäsenyhteisöjen toiminnassa, ilmeisesti niin korvauspäätösten laatimisessa kuin kannattavuuslaskelmissakin. Viimekätinen tavoite oli kunnianhimoinen. Yhdistyksessä ajateltiin, että korvauskäytännöstä saatava tieto voisi lopulta johtaa oikeusvarmuutta ja yhdenvertaisuutta kohentamaan yleistaulukkoon, jota juristit voisivat kehittää edelleen:

”Undersökningens resultat tänktes vidare bliva föremål för bearbetning av erfarna jurister, vilka borde kunna åstadkomma en mer följdriktig och enhetlig tabell över de i olika normalfall skäliga ersättningsbeloppen än den, som

¹³⁰⁰ Ks. esim. Nordenson 1977 s. 22–29.

¹³⁰¹ Oikeustapauskokoelma käsitti alun alkaen kaiken kaikkiaan noin 800 Tukholman raastuvanoikeuden liikennevahinkoasiaosaston ratkaisua ja HD:n käytännön.

¹³⁰² Bennich 1935 s. 12.

genom undersökningen kunde framkomma som resultat av domstolarnas skälighetsprövning in casu.”¹³⁰³

Toiveet osoittautuivat ylimitoitetuiksi. Työssä kohdattiin käytännön ongelmia. Asiakirjat olivat asioiden valitusinstanssikäsittelyn osalta epätäydellisiä. Tehtävä vaati huomattavasti oletettua enemmän aikaa. Ratkaisut näyttivät riippuvan pitkälti kulloisenkin riidan osapuolten vaatimuksista eivätkä suinkaan tuomioistuinten omasta itsenäisestä harkinnasta. Kaiken lisäksi sekä vamma- että hoitokuvaukset osoittautuivat monissa tapauksissa puutteellisiksi ja epätäsmällisiksi. Selvitystä supistettiin suunnitellusta, kun kävi ilmeiseksi, että tulos tulisi olemaan ponnisteluista huolimatta laihanlainen. Bennich toteaaakin, että ”endast tämligen osäkra normalersättningar syntes kunna framläggas, även om undersökningen fullföljdes i avsedd omfattning.”¹³⁰⁴ Selvityksen johdannon viimeinen kappale kuvanee kuivan humoristisilla sanankänteillään selvittäjien tunnelmia, kun puolentoista vuoden työ oli saatettu loppuun:

”Resultatet av det sålunda sedan senare delen av år 1933 utförda arbetet framlägges i det följande till den nytta och vägledning det hava kan.”¹³⁰⁵

Bennich myönsikin jo vuonna 1935, että asetettua tavoitetta ei voitu saavuttaa. Tuomioistuinten vaihtelevasta käytännöstä ei voitu tehdä riittävän tarkkoja ja luotettavia päätelmiä. Yhdistyksessä tyydyttiinkin julkaisemaan oikeustapauskoelmia. Oikeuskäytäntöä seurattiin sittemmin aina 1950-luvulle asti, jolloin hankkeesta luovuttiin lopullisesti HD:n oikeuskäytännön vähennettyä radikaalisti tuomiostuinten tehtävänjaon muututtua. Oikeuskäytäntöä selvitettiin laajalti, mutta raportointi jäi vaillinaiseksi.

Tätä taustaa vasten on jokseenkin kummallista, että vuonna 1966 samainen yhdistys laati kuitenkin ensimmäisen version sittemmin yleisesti hyväksytyiksi tulleista ”aputaulukoista”¹³⁰⁶. Aputaulukon syntyhistoria on jäänyt epäselväksi vieläpä täsmällisen laatisijankohdan osalta¹³⁰⁷. Eräässä Ruotsin liikennevakuutusyhdistyksen jäsenilleen lähettämässä kiertokirjeessä todetaan, että erään vakuutusyhtiön yksittäinen toimenhaltija, johtaja Åke Andréasson, oli 1950-luvulla laatinut tuomioistuinten korvauskäytännön perusteella taulukon kivun ja säryn korvaamisessa käytettävistä korvausmääristä ja että sitä oli sovellettu laajalti vuodesta 1957.¹³⁰⁸ Halvar Lech toteaa puolestaan, että vakuutusyhtiöt olivat

¹³⁰³ Bennich 1935 s. 12–13.

¹³⁰⁴ Bennich 1935 s. 13.

¹³⁰⁵ Bennich 1935 s. 13.

¹³⁰⁶ Ks. Trafikförsäkringsföreningens circular A 15/1966.

¹³⁰⁷ Ks. asiaa koskevista esityksistä esim. Ekstedt 1977 s. 176 ja hyvin lyhyesti Lech 1973 s. 171.

¹³⁰⁸ Ks. Trafikförsäkringsföreningens circular A 15/1966.

soveltaneet aputaulukkoja jo vuodesta 1955.¹³⁰⁹ Mitä ilmeisimmin kyse on kuitenkin samasta taulukosta.

Taulukon laatimisessa käytetyistä menetelmistä ei ole niistäkään täyttä selvitystä. Kiertokirjeessä todetaan, että taulukko laadittiin ”mot bakgrunden av rättspraxis”. Lech toteaa pitkälti samoin sanankääntein, että ”till grund för tabellen har väsentligen legat avgöranden av HD.”¹³¹⁰ Tulkitsisin lausuttua sillä tavoin, että taulukot eivät tiivistäneet korkeimman oikeuden tai muidenkaan tuomioistuinten käytäntöä, vaan ne oli laadittu pikemminkin tuota käytäntöä jonkinlaisena ohjenuorana pitäen.

On huomattava, että 1930-luvun epäonnistuneen selvitysprojektin lopputulemat näyttävät vaikuttaneen ratkaisevasti tapaan, jolla kivun ja säryn korvaaminen järjestettiin. Selvityksen tulokseksi saatiin yksityiskohdiltaan epämääräiseksi jäänyt peruserä, jonka mukaan korvaukset vaihtelivat ennen kaikkea vamman vaatiman hoidon ajallisesta pituudesta riippuen. Tämä lähtökohta omaksuttiin sittemmin taulukoinnin peruslähtökohdaksi. Ruotsin vuoden 2002 henkilövahinkouudistuksen myötä taulukoinnin lähtökohdille perustuva arviointi tuli kirjatuksi eksplisiittisesti myös skadeståndslagiin.

Jos Ruotsin liikennevakuutusyhdistyksen kiertokirjeessä ilmoitettu ja tulkintani mukainen synty tapa pitää paikkansa, näyttää taulukoiden syntyyn liittyvän varsin huomattava mielivaltaisuuden mahdollisuus. Yksittäisen vakuutusyhtiön toimihenkilön laatima taulukko on siten päässyt varsin omalaatuiseen asemaan. Kaiken kaikkiaan toimijoiden ja näiden asenteiden merkitystä ei ole syytä väheksyä. Bertil Bengtsson toteaa erilaisten korvauslautakuntien asemaa ja tehtäviä pohtivassa artikkelissaan, että vakuutusyhdistyksen ja – myöhemmin myös *trafikskadenämndenin* – toimintaa leimasi aktiivisuus ja vapaahko suhtautuminen oikeuskäytännön sitovuuteen. Yhdistys ei tyytynyt vain seuraamaan oikeuskäytäntöä ja siinä omaksuttuja korvauskäytäntöjä, vaan myös pyrki muokkaamaan niitä.¹³¹¹

Entä Suomi? Suomessa liikennevahinkolautakunnan toiminnasta ja varhaisten taulukoiden syntyhistoriasta ei ole yksityiskohtaista julkaistua selvitystä. Liikennevahinkolautakunnan omat arkistot eivät nekään tarjoa valaistusta taulukoiden syntyvaiheisiin. Ensimmäisten taulukoiden valmistelua ja laadintaa koskevia asiakirjoja on lautakunnan puheenjohtajan Kyösti Vihermaan antamien tietojen valossa hyvin rajoitetusti. Kipua ja särkyä koskevien ensimmäisten korvaussuosistusten esipuheessa todetaan lyhyesti, että ”tutustuttuaan yllilääkäri Eero Pontevan laatimasta muistiosta Suomen Tapaturmavakuutusten Liitolta ja Suomen

¹³⁰⁹ Ks. Lech 1973 s. 171.

¹³¹⁰ Ks. Lech 1973 s. 171.

¹³¹¹ Ks. Bengtsson 1970 s. 57.

Lääkäriliitolta saatuihin lausuntoihin ja kuultuaan tri Pontevaa kokouksessaan lautakunta hyväksyi kivun ja säryn määrittelemisperusteet ja markkamääräiset korvausnormitukset”.¹³¹² Vuosi oli mitä ilmeisimmin 1968, silloin liikennevahinkolautakunnan suositusten ja normien ensimmäinen painos joka tapauksessa julkaistiin. Arkistomateriaali viittaa siihen, että taulukkoja laadittaessa ei ollut käytössä erityistä selvitystä tuomioistuinten kivun ja säryn korvaamisen käytännöistä. Mitään selvitystä ei ainakaan ole jäänyt jäljelle.¹³¹³ Näyttääkin siltä, että taulukot laadittiin pitkälti tohtori Pontevan lääketieteellisen asiantuntemuksen ja toisaalta lautakunnan kokoonpanon aktuaarisen taidon varassa.

Oli syntytapa mikä tahansa, taulukot ovat sittemmin vakiintuneet arvioinnin kiistattomiksi lähtökohdiksi, jotka eivät virallisen totuuden mukaan sinällään sido tuomareita mutta joita tavanomaisesti ja lähes säännönmukaisesti silti noudataan. Esimerkiksi Routamo, Ståhlberg ja Karhu toteavat, että

”normisto on muodostanut vakiintuneeseen oikeuskäytäntöön perustuvan lähtökohdan kivun ja säryn korvausmäärän arvioinnille myös muissa kuin liikennevakuutuskorvauksissa, mikä on ollut omiaan yhtenäistämään korvauskäytäntöjä ja toteuttamaan yhdenvertaisuusperiaatetta.”¹³¹⁴

Kun täytyy arvioida, mitä taulukoiden omaksumisesta kivusta ja särystä maksettavan korvauksen arvioinnin lähtökohdaksi seuraa, on syytä pohtia sitä hetkeä, joilla ensimmäiset taulukot 1950-luvun lopussa laadittiin. On tietenkin mahdollista, että taulukot jo syntyäkseen heijastivat tuomioistuinikäytännössä vakiintuneita korvaustasoja. Tämä lienee kuitenkin hyvin epätodennäköistä. Näyttäisi kuitenkin pikemminkin siltä, että taulukoiden syntyajankohtana on vallinnut kiinnostava tilanne: taulukot muodostivat selkeän korvausarvioinnin viitekehyksen, joka täydensi todennäköisesti varsin epämääräistä ja hahmotonta tuomioistuinikäytäntöä. Taulukoiden vakiintuessa syntyi vuorovaikutussuhde, jossa taulukoiden olemassaolo loi järjestystä muutoin jokseenkin kaaottiseen ja epäyhtenäiseen korvauskäytäntöön.¹³¹⁵

Vaikutus lienee ollut pääasiassa yksisuuntaista. On oletettavaa, että lähinnä oikeuskäytännön kannanotot ovat lähentyneet vakuutuskorvausten määriä, kun tuomarit ovat etsineet objektiivisia mittapuita kivun ja säryn korvaamiselle.¹³¹⁶

¹³¹² Liikennevahinkolautakunnan suosituksia ja normeja, 1968 s. 6.

¹³¹³ Tiedot perustuvat liikennevahinkolautakunnan pitkäaikaisen pääsihteerin Pertti Lehtolan ja sen nykyisen puheenjohtajan Kyösti Vihermaan haastatteluille. Ks. taulukoiden syntyvaiheista myös Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006 s. 384.

¹³¹⁴ Ks. Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006 s. 384–385.

¹³¹⁵ Ks. myös Routamo 1969; Lehtola 1980; Lehtola 1987.

¹³¹⁶ Empiiristä näyttöä en voi väitteelleni tarjota. Oma kieltään puhuu se, että liikennevahinkolautakunnan taulukot ovat pysyneet korvaustasoiltaan suhteellisen muuttumattomina, jos sinällään *status quon* säilyttämiseen tähänneitä inflaatiokorjauksia ei oteta huomioon.

Eero Haganin ehkä liioitellun epätoivoisen puuskahduksen – ”Suomessa ei ole havaittavissa minkäänlaista järjestelmää kipu- ja särkykorvauksen mitoittamisessa. Korvauksen suuruus riippuu täysin tuomioistuinten harkinnasta tapaus tapaukselta. Tavallisesti alennetaan vaadittu, täysin perustelematon summa, ja asia on sillä selvä.”¹³¹⁷ – kuvaama oikeustila muuttui hiljalleen kesymmäksi. Epäilemättä vaikutus on ajoittain kulkenut myös toiseen suuntaan. Lehtolan ja Vihermaan mukaan taulukoita on myös ajan kuluessa mukautettu pääasiassa rahan arvon muutosten huomioon ottamiseksi. Routamo, Ståhlberg ja Karhu esittävät toisaalta, että taulukkoja olisi jatkuvasti mukautettu ja ”korjattu niiden kokemusten nojalla, joita on saatu esitettäessä ratkaisun perusteeksi kyseessä olevan suositusten mukaisia korvauksia.”¹³¹⁸ Sekä lautakunnan pitkäaikainen sihteeri Lehtonen että nykyinen puheenjohtaja Vihermaa ovat todenneet, että korjauksissa on otettu myös huomioon korkeimpien oikeusasteiden ratkaisuja, erityisesti siltä osin kuin ratkaisuista on koitunut paineita korottaa enimmäiskorvausmääriä.

Liikennevahinkolautakunnan ensimmäisten taulukoiden merkitys jää kuitenkin helposti varjoon. Sitä on vaikea havaita. Tilanne on kuitenkin hyvin yksinkertainen. Ensimmäinen vahvistuspäätös ratkaisi suomalaisen kivun ja säryn kohtalon. Pidän erittäin todennäköisenä, että jos ylilääkäri Ponteva olisi ehdottanut toisenlaista järjestelmää, myös vahingonkorvauslain 5 luvun 2 c § olisi tätä nykyä sanonnaltaan toisenlainen. Ruotsin esimerkki kertonee selkeää kieltä. Åke Andréasson päätyi järjestämään taulukot pääasiassa vamman hoitoajan varaan. Ratkaisu, joka on edelleen käytössä, poikkeaa jo perustaltaan ratkaisevasti suomalaisesta. Trafikskadenämndenin ”aputaulukoissa”, jotka ruotsalaisissa henkilövahinkouudistuksen esitöissä ja kirjallisuudessa ovat saaneet selkeästi liikennevahinkolautakunnan taulukoita keskeisemmän aseman, ruumiinvammojen lääketieteellinen vakavuusaste otetaan huomioon lähestulkoon binaarisesti. Vakavat vammat erotetaan vähemmän vakavista vammoista ja vakavista vammoista suositetaan määrättäväksi tavanomaisia korkeampi kuukausittainen hoitoajan korvaus. Vamman laatu itsessään ei ole keskiössä, sen kesto sen sijaan. Sama lähestymistapa kuvastuu myös korvauksen korotusperusteissa. Korvauksen korotusperusteet ja erityiskorvausten määräämisen edellytykset on määritelty pääasiassa *hoitotapaan* nojautuen.¹³¹⁹

Miksi näin on? Kokevatko ihmiset tilapäisen haitan ratkaisevasti eri tavalla Ruotsissa? Vastaus lienee kielteinen. Hyvin tärkeät linjanvedot saattavat olla lopulta hyvin sattumanvaraisia ja niiden vaikutukset polkuriippuvaisuuden takia merkittäviä. Kun jokin ratkaisu on kerran omaksuttu, siitä ei hevin irtauduta.

¹³¹⁷ Hagan 1957 s. 382.

¹³¹⁸ Ks. Routamo 1969; Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006 s. 348.

¹³¹⁹ Ks. esim. Bengtsson – Strömbäck 2006 s. 194–196.

Kivun ja säryn korvaamista koskevat taulukot ovat muuttuneet hämmästyttävän vähän niiden 40-vuotisen historian aikana. Perusskeema on pysynyt samana aina vuoden 2007 alkuun. Tuolloin suositusten rakennetta muutettiin. Kovin suuresta muutoksesta ei ollut kysymys. Vammatyyppejen sanalliset kuvaukset siirrettiin oman otsikkonsa alta esimerkkivammaluetteloiden yhteyteen. Samassa yhteydessä aiempi, turhan monimutkaisena pidetty kirjaimien ja numeroiden yhteiskäyttöön (luokat A ja B1, B2 ja B3 sekä C1 ja C2) perustunut vammaluokittelu vaihdettiin yksinkertaisempaan kuusiportaiseen (1-6) numeraaliseen luokitteluun.

Itse vammaluokkien sisällöt ovat pysyneet pitkälti muuttumattomina aina ensimmäisestä vuoden 1968 painoksesta vuoden 2007 alussa julkaistuun uusimpaan. Merkillepantavaa on, että vammaluokittelut ovat vähitellen yksityiskohdistuneet ja esimerkkiluettelot pidentyneet. Myös lääketieteellisen tiedon ja hoitotekniikkojen muutokset ovat selvästi näkyvissä.

Korvausmäärissä on tapahtunut sen sijaan merkittäviäkin muutoksia. Pitkän ajan keskiarvona (vuoden 1968 korvauksien kaikissa vammaluokissa korvausmäärät ovat kasvaneet reaalisesti noin 3 prosenttia vuodessa, jos rahan arvon muutoksen indikaattorina käytetään elinkustannusindeksiä. Korvaustason nousu on kuitenkin painottunut vakaviin vammaluokkiin. Tällaista tunnuslukujen laskemista kuitenkin haittaa se, että 1980-luvun vaihteessa toteutettiin periaatteellinen muutos, kun eri vammaluokkien ylärajat yhdenmukaistettiin vähitellen seuraavan vammaluokan alarajan kanssa. Alunperin ylemmän vammaluokan alin korvaus oli alemman vammaluokan ylintä korvausta alempi. Merkittävää on myös, että taulukoiden ensimmäisinä vuosina korvausmäärät nousivat hyvin merkittävästi nopeammin kuin elinkustannusindeksi. Silmiinpistäviä¹³²⁰ muutoksen vuosia ovat 1985, jolloin korvausmäärät nousivat kautta linjan noin 10 prosenttia edellisen vuoden elinkustannusindeksikorjatusta tasosta ja 1994, jolloin korvausmäärät nousivat keskimäärin noin 13 prosenttia. Vuoden 1994 muutosta korostaa kuitenkin nykyisen vammaluokan 2 minimin peräti 64 prosentin korotus. Niin ikään vuonna 1999 vammaluokan 3 maksimia ja vammaluokan 4 minimiä korotettiin peräti neljänneksellä ja ylimmät korvaussuosituksetkin nousivat 15 prosenttia¹³²¹. Vuonna 2002 kahden alimman kategorian suosituksia nostettiin lähes 20 prosenttia.

Korvausmäärien kehityksen tarkempaan tilastotieteelliseen analyysiin taitoni eivät riitä. Avoimeksi jää kysymys, onko korvausmäärien nousu ollut nopeampaa kuin elintason nousu eli onko korvausten reaalin taso noussut. Silti näyttää, sillä korvausmäärät ovat nousseet selkeästi elintasoindeksiä nopeammin. Olen-

¹³²⁰ Mainittavina vuosina muutokset korvausmäärissä ylittävät pitkän ajan kaikkien vammaluokkien vuosittaisen muutoskeskiarvon kerrottuna kahdella.

¹³²¹ Näihin korotuksiin oli kuitenkin inflaatiosta johtuvia paineita.

naista ajatusketjuni kannalta ei ole kuitenkaan se, mitä korvausmäärille on abso-luuttisesti tai relatiivisesti katsoen tapahtunut, vaan taulukoiden genealogia ja niiden taustalla vaikuttava rahankäyttötapa.

6 VAKUUTUSLAITOSKYTKÖS

Pääsen siirtymään ajatusketjuni kannalta olennaiseen seikkaan: näyttipä taulu-koiden syntyhistoria miten epäilyttävältä tahansa, on taulukoiden merkitystä ar-vioitaessa kuitenkin tärkeää huomata, ne on hyväksytty osaksi vahingonkorvaus-oikeudellista järjestelmää. Niillä on vaikutusta tuomioistuinten ratkaisuihin.¹³²² Kuin taikaiskusta entiset poliittisia valintoja – tai mielivaltaa – sisältäneet taulu-kot *ovat* muuttuneet vahingonkorvausoikeuden legitiimiksi osaksi, jopa siinä määrin että niiden voidaan hallituksen esityksessä väittää olevan objektiivisia. *Ne on tosiasiaassa laajalti hyväksytty ja niitä pidetään oikeudenmukaisina tapoi-na järjestää tilapäisen haitan korvausharkinta.* Taulukoiden voidaan väittää ole-van lähestulkoon ns. objektiivisia mittapuita, koska ne ovat osa vahingonkor-vausoikeuden työkalupakkia, hyväksyttyjä ja legitiimejä menetelmiä arvioida korvauksen määrää. Miksi?

Ero on merkittävä. Tuleekin aiheelliseksi kysyä, minkälaista taulukoiden ob-jektisuus on. Perusideani on, että taulukoissa kuvastuu erityinen, ”normaaleista”, perinteisistä rahankäyttötavoista poikkeava rahankäyttötapa. Rahaa käytetään käsitteellistämään ja antamaan merkitys vahinkotapahtumille eli tilapäiselle hai-talle normaalista objektiivisten mittapuiden ideasta poikkeavalla tavalla. Mikä tämä tapa on? Kysymystä voi lähestyä taulukoiden ja vakuutusjärjestelmien epistemologiaa eli niiden taustalla vaikuttavaa ja niitä ylläpitäviä ontologiaa tar-kastelemalla. Tällöin selvitettäviksi tulevat taulukoiden alkuperäiset tiedolliset ja institutionaaliset edellytykset sekä se, millaiselle käsitykselle ihmisistä, luon-nosta ja yhteiskunnasta ne perustuivat.

Analyyksini lähtökohta on, että taulukot ovat liikennevakuutusjärjestelmän tuottamia ja ylläpitämiä. Tämä on pidettävä mielessä, kun niitä tarkastellaan. Voidaan olettaa, että taulukoiden legitimitietin ja vakuutusjärjestelmäsyntyperän välillä on yhteys. Väitän, että taulukoissa kuvastuu *vakuutuksellinen* tapa käsit-teellistää ja hallita ilmiöitä rahan avulla. Taulukot siirtävät tilapäisen haitan ta-vallisesta rahavälitteisestä merkityksenannosta poikkeavaan tilaan, jota vakuu-tusjärjestelyt, vakuutuksellinen tieto ja vakuutuksille ominaiset ontologiset si-toumukset ylläpitävät. Kun tilapäisestä haitasta maksettava korvaus on järjestetty

¹³²² Henkilövahinkoasiain neuvottelukunnan keräämän aineiston valossa on varsin vaikeaa ar-vioida, pitääkö väite paikkansa.

taulukoiden perustalle, vahingonkorvausoikeuteen omaksutaan samalla erityinen, vakuutukselliseen logiikalle perustuva tekniikka eli rahan käyttö. Mitkä tämän rahankäyttötavan erityispiirteet ovat, sitä käsittelem seuraavassa jaksossa.

Vakuutuksellisessa korvaamisessa ei ole missään nimessä kyse yhdysvaltalaisessa kirjallisuudessa esitetystä vakuutusargumentista, jonka avulla on pyritty osoittamaan, että tilapäisestä haitasta ei tulisi maksaa korvauksia. Vakuutusargumentissa aineettoman vahingon korvaamisen ymmärretään olevan vakuutus, jonka vahingonaiheuttaja antaa vahingonkärsijälle. Koska korvausjärjestelmä vakuuttaa vahingonkärsijät, järjestelmän rationaalisuutta voidaan arvioida kysymällä, olisiko vahingonkärsijä todellisuudessa halunnut ja ostanut vakuutuksen, jonka tämä nyt saa ilman myötävaikutusta. Ongelman oikeustaloustieteellisen analyysin lähtökohta on ajatus, että yksilöt ostavat vakuutuksen voidakseen maksimoida utiliteettinsa kahdessa tilassa, silloin, kun vakuutustapahtumaa ei ole sattunut ja kun vakuutustapahtuma on sattunut. Aineellisissa vahingoissa vahingonkärsijä voi taloustieteellisen käsityksen mukaan lisätä utiliteettiaan siirtämällä omaisuutta vahingottomasta tilasta siihen tilaan, jossa vahinko on tapahtunut. Tämä on rationaalista, koska varallisuuden vähentyessä vahinkotapahtuman johdosta jokaisesta lisärahayksiköstä saatava marginaalihyöty kasvaa. Tilasta, jossa varallisuutta on enemmän ja siten sen rajahyöty vähäisempi, kannattaa varallisuutta siirtää tilaan, jossa sen rajahyöty on suurempi.

Aineettomissa vahingoissa tilanne ei oikeustaloustieteilijöiden mukaan ole edellä kuvatun kaltainen. Aineeton vahinko ei vaikuta samalla tavoin suoraan vahingonkärsijän varallisuuteen. Vahingonkärsijä ei voi etukäteen tietää, miten vahinko vaikuttaa rajahyötyyn, jonka hän saa vahinkotapahtuman jälkeen hänen hallussaan olevasta varallisuudesta. Toisin kuin aineellisissa vahingoissa, vahingonkärsijän utiliteettifunktio ei pysy muuttamattomana. Varallisuuden rajahyöty voi joko lisääntyä, pysyä samana tai vähetä. Siksi rationaalinen henkilö ei ostaisi vakuutusta, joka korvaa tilapäistä haittaa.¹³²³ Ja koska rationaalinen henkilö ei ostaisi aineettoman vahingon kattavaa vakuutusta, vahingonkärsijää ei saa vakuuttaa vastoin hänen rationaalista tahtoaan.

7 VAKUUTUKSELLINEN KORVAAMINEN

Mikä on vakuutuksellisissa rahankäyttötekniikassa olennaista? Miksi niiden yhdistäminen vahingonkorvausoikeudellisiin korvaussääntöihin voi tuottaa legitimejä lopputuloksia? Nähdäkseni on syytä kiinnittää huomiota kolmeen vakuutuksellisille järjestelyille yleisesti tunnusmaiseen piirteeseen, jotka kaikki liittyvät niihin teknologisiin järjestelyihin, jotka mahdollistavat rahan käyttämisen

¹³²³ Ks. vakuutusargumentista mm. Cook – Graham 1977; Priest 1987 s. 1557–1548; Croley – Hanson 1995 s. 1797–1812; Stapleton 1995 s. 833–837. Kriittikistä ks. esim. Pryor 1992; Croley – Hanson 1995; Stapleton 1995 s. 837–839.

vakuutusjärjestelmissä. Nämä piirteet ovat 1) järjestelyjen sopimuksellisuus ja sopimuksellisuudesta seuraava korvaustasojen keinotekoisuus, 2) riskipopulaation käsite ja sitä seuraava kytkentä aktuaariseen, populaation elinoloja ja sen jäseniä koskevaan tietoon, sekä 3) riskipopulaatioihin syntyvä sisäinen (vakuutus)solidaarisuus.

Sopimuksellisuus. Vakuutukset ovat sopimuksellisia tulevaisuuden hallinnan instrumentteja. Ne perustuvat yksilöiden keskenään – periaatteessa vakuutuslaitoksen välityksellä tai ilman – tekemille sopimuksille, joissa rahaa käytetään hallitsemaan tulevaisuutta. Äärimmilleen yksinkertaistettuna kuvio on seuraava. Vakuutuksenantaja ja -ottaja solmivat sopimuksen, jossa vakuutuksenantaja sitoutuu maksamaan vakuutuksenottajalle tietyn summan rahaa, jos sopimuksessa määriteltä vakuutustapahtuma tulevaisuudessa vakuutuksen voimassaoloaikana sattuu. Vakuutuksenottaja puolestaan maksaa vakuutusmaksun.¹³²⁴

Todellisuus on toki tätä monimutkaisempi. Useimmat tosiasiaissa solmittavat sopimukset ovat usein hyvin yksityiskohtaisia vakiosopimuksia, joita vakuutusyhtiö soveltaa johdonmukaisesti ja muuttamattomina kaikkien asiakkaitensa kanssa. Vasta lukuisten vakioisten sopimusten myötä syntyy vakuutettujen pooli, joka mahdollistaa vakuutusten tuotteistamisen tai ylipäättään vakuutuksellisen riskienhallinnan. Sopimuksessa rajataan ja määritellään yksiselitteisesti ne riskit ja vaarat, joista vakuutusyhtiö vastaa¹³²⁵, ja toisaalta määrätään, miten vaarojen toteutuessa menetellään, kuinka paljon kustakin vakuutustapahtumasta maksetaan. Sopimuksista syntyy käsitteellinen tila, jota voidaan *vakuutusmatemaattisin* keinoin hallita¹³²⁶.

Taloudelliselta merkitykseltään merkittävimmät vakuutusjärjestelyt eivät ole ainakaan Suomessa vapaaehtoisia. Yksilöt eivät voi valita, osallistuvatko he esimerkiksi *lakisääteisiin* tapaturmavakuutus-, työ- ja yrittäjien eläkevakuutus- sekä sairaus- ja potilasvakuutusjärjestelmiin vai eivät. Järjestelmät on luotu lainsäädännöllisesti ja vakuutusmaksut rinnastuvatkin pitkälti veroihin.

Vakuutusjärjestelyjen sopimuksellisuus määrittelee rahan käyttämisen viitekehysten. Vakuutus sopimuksessa raha saa muotonsa. Sopimuksessa määrätään, mikä merkitys rahalla on kussakin sopimussuhteessa. Suhde rahan ja vakuutus-

¹³²⁴ Ks. vakuutuksen perusrakenteesta esim. Hellner 1959 s. 7–13.

¹³²⁵ Ks. esim. Hellner 1959 s. 74–105, jossa Hellner käy läpi erilaisia tapoja, jolla vakuutettava riski määritellään, ja niihin liittyviä oikeudellisia ongelmia. Ks. myös Rantala – Pentikäinen 2003 s. 53–59.

¹³²⁶ Vakuutetun käyttäytymistä pyritään ohjaamaan erityisesti vahinkovakuutuksissa ns. suojeluohjeilla, joissa vakuutettu veloitetaan huolehtimaan tietyistä suojelutoimenpiteistä. Suojelutoimenpiteisiin ryhtymiseen kannustaa uhka, että jos suojeluohjeita ei noudateta, vakuutuskorvausta ei makseta vahinkotapahtuman sattuessa. Suojeluohjeista ks. esim. Hoppu – Hemmo 2006 s. 163–173.

tapahtumien välillä on sopimukselle alisteinen. Raha ei määrity vakuutustapah-
tuman ja vakuutusmaksun leikkauskohdassa vakuutussopimussuhteen ulkopuo-
lelta, vaan sille luodaan kussakin vakuutussopimuksessa oma erityinen merki-
tyssisältönsä¹³²⁷. Vakuutuskorvaus ei kerro mitään vahinkotapahtuman arvosta.
Sen ei tarvitse vastata kohteen ”luonnollista” arvoa.¹³²⁸ Sen sijaan korvauksen
suuruus riippuu ihmisten tahdosta. Vakuutuksenantaja ja -ottaja sopivat, miten
vahinkotapahtumat rahamääräistetään, miten niiden arvo käsitteellistetään. Osa-
puolet tulevat tuottaneeksi *vain yhden* mahdollisista rahan avulla ilmaistavista
käsityksistä vahinkotapahtuman merkityksestä. Vaihtoarvo, tuottoarvo tai talou-
dellinen arvo kulkevat rinnan vahinkotapahtuman vakuutuksessa määritetyn ar-
von kanssa, mutta niitä ei saa missään nimessä sekoittaa toisiinsa.

Viviana Zelizer on käsitellyt vakuutuksiin ja erityisesti niille ominaiseen sopi-
mukselliseen rahan käyttämiseen liittyviä ongelmia kahdessa hyvin mielen-
kiintoisessa artikkelissa ja myös laajemmassa monografiassa, jossa hän laa-
jentaa artikkeleissa käsittelemiään teemoja. Zelizer tarkastelee artikkeleissaan
kysymyksiä, jotka liittyivät 1800-luvun Yhdysvalloissa henkivakuutuksissa
eettisesti ja moraalisesti kiperien riskien vakuuttamiseen. Viime kädessä kum-
mankin artikkelin polttopisteessä on kuoleman rahallinen käsittely. Vuonna
1978 julkaistussa artikkelissaan Zelizer tarkastelee lähinnä aikuisten miesten
elämän ja kuoleman pääomittamiseen ja siitä ”vedon lyömiseen”¹³²⁹ liittyviä
kysymyksiä ja vakuutusten kehitystä 1800-luvulla. Vuoden 1981 artikkelissa
Zelizer kuvaa lasten henkivakuutusten legitimoimispyrkimyksiä.¹³³⁰ Zelizerin
tärkeimmät huomiot koskevat sosiaalista ja uskonnollista vastustusta, joka il-
meni, kun raha ulotettiin uudella tekniikalla sellaiselle alueelle, jolla sitä ei
ollut aiemmin käytetty.

Lasten henkivakuutuksia käsittelevässä artikkelissaan Zelizer jäljittää niitä
retorisia siirtymiä, joita legitimoimiskamppailun aikana tapahtui. Lasten va-
kuuttamisen ongelmallisuus rakentui yhteiskunnallisten, rahan käyttämistä
koskevien käsitysten varaan. Alun perin lasten vakuuttaminen – samoin kuin

¹³²⁷ Ks. esim. Ewald 1991 s. 204–205. Asia ei ole tietenkään näin pakollisissa vakuutuksissa, joita suurin osa sosiaalivakuutuksista on. Niissä sopimusta ei ole eivätkä osapuolet voi suoraan vaikut-
taa siihen, minkälaiseksi suhde todellisuuden ja rahan välillä muodostaa. Suhde on kuitenkin ver-
rattavissa edellä mainittuun sopimuksellisuuteen, ainakin siinä mielessä, että se on samassa mie-
lessä keinotekoinen. Rahan käyttötavat on määritelty erityisesti vakuutusjärjestelmää varten eivät-
kä ne määrity vakuutussuhteen ja vakuutusjärjestelmän ulkopuolelta.

¹³²⁸ Näin voi tietenkin olla. Omaisuus voidaan vakuuttaa esimerkiksi sen markkina-arvosta tai va-
kuutuskorvauksen määräytyminen voidaan kiinnittää esimerkiksi omaisuuden jälleenhankintakus-
tannuksiin. Toisaalta myös lakisääteinen sairaus- ja vapaaehtoiset sairauskuluvakuutukset perustu-
vat vastaavalle puolinnaturalistiselle vakuutuskorvaukselle. Niissä korvataan, tosin tiettyä prosentti-
osuuskorvausta noudattaen, todellisia kuluja. Näin ei kuitenkaan tarvitse olla. Onkin syytä erityi-
sesti korostaa sitä, että rahamääräisen korvauksen ja todellisuuden välinen suhde vakuutuksissa on
aina pääasiassa sopimuksellinen.

¹³²⁹ Ks. Zelizer 1978.

¹³³⁰ Ks. Zelizer 1981

täysi-ikäisten vakuutuksetkin – näyttäytyi moraalittomana, koska vakuutuksilla rahallinen arvo kiinnitettiin sellaiseen asiaan, jota ajan uskonnollissävyytteisten käsitysten mukaan ei saanut arvioida rahalla. Vastaus pulmaan oli näyttää, että lapsilla oli taloudellinen arvo. Zelizerin tarkastelemissa yhdysvaltalaisessa oikeuskäytännössä lasten henkivakuutukset mahdolliseksi tekevä vakuutettava intressi oli lasten kyky tehdä työtä ja ansaita rahaa vanhemmilleen.¹³³¹ Vakuutusyhtiöt eivät kuitenkaan käyttäneet tätä perustelua markkinoinnissaan, vaan valitsivat vakuutuksen oikeuttamisperusteeksi lasten ”tunnearvon”: vakuutus takasi, että lapsi voitiin haudata asiaankuuluvien menoin.¹³³² Ongelman ytimessä näyttää kuitenkin olevan vakuutuskorvauksen ja todellisuuden välinen suhde. Miten käsitteellistää se, mistä korvaus maksettiin? Miten luoda legitiimi, moraalisesti oikeutettavissa oleva yhteys vahinkotapahuman eli lapsen kuoleman ja sen perusteella maksettavan rahasumman välille?

Vakuutukselliset korvaustasot ovat *keinotekoisia*, koska ne ovat sopimuksellisia. Vakuutuskorvaus ei ole ”luonnollisten” markkinaprosessien tuottama kuvaus *vahinkotapahtumien* hinnasta tai arvosta. Korvauksesta sovitaan ja neuvotellaan. Mikään diskurssi tai ajattelutapa ei pakota vakuutuksenantajaa ja -ottajaa valitsemaan juuri markkinaprosessien tuottamaa arvoa. Vakuutuskorvauksilla ei ole luonnollista määrää. Sen voidaan sopia olevan mitä tahansa. Vakuutus sopimuksessa rahaa käytetään toisessa tilassa ja toisenlaisilla ehdoilla kuin vaihtoarvolla, tuottoarvolla tai muilla taloudellista arvoa koskevilla käsityksillä operoitaessa. Ero on näkökulmassa. Siinä, missä yksilö joutuu vaihto- tai tuottoarvolle perustuvia rahankäyttötapoja hyödynnettäessä alistumaan yhteisölle, sen arvostuksille ja kollektiiviselle merkityksenannolle, vakuutus sopimus luo periaatteessa vakuutuksenantajan ja -ottajan välille yksityisen rahavälitteisen merkityksenannon tilan. Markkinoiden tekniikat eivät sanele merkityksenannolle reunaehtoja. Ne tulevat muualta, osapuolten tavoitteista ja haluista ja vakuutuksellisten järjestelyjen institutionaalisista reunahdoista.¹³³³

Esimerkki lienee tarpeen. Henkivakuutus sopimuksessa voidaan määrätä, että vakuutuksenantaja suorittaa vakuutuksenottajan kuoltua vakuutuksen edunsajalle tietyn suuruisen korvauksen, vaikkapa 100 000 euroa. Vakuutuksenottaja maksaa vakuutuksenantajalle tästä vuodessa 300 euroa. Tästä ei voida tehdä sitä johtopäätöstä, että vakuutuksenottaja arvostaisi elämänsä tai edes kuoleman riskin vakuutuskorvauksen suuruiseksi. Vaikka vakuutuksenottaja vetää eräässä mielessä yhtäläisyysmerkin 100 000 euron ja elämänsä välille, tämä ekvivalenssi ulottuu vain vakuutukseen ja sille mahdolliseen merkityshorisonttiin asti. Sitä ei saa viedä ulommas. Vaikka vakuutus on tehty ja merkintä 100 000 eurosta on

¹³³¹ Ks. Zelizer 1981 s. 1046–1047.

¹³³² Ks. Zelizer 1978 s. 1048–1050.

¹³³³ Ks. Ewald 2003 s. 28–29.

piirtynyt paperiin, emme tiedä mitään siitä, miten vakuutuksenottaja arvioisi henkeään rahassa. Niin ainakin väitän. Oikeustaloustieteilijä saattaisi tietenkin olla eri mieltä.

Tilanne on sama jopa irtaimistovakuutuksessa. Kun vakuutuksenottaja tekee vakuutussopimuksen irtaimen esineen vakuuttamisesta, *hän sopii esineen merkityksestä vakuutuksenantajan kanssa*. Vaikka sopimuksessa olisi määräys, että Ruotsin vanhan vakuutusopimuslain (*lag om försäkringsavtal*, 1927:77) 37 §:n tapaan esine vakuutetaan sen täydestä uudelleenhankintahinnasta, tästä ei voida tehdä sitä johtopäätelmää, että esineen arvo on yhtä kuin sen uudelleenhankintahinta.¹³³⁴ Ainoa johtopäätelmä, jonka voimme tehdä, on, että vakuutettu on lähtenyt mukaan vakuutukselliseen merkityksenantopeliin, jossa esineen merkitys on käsitteellistetty tietyllä tavalla. Korvausmäärää koskevassa sopimusmääräyksessä ei ole mitään luonnollista. Irtaimistovakuutuksessaakin korvaus voisi olla minkä suuruinen tahansa.¹³³⁵

Merkittävä vastaväite esittämäni kohtaan on, että vakuutussopimusta tehtäessä tingitään aivan kuten markkinoillakin. Siten vakuutuksellinen merkityksenantoprosessi tuottaa aivan normaalin markkinaprosessin tavoin oikean käsityksen vahinkotapahtuman taloudellisesta arvosta. Tällainen käsitys yksinkertaistaa asian äärimmilleen. Siinä sivuutetaan kokonaan se seikka, että vakuutusjärjestelmä ei ole vahinkotapahtuman taloudellisen tai minkään muunkaan arvon määrittämisen tekniikka. Kun vakuutusjärjestelmä otetaan mukaan tuotamaan käsitystä taloudellisesta arvosta, lähdetään vakuutusjärjestelmän määrittämälle kiertotielle. En ole lainkaan varma siitä, että se taloudellinen arvo, joka voidaan määrittää vakuutusteknologioita hyväksikäyttäen, oli se taloudellinen arvo, joka haluttiin tuottaa.

Tilapäisen haitan arvioimisessa käytettävät taulukot ovat alun perin olleet juuri tässä mielessä sopimuksellisia ja keinotekoisia, niin väitän. Taulukoissa rahan ja vahinkotapahtuman on tietoisesti ja keinotekoisesti määriteltä. Ne eivät ole markkinavälitteisen merkityksenannon tuottamia. Eivätkä ne ole syntyneet spon-

¹³³⁴ *Lag om försäkringsavtal* on kumottu. Uusi *försäkringsavtallag* (2005:104) tuli voimaan 1. tammikuuta 2006. Uudessa laissa vanhan lain 37 § on nyt 6 luvun 2 §. Säännös ei ole pakottava. Muutoksen eräistä ongelmakohdista ks. Radetzki 2007. Kuten Radetzki huomauttaa, vanhan lain 39 §:ssä säädetty rikastumiskielto on nyt kumottu. Asialla on merkittäviä ontologisia seurauksia. Ruotsissa vakuutussopimuksissa voidaan nyt vapaasti määrittää esineen arvo vakuutuksen viitekehityksessä. Laki ei enää pakota kytkemään esineen vakuutusarvoa sen ”luonnolliseen” eli markkina-arvoon.

¹³³⁵ Kokonaan toinen seikka on, että vakuutuksia ei yleensä tehdä erikoisilla ehdoilla. Tähän ei ole syynä se, että niin ei voitaisi menetellä. Vakuutuksia olisi mahdollista tehdä muutenkin kuin vain suorilla viittauksilla yleisesti ymmärrettäviin arvomääritelmiin. Vakuutuksenantajat tarjoavat tavallisesti vain vakioituja tuotteita, jotta ne voivat kerätä hallittavan ja tarpeeksi laajan riskipoolin. Oudoilla ehdoilla halukkaita vakuutuksenottajia ei olisi tarpeeksi. Erikoisten vakuutusten kysyntä voisi olla vähäistä.

taanien arvioimiskäytäntöjen tilastollisen analyysin pohjalta, taulukoita laadittaessa kun ei ollut käytössä kattavaa selvitystä oikeuskäytännöstä. Korvaustasot ovat vakuutuksellisen rahankäyttöjärjestelyn tuottamia.

Tilanne on hyvin monimutkainen, sillä liikennevakuutus oli alusta lähtien pakollinen vakuutus. Vahingonkärsijä saa vieläpä korvausta liikennevakuutuslain 10 §:n mukaan jokaisesta liikennevahingosta. Vielä hankalammaksi asian teki se, että korvaustasoja ei määritelty suoraan vakuutussopimuksessa. Niistä ei nimenomaisesti sovittu vakuutuksenantajan ja vakuutuksenottajan välillä, vaan ne sanottiin omaksutun yleisestä vahingonkorvausoikeudesta eli oikeuskäytännöstä. Korvausta määritettiin maksettavaksi toisen järjestelmän, vahingonkorvausoikeuden sääntöjen mukaan. Järjestelyn tarkoituksena oli, että korvausasiaa ei käsiteltäisi tuomioistuimessa vaan että vakuutusyhtiö maksaisi jo lähtökohtaisesti oikean, voimassa olevien vahingonkorvausoikeudellisten sääntöjen mukaisen korvauksen. Edellä taulukoiden syntyhistoriasta esitetyn perusteella väitteeni taulukkorvaamisen vakuutuksellisuudesta näyttää kuitenkin varsin turvalliselta. Ensimmäinen korvaustaulukko kun syntyi vakuutuslaitoksen piirissä.

Ensimmäisten taulukoiden hyväksymisen ja julkaisemisen jälkeen tilanteen voi ajatella muuttuneen jonkin verran. Voidaan ajatella, että täydellisesti informoitu vakuutuksenottaja voi olla tietoinen taulukoista ja siten niiden voitaisiin ajatella tulevan – hyvin väljässä mielessä – sopimuksen osiksi. Vakuutuksenottaja ja vakuuttaja olisivat, jos tällainen ajattelutapa hyväksytään, sopineet rahan käyttämisestä suoraan. Toisaalta mahdollisuus alistaa taulukoille perustuvat korvausratkaisut tuomioistuimen arvioitaviksi lisää asetelmaan uuden, sitä monimutkaistavan kerroksen.

Tilapäisestä haitasta maksettavan korvauksen funktion kannalta tällä havainnolla on ensisijainen – joskin funktiomäärittelmän kannalta vasta negatiivinen – merkitys. Taulukoiden avulla määritettävä *korvaus ei vastaa tilapäisen haitan hintaa tai näiden kokemusten taloudellista tai muutakaan arvoa*. Vastaava näkökohta koskee myös muuta tilapäistä haittaa, pysyvää haittaa ja kosmeettista haittaa. Hinta- tai arvometafora näyttääkin olevan tästä syystä aineettoman vahingon korvaamisen hahmottamisessa pitkälti käyttökelvoton. Palaan tähän teemaan jäljempänä käsitellessäni tilapäisestä haitasta maksettavan korvauksen tarkoitusta.

Vaikka korvaustaso onkin edellä kuvatulla tavoin sopimuksellisesti määräytynyt ja siten keinotekoinen, ei ole perusteita ajatella, että se olisi sattumanvarainen. Vakuutusjärjestelyissä rahan käyttö nimittäin kiinnittyy riskin pääomittamiseen, erilaisten asiantuntijajärjestelmien tuottamaan ja erityisesti aktuaariseen tietoon. Tässä kohtaa on syytä ottaa käsiteltäväksi *riski*. Riski on vakuutuksen kannalta keskeinen käsite. Riski viittaa moniaalle. Se kiinnittyy yhtäältä tilastotieteeseen, sen menetelmiin ja sen tuottamaan tietoon. Onkin väitetty, että modernia riskin käsitettä ei voi olla olemassa, jos kattavaa tilastotietoa ei olisi ole-

massa.¹³³⁶ Emme pysty käsittämään jonkin tapahtuman riskiä, jos emme pysty selvittämään, kuinka monta tiettyä tapahtumaa, luunmurtumaa, itsemurhaa tai murtovarkautta sattuu tai kuinka monta avioliittoa solmitaan tai kuinka monta lasta syntyy jossakin suuressa populaatiossa jonkin ajanjakson kuluessa. Kun tiedämme populaation koon ja tapahtumien määrän jonkin ajanjakson kuluessa, voimme varsin yksinkertaisesti laskea todennäköisyyden, jolla jokin tapahtuma tulee tapahtumaan yhdelle populaation lukemattomista yksilöistä jonkin ajanjakson, viikon, kuukauden, vuoden tai ihmiselämän aikana. Ja kun populaation tilastolliset liikelait tunnetaan, vahinkotapahtuma määritellään ja siitä maksettavasta korvauksesta sovitaan, vakuuttamisen mahdollisuus aukeaa.

Riskin käsitteeseen liittyvät myös vakuutuskorvausten tason määrittämisessä tärkeät tekniikat. Vakuutus on perimmiltään teknologia, jolla tunnistettu virtuaalinen esine, riski, pääomitetaan eli käännetään rahan kielelle. Käännös tekee riskin hallittavaksi. Tässä tarvitaan vakuutusmaksujen matematiikkaa. Vakuutusmaksun ja -korvauksen välinen yhteys rakentuu kaikkien vakuutuksenottajien ja vakuutusyhtiön taloudellisessa, laskettaville ja hallittaville riskeille perustuvassa suhteessa. Lukemattomista yksittäistä vakuutuksenottajista ja näiden yksittäisistä vakuutetuista riskeistä, tulevaisuuden mahdollisuuksista, syntyy *riskipooli*, jonka elämää voidaan hallita ajanjaksojen yli.¹³³⁷ Ulosmaksettavien korvausten määrä tiettyinä ajanjaksona tasapainotetaan samalta ajanjaksolta kertyvien vakuutusmaksujen kanssa ja aikaisempien vakuutusmaksujen tuoton kanssa, koska vakuutuksenantaja voi¹³³⁸, kiitos aktuaarien tekemien tilastollisten analyysien ja ennusteiden, ”tietää” suhteellisen tarkasti kuinka moni vakuutetuista riskeistä aktualisoituu jonakin tiettyinä ajanjaksona.¹³³⁹ Jos kaikki menee hyvin, vuosittaiset vakuutusmaksut ja niiden sijoittamisesta kertyvät sijoitustuotot kattavat vuosittaiset vakuutuskorvaukset, toiminnan muut kulut ja sijoittajien pääomalle asettaman tuottovaatimuksen.

Tilapäisen haitan korvaustasojen voidaan ajatella muotoutuneen vakuutusmatemaattisten menetelmien reunoittamassa neuvotteluprosessissa. Viimekätisenä perusteluna korvaustasoille voi olla tällöin vakuutusmaksujen ja korvausten suh-

¹³³⁶ Ks. Ewald 1991 s. 201–203. Vakuutuslalla tavataan sanoa, että epävarmuutta ei kannata vakuuttaa, mutta riskejä voi..

¹³³⁷ Burrows (Burrows 1993 s. 197) huomauttaa, että esimerkiksi englantilaiset tuomioistuimet olivat pitkään pidättäviäsiä aktuaarisen asiantuntemuksen hyödyntämisessä. Nytemmin tilanne on muuttunut. Ks. esim. Langstaff et al. 2005 s. 105–106.

¹³³⁸ Vakuutuskorvaus kiinnitetään vakuutusmaksuihin erityisessä rahan käyttämisen prosessissa, joka perustuu monimutkaisten tieto- ja taitokokonaisuuksien hyödyntämiselle. Järjestelmän rakentaminen, vakuutustapahtumien luokittelu, korvaustason määrittäminen ja riskinotosta maksettavan korvauksen laskeminen ovat erityisen ammattikunnan eli aktuaarien tehtäviä. Aktuaarit käyttävät vakuutusmatemaattisia menetelmiä ja hyödyntävät tilastollista tietoa vakuutuspopulaation elämäolosuhteista ja elämän kulusta.

¹³³⁹ Ks. esim. Ewald 1991 s. 197–210.

de. Tilanne ei kuitenkaan ole näin yksinkertainen. Tähän on kaksi syytä. Neuvotteluprosessiin on osallistunut ja osallistuu monia eri intressitahoja ja -ryhmiä ja siihen ovat vaikuttaneet ja vaikuttavat niin oikeudelliset säännöt, liiketaloudelliset tekijät, oikeudenmukaisuusargumentit, erilaiset kollektiiviset uskomukset, lääketieteelliset ja vakuutustekniset tekijät ja ideologiset valinnat.¹³⁴⁰ Yksinkertaisinta lienee hahmottaa taloudellisia vaikuttimia. Taloudellisesti tarkastellen tilapäisestä haitasta maksettavien korvauksien taso on määritetty sellaiseksi, että se ei vaikuta liiaksi liikennevakuutusten hintaan. Toisaalta järjestelmään on sisäänrakennettuna myös eettinen ulottuvuus: korvauksen on ollut oltava sen suuruinen, että yksilöt pitävät sitä vielä hyväksyttävänä eivätkä käsitä sitä loukkaukseksi.

Totuuden nimessä on todettava, että sattumanvaraisuutta poistava kytkentä vakuutusmaksujen aktuaarisen tiedon ja tilapäisestä haista maksettavien korvaussummien välisen tiedon välillä on varsin heikko. Tilapäisestä haitasta maksettavien korvausten vaikutus liikennevahingosta perittävien vakuutusmaksujen suuruuteen on häviävän pieni. Toinen ongelma liittyy tietenkin liikennevakuutuksen pakollisuuteen. Jos moottoriajoneuvoa haluaa kuljettaa yleisellä tiellä, siihen on otettava vakuutus, jonka ehdot ovat vakioituneet käsittelemään myös korvauksen tilapäisestä haitasta. Ja liikennevakuutuslain mukaan korvauksen on vastattava sitä korvausta, joka maksettaisiin vahingonkorvauslain perusteella.

Kolmas vakuutusjärjestelyille ominainen ja tilapäisen haitan korvaamisessa merkittävä piirre on vakuutusjärjestelyjen *solidaarisuus*, se yhteisöllisyys, joka vakuutusjärjestelyjen myötä syntyy. Vakuutusjärjestelyjen solidaarisuus on varsin omalaatuista ja välittyy edellä mainittujen riskin käsitteen ja sen johdannaisen, riskipoolin käsitteen kautta. Riskipooli koostuu useista yksilöistä, jotka tuovat pooliin tietyt vakuutusjärjestelmän piirissä määriteltävät ominaisuutensa eli riskit¹³⁴¹, mutta eivät muuta.¹³⁴² Riskipooli muodostaa yhteisön, jossa jokainen siihen osallinen tulee liitetyksi toisiinsa samanlaisten elämänolosuhteidensa ja perustavan yhteisen identiteetin kautta. Vakuutetut asettuvat solidaariseen vastuusuhteeseen toistensa kanssa vakuutusmaksujen ja vakuutuskorvausten – eli rahan – välityksellä. Riskipoolin jäsenet ovat vastuussa toistensa elämästä: epäonnea jaetaan vakuutetuista yksilöistä koostuvan yhteisön sisällä. Onnekkait korvaavat ja tasoittavat vähemmän onnekkaiden kärsimyksiä ja samalla suojautuvat tulevaisuudessa mahdollisesti kohtaamaansa epäonnea vastaan.¹³⁴³

¹³⁴⁰ Vrt. esim. Tuorin (Tuori 2000 s. 66–88) kuvaukseen Ewaldin *sosiaalisen oikeuden* syntyprosessista ja ominaisuuksista.

¹³⁴¹ Ks. tästä oikeudellisesta kirjallisuudesta esim. Hellner 1959 s. 7–9.

¹³⁴² Ks. Simon 1988 s. 786–787.

¹³⁴³ Ks. esim. Ewald 1991 s. 202–203; Baker 2002 s. 35–37.

Yksi vakuutuksen tärkeistä ihmisen identiteettiin vaikuttavista ominaisuuksista onkin, että vakuutusyhteisöön liittymällä yksilöt tunnistavat ja tunnustavat toisensa – joskin varsin usein vakuutusjärjestelmän ominaisuuksista johtuen rajoitetusti – keskenään samanlaisiksi ja samanarvoisiksi, kohtalon oikuille ja epäonnelle alttiiksi ihmisiksi.¹³⁴⁴

Vakuutusjärjestelmät eivät vie yhdenvertaisuutta, solidaarisuutta ja kollektiivisuutta loppuun asti. Useissa järjestelmissä kullakin yksilöllä on oma yksilöllinen riskiprofiilinsa, joka riippuu hänen henkilökohtaisista ominaisuuksistaan. Vakuutusjärjestelmän luonteesta riippuukin, miten solidaarinen ja tasa-arvoinen tai vastaavasti individualistinen ja yksilön vastuuta korostava vakuutuksesta tulee. Solidaarisuutta voidaan korostaa luomalla vakuutusjärjestelmä, jossa varakkaammat joutuvat maksamaan vakuutusturvastaan enemmän ja vastaavasti saavat suurempia korvauksia. Voi myös olla, että kaikkia vakuutettuja kohdellaan maksettavien korvausten suhteen samalla tavoin, vaikka varakkaammat maksavat vakuutuksesta enemmän. Ewald kuvaakin vakuutusjärjestelmän luonnetta *insurantial imaginary* -käsitteellä. Käsite viittaa kutakin vakuutusjärjestelmää kannatteleviin monitahoisiin visioihin yhteisöstä, oikeudenmukaisuudesta ja ihmisestä sekä mahdollisuuksista hallita yksilöiden elämää ja kohtaloita vakuutuksellisten tekniikoiden avulla.¹³⁴⁵

8 TILAPÄISEN HAITAN INSURANTIAL IMAGINARY

Vakuutusjärjestelyt eivät ole pelkästään teknologisia järjestelyjä, jossa rahaa käytetään hallitsemaan tulevaisuutta ja jakamaan riskien räsistä jonkin puhtaan taloudellisen ajattelutavan mukaan. Teknologinen, vakuutusjärjestelmille ominainen rahan käyttötapana on toki tärkeä osa vakuutusjärjestelmää ja sen edellytyksiä, mutta vakuutusmuodon ymmärtäminen edellyttää, että vakuutusjärjestelmien poliittiset ulottuvuudet ymmärretään.

Riski on empiirisiin havaintoihin, kirjattuun historiaan, tilastoihin, asiantuntijatietoon perustuva arvostelma tulevaisuudesta. Vakuutuksissa tietoa käytetään tulevaisuuden hallitsemiseen ja sen tekemiseen vaikuttamiselle alttiiksi. Periaatteessa mikä tahansa tapahtuma voidaan käsitteellistää riskiksi, kunhan se voidaan laskea.¹³⁴⁶ Vaikka riski perustuu käsitteellisesti aktuaariaaliseen tietoon, ris-

¹³⁴⁴ Ks. esim. Ewald 1991 s. 202–203. Kyseessä on nykypäivänä jo täysin banaali väite, mutta vakuutusjärjestelyjen syntyaikana tämä samaan ryhmään kuulumisen merkitys oli suuri. Toisaalta liikettä kohti solidaarisuuden purkamista voidaan niin ikään havaita. Neoliberaaleista kehityspiirteistä vakuutusjärjestelmässä ks. esim. Baker 2002; McCluskey 2002; Armstrong 2005. Vakuutuksen moraalialuovasta vaikutuksesta ks. Baker 2000.

¹³⁴⁵ Ks. Ewald 1991 s. 198; Baker 2002 s. 35–40.

¹³⁴⁶ Riskin kulttuurihistoriasta ks. Hacking 1990; Bernstein 1996.

kien tunnistaminen ja niiden suhteen toimimisen tavan valinta ei ole asiantuntijoiden neutraalia, eettisistä ja moraalisisista valinnoista erillistä. Riskien tunnistamiseen liittyvät valinnat ovat sekä poliittisia että strategisia. Niillä pyritään toteuttamaan visioita hyvästä elämästä, mutta ne sijoittuvat myös erilaisiin valtakamppailuihin, joissa yksilöiden kunnian ja maineen himo, taloudellisten etujen tavoittelu, antropofilia, älyllinen kunnianhimo, auttamisen halu ja viha sekoittuvat monimutkaisiksi kokonaistilanteiksi.¹³⁴⁷

Vakuutusjärjestelmiä suunniteltaessa tehdään – tietoisesti tai tiedostamatta – hyvin tärkeitä eettisiä ja yhteiskuntapoliittisia päätöksiä. Geneettistä tietoa ja sen hyödyntämistä koskeva keskustelu on erinomainen esimerkki. Vuosi vuodelta käsitykset eri geneettisistä riskitekijöistä tarkentuvat. Jos vakuutuksenantajat voisivat käyttää riskiluokitteluissaan tietoa vakuutuksenottajaehdokkaan geeniperimästä, yksittäisen henkilön vakuutuksen hinta voitaisiin laskea siten, että se vastaisi paremmin hänestä vakuutuslaitokselle koituvaa vakuutuskorvausten maksamisen riskiä. Ongelma on ollut polttava erityisesti Yhdysvalloissa ja sairauskuluvakuutuksissa.¹³⁴⁸ Saavatko vakuutuslaitokset valita tai luokitella asiakkaansa eri maksuluokkiin geneettisen testauksen perusteella? Suhteellisen fokusoitunut kysymys hajautuu moniaalle. Mitkä vakuutuslaitokset ovat siinä määrin olennainen osa yhteiskunnan sosiaalista turvaverkkoa, että niiden pitää olla kaikkien saatavilla? Ulottuuko vakuutusjärjestelyn solidaarisuus myös siihen sattumanvaraiseen seikkaan, minkälainen genomi yksilöllä on? Hajotetaanko riskipooli pieniksi erilaisten yksilöiden alajoukoiksi? Pitääkö tai saadaanko geneettisesti ”paremmat” yksilöt sijoittaa eri luokkaan kuin muut? Onko tällainen kielenkäyttö edes sallittua?

François Ewald viittaa vakuutusvision, *insurantal imaginaryn*, käsitteellä vakuutusten poliittisuuteen ja eettisyyteen. Ewald väittää, että vakuutusjärjestelmiin kiteytyy aina poliittinen ja eettinen alitajunta, joka usein jää havaitsematta. Ewaldin mukaan vakuutuksia voidaan tarkastella paitsi instituutioiden, konkreettisten vakuutusmuotojen ja teknologioiden myös *vakuutusvisioiden* tasol-

¹³⁴⁷ Ks. Simon 1988 s. 774–776; Ewald 1991 s. 198–203.

¹³⁴⁸ Ks. Kass – Medley 2007; Wolf – Kahn 2007. Wolf ja Kahn esittävät, että geneettisen informaation ongelma on keskeinen myös tapaturmavakuutuksissa, ei niinkään henkivakuutuksissa. Suomessa tällaista keskustelua ei oikeastaan ole, osittain siitä syystä, että sairausvakuutus on pakollinen vakuutus ja siten poliittisen päätöksenteon piirissä. Suomessa silloin Sitran yliasiamies Esko Aho sai aikaan jonkinmoisen myrskyn vesilasissa, kun hän esitti eräässä Kauppalehden haastattelussa (<http://www.kauppalehti.fi/4/i/uutiset/etusivu/juttu.jsp?oid=2005/08/31/1565973>, vierailtu 28.11.2007), että tupakoivien ja huonokuntoisten tulisi maksaa enemmän terveydenhuollostaan, mikä ilmeisesti tarkoitti sitä, että heidän sairausvakuutusmaksujensa tulisi olla korkeampia kuin muiden. Ahon esiintulon taustalla häämöttää Bakerin hahmottelema *vastuullistamisen* teema. (Baker 2002 s. 39–41).

la.¹³⁴⁹ Visioiden taso kytkee vakuutukset suoraan niitä kehitettäessä tehtyihin poliittisiin valintoihin.

Vakuutusvisioissa kuvastuu vakuutusten kätkeyty yhteiskuntateoria, niihin sisäänrakennetut käsitykset yksilöstä ja yhteisöstä ja näiden välisestä suhteesta, lyhyesti sanoen, niiden luoma ontologia tai ontologiat. Vakuutuksessa onkin aina läsnä yhteiskuntasopimuksellinen elementti: vakuutusjärjestelyyn osallistuvat päättävät itse, minkälaisille yksilö- ja yhteisökäsityksille vakuutusjärjestelmänsä perustavat, minkälaiseksi ja kuinka laajaksi hahmottavat yksilöiden välisen solidaarisuuden, miten jakavat yhteisössä elämisen taakat ja edut, miten itsensä ja toiset käsittävät. Lyhyesti sanoen, vakuutusvisio määrittää, minkälaisen yhteiskunta- ja oikeudenmukaisuuskäsityksen vakuutukseen osalliset omaksuvat. Vakuutusjärjestelmä määrittelee yhteiselämän ehdot radikaalilla tavalla uudelleen sillä alueelle, joka tulee vakuutuksen piiriin.¹³⁵⁰ Vakuutus muuttaa sosiaalista ympäristöään aina merkittävästi: itsestään selvästi se tekee vastuusta sosiaalista, kollektiivin vastuuta, mutta se vaikuttaa myös yksilöiden väliseen vastuunjakoon ja vastuun kohdentamiseen, toisaalta se myös vastuullistaa toimijoita uudella tavalla, luo uusia vastuullisia toimijoita, ja tekee nämä uudella tavalla muiden ja itsensä edessä vastuullisiksi.¹³⁵¹

Se, miten vakuutettava riski määritellään ja miten siihen vakuutuksilla varaudutaan, voi vaikuttaa tekniseltä ja aktuaarien ratkaistavaksi jätettävältä kysymykseltä, mutta tosiasiaassa valinta voi ajoittain olla niin poliittisesti, oikeudellisesti kuin maailmankuvallisestikin tulenarka kysymys. Tom Baker käyttää esimerkkinä aborttia: onko abortti sairauskuluvakuutuksesta korvattava vahinkotapahtuma? Vastaus tähän kysymykseen vaihtelee todennäköisesti sen mukaan, mikä on vastaajan kanta aborttikysymykseen. Jos vastaaja hahmottaa abortin naisen oikeudeksi määrätä ruumistaan, hän todennäköisesti kannattaa aborttikustannusten korvaamista. Jos vastaaja puolestaan vastustaa aborttia, hän ei halua, että aborttikustannuksia korvataan. Vakuutusjärjestelmästä, siitä, mitä vakuutetaan, kenelle vakuutus myönnetään, mitä ja miten vakuutuksesta korvataan, voidaan tehdä mielenkiintoisia päätelmiä vakuutusjärjestelmään osallisten yhteiskunnallisista ja poliittisista arvostuksista. Baker toteaaakin:

“Insurance ideas and practices define central privileges and responsibilities within a society. In that sense, our insurance arrangements form a material constitution, one that operates through routine, mundane transactions that

¹³⁴⁹ Ks. Ewald 1991 s. 197–199. Ks. myös Lee – Lipuma 2002; Taylor 2002, jotka käyttävät *social imaginary* -käsitettä hahmottaessaan muun muassa markkinoita ja niiden merkitystä modernille yhteiskunnalle.

¹³⁵⁰ Ks. Ewald 1991 s. 207. Vakuutusjärjestelmissä käytettävästä vallasta ks. erityisesti Simon 1988s. 773–775; Baker 2002 s. 35–42.

¹³⁵¹ Ks. esim. Baker 2002 s. 34–38.

nevertheless define the contours of individual and social responsibility. For that reason, studying who is eligible to receive what insurance benefits, and who pays for them, is as good a guide to the social compact as any combination of Supreme Court opinions.”¹³⁵²

Eräät vakuutusjärjestelmien poliittisia implikaatioita tarkastelleet tutkijat ovat esittäneet, että vakuutusjärjestelmien solidaarisuus on viime aikoina vähentynyt. Niiden luonne ei ole enää yhtä tasavertaistava kuin aikaisemmin.¹³⁵³ Muutos johtuu osaltaan uusista laskennallisista tekniikoista ja uudesta aktuaarisia menetelmiä koskevasta tiedosta, joiden avulla vakuutusmaksujen ja korvauksen määrää voidaan eriyttää, kun eri riskiryhmiin kuuluvat henkilöt asetetaan eri asemiin esimerkiksi uutta lääketieteellistä tai geneettistä informaatiota hyödyntämällä. Samalla voidaan varautua ns. *moral hazard*-¹³⁵⁴ ja *adverse selection*¹³⁵⁵-ongelmiin. Osaltaan kysymys on myös vakuutusmaksuista kertyvän rasituksen ja vakuutusturvan aiempaa ”oikeudenmukaisemmasta” jakamisesta. Kukin yksilö maksaa vakuutuksesta oman yksilöllisen riskinsä mukaan. Eihän olisi perusteltua säilyttää toisten luomaa riskiä siitä vapaan kannettavaksi. Kysymys ei ole kuitenkaan puhtaasti teknologisesta, vakuutusmatemaattisten menetelmien muutokseen palautettavasta kehityksestä. Muutokset puhuvat myös yhteisökäsityksen muuttumisesta. Henkilökohtainen vastuu on korostumassa.¹³⁵⁶

Tilapäisen haitan korvaustaulukoiden vakuutusvisio on mielenkiintoinen tarkastelun kohde. Minkälainen vakuutusvisio kuvastuu taulukoista? Vahingonkorvausoikeudellisessa käyttöympäristössään taulukot irtoavat siitä monimutkaisesta vastuista jakelevasta vakuutusjärjestelmästä, jonka osa ne alun perin olivat. Jäljelle jää vain hyvin yleislaatuinen ja yksinkertainen vamman laadun ja korvausmäärän välille yhteyden luova taulukko.

Jotakin on kuitenkin jäljellä. Koska tilapäisen haitan korvaamisessa käytettävät taulukot ovat peräisin liikennevakuutuksen piiristä, solidaarisuus korostuu niissä. Liikennevakuutukselle ominainen vakuutusvisio on korostetun kollektiivinen ja tasa-arvoinen¹³⁵⁷. Tämä heijastuu tilapäisen haitan korvaamiseen. Taulukot ovat kaikille samat. Korvauksen suuruutta ei ole kiinnitetty sen enempää tu-
lotasoon kuin sosiaaliseen asemaankaan. Se ei vaihtelee loukkaantuneen henkilön

¹³⁵² Baker 1996 s. 291.

¹³⁵³ Ks. esim. Ericson – Barry – Doyle 2000; McCluskey 2002.

¹³⁵⁴ Ks. esim. Baker 1996.

¹³⁵⁵ Ks. esim. Priest 1987 s. 1547–1548, erityisesti tilapäisen haitan kontekstissa; Baker 2000 s. 570.

¹³⁵⁶ Ks. Baker 2002 s. 39–41.

¹³⁵⁷ Tämä johtuu liikennevakuutusjärjestelmän tavoitteista. Ks. tavoiteasetteluista esim. s. 129–141, erityisesti 136–137. Yksi tässä suhteessa relevanteista tavoitteista lienee ollut turvata kaikille halukkaille mahdollisuus osallistua liikenteeseen, kuitenkin siten, että vahinkoriskit ja vahingoista aiheutuvat kustannukset jaetaan jokseenkin oikeudenmukaisesti.

tottumusten, taipumusten tai muiden ominaisuuksien perusteella. Varakas henkilö saa yhtä paljon tai (vähän) korvausta kuin köyhä. Henkilövahingon kärsineen iällä tai sukupuolella ei ole merkitystä¹³⁵⁸. Terveystilallakaan ei ole merkitystä. Tilapäisestä haitasta maksettavan korvauksen ihmiskuva on näin ollen eräällä tavalla fysiologinen ja lääketieteellinen: se korostaa ihmisen olemassaoloa tilapäistä haittaa kokevana subjektina. Yksilö hahmottuu äärimmilleen abstraktiksi, tasapäiseksi, kasvottomaksi. Taulukoissa yksilöllä ei ole persoonallisia ominaisuuksia. Ainoa merkittävä korvaustasojen variaatiota aiheuttava seikka on yksilöiden ruumiillinen parantumiskyky.

Aivan loppuun asti oletus tasavertaistavuudesta ja egalitaarisuudesta ei pidä. Yksilölle projisoidaan korvausharkinnan yhteydessä olettamana keskimääräisen, normaalin ihmisen fysiologiset ominaisuudet. Lähtökohtana on *parantumiskyvyltään ja muilta fysiologisilta ominaisuuksiltaan normaali yksilö*. Korvauksen suuruus määritetään tällaisen yksilön näkökulmasta. Poikkeamat tavallisista fysiologisista ominaisuuksista ja esimerkiksi normaalista parantumiskyvystä ovat relevantteja vain silloin, kun yksilö on normaalia heikompi. Näissä tapauksissa korvauskäsittely tasavertaistaa yksilöiden eroja: poikkeamien epäedullisia seurauksia ei sälytetä vahingonkärsijän kannettavaksi.

Tilapäisen haitan korvauskäytäntöjen kannalta tasavertaistava *insurantal imaginary* merkitsee normiston tasolla kahta seikkaa. Ensinnä se johtaa siihen, että kenenkään ei tarvitse ”kärsiä” kivun kokemisen kannalta keskimääräistä paremmasta fysiologiastaan, esimerkiksi siitä, että jostain fyysisestä epänormaalisuudesta johtuen yksilö ei voi kokea tiettyä kipua tai särkyä tai kokee sitä tavanomaista vähemmän. Lähtökohtana on, että korvausta tulee tuomita, jos ja siinä laajuudessa kuin *lääketieteellisten kokemussääntöjen* mukaan jostakin ruumiillisesta muutoksesta *tavallisesti* aiheutuu kipua ja särkyä.¹³⁵⁹

”Esimerkiksi kivun osalta korvattavuuden perusteeksi riittäisi se, että tietynlaisesta teosta lääketieteellisten kokemussääntöjen mukaan aiheutuu kipua, eikä korvattavuutta sulje pois se, että kivun aiheutumista yksittäistapauksessa ei kyetä lääketieteellisin tutkimusmenetelmin näyttämään toteen.”¹³⁶⁰

Jos kyky aistia on ainoastaan heikentynyt, on helppoa esittää, että seikkaa ei pidä ottaa huomioon. Jos kykyä ei ole lainkaan, tilanne on edellistä vaikeampi. Koko

¹³⁵⁸ Lapsia käsitellään taulukoissa samoin kuin aikuisiakin. Kun kivusta ja särystä maksettavaa korvausta koskevia sääntöjä verrataan esimerkiksi ratkaisuisissa KKO 2004:2 ja 2004:3 omaksutun käsitykseen VahL 5:4a:n tulkinnasta, huomataan entistä selvemmin, että kivun ja säryn korvaamisessa ei ole kysymys kokemuksiin kohdistuvasta vaikuttamisesta. Ks. em. ratkaisuisista esimerkiksi Virtanen 2004 s. 706–719.

¹³⁵⁹ HE 167/2003 vp s. 31.

¹³⁶⁰ HE 167/2003 vp s. 29.

reaalivahinko puuttuu. Tilanne on osin sama, jos henkilön kyky tuntee kipua ja särkyä tai muuta tilapäistä haittaa on kaiken kaikkiaan alentunut, koska hän ei ole joko lainkaan tietoinen tai hänen tietoisuutensa taso on merkittävästi alentunut. Hän saattaa olla tajuton tai koomassa. Potilaalla voi silti olla sellaisia lääketieteellisesti todennettavia fyysisiä vammoja, joiden perusteella tavanomaisesti syntyisi tilapäistä haittaa kipuna tai särkynä. Kumpaankaan kysymykseen ei ole mahdollista antaa yksiselitteistä vastausta.¹³⁶¹ Paljon jää riippumaan tavasta, jolla haluamme tilapäisen haitan ymmärtää. Jos tilapäisen haitan korvaamisessa hahmotetaan olevan kysymys kokemuksen korvaamisesta, on syytä ajatella, että alentunut tietoisuuden tila puoltaa tuomittavan vahingonkorvauksen alentamista. Jos henkilö ei tosiasiallisesti tunne kipua ja särkyä, hänelle ei tule maksaa korvausta lainkaan. Jos sen sijaan ajatellaan, että tilapäisen haitan korvaamisella tunnustetaan ja tunnustetaan merkityksellisiä muutoksia, korvauksen alentaminen ei vaikuta yhtä tärkeältä. Sille seikalle, että henkilö on esimerkiksi koomassa eikä tunne kipua ja särkyä, josta muutoin kärsisi, ei pitäisi antaa merkitystä.

Tilanne on hallituksen esityksessä kiusallisen avoin. Sinällään on selvää, että tilapäisestä haitasta maksettava korvaus ei kiinnity kokemukseen vaan lääketieteelliseen käsitykseen siitä, aiheutuuko vahingonkärsijän kokemasta vammasta tavanomaisesti tilapäistä haittaa.¹³⁶² Asiaan tulisi suhtautua vahingonkärsijämyönteisesti. Jos vahingonkärsijä on vammautunut niin vakavasti, että ei pysty todellisuudessa tuntemaan kipua, tällaisen tilan voidaan katsoa aiheuttavan kuitenkin kipuun ja särkyyn vertautuvaa haittaa, jonka korvaaminen *tilapäisenä haittana* olisi perusteltua. Tämä lähtökohta voidaan hyvin kyseenalaistaa. Esimerkiksi korvauksen hyvitysfunktion ja substituuttiarvoon viittaavat argumentit menettävät kuitenkin merkityksensä, kun vahingonkärsijä ei tosiasiallisesti tunne vahingon seurauksia tai ei edes ole tietoinen kärsimästään vahingosta.

Toisaalta poikkeuksellisesta alttiudesta kivulle ja särylle tai esimerkiksi tavallista heikommasta ruumiinrakenteesta, joka johtaa useisiin korjaaviin leikkauksiin, ei seuraa korjausta normaalisuutta ja siten vähäisempää vahingonkorvausta kohti¹³⁶³:

”Korvauksen määrässä voitaisiin ottaa korottavana tekijänä huomioon esimerkiksi se, että vamma on yksittäistapauksessa edellyttänyt pidempiaikaista sairaalahoitoa tai useampia leikkauksia kuin kyseisenlainen vamma yleensä vaatii. [...] Tämän vuoksi korvauksen määrässä voitaisiin säännöksen nojalla ottaa korottavana tai alentavana tekijänä huomioon se, että vammasta on aiheu-

¹³⁶¹ Vrt. kuitenkin esim. Gabler 1991 s. 321–322.

¹³⁶² Ks. HE 167/2003 vp s. 42.

¹³⁶³ Näin on ajateltu perinteisesti. Vahingonaiheuttaja on joutunut ”ottamaan uhrinsa sellaisena kuin tämä on”. Ks. esim. Andersson 1993 s. 493–510, jossa ratkaisua ja sen taustoja selvitetään laajalti.

tunut tilapäistä haittaa tavallista pidemmän tai lyhyemmän ajan. Useimmiten kysymykseen käytännössä todennäköisesti tulisi korvauksen korottaminen puheena olevalla perusteella.”¹³⁶⁴

Mitä johtopäätöksiä voimme tehdä tästä vakuutusvision ja toisaalta taulukoiden toisen määrittäjän, oikeuskäytännön perusteella tilapäisestä haitasta? Että tilapäisen haitan korvauksen tulevaisuus oli ennalta määrätty? Että siihen ei liittynyt poliittisia valintoja? Että valittu lähestymistapa oli väistämätön? En usko, että näin oli. Bennich totesi jo 1930-luvulla Ruotsin osalta, että oikeuskäytännön suuntaa ja sitä kokonaisuutena hallitsevia periaatteita oli mahdotonta luotettavasti selvittää. Yleinen suunta oli toki havaittavissa: korvauksen laskemisessa käytettiin pääasiassa lääketieteellisiä, sairaanhoitoon tarvittavan ajan pituuteen sekä vammaan ja sen laatuun viittaavia kriteerejä. Oliko tämä havainto ainoa mahdollinen? Todennäköisesti. Ratkaisiko se tilapäisen haitan korvauksen suuret linjat? En usko. Tässä kohtaa sattuma, vakuutusjärjestelmän käytännön näkökohdat ja poliittiset valinnat tulevat mukaan kuvioon. Viittasin jo edellä suomalaisen ja ruotsalaisen järjestelmän eroavaisuuksiin. Suomessa arvioinnin lähtökohtana on vamma, Ruotsissa sen parantumiseen kuluva, sairaalahoidossa tai työkyvyttömyydenä vietetty aika. Ruotsalainen järjestelmä rakentuu välittömämmin ruumiillisten tuntemusten ajallisen keston varaan ja voi siten ainakin osittain tuottaa tarkemman arvion todellisesta kivun määrästä ajan funktiona. Suomessa aika-aspekti on siis sisäänrakennettu: vakavuudeltaan erilaisista vammoista voidaan olettaa syntyvän vaihtelevasti erilaisia tilapäisen haitan tuntemuksia. Toisaalta ruotsalainen järjestelmä on epäsensitiivisempi vammojen fyysisten seurausten ja niistä seuraavan tilapäisen haitan vakavuuden suhteen¹³⁶⁵.

Kun arvioidaan vakuutusjärjestelmäkytkennän merkitystä, tulee kiinnittää huomiota ainakin seuraaviin kolmeen seikkaan.

Ensinnäkin on huomattava, että lääketieteellinen arviointi sopii erinomaisesti vakuutusjärjestelmän reunaehtoihin. Se tarjoaa (näennäisesti) neutraalin tavan ja perustan järjestää aktuaarien toiminta tilapäisen haitan suhteen. Kun lääketieteellisen asiantuntijan kiistaton kyky arvioida vammoja ja järjestää ne vakavuusasteeltaan ordinaalisesti yhdistettiin aktuarialiseen tietoon, syntyi teknologinen sommitelma, jonka voitiin sanoa tuottavan järkevän ratkaisun käytännön arviointiongelmiiin. Tämä ratkaisu palvelee myös vakuutusjärjestelmän käytännön tarpeita. Aktuaareilla oli tietoa onnettomuuksien lukumäärästä ja siten myös todennäköisesti syntyvien vammojen vakavuusasteesta ja eri tyyppisten vammojen määrästä. Tilapäisen haitan riski oli laskettavissa ja hallittavissa vakuutusmateriaalin keinoin.

¹³⁶⁴ HE 167/2003 vp s. 42.

¹³⁶⁵ Tätä puutetta tosin paikkaavat ns. korotusperusteet.

Korvausten taustalle hahmottuvan ihmiskuvan yhdenvertaisuus on seuraava seikka, johon tulee kiinnittää huomiota. On selkeästi kyse poliittisesta, vaikkakin varmaankin pitkälti lääketieteellisen, fysiologisen ihmiskuvan sanelemasta valinnasta. Tietenkin myös 1950-luvun vakuutusmatemaattisten menetelmien taso saattaa olla vaikuttanut tähän valintaan. On kuitenkin hyvin luontevaa ajatella, että fyysisen tilapäisen haitan edessä kaikki ihmiset näyttäytyvät luonnoltaan tasa-arvoisina ja ensi sijassa fysiologisina olentoina.

Juuri tässä kohtaa vakuutusjärjestelmän tuottamalla taulukolla lienee ollut korvauskäytäntöä merkittävästi muotoava vaikutus. Voimmeko varmuudella sanoa, että oikeuskäytännössä olisi tietoisesti ja johdonmukaisesti valittu sovellettavaksi linja, jonka mukaan yksilöllisillä eroilla, iällä, tuloeroilla, taipumuksilla, harrastuksilla tai esimerkiksi kipuherkkyydellä ei tule olla merkitystä vahingonkorvauksen suuruutta arvioitaessa? Bennichin lausumasta tällaisen käsityksen voisi tietysti saada. Epäilen kuitenkin, voidaanko tällaista johtopäätöstä luotettavasti tehdä. Oikeuskäytäntö oli taulukoiden syntyaikana varsin vähäistä, ja siinä esitetyt perustelut olivat pääasiassa olemattomia. Tieteisopissakaan ei ollut saatettu täyttää selvyyttä ja yksimielisyyttä siitä, miten kipua ja särkyä piti korvata. Taulukon laatijalla oli liikkumatilaa, vaihtoehtoja, joiden välillä valita. Vakuutettujen yhdenvertainen kohtelu todennäköisesti sopi hyvin vakuutusyhtiöille. Tarvittavat laskelmat pysyivät yksinkertaisina. Toisaalta myös poliittiset, maailmankuvalliset seikat näyttäivät todennäköisesti vaikuttaneen ratkaisuun.

Suoraa siirtoa vakuutuksellisen rahankäyttötavan ja tilapäisestä haitasta maksettavan korvauksen välillä ei voida suorittaa. Vakuutuksen pakollisuus, sen alkuperäinen viittaus olemassa olevaan, toisessa institutionaalisessa ympäristössä tuotettuun korvaustasoon ja vähäinen välitön sopimuksellisuus tuovat tilapäisen haitan korvaamistasoihin oman sävynsä. Tilapäisen haitan korvaamisen ja erityisesti korvaustasojen taustalla ei vaikuta puhdasverinen vakuutuksellinen rahan rationaliteetti. Silti näyttää vahvasti siltä, että vakuutuksellinen rahan käyttö voi selittää, miksi taulukkokorvaukset näyttäytyvät selvästi legitiiminä ja hyvin käyttökelpoisena vaihtoehtona järjestää tiettyjen aineettomien vahinkojen perusteella maksettavan vahingonkorvauksen arvioiminen.

9 HENKILÖVAHINKOASIAIN NEUVOTTELUKUNTA JA VAKUUTUKSELLISUUS

Maaliskuussa 2003 perustettu henkilövahinkoasiain neuvottelukunta on argumenttini kannalta selkeä ongelma. Liikennevahinkolautakunnan taulukoiden merkitys nimittäin vähenee, nyt kun neuvottelukunta on antanut suosituksensa. Täysin poissuljettua ei olisi edes ajatella, että vakuutuskytkentä neuvottelukun-

nan työn myötä liudentuu. Se voi jopa käydä merkityksettömäksi. Onko henkilövahinkoasiain neuvottelukunnan työn myötä ajattelutavastani tullut oikeushistoriaa? Neuvottelukunnallahan ei ole minkäänlaista yhteyttä vakuutusjärjestelmiin. Toinen mielenkiintoinen kysymys on teknologinen. Jos liikennevahinkolautakunnan rahankäyttötapa ja rahan varaan rakentamat teknologiset sommitelmat ovat olleet leimallisesti vakuutuksellisia, eikö neuvottelukunnan työn myötä myös vakuutuksellisuuden teema muutu epäonniseksi kuvaukseksi siitä, miten tilapäistä haittaa hahmotetaan?

Vyyhteä voi lähteä kerimään auki henkilövahinkoasiain neuvottelukuntaa koskevan lain säännösten perusteella. Neuvottelukunnan päätehtävät ovat siitä annetun lain 2 §:n mukaan henkilövahinkojen korvauskäytännön seuraaminen ja korvauskäytäntöä ohjaavien suositusten antaminen. Näin asian ilmaisee myös neuvottelukunta itse suositusten esipuheessa.

Jos neuvottelukuntaa koskevaa hallituksen esitystä ja siinä esitettyjä tehtävän määrittelyjä tarkastellaan, huomataan, että ensimmäistä tehtävää ja sen suorittamista ei kuvata siinä juuri lainkaan. Seuraaminen – siltä asia näyttää – ei kaipa ohjeistusta.¹³⁶⁶ Ilmeisestikin tarkoituksena on ollut, että neuvottelukunnan tulee luoda jonkinlainen tietojärjestelmä, arkisto, johon tiedot henkilöön kohdistuvien vahinkojen korvauskäytännöstä kerätään. Arkistoinnin lisäksi neuvottelukunnan tehtävänä on analysoida kerätyt tiedot.¹³⁶⁷ Näin neuvottelukunta on tehnytkin. Se keräsi tiedot alioikeuksien ajalla 1.1.2006–30.6.2007 käsittelemistä 3159 henkilövahinkoasiasta, joissa oli tuomittu 5799 eriteltyä korvausta yhteensä 4707 erillisestä vahingosta.¹³⁶⁸ Neuvottelukunnassa aineistoa on analysoitu tilastotieteellisin menetelmin keräämällä tietokantaan tiedot kustakin vahingosta ja sen perusteella tuomituista korvauksista.¹³⁶⁹

Selvittämistehtävä kietoutuu yhteen normeeraustehtävän kanssa. Neuvottelukunnan tulee nimittäin kerätyn tiedon perusteella laatia suosituksia siitä, mihin korvausten tulisi hankitun selvityksen perusteella sijoittua. Hallituksen esityksessä esitetään – neuvottelukunnan autonomiaa kunnioittaen – hyvin varovaisesti, että tarkoituksenmukainen tapa ohjata korvaus- ja oikeuskäytäntöä saattaisi olla taulukko, johon neuvottelukunta kokoaisi yleisimmät henkilöön kohdistuvien vahinkojen tyypit ja määräisi kullekin vahinkotyyppille rahamääräisen korvaussuosituksen. Tämän päätaulukon lisäksi hallituksen esityksessä todetaan, että epätyypillisten tapausten arvioimisen helpottamiseksi neuvottelukunnan tu-

¹³⁶⁶ Ks. HE 167/2003 vp s. 69.

¹³⁶⁷ Ks. HE 167/2003 vp s. 69. Suosituksille ehdotettu muoto muistuttaa kovasti esityksen laatimisajankohdan liikennevahinkolautakunnan tilapäisen haitan korvaussuosituksia.

¹³⁶⁸ Ks. Henkilövahinkoasiain neuvottelukunnan suosituksia s. 2.

¹³⁶⁹ Ks. Henkilövahinkoasiain neuvottelukunnan suosituksia s. 2–3.

lisi harkita, olisiko syytä laatia esimerkiksi sairaalahoidon tai työkyvyttömyysajan pituudelle perustuva toinen aputaulukko.¹³⁷⁰

Lopputulokset ei ehkä ollut aivan uumoillun kaltainen. Suositukset ovat hyvin yksityiskohtaiset esimerkiksi verrattuna liikennevahinkolautakunnan ohjeisiin. Sivuja suosituksissa on kaiken kaikkiaan 170. Yksityiskohdat ovat muutoinkin lähestulkoon läkähdyttäviä. Esimerkiksi tilapäinen haitta jaetaan suosituksissa kaiken kaikkiaan 14 pääluokkaan, joissa on yhteensä 66 erilaista vahinkotyyppiä. Loput suositusten 10 pääluokasta ja 41 vahinkotyyppistä koskevat pysyvää haittaa ja kärsimystä. Suosituksen yksityiskohtaisuutta kuvastaa esimerkiksi se, että alaraajan vammoissa (luku 10) erotetaan toisistaan 10 vahinkotyyppiä: reisi-luun yläosan murtuma, reisiluun varren murtuma, reisiluun alaosan murtuma, polvilumpion murtuma, polvilumpion sijoiltaan meno, polven nivelsiteiden revähdyks, sääriluun yläosan murtuma, sääriluun varren murtuma, sääriluun alaosan murtuma, nilkkamurtumat, nilkan nyrjähdys (38-48 §:t). Kukin vahinkotyyppi jakautuu lisäksi yhdestä kolmeen alakohtaan. Esimerkiksi sääriluun yläosan murtuma voi olla joko halkeamatyyppinen, lähes paikallaan oleva murtuma (1.75), keskivaikea murtuma (1.76) tai vaikea-asteinen murtuma (1.77). Suositukset ovat seikkaperäisiä. Ne annetaan alakohtatasolla. Esimerkiksi halkeamatyyppisestä, lähes paikallaan olevasta murtumasta (1.75) suositellaan suoritettavaksi korvausta kivusta ja särystä 1 200–2 000 euroa.

Neuvottelukunnan työn ja sen tuottamien suositusten tuli hallituksen esityksen mukaan perustua olemassa oleville korvaus- ja oikeuskäytännöille.¹³⁷¹ Korvaustasoja ei ollut tarkoitus muuttaa. Suositusten tuli näin ollen kummuta korvaus- ja oikeuskäytännöstä eli artikuloida oikeus- ja korvauskäytännössä omak-suttuja kantoja. Neuvottelukunnalla ei ollut muodollista toimivaltaa sen enempää kuin legitimizeettikään muuttaa korvaus- ja oikeuskäytäntöä:

”Neuvottelukunnan harkintavalta korvaustason määrittelemisen suhteen on tarkoitettu suppeaksi. Neuvottelukunnan tulisi suosituksia antaessaan ottaa lähtökohdaksi momentin 1 kohdassa tarkoitetun seurannan perusteella saamansa selvitys henkilöön kohdistuvien aineettomien vahinkojen yleisestä korvaustasosta.”¹³⁷²

Neuvottelukunnan tehtävänä oli siis kerätä tiedot korvaus- ja oikeuskäytännöstä jonkinlaiseen raakataulukoon tai tietokantaan, analysoida ja tarkastella huolel-lisesti tätä tietomassaa sekä sitten löytää tai havaita henkilövahinkojen korvaus-

¹³⁷⁰ Ks. HE 167/2003 vp s. 69.

¹³⁷¹ Ks. HE 167/2003 vp s. 69–70.

¹³⁷² HE 167/2003 vp s. 70. Ks. myös LaVM 1/2004 vp.

ja oikeuskäytännön oikea linja.¹³⁷³ Ajatuksena lakia valmisteltaessa lienee ilmeisestikin ollut, että neuvottelukunta voisi tiivistää taulukoihin tuomioistuinten ja muiden henkilövahinkoasioissa ratkaisualtaa käyttävien tahojen kollektiiviset arviot ja arvostukset. Neuvottelukunnan tuli kiteyttää yksittäisten ratkaisujen massaan kätkeytyvät säännönmukaisuudet ja lainalaisuudet, sen jaetun logiikan, jolla tuomioistuimet aineettomia henkilövahinkoja ja kärsimystä arvioivat.

Syntyy ristiriita: ohjaustarpeen ja johdonmukaisen oikeuskäytännön jännite. Jotta aineettomien henkilövahinkojen ja kärsimyksen arvioinnin *säännönmukaisuudet ja lainalaisuudet*¹³⁷⁴ voitaisiin tiivistää taulukoiksi ilman oikeuspoliittisia pohdintoja, niiden on – loogisesti asiaa ajatellen – oltava olemassa. Arvioinnin tuomioistuimissa on tällöin välttämättä perustuttava jonkinlaiselle kollektiiviselle ja intuitiiviselle yhteisymmärrykselle oikeasta arviointitavasta, niin hallituksen esityksessä näytetään ajateltavan.¹³⁷⁵ Paradoksaalista toisaalta on, että neuvottelukunnan olemassaoloa voi kuitenkin puolustaa vain sillä edellytyksellä, että korvauskäytäntö on epäjohdonmukaista ja -yhdenvertaista.

Ristiriita on kuitenkin merkittävästi vähäisempi kuin äkkipäätänsä voisi vaikuttaa. Yksi henkilövahinkouudistuksen valmistelua ohjannut ajatus lienee ollut, että tilapäisen haitan korvaamiskäytännöt olivat johdonmukaisia, mutta kärsimyskorvaustuomiot vaihtelivat merkittävästi. Liikennevahinkolautakunnassa laaditut taulukot olivat sekä legitiimejä että yleisesti käytettyjä. Tätä asiaintilaa pidettiin valmisteluun osallistuneiden piirissä myös hyväksyttävänä, ainoa ongelma oli, että lautakunnan asema suhteessa tuomioistuimiin oli ongelmallinen. Ajatus kuvastuu selkeästi vielä henkilövahinkotoimikunnan mietinnössä, jossa lukuisissa kohdissa tehdään selväksi, että liikennevahinkolautakunnan taulukot ovat yleisesti käytettyjä ja hyväksytyjä aineettomien vahinkojen arvioinnin apuvälineitä, joihin korkein oikeuskin on prejudikatuurissaan hyväksyvästi viitanut. Hallituksen esitykseen siirryttäessä sanankäänteet ovat liudentuneet. Liikennevahinkolautakuntaan ei enää viitata kuin sivulauseissa.

¹³⁷³ Yhdysvalloissa vastaavia järjestelyjä on ehdotettu niin ikään useasti. Ks. esim. Bovjberg – Sloan – Blumstein 1989; Blumstein 1991; Blumstein 2005; Totaro 2006.

¹³⁷⁴ Puhun säännönmukaisuuksista ja lainalaisuuksista tietoisesti. Taulukoinnin ja lainalaisuuksien selvittämisen välille on tehtävä ero. Taulukko – oli se tilastollisesti luotettavien menetelmien perusteella laadittu tai ei – ei ole yhtä kuin käsitys tavoista, joilla tuomioistuimet vammoja ja niiden aiheuttamaa tilapäistä haittaa arvioivat.

¹³⁷⁵ Oikeuskäytännön on oltava ainakin summittaisesti johdonmukaista ja linjan on oltava olemassa, jotta linjasta selvästi poikkeavat tuomiot tulee voida erottaa ”oikeista” tuomioista. Ks. HE 167/2003 vp s. 70, jossa todetaan, että neuvottelukunnan ei ole välttämätöntä kunnioittaa selvästi korvauskäytäntöjen yleisestä linjasta poikkeavia alioikeuksien ratkaisuja, vaan se voi sivuuttaa ne. Korkeimman oikeuden ratkaisujen osalta neuvottelukunnalla ei ole tällaista oikeutta. Jos korkein oikeus muuttaa kantaansa, neuvottelukunnan tulee hallituksen esityksen mukaan seurata. Tämä johtuu siitä, että oikeuspoliittisen harkinnan halutaan pysyvän korkeimmassa oikeudessa.

On osin ironista, että henkilövahinkoasiain neuvottelukunta poikkeaa olennaisesti liikennevahinkolautakunnasta. Neuvottelukuntaa koskevan lain säännöksiä valmisteltaessa lienee nimittäin tarkoitettu, että henkilövahinkoasiain neuvottelukunnan tulisi laatia pitkälti samanlaisia taulukoita kuin liikennevahinkolautakunta. Sen tulisi monistaa liikennevahinkolautakunnan menestystarina. Neuvottelukunnan tehtäväksi näyttääkin hallituksen esityksessä määrittyvän liikennevahinkolautakunnan menestyksekkäästi laatimien taulukoiden tuottamismenetelmän monistaminen. Nyt tullaan olennaiseen ongelmakohtaan. Menestysformaatti on kuitenkin kopioitavissa, jos – *ja vain jos* – 1) taulukoiden laatimismenetelmä on olemassa ja 2) neuvottelukunta ja liikennevahinkolautakunta voivat luoda samantyyppiselle logikalle perustuvan rahan teknologian. Hallituksen esityksessä tällaiselle ajatukselle tehdäänkin tilaa. Liikennevahinkolautakunta ja neuvottelukunta rinnastetaan toisiinsa. Koska liikennevahinkolautakunnan taulukoja voitiin kivun ja säryn sekä muun tilapäisen haitan korvaamisessa pitää leimallisesti objekti(ivi)sina, saavat myös neuvottelukunnan mahdollisesti tuottamat taulukot osakseen saman objektiivisuuden leiman. Mikä tärkeintä, objektiivisuuden myös oletetaan syntyvän samasta lähtökohdasta: huolellisesta oikeuskäytännön selvityksestä ja oikeuskäytännölle perustuvasta taulukoiden laatimisesta.

Perustelun pitävyyden arvioimisessa ensiarvoisen tärkeää on, että kummassakin elimessä objekti(ivi)suutta tuottava mekanismi olisi samanlainen. Näinhän ei kuitenkaan ole. Neuvottelukunnan onnistumisen mahdollisuus nimittäin rakentuu hallituksen esityksessä juuri liikennevahinkolautakunnasta saatujen myönteisten kokemusten varaan, sille perustalle, että liikennevahinkolautakunta on jo todistettavasti pystynyt tuottamaan objektiiviset ja legitimit taulukot tilapäisen haitan korvaamiselle ja siten onnistuneesti tarjoamaan tiettyjen vahinkotyyppien korvaamiselle säännönmukaisuutta.

Ironia tihenee, kun tarkastellaan neuvottelukunnan työtapoja. Neuvottelukunta lähti tekemään *tilastollista tutkimusta* aineettomia henkilövahinkoja koskevasa käräjäoikeuksien oikeuskäytännöstä. Neuvottelukunnassa kerättiin mahdollisimman kattava aineisto ja sitä analysoitiin tilastollisia menetelmiä käyttäen. Se teki juuri sen työn, joka on postulaattina ylläpitänyt liikennevahinkolautakunnan suositusten legitimitettä. Neuvottelukunta on tuottanut kansainvälisestikin ainutlaatuisen tarkan selvityksen siitä, miten aineettomia vahinkoja suomalaisissa tuomioistuimissa korvataan. Nyt voimme sanoa, että tietomme aineettomien vahinkojen korvaustasosta perustuu tilastolliseen tutkimustietoon käräjäoikeuksien käyttäytymisestä, ei arvauksiin. Perusteellinen selvitystyö on omiaan vahventamaan suositusten asemaa.

Tilastollisen analyysin korostaminen on omiaan etäännyttämään neuvottelukunnan toimintaa siltä kielletystä oikeuspoliittisista harkinnasta. On kuitenkin tarpeellista pitää mielessä, että tilastotieteelliseen tutkimukseenkin liittyy monia

harkinnanvaraisia seikkoja, joiden myötä analyysin lopputulokset tulevat kontingenteiksi. Tutkimuksen lähtökohtaoletukset ja siinä omaksutut perusratkaisut ohjaavat lopputuloksia.

Suosituksia arvioitaessa edellä esitetty seikka on syytä pitää mielessä. Neuvottelukunta teki jo ennen aineiston keräämistä ainakin yhden tärkeän ratkaisun. Tilapäisen haitan lainalaisuuksia päätettiin lähestyä lääketieteellisen diagnoosin perusteella. Käytännössä tämä tarkoitti sitä, että tilapäisen haitan perusteella suoritettavan korvauksen määrää koskevien tietojen lisäksi päätietokantaan merkittiin jokaisen tapauksen osalta tieto siitä, mikä terveydentilan häiriö oli aiheuttanut korvautun tilapäisen haitan. Terveydentilan häiriön määrittämisessä apuna käytettiin WHO:n piirissä laadittua massiivista¹³⁷⁶ ICD-10-tauti- ja vammaluokitusta¹³⁷⁷. Käytännössä neuvottelukunnan tutkimusavustajat arvioivat, mihin ICD-10-taulukon luokkaan tilapäistä haittaa aiheuttanut henkilövahinko kulloinkin sijoittui.

Lähtökohta on sinällään perusteltu, kahdestakin syystä. Laissakin todetaan, että tilapäisen haitan arvioinnissa on kiinnitettävä ensi sijassa huomiota henkilövahingon laatuun ja vaikeusasteeseen. Lääketieteellinen diagnoosi on erittäin hyvä ja käyttökelpoinen menetelmä arvioida henkilövahingon laatua ja vaikeusastetta. Toiseksi, ICD-10 on neutraali valinta. Se on kansainvälisen järjestön laatima, lääkäreiden yleisesti käyttämä ja ennen kaikkea kattava. Kolmanneksi se tarjosi käytännön mahdollisuuden järjestää selvitystyö. Vammakuvaus oli useimmiten ainoa henkilövahingon luonnetta ja vakavuutta kuvaava seikka, joka voitiin selvittää oikeudenkäyntiasiakirjojen perusteella.

Valinnalla on kuitenkin muutamia sivuvaikutuksia. Yksi näistä on, että valittu tilastoimistapa vahvistaa entisestään tilapäisen haitan ja lääketieteellisen diagnoosin välistä käsitteellistä yhteyttä. Lääketieteellinen diagnoosi korostuu suosituksissa. Jokaista suositusta edeltää lääketieteellinen kuvaus vahingon luonteesta. Jokaisesta vahinkoryhmästä luetellaan siihen kuuluvien vahinkotapahtumien ICD-10-koodit. Kyse on kontingentista ja ei-välttämättömästä valinnasta, johon liittyy vahvoja oikeuspoliittisia ulottuvuuksia. ICD-10-luokitukseen kiinnittyminen ei sinällään olisi ollut lain tai hallituksen esityksen perusteella ainoa mahdollinen tapa lähestyä tilapäistä haittaa. Ruotsissa käsitteellistys on toinen. Siellä kiinnitetään ensi sijassa huomiota vamman aiheuttaman työkyvyttömyyden tai sairaalahoidon pituuteen. Tältäkin pohjalta aineistoa olisi voitu yrittää järjestää.

¹³⁷⁶ Kaiken kaikkiaan ICD-10-luokituksesta on noin 14000 erilaista luokkaa, joilla kullakin on oma koodinsa. Koko luokittelun ideana on, että lähes mikä tahansa tauti tai vamma syineen voidaan tyhjentävästi kuvata yhdistelemällä eri koodeja.

¹³⁷⁷ Käytännössä ICD-10-luokituksesta ovat käytössä vain luokat S ja T, joissa eritellään erilaisia oireita, jotka seuraavat vammoista, myrkytyksistä ja muista ulkoisista syistä. S- ja T-luokissakin on noin 1400 erilaista diagnoosia.

Toinen sivuvaikutus on yllättävä. Vaikuttaa siltä, että aineistoa on analysoitu tilastollisesti pääasiassa vahinkotyyppien (suositusten pykälät) tasolla. Normaalikorvausvyöhykkeet, joilla neuvottelukunta tarkoittaa kustakin vahinkotyyppistä tuomittujen korvausten 5–25 prosenttia kummastakin päästä typistetyin hajonnan ylä- ja alarajan väliin jäävää aluetta otoksen kokonaisjakaumasta¹³⁷⁸, on niin ikään laskettu pääasiassa kullekin henkilövahingon vahinkotyyppille.¹³⁷⁹ Seikka on merkittävä. Se tarkoittaa käytännössä sitä, että tilastollinen analyysi ulottuu ainoastaan suositusten ”pykälien” tasolle, ei sen sijaan muutoin kuin yleisemmissä vahinkotyypeissä varsinaisiin yksittäisiin euromääräisiin suosituksiin. Esi-merkiksi lihasvammoissa tilastollisen analyysin perusteella täsmentyvä normaalkorvausvyöhyke on 200–5 000 euroa, hermovammoissa melkoisesti edellistäkin laajempi eli 200–15 000 euroa. Harvinaisten vahinkotyyppien euromääräisissä suosituksissa normaalikorvausvyöhykkeiden tilastollinen analyysi perustee ainoastaan kunkin vahinkotyyppin lievimmän alakohdan korvaussuosituksen alarajan ja vakavimman alakohdan ylärajan, ei muuta. Huomionarvoista onkin, että alakategorioiden eri alakohtien sisäiset rajat eivät välttämättä nouse tilastollisesta aineistosta. Ne on houkuteltu esiin muilla keinoin. Palaan näihin keinoihin jäljempänä.

Suosituksien käytännön merkitystä ja soveltamisongelmia on vielä vaikea hahmottaa. Yksi ongelma näyttää keskeiseltä. Suositukset on laadittu siten, että koko vahinkolajin korvaussumma on kohdistettu vakavimmalle vahinko- tai vammatyyppille eli tilapäisessä haitassa vakavimmalle yksittäiselle vammalle, jos tuomioistuimet eivät ole tuomioissaan erotelleet eri vahinkotyyppien perusteella maksettavia korvauksia. Tällä on kaksi seurausta. Periaatteessa suositusten korvaustasot voivat olla hieman ”todellista” korkeammat. Tällä ei liene käytännön merkitystä. Sen sijaan toisella seurauksella on. Vammakombinaatioiden korvaussuosituksia ei ole olemassa. Lukuisista yhtäaikaisista vahingoista maksettavien korvausten yhteensovittamisesta tulee epäilyksettä vaikea tehtävä tuomioistuimille. Neuvottelukunta on kiinnittänyt tähän huomiota: ”Suosituksissa ei pääsääntöisesti oteta kantaa samaan vahinkolajiin kuuluvien vahinkojen yhdistelmiin. Tällöin aineettoman vahingon suuruus määritettäisiin yleisten vahingonkorvausoikeudellisten periaatteiden mukaisesti vahingon kokonaisarvioinnin perusteella eikä yksinomaan eri osatekijöidensä summana.”¹³⁸⁰

¹³⁷⁸ Ks. Henkilövahinkoasiain neuvottelukunnan suosituksia s. 2–3. Kun jakaumaa on typistetty, on tärkeää, että aineiston maksimi- ja minimikorvaukset esitetään. Maksimi- ja minimimäärien ilmoittaminen auttaa tuomioistuimia käsittelemään keskimääräisestä merkittävästi poikkeavia tapauksia. Näin on menetelty suositusten selittävässä osassa.

¹³⁷⁹ Pääsihteeri Jarkko Männistön puhelinhaastattelu 16.4.2008.

¹³⁸⁰ Henkilövahinkoasiain neuvottelukunnan suosituksia s. 4.

Koko luvun keskiössä olevan vakuutuksellisuusdiagnoosin kannalta näyttäisi olevan varsin kiusallista, että neuvottelukunta on elimenä tyystin toisenlainen kuin liikennevahinkolautakunta. Sillä ei ole kytkentää vakuutusjärjestelmiin. Neuvottelukunta rakentaa korvaussuosituksensa tuomioistuinten ja niiden menneen toiminnan analysoinnin varaan. Se kerää, analysoi ja raportoi tuomioita ja niiden lopputuloksia. Järjestelyn painopiste siirtyy siis kiistatta vakuutuslaitoksesta tuomioistuinlaitokseen. Neuvottelukunnan toiminnan tuloksena syntyvä rahan käytön teknologinen sommitelma siirtää tilapäisen haitan arviointitehtävän eräässä mielessä oikeuden ulkopuolelta oikeuden sisälle, lääkäreiltä ja vakuutusmatemaatikoilta takaisin tuomareille. Tuomareiden arviot ja rahamääräiset käsitykset ovat henkilövahinkoasiain neuvottelukunnan rahankäyttötavan keskiössä. Käytännössä tämä merkitsee sitä, että käsitys tilapäisen haitan rahamäärästä syntyy tavallisissa vahingonkorvausprosesseissa, ei keskitetysti neuvottellen jonkin erillisen korvauskäytäntöä hallitsevan elimen piirissä. Vahingonkärsijä esittää vaatimuksensa, vahingonaiheuttaja myöntää tai ei myönnä soveliaaksi katsomaansa määrää. Tuomari muotoilee prosessitoimien ja omien – ja joskus varmasti osittain hatarien – tilapäisen haitan korvausaihetta ja lain sisältöä koskevien käsitystensä puitteissa oman arvionsa vahingon määrästä. Kytkentä vahingonkorvausoikeudenkäyntiin ja tuomarien käsityksiin ei ole kuitenkaan missään nimessä välitön. Neuvottelukunta kerää tiedot tuomareiden arvioista ja käsittelee tietomassaa lähtökohtaisesti tilastollisin menetelmin. Lopulta se julkaisee suositukset. Korvaustason artikulointi on nyt tuomareiden kollektiivista toimintaa, jonka neuvottelukunta välittää tilastotieteellisten menetelmien avulla kaikkien havaittavissa olevaan muotoon.

Tästä huolimatta vakuutuksellisuusdiagnoosi ei ole kuitenkaan kovin suuressa vaarassa suositusten julkaisemisen jälkeenkään. Väitteelleni on kaksi perustetta.

Ensimmäinen liittyy tapaan, jolla on alaluokkien sisäiset rajat on vedetty alakategorioiden sisällä. Kuten jo totesin, neuvottelukunta on kerännyt tietoa korvausmääristä yhdistämällä korvausmäärän vahingon aiheuttaneen tapahtuman ICD-10-luokitukseen. Tieto jakaumista kiinnittyy ICD-10-luokituksiin. Tämän teknisen perusrakennelinnan jälkeen käsissä näyttäisi olevan kaksi vaihtoehtoa tapaa rakentaa suositukset: joko voidaan antaa aineiston ”järjestää itse itsensä” tilastotieteellisessä analyysissä tai järjestetään eri ICD-10-diagnoosit lähtökohtaiseen vakavuusjärjestykseen jo ennen aineiston tilastotieteellistä analyysia.

Toinen vaihtoehto on käytännössä mahdoton. Vaikka ICD-10-luokitus on noin 1400 yksittäisellä luokallaan massiivinen, kattava ja tarkka, sen heikkous on – hämmästyttävää kyllä – huonossa erottelukyvyyssä. ICD-10-luokitusta käyttäen voidaan tunnistaa useimmat terveydentilan häiriöt ja niiden syyt, mutta terveydentilan häiriön vakavuutta arvioitaessa luokitus on hyvin hankala. Sen erottelu-

kyky ei riitä. Hyvä esimerkki tästä on jo edellä mainittu suositusten luku 10 ja sen 39–42 §:t. Kaikkia neljää vahinkotyyppiä kuvaa vain yksi ICD-10-koodi ja niille on kullekin laskettu yksi normaalikorvausvyöhyke. Kuitenkin neuvottelukunta on jakanut vahinkotyytit kolmessa tapauksessa neljästä kahtia: lievem-
pään ja vakavampaan luokkaan. Jakaminen on tarpeellista, koska esimerkiksi reisiluun varren murtumia (39 §) on monenlaisia. Vammojen kirjo yksittäisen ICD-10-luokan sisällä on melkoinen. Tämä seikka tekee mahdolliseksi järjes-
tää ICD-10-luokat etukäteen vaikeusjärjestykseen.

Suosituksissa onkin valittu ensimmäinen lähestymistapa. Tilastollinen aineis-
to järjestää itse itsensä ”vakavuusjärjestykseen”. Kukin ICD-10-luokka saa oman normaalikorvausvyöhykkeensä, jolloin luokat sopivasti yhdisteltyinä ja ryhmiteltyinä järjestyvät limittäiseen vakavuusjärjestykseen. Vakuutuksellisuus-
den kannalta merkittävää on seuraava, taasen välttämätön askel. Koska ICD-10-luokat ovat epäsensitiivisiä vakavuuden suhteen, pelkkien ICD-10-luokkien nor-
maalikorvausvyöhykkeiden ilmoittaminen ei olisi ollut erityisen informatiivis-
ta.

Suosituksien 56 §, joka koskee vatsaontelon sisäisiä vammoja, on hyvä esi-
merkki seuraavasta siirrosta. Pykälässä esitetään korvaussuositukset ICD-10-
luokille S36.0, S36.1, S36.2, S36.3, S36.4, S36.5, S36.6, S36.7, S36.8 ja S36.9. S36-koodilla tarkoitetaan vatsansisäisten elinten, S36.0:lla pernan, S36.1:lla maksan ja/tai sappirakon, S36.2:lla haiman, S36.3:lla mahalaukun, S36.4:lla ohutsuolen, S36.5:lla umpisuolen ja/tai koolonin, S36.6:lla peräsuolen, S36.7:lla useiden vatsaontelon elinten, S36.8:lla muun vatsaontelon elimen ja S36.9:lla määrittämättömän vatsaontelon elimen vammaa. ICD-10-luokitus ei kerro sinäl-
lään mitään vamman vakavuudesta, mikä kuvastuu myös suositusten selittävässä osassa. Luokituksessa ainoastaan yksilöidään, mihin sisäelimeen vamma kohdis-
tuu. Normaalikorvausvyöhyke on 56 §:ssä 1 000–5 000 euroa. Käytännön vaati-
muksiin nähden tällainen normaalikorvausvyöhyke on liian laaja. Suosituksissa ei tyydytäkään vain tämän vyöhykkeen esittämiseen, vaan vyöhyke jaetaan kol-
meen alaluokkaan: 1.92 Lievä vatsaontelon sisäinen vamma, 1 000–2 000 €; 1.93 Keskivaikea vatsaontelon sisäinen vamma, 2 000–3 500 €; ja 1.94 Vaikea vatsaontelon sisäinen vamma, 3 500–5 000 €.

Neuvottelukunnan pääsihteeri Jarkko Männistö on eräissä yhteyksissä kuvan-
nut käytännön menettelyä suositusten laatimisessa siten, että aineistosta on ensin valittu tarkastelun kohteeksi kutakin vammaluokkaa koskevat ratkaisut. Ratkai-
sut on järjestetty tuomitun korvauksen määrän perusteella suuruusjärjestykseen. Tämän jälkeen on pyritty löytämään sanallisten tallennettujen vammakuvausten perusteella jonkinlainen linja – ja siten suositukset – saatavilla olevien tapausten joukosta. Joissakin vammaluokissa, eritoten pinnallisissa päänvammoissa aineis-
toa on ollut runsaasti. Tilastollisen aineiston käyttö on ollut mahdollista. Tilastol-
lisen aineiston vaikutus on kuitenkin vähentynyt sitä mukaa kuin vammat ovat

käyneet harvinaisemmiksi ja aineisto ohuemmaksi.¹³⁸¹ Vaikuttaa siltä, että lääketieteellisillä asiantuntijoilla on ollut merkittävä rooli paitsi vammakuvausten laatimisessa myös pykälän sisäisten euomääräisten korvaussuositusten laatimisessa silloin, kun jotakin vammaa koskevaa korvauskäytäntöä on ollut vähänlaisesti. Johtopäätös on lähestulkoon välttämätön, kun muistetaan, että käräjäoikeuskäytäntöä koskevat tiedot on kerätty pääasiassa ICD-10-koodien tasolla, ilman että esimerkiksi nyt käytössä olevaa vammaluokittelua olisi pystytty käyttämään.

Lääkäreiden läsnäolo jatkaa liikennevahinkolautakunnan ohjeiden perinnettä. Lääkärit ovat olleet arvioimassa elämänlaadun heikentymistä taulukkoja laadittaessa, eivät vain tuomioistuimissa vaan myös korvaustasoista neuvottelevassa elimessä. Jos aiemmin lääkäreiden arvioinnin rajat hahmottuivat enemmän tai vähemmän hataran kokemustiedon ja vakuutusmatemaattisten argumenttien rajoissa, nyt tuomarit ovat tuottaneet rajat. Peruslogiikka pysyy kuitenkin pitkälti samana. Lääkäreiden ihmiskuva ja lääkäreiden hallussa oleva tieto on päässyt määrittelemään tilapäisen haitan yksityiskohdat, vaikka linjaratkaisut siirtyvätkin tuomioistuinten hajautettuun hallintaan.

Henkilövahinkoasiain neuvottelukunnan työn aiheuttama muutos kuulostaneekin dramaattisemmalta kuin se tosiasia on. Hallituksen esityksessä todetaan, että tuomioistuinten ei tulisi arvioida tilapäistä haittaa olennaisesti toisin kuin aikaisemmin lukuun ottamatta sitä, että teon luonne ei enää uudistuksen jälkeen ole hyväksyttävä argumentti korvausarvioinnissa. Korvaustasoja pidetään niin ikään tyydyttävänä. Mikä tärkeintä, vakuutuksellisen rahankäyttötavan keskeinen ominaisuus on tullut kirjatuksi jo lakiin: tilapäisen haitan määrää on arvioitava henkilövahingon laadun ja vaikeusasteen perusteella. Tilapäinen haitta määritellään edelleenkin kuin vakuutustapahtuma: objektiivisesti havaittavaksi ulkoiseksi muutokseksi. Korvaamisen perusideana on myöskin kaavamaisen, vakuutuskorvaukseen rinnastuvan korvauksen tuomitseminen. Paradoksaalisesti kaikki näyttää muuttuvan, mutta mikään ei ehkä sittenkään muutu.

Vaikka yksityiskohdissaan suositukset pettävät osin hallituksen esityksen odotukset tilastotieteellisestä positivitteetista ja siirtyvät oikeus- ja kokemuspoliittisen harkinnan puolelle, suositusten legitimitetti ei nähdäkseni ole missään nimessä vaarassa. Omaksuttu lähtökohta sopii itse asiassa hyvin yhteen henkilövahinkouudistuksen hengen kanssa. Vaikka korvausarvioinnin lähtökohdaksi esitetään henkilövahingon aiheuttaman elämänlaadun heikkenemisen hyvittäminen¹³⁸², funktiokuvaus asettuu tavanomaisille linjoille. Kun muistetaan, että vahingon määrän arviointi kuitenkin rakentuu ensi sijassa henkilövahingon laadun

¹³⁸¹ Pääsihteeri Jarkko Männistön haastattelu, 21.4.2008.

¹³⁸² Ks. esim. HE 167/2003 vp s. 20.

ja vaikeusasteen, hoitotavan sekä vamman kestoajan perusteella eikä vamman aiheuttaman elämänlaadun heikkenemiseen nojautuen, lopputulokset ja niiden taustalla olevat rahankäyttötavat vastaavat pitkälti liikennevahinkolautakunnan normeja ja suosituksia.¹³⁸³ Oli tuomarien arvioinnin orientaatio tosiasialla mikä tahansa, neuvottelukunnan omaksuma raportointi korostaa arvioinnin lääketieteellisyttä ja ulkokohtaista objektiivisuutta. Kun suositukset kytketään takaisin oikeudenkäyttöön, arvioinnin ideaksi määrittyy juuri se, että tuomari ei – ainakaan ensisijaisesti – arvioi elämänlaadun heikkenemistä. Elämänlaadun heikkenemisen korvaa arvio vamman laadusta, olkoonkin, että vamman vakavuutta tulee arvioida sen valossa, miten vakavasti se heikentää vahingonkärsijän elämänlaatua.

On selvää, että neuvottelukunnan suosituksista tulee erinomainen apuväline tuomioistuimille. Ne perustuvat myös poikkeuksellisen laajalle selvitystyölle. Enää ei tarvitse arvailla, mitä aineettomasta vahingosta tuomioistuimissa tuomitaan. Nyt korvauskäytännöstä on tutkittua tietoa. Muutama kriittinen huomio on kuitenkin välttämätöntä esittää. Neuvottelukunnan tietojenkeruutapaa voidaan arvostella muun muassa siitä, että mahdollisesti kyseenalaisen laintulkinnan seurauksena syntyneitä tuomioita ja esimerkiksi yleiseen linjaan nähden selkeästi liian suuria korvauksia, jotka vastaajat olivat myöntäneet, ei pyritty poistamaan aineistosta. Kaikki alioikeuksien antamat tuomiot – lähtökohtaisesti – muodostavat perusaineiston, josta erilaiset tilastolliset tunnusluvut lasketaan.

Lainvastaisia tai esimerkiksi asianosaisten prosessitoimien seurauksena räikeästi yleisestä linjasta poikkeavia tapauksia lienee lukumääräisesti kuitenkin varsin vähän. Voidaan ajatella, että patologiset ratkaisut jäävät normaalien tapausten massan alle ja siksi niillä ei olisi vaikutusta korvaustasoihin. Neuvottelukunta esittää myös sivuuttaneensa suosituksia laatiessaan tällaiset ratkaisut.

Mahdolliset systemaattiset virheet laintulkinnassa muodostavat joka tapauksessa erityisen vaikeasti hallittavan ja merkittävän ongelman. Eräs systemaattinen virhe on jopa todennäköinen. Henkilövahinkouudistuksen tarkoituksena oli irrottaa henkilövahinkoteon moitittavuuden arviointi tilapäisen haitan määrän arvioinnista. Hallituksen esitykseen kirjattiin nimenomaisesti, että teon luonteella ei saisi olla vaikutusta tilapäisestä haitasta tuomittavan korvauksen määrään. Onko viesti mennyt perille, on epäselvää. Jos vanhan lain mukainen arviointikäytäntö on jatkunut aikana, jolloin tuomioita kerättiin, suosituksiin kerrostuu ainakin vähäinen ”moitittavuuskorotus”. Lainsoveltamisongelmat ovat ainakin neuvottelukunnan pääsihteerin mukaan todellisia. Ongelmallisia vahinkolajeja ovat olleet

¹³⁸³ Ks. edellä s. ja HE 167/2003 vp s. 41.

myös ns. psyykkinen henkilövahinko ja kärsimys. Ajoittain kärsimyskorvauksia hylätään, koska lääketieteellinen näyttö puuttuu. Psyykkisestä henkilövahingosta puolestaan tuomitaan korvausta, vaikka lääketieteellistä näyttöä henkilövahingosta ei olisi esitetty lainkaan, koska vahingon aiheuttanut teko on ollut luonteeltaan sellainen, että siitä on ollut omiaan aiheutumaan tilapäistä haittaa.

Ongelma on, että tunnusluvut voidaan laskea, vaikka raakadata olisi virheelistä. Jos tuomioistuinten soveltamistoiminnassa on systemaattisia virheitä, mikään ei pelasta tilastollista analyysiä. Jos systemaattisia virheitä pyritään jälkikäteen yksittäistapauksissa harkinnanvaraisesti mukauttamalla korjaamaan, suositusten ja selvityksen välinen etäisyys kasvaa. Ongelmakenttä laajenee koko aineettomien vahinkojen korvaamisen tavoitteeseen. Henkilövahinkouudistuksen keskeinen tavoite oli yhtenäistää ja selventää myös aineettoman vahingon korvaamisen tavoitteita. Lakitekstiä muutettiin kuitenkin siinä määrin kosmeettisesti, että muutoksen läpilyöntivoiman voi otaksua ainakin lyhyellä aikavälillä olevan varsin heikko. Merkittävät linjaukset jäivät hallituksen esitykseen. Neuvottelukunnan tapa koostaa suositukset voikin ikuistaa tuomareiden keskuudessa – ja myös oikeuskirjallisuudessa – mahdollisesti vallitsevan hämmennyksen tilapäisen haitan korvausaiheesta ja tarkoituksesta.

Yksi seikka on vielä syytä panna merkillä. Hallituksen esityksessä ilmaistu visio tilapäisen haitan arvioinnin järjestämisestä perustuu ajatukselle spontaanista prosessista, joka korjaa itse itsensä. Laajalle datan keräämiselle ja tilastotieteellisten analyysimenetelmien käytölle perustuva järjestelmä on teknisesti sofistikoitunut versio Adam Smithin kuuluisasta näkymättömästä kädestä.

Järjestely näyttää rakentuvan yhdysvaltalaisperäisen joukkoälykkyyden idean eli ns. *group intelligence* -ajattelutavan varaan. Group intelligencen perusidea on, että joukko ihmisiä voi ryhmänä tuottaa luotettavan approksimaation todellisuudesta, vaikka ryhmän yksilöillä ei olisi kovin tarkkaa käsitystä siitä, mihin yksittäiset arviot perustuvat.¹³⁸⁴ Tilapäiseen haittaan sovellettuna ajattelutapa perustele, miksi tuomarien arvostelmat soveliaasti kerättyinä ja koostettuina ovat aina oikeat, oli yksittäinen ratkaisu sitten miten huono tahansa. Kun tarpeeksi monta tuomaria arvioi immateriaalisen vahingon määrää, samaa ilmiöluokkaa koskevien järkevien arvioiden keskiarvon on pakostakin oltava aika lähellä totuutta.

Menetelmän tuottamista lopputuloksista voidaan tietysti kiistellä loputtomiin, mutta menetelmän keskeinen rajoitus on, että siinä hypätään vastausten tuottamisen menetelmien artikuloinnin yli, suoraan vastauksiin. Perusteet jäävät taustalle, vain lopputulokset kiinnostavat. Karrikoiden neuvottelukunnan ja tuomioistuinten joukkoälykästä yhteistoimintaa voi kuvata tikkakisavertauksella. Tuoma-

¹³⁸⁴ Ks. Surowiecki 2004.

rit heittävät ensin tikkaa side silmillä. Neuvottelukunta kokoaa tulokset ja laskee niiden perusteella, mihin tikkataulu tulee sijoittaa, jotta tuomareiden luonnollisia heittotaipumuksia ei tarvitse muuttaa.¹³⁸⁵ Kun siteet poistetaan, tuomarit osuvatkin jo varsin hyvin tauluun. Toimiiko järjestely ja onko kymppi paikallaan, ovatkin sitten kokonaan eri kysymyksiä.

Keräämiselle, analysoinnille ja raportoinnille perustuva suositusten antamistapa on kokonaisuutena erikoinen myös, jos ajatellaan, että neuvottelukunnan tuottamien suositusten yhtenä tavoitteena pidetään keskustelun käynnistämistä siitä, ovatko tuomitut korvaukset tasoltaan oikean suuntaisia. Neuvottelukunnan tavoitteena näyttäisi olevan oikeuskäytännön hidas mutta varma kehittäminen. Korvaustasojen uusintamisprosessi perustuu eräänlaisen kolmikantajärjestelyn varaan. Neuvottelukunta kerää tiedot oikeuskäytännöstä, raportoi löydöksistään ja fasilitoi julkista keskustelua. Julkisessa keskustelussa – tapahtui se sitten ammattilehdissä, iltapäivälehtien palstoilla, tietoverkoissa tai oikeudenkäynneissä – tunnistetaan korvauskäytännön ongelmakohdat. Keskusteluun reagoiminen jää tuomarikunnan tehtäväksi. Järjestelyssä lasketaan sen varaan, että kun jokin tuomitsemiskäytännön yksityiskohta todetaan keskustelussa epätoivottavaksi ja kehittämisen arvoiseksi, tuomarit aktivoituvat ja ottavat arvostelusta onkeensa. En usko, että tällainen järjestely voi osoittautua tehokkaaksi ja vikkeläliikkeiseksi. Toivon, että olen pessimistinä väärässä.

Keskusteluprosessi jää kasvottomaksi, hahmottomaksi ja siitä tulee ilmeisen pitkäkestoinen. Mitään takeita siitä, että keskustelua ylipäättään syntyy, ei ole. Voidaan olettaa, että keskustelun stimuloimisen sijaan suositusten julkaiseminen on omiaan tukahduttamaan keskustelua. Jos mielessä pidetään liikennevahinkolautakunnan suositusten kohtalo, on todennäköistä, että jo neuvottelukunnan olemassaolo on omiaan johtamaan siihen, että korvauskäytännöt sementoituvat. Kun kätevä ja auktoriteettiasemaltaan kiistaton apuväline on olemassa, useimpien sitä käyttävien ensimmäinen reaktio ei ole ryhtyä riitauttamaan tai kyseenalaistamaan koko järjestelmää. Samaan suuntaan vaikuttanee se, että arvioitavaksi tulee koko paketti. Kokonaisuuden arvioiminen on merkittävästi työläämpää kuin yksittäisten ongelmakysymysten pohtiminen.

Toinen ongelma juontuu teknologisen välityksen rakenteesta. Koska muutos voidaan havaita vain, kun aineistolle laskettavat tilastolliset tunnusluvut muuttuvat, muutoksen esille tuleminen edellyttää, että tuomarien kollektiiviset käsitykset muuttuvat. Suuren joukon on muutettava käsityksiään. Tämän puolestaan voisi ajatella edellyttävän, että tuomarit ymmärtävät, että tuomion antamisessa ei

¹³⁸⁵ Tällaista menneisyyden sattumanvaraisille tuomioille perustuvaa yhdenvertaistamistapaa on arvostellut myös yhdysvaltalainen Mark Geistfeld (Geistfeld 1995 s. 791–792). Yhdysvalloissa ongelma on toki polttavampi. Korvauskäytäntöjen hajonta on suomalaista merkittävästi suurempaa.

ole ainoastaan kysymys yksittäisen riidan ratkaisemisesta. Kun yksittäisistä tuomioista rakentuu kuva kollektiivisista arvostuksista, tuomarin pitäisi myös mieltää vastuunsa ja mahdollisuutensa vaikuttaa yleiseen korvaustasoon. Yksittäistapauksessa annetusta ratkaisusta tulee puheenvuoro neuvottelukunnan välittämässä julkisessa keskustelussa.¹³⁸⁶

Englannin *Court of Appeal*in ratkaisu asiassa *Heil v. Rankin and another*¹³⁸⁷ on mielenkiintoinen esimerkki korvaustasojen tietoisesta manipuloimisesta. Tapauksessa *Court of Appeal*in erityisesti valittu viidestä tuomarista koostunut kokoonpano otti asiakseen ”to review the general levels of award for PSLA”.¹³⁸⁸ Korvaustasoja korotettiin vakavien vahinkojen osalta.¹³⁸⁹ Taustalla oli vuonna 1999 julkaistu *Law Commission*in raportti¹³⁹⁰, jossa oli päädytty esittämään, että aineettomista vahingoista maksettavat korvaukset olivat liian alhaisia. Raportissa esitettiin myös, että korvaustasoja tulisi korottaa.

Nyt hallituksen esityksessä määritellyllä tekniikalla korvaustasojen mahdollisen muutoksen hallitseminen ja ilmentäminen on jo teknisesti haastava tehtävä. Muutoksen hahmottaminen edellyttäisi korvauskäytäntöjä koskevien aikasarjojen keräämistä. Korvaustuomioiden kerääminen yhdeltä yksittäiseltä vuodelta ei riitä. Korvauskäytäntöä olisi seurattava laajalti ja systemaattisesti, mikä puolestaan on kallista ja aikaa vievää. Riittävän tapausmassan hankkiminen edellyttäisi aineiston keräämistä ja koostamista kumulatiivisesti usealta vuodelta. Erityisen ongelmallista seurannan toteuttaminen on, jos yksittäisen vahinkotapahtuman kaltaisia asioita käsitellään vuodessa vain muutamia. Luotettava tilastollinen analyysi nimittäin edellyttää mittavaa tapausjoukkoa. Vaikka käytäntöä kerättäisiinkin kumulatiivisesti, muutos voi jäädä pimentoon. Itse olisin kannattanut – ja kannatan – nyt omaksuttua tietoisempaa ja hallitumpaa ratkaisua, julkista, insti-

¹³⁸⁶ Korkein oikeus saa hallituksen esityksessä merkittävän aseman korvaustasojen määrittelijänä. Hallituksen esityksessä todetaan, että oikeuspoliittinen harkinta kuuluu ensi sijassa korkeimmalle oikeudelle. Voidaan kuitenkin kysyä, miten laajalti korkein oikeus voi yksittäisiin tapauksiin sidoksissa olevassa prejudikatuurissaan ohjata korvauskäytäntöä ja harjoittaa oikeuspoliittista harkintaa. Korkeimman oikeuden oikeuskäytännössä – ainakin, jos tavat eivät radikaalisti muutu – voidaan puuttua korvauskäytännön ongelmiin vain pistemäisesti. Jos korvaustasojen tietoiseen ja kattavaan muuttamiseen ei lähdetä, muutaman yksittäisen ratkaisun painosta merkittäviä muutoksia on vaikea kuvitella syntyvän.

¹³⁸⁷ [2001] QB 272.

¹³⁸⁸ [2001] QB 272, s. 308. Kirjainyhdistelmä PSLA viittaa *pain and suffering*- ja *loss of amenities*-vahinkolajeihin.

¹³⁸⁹ Ks. yksityiskohdista *Heil v. Rankin and another* [2001] Q.B. 272, s. 272. *Court of Appeal* ei hyväksynyt kaikkia *Law Commission*in raportissaan esittämiä muutoksia. Syistä ks. ratkaisun s. 307–312.

¹³⁹⁰ Law Com No 257.

tutionaalisen rakenteen sisällä käytävää keskustelua, joka olisi tietoisesti ohjattua.¹³⁹¹ Näistä asioista on keskusteltava – avoimesti.

10 TILAPÄISEN HAITAN KORVAAMISEN FUNKTIOT

En ole vielä käsitellyt sitä, minkälaisesta teoreettisesta lähtökohdasta korvauksen määrän arviointi on järjestetty tai tulisi järjestää. Olen vain pyrkinyt kuvaamaan eräitä korvauksen harkintaa rakenteistavia seikkoja. Nyt on tarpeellista arvioida, mitä korvaamiselle hahmottelemani vakuutuksellisuuden idea merkitsee tilapäisen haitan korvaamisen funktion kannalta. Käsittely lähtee eräässä mielessä puolesta välistä. En lähde enää perustelemaan sitä, miksi tilapäisestä haitasta tulee maksaa korvausta. Korvausta tulee vahingonkorvauslain mukaan maksaa. Lähtökohtaa ei ole edes riitautettu.¹³⁹²

Kuva tilapäisen haitan asemasta vahingonkorvausoikeuden yleisissä opeissa on selkeästi muuttumassa. Hallituksen esityksen pyrkimykset siirtää tilapäistä haittaa lähemmäs keskustaa on syytä ja myös hyvä ottaa tosissaan. Esitys antaa kuitenkin ristiriitaisia viestejä. Yhtäältä luodaan lääketiedettä korostava järjestely, jossa arvioinnin lähtökohtana pidetään vammaa ja sen vakavuutta. Vamma käännetään rahamääräiseksi ilmaukseksi etukäteen ja tätä käännöstä varten tarkoituksellisesti laaditun taulukon avulla. Toisaalta lähtökohtana pitäisi olla, että elämänlaadun heikkenemisen hyvitetään. Perinteiset käsitykset tilapäisen haitan korvaamisesta ovat murtuneet, vaikka ne perusteluissa edelleen näkyvällä paikalla ovatkin. Ristiriitaisia: yleisten oppien sisällön uudelleenmäärittelemiselle on selkeä tarve.

Tilapäisen haitan korvaamisen funktioasetelma ei ole yksiselitteinen. Korvaamisessa huojutaan todellisen ja symbolisen hyvityksen, taloudellisen ja ei-taloudellisen korvaamisen, vamman ja kokemuksen välimaastoissa päätyvästi selkeästi kummallekään puolelle. Todellinen hyvittäminen näyttää olevan vahvasti taustalla, mutta käytännössä pikemminkin symboliset seikat ohjaavat korvauksen määrän arvioinnin järjestämistä. Näyttää siltä, että täydelliselle korjaukselliselle reparaatiolle perustuva tilapäisen haitan korvaaminen on mahdotonta.¹³⁹³

¹³⁹¹ Ks. deliberatiivisen harkinnan kritiikistä ja ansioista esim. Sunstein 2005.

¹³⁹² Yhdysvaltalaisessa kirjallisuudessa tällaisia puheenvuoroja on eri yhteyksissä ja laajuudessa käytetty runsaasti. Ks. esim. Ingber 1985 s. 809–810; Abel 1990 s. 823–825; King 2004b s. 201–204; Abel 2006 erityisesti s. 321–322.

¹³⁹³ Ks. esim. Larenz 1987 s. 474, joka toteaa, että ”der körperliche Schmerz, der Ärger und Verdruß, den jemand erlitten hat, kann ihm nicht nachträglich wieder abgenommen werden; verlorene Zeit ist unwiederbringlich”.

Tilapäisen haitan ominaisuus on sellainen, että raha ei voi pyyhkiä kärsittyä haittaa pois. Kivulle ja särylle ei voida määrittää taloudellista arvoa.¹³⁹⁴

Edes oikeustaloustieteellisessä kirjallisuudessa kukaan ei ole tietääkseni ehdottanut, että tilapäisessä haitassa korvausharkinta järjestettäisiin vahinkotapah- tumasta esimerkiksi aiheutuvan utiliteettimenetyksen kvantifioinnin varaan. Teh- tävää pidettäneen siis yleisesti mahdottomana.¹³⁹⁵ Yritykset määrittää esimerkik- si ns. hedonististen korvauksien sovelias taso ovat aina rakentuneet elämän arvon tilastollisille, riskikorvaukselle perustuville laskentamenetelmille.¹³⁹⁶ Oikeusta- loustieteellisen lähestymistavan lisäksi yksi mahdollisuus hahmottaa kompen- saatiota reparatiivisesta näkökulmasta olisi lähestyä aineettoman vahingon kor- vaamista *terapeuttisesta* näkökulmasta. Korvauksen tulisi auttaa vahingonkärsi- jän toipumista. Ajatus lienee sekin mahdoton.¹³⁹⁷ Kolmas mahdollisuus on, että

¹³⁹⁴ Ks. esim. Brusiin 1966 s. 26–27; Routamo – Hoppu 1977 s. 261; Geistfeld 1995 s. 814; Cane 2006 s. 161. Vrt. kuitenkin Ogus 1972. Ogus erottaa kompensatorisen argumentin sisällä kaksi vaihtoehtoa, ns. käsitteellisen ja henkilökohtaisen lähestymistavan. Käsitteellisessä vaihtoehdossa aineeton vahinko rinnastetaan jonkin varallisuus oikeuteen rinnastuvan henkilökohtaisen ominai- suuden, *assetin* menetykseen. Tällä ominaisuudella on oma arvonsa, joka tulee korvata. Henkilö- kohtainen lähestymistapa ”rejects the premise on which the conceptual approach is based, that human life and the different parts of the human body can be ‘valued’ independently of an individ- ual’s feeling. Measurement can only be made in terms of human happiness. An award for loss of amenities should not therefore attempt to set an objective ‘value’ to the physical disability which the plaintiff has sustained – it should seek to assess in monetary terms his past, present and future loss of pleasure and happiness, as a result of being deprived of the use of his injured limbs.” Ogus 1972 s. 2–3. Ogusin reformiehdotuksissa henkilökohtainen lähestymistapa saa mielenkiintoisen käytön. Ogus ehdottaa, että käsitteelliselle lähestymistavalle perustuvien lakisääteisten taulukoi- den, joita hän ehdottaa laadittavaksi ja jotka muistuttavat pitkälti liikennevahinkolautakunnan taulukoita, perusteella saatavia konventionaalisia korvausmääriä voitaisiin muokata ja sovittaa kunkin yksilön kärsimään todelliseen ”according to the court’s view of how the plaintiff’s enjoy- ment of life had been, and would in the future be, affected by the accident.” (Ogus 1972 s. 12–14). Itsearviointin ongelmista ks. Levmore 1982 s. 831–834.

¹³⁹⁵ Sen enempää *Journal of Forensic Economics* – kuin *Litigation Economics Review* (aiemmin *Litigation Economics Digest*) -lehtien vuosikerroista en ole löytänyt ensimmäistäkään artikkelia, jossa olisi pyritty ekonometirisiä menetelmiä käyttäen määrittämään *suoraan kokemuksen* arvo utiliteettitappiona. Yksi, ei-taloustieteellinen syy tälle voi olla yhdysvaltalainen käsitys juryn ase- masta. Esimerkiksi ns. *per diem* -laskentaperusteet eivät ole olleet sallittuja joissakin osavaltioissa, koska aineettoman vahingon laskeminen on juryn tehtävä, eikä sitä saa tässä tehtävässä avustaa. *Per diem* -argumentista s. esim. Price 1993 s. 1072–1074; King 2004a.

¹³⁹⁶ Ihmiselämän ”arvon” approksimoinnista WTP- ja WTA-menetelmille ks. Viscusi 1993; Sun- stein 2004; Posner – Sunstein 2005. Ks. kritiikistä esim. Chestnut – Violette 1990; Viscusi 1990; Becker – Stout 1992; Frankel – Linke 1992; Viscusi 1993. Ks. menetelmistä jäljempänä jaksossa 7.13 esitettyä. Mielenkiintoinen *hedonic damages* -aihetta käsittelevä artikkeli on esim. Berla – Brookshire – Smith 1990, jossa Berla, Brookshire ja Smith yhdistävät vammojen vaikutusten lää- ketieteellisen vammaprosenttiin päätyvän arvioinnin ja WTP-menetelmällä saadun katastrofaali- sen vahingon arvon. Menetelmä vaikuttaa erittäinkin järkevältä, jos sen pohjalla vaikuttava WTP- menetelmä unohdetaan. Ks. myös Ireland – Gilbert 1998.

¹³⁹⁷ Ks. Shuman 1994 tuottamuserustaisen vahingonkorvauksen terapeuttisista – tai antiterapeut- tisista – vaikutuksista.

joskus tulevaisuudessa neurofysiologisen tutkimus on saattanut kehittyä siksi paljon, että voitaisiin kehittää kuvantamismenetelmä, jonka avulla ihmisen tunnereaktioiden olemassaoloa ja niiden voimakkuutta voitaisiin luotettavasti ja objektiivisesti arvioida. Jos näin kävisi yksi aineettomuuden osaongelma, tunnekokemuksen jääminen lopulta yhden yksittäisen ihmisen henkilökohtaiseksi asiaksi ja siten aina lopulta objektiivisen arvioinnin ulottumattomiin, voisi häviätä.

Tällöinkin toinen aineettoman vahingon korvaamista vaivaava ongelma jäisi jäljelle. Vaikka voisimme skaalata luotettavasti tuntemukset kuten kivun voimakkuuden tai masennuksen syvyyden ja hahmottaa niitä ajan suhteen ja sen funktiona; vaikka voisimme integroida kokonaiskärsimyksen määrän kärsimyksen voimakkuuden ja ajan funktiosta; ja vaikka voisimme esittää aineettoman henkilövahingon yhtenä objekti(ivi)sena, ajan ja kokemusten voimakkuuden yhteen kokoavana tieteellisesti kiistattoman pätevänä numerona, josta ei voitaisi kiistellä, emme edelleenkään tietäisi, kuinka paljon rahaa tuollaisesta kokemuksesta pitäisi maksaa sen kokijalle. Suoraa oikotietä täyden korvauksen periaatteen mukaiseen, objekti(ivi)seen korvauksen ei ole. Rahan luonnollinen käyttö kivun hinnoittelussa puuttuu. Kivulle ja särylle ei ole markkinoita. Siksi täysi korvaus ja reparaatio jäisivät haaveiksi tällaisessakin hyvin hienostuneessa teknologisessä asetelmassa.¹³⁹⁸

Tilapäiselle haitalle soveliaasta funktiosta käyty keskustelu on ollut varsin vilkasta, joskaan Pohjoismaissa ei erityisen kiteytynyttä tai selkeää.¹³⁹⁹ Tilanne on suhteellisen avoin. Oikeustilaa voi ehkä parhaiten kuvata sanomalla, että se on hämmentynyttä.¹⁴⁰⁰ Yksiselitteistä lähtökohtaa tilapäisen haitan korvaamisen

¹³⁹⁸ Ks. tunteiden mallintamisen ja ennustamisen vaikeudesta ja siitä syntyvistä tuntemusten voimakkuuden – ja myös vahingonkorvauksen määrän – arvioinnin ongelmista valaisevaa, käyttäytymistieteellisestä tutkimuksesta ja sen tuloksista ammentavaa artikkelia Blumenthal 2005. Blumenthal esittää, että ihmiset epäonnistuvat varsin yleisesti pyrkiessään ennustamaan omia tunteitaan ja toisaalta arvioidessaan, mitä toiset ihmiset tuntevat.

¹³⁹⁹ Poikkeuksina yleisestä linjasta voidaan pitää Olle Ekstedtin (Ekstedt 1977 erityisesti s. 97–124) ja Lena Sisula-Tulokkaan (Sisula-Tulokas 1995) tutkimuksia. Aivan viime vuosina nuoremmat tutkijat näyttävät kiinnostuneen aineettoman vahinkojen korvaamisesta. Ks. esim. Ruotsista Mannelqvist 2006; Friberg 2007; Schultz 2008.

¹⁴⁰⁰ Ks. esim. Routamo – Ståhlberg 1995 s. 200; Hemmo 2005b s. 174–175; Hellner – Radetzki 2006 s. 391. Hämmennys näyttää vaivaavan myös Englannissa. Ks. esim. Cane 1997 s. 133–134; Cane 2006 s. 161. Cane peräti toteaa Atiyah's Accidents, Compensation and the Law'ssa, että "we have not made much progress in finding a method for calculating damages for non-pecuniary loss". (Cane 2006 s. 164). Englannin Law Commissionin raportissa todetaan, että Englannissa ns. *PSLA*-korvausten määrä arvioidaan *diminution of value* -idean pohjalta. Kanadalainen *functional approach* hylätään (s. 5). Kepeys asettuikin selkeästi vastakkain tutkijoiden hämmennyksen edessä. Samassa raportissa kuitenkin tosin todetaan, että *PSLA*-korvaukset ovat määrältään puhtaasti konventionaalisia ja niitä asetettaessa täytyy ottaa huomioon "the views of the society as a whole" (s. 38–46).

funktioille ei ole olemassa. Miten siis järjestää tilapäisen haitan korvaamisen tavoitteisto? Miten korvata kipua ja särkyä? Minkälainen on korvaamiselle asetettavan tavoitteen vaikutus rahan tekniikan valinnassa? Käsittelen seuraavassa kolmea tilapäisen haitan korvaamisen justifoimiseen käytettyä argumenttia. Nämä justifiointirytykset perustuvat 1) substituuuti- eli hyvitys-, 2) rangaistus- ja 3) preventioargumenteille.

11 SUBSTITUUTTIARGUMENTTI

Substituuti-, surrogaatti- eli hyvitysargumentin juuret ovat syvällä. Argumentin peruspiirteet esiintyvät jo Hermann Scheelillä. Scheel totesi, että aineetonta vahinkoa voitiin korvata hahmottamalla sellainen rahamäärä, joka jotenkin vastasi aineetonta vahinkoa, vaikka ei sen rahamääräinen ekvivalentti ollutkaan. Argumentti ei kuitenkaan ole kiinteärajainen. Pikemminkin voidaan sanoa, että kyseessä on varsin moniulotteinen ja erilaisia ajattelutapoja yhdistävä nimitys. Hyvitysargumentin eri versioissa korvaamisen tavoitteiston yksityiskohdat poikkeavat toisistaan. Argumentin lähtökohdat ovat kuitenkin kaikki sidoksissa rahan ja tuntemusten kommensurabiliteetin kieltäviin teorioihin.¹⁴⁰¹ Aineeton vahinko asetetaan erityisasemaan verrattuna aineelliseen vahinkoon. Lähtökohtana on, että aineetonta ei voida *aidosti* korvata. Sitä ei voida siirtää samalla tavalla kuin ”oikeaa” aineellista vahinkoa, mutta silti sitä voidaan jollakin tavalla *korvata* tai *hyvittää*.

Substituutiargumentissa tunnustetaan, että vahinkotapahtuman taloudellista arvoa *in sensu stricto* on turha etsiä. Aito korvaaminen vahinkotapahtuman taloudellisten seurausten poistamisen mielessä kääntyy *välilliseksi vaikuttamiseksi*. Korvattaessa annetaan vahingosta jokin taloudellinen korvike, mutta suora yhteneväisyys substituuutin ja itse vahingon välillä kiistetään. Kokemusta ei väitetä poistettavan, vaikka vahinko korvataan. Korjaamisen sijaan vahinkojen korvaamisella vahingonkärsijälle annetaan mahdollisuus hankkia jotakin, joka voi jossain määrin, mutta ei suinkaan täydellisesti, kuitata kokemuksen. Esimerkiksi Göthel erottaa tässä kohdin valaisevasti ns. ekvivalenssifunktion ja tyydytysfunktion (*Satisfaktionsfunktion*). Oikea korvaaminen edellyttäisi aitoa kokemuksen ja rahan määrän ekvivalenssia, substituuutiargumentti vain sitä, että korvaus tyydyttää jotakin tarvetta jossakin korvaamiselle mielekkäässä suhteessa.¹⁴⁰²

¹⁴⁰¹ Ks. esim. Brusiin 1966 s. 25, joka toteaa, että aito kompensatio edellyttäisi rahan käyttämistä eräänlaisena yleisavaimena.

¹⁴⁰² Ks. Göthel 2005 s. 51–52; Vergau 2006 s. 77–78.

Louis L. Jaffen ajatukset ovat vaikuttaneet merkittävästi pohjoisamerikkalaiseen keskusteluun kivun ja säryn korvaamisesta.¹⁴⁰³ Jaffen vuonna 1953 esittämät ajatukset ovat hyvä esimerkki substituuttiargumentille tyypillisistä rahan ja korvaamisen välistä suhdetta koskevista ajatuskuluista. Jaffe kysyy ensin:

”But why we may ask *should* the plaintiff be compensated in money for an experience which involves no financial loss? It cannot be on the principle of returning what is his own. Essentially that principle rests on an economic foundation: on maintaining the integrity of the economic arrangements which provide the normally expectable basis for livelihood in our society. Pain is a harm, an ‘injury’, but neither past pain or its compensation has any consistent economic significance.”¹⁴⁰⁴

Aito korvaaminen ei voikaan Jaffen mukaan toimia.¹⁴⁰⁵ Rahan epäonnistuminen – se, että vahinkotapahtuma karttaa parhaitakin pyrkimyksiämme määritellä sen taloudellinen arvo – ei kuitenkaan johda samaan lopputulokseen kuin esimerkiksi Fredrik Stangilla. Stang ajatteli, että aineettoman vahingon korvaamisessa ei ole lainkaan kysymys vahingonkorvauksesta ja siksi siitä pitäisi luopua. Substituuttiargumentin kannattajat pitivät yleisesti hyvänä, että aineetontakin vahinkoa korvataan. Koska raha ei saa normaalilla tavalla käytettynä kiinni aineettomasta vahingosta, sitä on ”suostuteltava”. Normaalaa korvaamista on muokattava siten, että voidaan saada jonkinlainen – joskaan ei täydellinen – ote rahamääräistä vaikuttamista pakenevista kohteista. Korvaamisen idean manipuloimisen tuloksena syntyvä vaikuttamisen tapa on samalla pidettävä etäällä todellisesta ja aidosta rahallisesta ja vahingonkorvausoikeudellisesta vaikuttamisesta kuten Hakulinen tekee:

”Rahasuorituksella ei tällaisia vahinkoja tietenkään voida saada korvatuiksi tai poistetuiksi ja sen tarkoituksena onkin vain tehdä vahingon kärsijälle mahdolliseksi hankkia kärsimysten vastapainoksi viihdykettä eli lohdutusta (*solatium*).”¹⁴⁰⁶

Hakulisen lausuma muistuttaa pitkälti 1960-luvulla englantilaisessa oikeuskäytännössä omaksuttuja, tosin vaikutuksettomaksi¹⁴⁰⁷ jääneitä formulaatioita. Lordi

¹⁴⁰³ Ks. esim. Radin 1993 s. 74–75; Merkel 2006 s. 565.

¹⁴⁰⁴ Jaffe 1953 s. 224.

¹⁴⁰⁵ Ks. esim. Windscheid 1887b s. 756 av. 731, jossa Windscheid tunnustaa, että hän oli teoksensa aikaisemmissa painoksissa väärässä, kun hän väitti että rahalla ei voitaisi vaikuttaa kivun ja säryn kaltaisiin kokemuksiin.

¹⁴⁰⁶ Hakulinen 1958 s. 328. Ks. myös Jørgensen 1960 s. 16.

¹⁴⁰⁷ Ks. Ogus 1972 s. 5–11; Allen – Hartshorne – Martin 2000 s. 246–247; McGregor 2003 s. 1287–1288; Langstaff et al. 2005 s. 145. Ogukselle substituutioargumentti, jota hän kutsui funktionaaliseksi lähestymistavaksi, erosi ns. käsitteellisistä ja henkilökohtaisista tavoista siinä, että

Devlin pyrki muotoilemaan substituuttiargumentille perustuvaa arviointimenetelmää tapauksessa *West v. Shephard* asettamalla itselleen kysymyksen: ”what would a fair-minded man feel [...] if called upon to do for a plaintiff whom by his careless act he had reduced to so pitiable a condition?”¹⁴⁰⁸ Vastaus oli:

”I think he would say in an extreme case like this that he would provide such a sum as would ensure that for the rest of her life the plaintiff would not within reason want for anything that money could buy. That would not be perfect; it would not be full; but it would be as much as money could fairly do.”¹⁴⁰⁹

Eräässä toisessa tapauksessa Harman L. J. totesi samaan tapaan ”that the first element in assessing such compensation is not to add items such as loss of pleasures, of earnings, of marriage prospects, of children and so on, but to consider the matter from the other side, what can be done to alleviate the disaster to the victim, what will it cost to enable her to live as tolerably as may be in the circumstances?”¹⁴¹⁰ Windeyer J. puolestaan lausui, että ”he is, I do not doubt, entitled to compensation for what he suffers. Money may be compensation for him if having it can give him pleasure or satisfaction. [...] But the money is not then a recompense for a loss of something having a money value. It is given as some consolation or solace for the distress that is the consequence of a loss on which no monetary value can be put.”¹⁴¹¹

Saksassa Bernhard Windscheid yritti jo 1870-luvulla määritellä lähestulkoon vastaavasti:

”Auch das ist Entschädigung, wenn die dem Verletzten verursachte schmerzliche Empfindung durch Verursachung einer angenehmen Empfindung wieder aufgeworden wird.”¹⁴¹²

Windscheidin hahmottelemaa *Schmerzensgeld*-korvauksen ns. *Ausgleich*-tarkoituserää pidettiin pitkään oikeana saksalaisessa oikeuskirjallisuudessa. Vallitsevan kannan mukaan *Schmerzensgeld*-korvaus on ollut BGB:n säätämisen jälkeen

fokus oli juuri vahingonkärsijän kokemusten lievittämisessä. Sekä Allen, Hartshorne ja Martin, McGregor ja Langstaff et al. kirjoittavat yksiselitteisesti, että ei-taloudellisesta vahingosta maksettavaa korvausta määrittäessä korvaus on käsitettävä konventionaaliseksi summaksi, jolla ei ole mitään yhtymäkohtaa sen enempää vahinkotapahtuman taloudelliseen arvoon kuin substituuttipohdintoihinkaan.

¹⁴⁰⁸ [1964] A.C. 326 s. 356–357.

¹⁴⁰⁹ [1964] A.C. 326 s. 357.

¹⁴¹⁰ *Warren v. King* [1964] W.L.R 1, s. 10.

¹⁴¹¹ *Skelton v. Collins* (1966) 115 C.L.R. 94, 131.

¹⁴¹² Windscheid 1887b s. 756 av. 731. Ks. myös Gierke 1917 s. 971.

juuri substituuttiargumentin tarkoittamassa mielessä kompensatorinen¹⁴¹³. Arviointi tuli järjestää siten, että tuomittava korvaus heijasti vahingonkäräjän kokemien epämiellyttävien tuntemuksien voimakkuutta, *mutta ei suoraan*: tavoitteena oli mitoitaa vahingonkorvaus siten, että vahingonkäräjä saattoi hankkia sen avulla intensiteetiltään vastaavia miellyttäviä kokemuksia.¹⁴¹⁴

Ausgleich-funktio pysyi ainoana hyväksyttävänä korvaamisen tavoitteena aina vuoteen 1955 asti, jolloin Bundesgerichtshof antoi ratkaisun (BGHZ - GS 1955 18, 149), jossa se hahmotti kivusta ja särystä maksettavalla korvauksella olevan eräänlaisen kaksoisfunktion: varsinaisen korvaamisen (*Ausgleich*) lisäksi korvaamisella pyrittiin tosiasiaassa hyvittämiseen (*Genugtuung*). Hyvittämisen ideaan sisältyi rangaistuksellisuuteen vivahtavia elementtejä.¹⁴¹⁵

Genugtuung-funktioita ei ole saksalaisen oikeuskäytännön ja -kirjallisuuden mukaan ymmärrettävä erilliseksi vahingonkorvauksen tavoitteeksi.¹⁴¹⁶ Käsitteellisesti sekin muistuttaa substituuttiargumenttia. Ero *Ausgleich*-funktioon syntyy siitä, että substituuttituhde syntyy nyt korostetusti vahingonkäräjän tunteita manipuloivien tekojen eli tämän kokeman vääryyden symbolisen oikaisun ja rahan välille. *Genugtuung*-funktioita karakterisoi se, että huomio siirtyy osittain vahingonkäräjästä vahingonaiheuttajaan: korvausta maksetaan ”für das was die Schädiger dem Schädigte getan hat”. Kyse on *Besänftigungista*, vahingonkäräjän tyynttelemisestä.¹⁴¹⁷ Keskiössä ei ole niinkään materiaalistien tarpeiden välillinen tyydyttäminen. Ero edellä kuvattuun karkeampaan substituuttiargumenttiin on tietenkin hienon hieno.

Besänftigung-ideassa kuvastuva siirtymä materiaalisesta symboliseen vastavuussuhteeseen avaa arvioinnissa mahdollisten argumenttien valikoimaa. Monesti esitetäänkin, että käytännössä *Genugtuung*-funktio omaksuttiin saksalaisessa oikeuskäytännössä, jotta arvioinnissa voitaisiin ottaa huomioon sekä osapuolten varallisuusolosuhteet että vahingonaiheuttajan menettelyn tuottamuksen aste.¹⁴¹⁸ Sittenmin oikeustila on Langen ja Schiemannin mukaan Bundesgerichtshofissa kehittynyt siten, että Windscheidin jo esittämästä substituuttiargumentista on siirrytty monimutkaisempaan ja perusoikeuksien mukaista persoonallisuuden suojaa – tosin vain erityistapauksissa¹⁴¹⁹ – korostavaan suuntaan:

¹⁴¹³ Ks. ajattelutavan historiasta Nehlsen-Von Stryk 1987 s. 121–125.

¹⁴¹⁴ Ks. Lange – Schiemann 2003 s. 435.

¹⁴¹⁵ Ks. ratkaisusta ja sen tulkinnasta esim. Larenz 1987 s. 476; Kern 1991 s. 259–262; Behr 2003 s. 133–134; Lange – Schiemann 2003 s. 435–436; Ebert 2004 s. 451–454.

¹⁴¹⁶ Ks. Lange – Schiemann 2003 s. 436–438.

¹⁴¹⁷ Ks. esim. Lange – Schiemann 2003 s. 436.

¹⁴¹⁸ Ks. Lange – Schiemann 2003 s. 437.

¹⁴¹⁹ Kyse on lähinnä tapauksista, joissa vahingonkäräjän tietoisuus on alentunut siten, että substituutin antaminen ei olisi mielekästä. Aiemmissa oikeustapauksissa (esim. BGH JZ 1976, 559, 560) BGH oli Langen ja Schiemannin mukaan tarpeettomasti korostanut rangaistuksellista elementtiä. Ks. Lange – Schiemann 2003 s. 437.

”Die Ausgleichsfunktion des Schmerzgeldes erschöpfte sich nicht in der Förderung des psychischen Wohlbefindens zur Kompensation seelischen Leidens und sonstiger psychischer Missempfindungen. Über das bloße Zuteilwerden von Annehmlichkeiten hinaus sei vielmehr der in der mehr oder weniger weitgehender Zerstörung der Persönlichkeit bestehende Verlust durch eine billige Entschädigung auszugleichen.”¹⁴²⁰

Vaikuttaa siltä, että käsitys vahinkoteon aiheuttamasta sielullisesta kärsimykses-
tä (*seelisches Leiden*) on monipuolistunut. Jos Windscheidin argumentissa *Schmerzgeld*-korvauksen kohteena oli kipu, *Genugtuung*-funktiossa huomio näyttää suuntautuvan pikemminkin ihmisen itsetunnon, -kunnioituksen ja tunteiden suuntaan.¹⁴²¹

Substituuttiargumentti välttää tämän utilitaristisen ajattelun sudenkuopan. Siinä ei ajatella, että nautinto ja kipu ja särky (tai tilapäinen haitta) olisivat kvalitatiivisesti toisiinsa verrattavia, eli ainakin johonkin asteeseen saakka yhteismitallisia. Substituuttiargumenttia käytettäessä vältetään myös väittämästä, että aineettomilla vahinkotapahtumilla olisi rahallinen arvo ja että tuo arvo artikuloitaisiin, kun vahingonkorvaustuomio julistetaan. Toisaalta sen käyttäminen auttaa pitämään korvaamisen käytännöt puhtaina niille vieraina pidetyistä vaikutteista. Voidaan väittää, että korvaaminen perustuu sellaisen taloudellisen arvon määrän tarjoamiseen, jolla vahingonkärsijä voi korvata menettämänsä nautinnot. Aineet-
toman vahingon korvaaminen, joka nyt perustuu muulle kuin taloudelliselle arvolle nojaavaan rahan käyttämiseen, ei kuitenkaan pääse muuttamaan perinteistä vahinkojen korvaamisen ydintä. Se, että raha toimii substituuttina, on epistemologisesti nerokas ratkaisu. Vahinko korvataan, vaikka sitä ei korvata. Rahaa käytetään vahingon korvaamiseen, mutta sitä ei käytetä. Ratkaisu on siinä, että rahaa ei käytetä suoraan vahinkoon vaikuttamiseen, vaan välillisesti siten, että raha tarjoaa jonkinlaisen korvikkeen. *Korvike* tulee todellisen korvaamisen sijaan, vaikuttaa vahinkotapahtumaan, mutta jää siitä – paradoksaalisesti – etäälle. Rahalla ostetaan lohduketta, esimerkiksi nautintoja tasapainottamaan tuskan ja nautinnon tasetta, mutta nautintoa ei aseteta suoraan vahinkoa vastaan.¹⁴²²

¹⁴²⁰ Lange – Schiemann 2003 s. 437.

¹⁴²¹ Ks. Lange – Schiemann 2003 s. 437–438; Ebert 2004 s. 415–417. Suomessa tällainen siirtymä on tapahtunut kärsimyskorvauksessa, mutta ei tilapäisessä haitassa, joka on henkilövahinkouudistuksen myötä entisestään medikalisoitunut ja siirtynyt elämänlaadun hyvittämisen suuntaan.

¹⁴²² Ks. esim. Hakulinen 1958 s. 328. Ajatus kivun ja nautinnon taseesta olisi houkutteleva, eritoten liberalistille. Sanoihan jo Jeremy Bentham, että ”Nature has placed mankind under the governance of two sovereign masters, pain and pleasure” (Bentham 1907 I.I.). Bentham myös ajatteli, että nautinto ja kipu ovat kvantifioitavissa ja asetettavissa toisiaan vastaan. Nautinnon ja kivun (*pleasure* ja *pain*) taseen manipulointi perusti itse asiassa koko utilitaristisen yhteiskuntapolitiikan mahdollisuuden (Bentham 1907 IV.V).

Jos tilapäisen haitan korvaamista lähestytään substituuttiargumentissa pitäytyen, miten paljon substituuttina tulisi tuomita? Kysymys on vaikea. Tulisiko substituutti määritellä subjektiivisesti? Tulisiko substituuttia määritellessä ottaa huomioon, miten vahingonkäräjät tosiasiallisesti aikoo rahan käyttää? Jos vahingonkäräjien hovit ovat halpoja, pitäisikö hänelle tuomita suoritettavaksi vähemmän kuin kalliiseen huvitteluun tottuneelle? Kaikki hyviä kysymyksiä, joihin voidaan toki jokin perusteltu ja hyväksyttävä vastaus antaa.¹⁴²³ Onko vastaamisessa järkeä, on kokonaan toinen kysymys. Tärkeää on huomata, että sen enempää substituutti- tai hyvitysargumentista ei lopultakaan juuri saada johtoa vahingonkorvauksen suuruuden arvioimiseen.¹⁴²⁴ Nautinnon ja kärsimyksen yleispätevää tasetta ei ole.¹⁴²⁵ Vaikka utilitaristinen arviointi olisikin mahdollista, sen käytännön toteuttaminen on äärimmäisen vaikeaa. Avoimeksi jää liian moni kysymys: Mistä mittapuut löytyvät? Minkälaisia menetelmiä menetetyn nautinnon mittaamisessa käytetään? Minkälaisen nautintojen hankkimisesta puhumme? Miten pitkälle nautinnon ja ikävyyksien pitää vastata toisistaan? Onko kysymys subjektiivisesta vai objektiivisesta arvioinnista?

Korvauksen määrääminen jää substituuttiargumentissa subjektiiviseksi, mielivaltaiseksi ja epämääräiseksi menettelyksi. Argumentti jää fasadiperusteluksi, jolla ei ole muuta tekoa kuin tuoda peliin oikeuttamisperuste, joka pelastaa korvauksen määräämisen puhtaasti mielivallasta. Substituuttiargumentissa mahdoton tehdään mahdolliseksi toteamalla, että kun mahdotonta ei voida tehdä, jotakin on joka tapauksessa tehtävä. Mitä ja miten, ei ole edes kiinnostavaa. Margaret Jane Radin esittää – osuvasti ja myös pohjoismaiseen keskusteluun yleistettävällä tavalla – että yhdysvaltalaisista sääntelyä ja sikäläisessä kirjallisuudessa vallitsevaa teoreettista ajattelutapaa vaivaa eräänlainen jakomielitauti: tilapäisen haitan ajatellaan olevan yhtä aikaa yhteen sovitettavissa rahan kanssa. Samaa aikaan niiden ajatellaan olevan radikaalisti inkommensuraabeleja; periaatteessa korvattavissa, mutta viime kädessä rahalla ei-korvattavia.¹⁴²⁶ Radin toteaaakin:

¹⁴²³ Ks. Ogus 1972 s. 13–17.

¹⁴²⁴ Vrt. esim. Lange – Schiemann 2003 s. 435: ”Diese Fragestellung ist im Hinblick auf die Bemessung des Schmerzensgeldes auch durchaus sinnvoll.” Langen ja Schiemannin lausuntoa ei ehkä tule kuitenkaan pitää kannanottona siitä, että substituutioargumenti voisi aina tuottaa järkevän lopputuloksen.

¹⁴²⁵ Puhdaspiirteisessä utilitaristisessa substituuttiargumentissa voitaisiin tietysti ajatella, että korvauksen tulee olla sellainen, että vahingonkäräjät voi hankkia saamallaan korvaussummalla yhtä paljon mielihyvää kuin menetti kipuna vahinkotapahtuman johdosta. Aineettoman vahingon korvauksen tulisi siis vastata sitä tuskaa ja epämukavuutta, joka vahinkotapahtumasta seurasi, rahamääräiseksi suureeksi käännettynä. Korvaamisen kohteena olisi tasapainottaa nautinnon ja tuskan kokonaistase.

¹⁴²⁶ Ks. Radin 1993 s. 69–70.

”Thus, the traditional legal position on pain and suffering seems committed to incommensurability. Rectification is not possible [...], because the value to the victim of freedom from pain and suffering cannot be reduced to money [...], nor can amounts of suffering be arrayed on a scale [...] so that they might be paired in parallel with amounts on the money scale. What then does compensation mean, if it cannot be rectification? About this, the Restatement and the legal discourse it crystallizes supply little, and what they do supply seem to lean ambivalently back to commensurability.”¹⁴²⁷

Substituuttiargumentti tuokin aineettoman vahingon korvaamiseen vähättelevän ja sen olemassaoloa anteeksipyytelevän leiman.¹⁴²⁸ Korvaaminen hahmottuu anomaliaksi, jolla ei ole systemaattista paikkaa ja jossa manipuloidaan kyseenalaisin keinoin epäilyttäviä, irrationaalisia tunteita. Jos tilapäisen haitan tavara-luonne kielletään eli sen korvaaminen suljetaan aidon korvaamisen ulkopuolelle, korvausta ei näyttäisi olevan mieltä maksaa. Tällöin vahinkojen korvaaminen jää selkeästi vaillinaiseksi. Selkeästi merkitykselliseksi – vaikkakaan ei välttämättä rahamääräiseksi – tunnistettava intressi jää tunnustusta vaille. Toisaalta, jos tavaraisumisargumentti hyväksytään ja tilapäisen haitan ajatellaan olevan yhteen sovitettavissa rahan kanssa, päädytään perversseihin moraalisiin lopputuloksiin, jotka sotivat monien intuitiivisia käsityksiä vastaan. Oikeustieteen valtavirta jääkin istumaan kahdelle pallille. Se yhtäältä pyrkii väittämään, että kipua ja särkyä ei voida aidosti korvata, että tilapäinen haitta jää kokemuksen rahan ulottumattomiin, mutta toisaalta antaa korvata sitä.

Yhteensovittamattomuusteesin myötä substituuttiargumenttiin liittyy myös eettisiä ongelmia. Voisi ajatella, että varsin useat vahingonkärsijät kokevat suoraan viivaisen substituuttiperustelun loukkaavana. Rahan tarjoaminen, jotta henkilö voisi hankkia nautintoa epämiellyttävän kokemuksen poistamiseksi, voi vähätellä tilapäisen haitan kokemusta. Se siirtää sen tilaan, jossa korvaamaton kaupallistuu, jokapäiväistyy ja banalisoituu. Tilapäistä haittaa ei tulisi banalisoida väittämällä, että kokemus voitaisiin poistaa ostamalla *jotain kivaa* tilalle. Törmäämme taas rahan ongelmaan. Rahalla ei voida mitata kokemuksia ja määrittää niiden arvoa. Viviana Zelizerin sanoin, meidän täytyy varoa viemästä rahaa sinne, mistä ihmiset sen haluavat pitää poissa.

12 RANKAISEMINEN

Kuten jo edellä *Genugtuung*-funktion selvittelyn yhteydessä kävi ilmi, substituuttiargumenttiin kiinnittyä helposti myös rangaistuksellisia elementtejä. On-

¹⁴²⁷ Radin 1993 s. 70.

¹⁴²⁸ Ks. esim. Radin 1993 s. 74–75.

gelma on yleinen. Aina kun aineettomia vahinkoja korvataan, näyttää olevan vaara, että siirrytään vahinkojen korvaamisesta vahingonaiheuttajan rankaisemiseen. Tällainen siirtymä puolestaan soveltuisi huonosti vahingonkorvausoikeudelle hahmotettuun siviilioikeudelliseen tehtävään sekä valtiosääntöoikeudellisesti¹⁴²⁹ että puhtaasti siviilioikeuden sisäisillä perusteilla arvioituna. Seikka on sinällään luonnollinen. Kun objektiivisia mittapuita ei ole, vahingonkorvauksen määrän arviointi edellyttää harkintaa. Harkinta voi tuoda mukanaan tekijöitä, jotka poikkeavat kaikki tai ei mitään -periaatteesta ja vaikuttavat siksi luonteeltaan rikosoikeudellisilta. Aidolle korvaamiselle ominainen ekvivalenssisuhde vahingon ja korvauksen välillä voi järkkäytyä. Vahingonkärsijä saa enemmän kuin täysi korvaus edellyttää. Rikastumiskieltoa rikotaan.¹⁴³⁰

Rangaistusargumentin peruspiirre on, että huomio siirtyy vahingonkärsijästä vahingonaiheuttajaan. Oikeudellista seurausta perustelee tarve reagoida ja rangaista vahingonaiheuttajaa tämän tuomittavasta menettelystä. Rankaiseminen, kostaminen, moitteen ilmaiseminen, rikollisen mielenlaadun korjaaminen – min-

¹⁴²⁹ Erityisesti Saksassa rankaisuelementtien valtiosääntöiseen asemaan on kiinnitetty huomiota. Ks. esim. Kern 1991 s. 262–263; Ebert 2004 s. 529–531. Suomessa vahingonkorvauslain uudistushanketta ei saatettu perustuslakivaliokunnan käsiteltäväksi. Perusoikeusongelmia löydettiin lähinnä 5 luvun 8 §:stä, jossa säädetyn uudelleenarviointioikeuden ja omaisuuden suoja-perusoikeuden suhdetta käsiteltiin hallituksen esityksessä. Ks. HE 167/2003 vp s. 20, 22 ja 59–60. Ks. myös jäljempänä av. 1634 kohdalla esitettävä.

¹⁴³⁰ Kohtuullistamisratkaisussa rankaiseminen ja rangaistuksen mittaamiseen liittyvät käsitteellistykset ovat usein jollakin tavoin läsnä. Ainoa poikkeus on, että rangaistuksellisuus on käänteistä: vahingonkorvaus tuomitaan jostakin syystä määrältään pienempänä kuin täyden korvauksen ja kaikki tai ei mitään -periaatteet olisivat edellyttäneet. Kohtuullistaminen muodostaakin mielenkiintoisen paralleelin erityisesti aineettoman vahingon korvaamisen rangaistuksellisuudesta käydylle keskustelulle. Kohtuullistamismatiikan lähtökohdat määrittellään lainsäädännössä vahingonkorvauslain 2 luvun 1 §:n 2 momentissa, jossa hahmotetaan kohtuullistamisarvioinnin käsitteellinen viitekehys. Oikeuskäytännössä on menty lakia pidemmälle. Vahinkoa aiheuttaneen menettelyn tuottamuksellisuutta on pidetty yhtenä arvioinnissa huomioon otettavista seikoista, vaikka tämä ei – ainakaan suoranaisesti – käykään ilmi lain säännöksen sanamuodosta tai edes sen esitöistä, joissa VahL 2.1.2:n kohdalla tuottamuksen huomioonottamista sallivaa yleistä mainintaa ei ole. Muista olosuhteista, joihin säännöksessä viitataan, ei hallituksen esityksessä anneta esimerkkejä. Yleinen sovittelusäännös ankuroituakin vahingonaiheuttajan ja vahingonkärsijän taloudellisten olosuhteiden merkitykseen. Vastaavasti hallituksen esityksessä olevat muut VahL 2:2:ta, 2:3 ja 4.1.1:ta koskevat lausumat näyttävät korostavan juuri varallisuusolosuhteiden merkitystä muiden tekijöiden kustannuksella. Tuottamuksen merkitys on hallituksen esityksessä kuvailun kohtuullistamisarvioinnin kannalta perifeerinen, jos sitäkään.

Hemmo huomauttaa, että ”KKO:n käytännössä vahingonkorvausvelvollisen tuottamuksen aste on ollut seikka, joka on lähes aina tuotu perusteluissa esiin. Tuottamusargumenttien yleisyys osoittaa sen olevan huomattavan keskeinen harkintatekijä.” (Hemmo 1996 s. 77). Näin kieltämättä onkin. Hemmo käsittelee varsin tyhjentävästi eri tuottamusasteiden merkitystä sovitteluharkinnassa, joten en lähde toistamaan Hemmon analyysiä. On kuitenkin syytä panna merkille se matka, joka hallituksen esityksestä ja siinä esitetyistä kannanotoista on edetty, kun on päädytty Hemmon kuvaamaan oikeuskäytäntöön.

kä ikinä sitten ajatellaankin olevan rankaisemisen funktio – toimii vahingonkorvauksen mitoittamisperusteena.

Rangaistuksellisen vahinkojen korvaamisen perustuntemerkkinä voidaan pitää vahingonkorvausvelvollisuuden laajuuden kiinnittämistä vahingonaiheuttajan teon ilmentämään syyllisyyteen.¹⁴³¹ Korvaus on sitä suurempi, mitä moitittavampaa vahingonaiheuttajan menettely oli. Tavanomaisesta rankaisemisesta, erityisesti sakkorangaistuksesta, aineettoman vahingon rangaistuksellinen käyttö eroaa siinä, että ”sakko” maksetaan vahingonkärsijälle, ei valtiolle. Aineettoman vahingon korvaus on eräänlainen ”yksityissakko”.¹⁴³²

Tavoitteenasetanta määrittänyt omaksutun rangaistusteorian perusteella. Yksinkertaisimmillaan kysymys voisi olla siviilioikeudellisesta kostamisesta.¹⁴³³ Oikeusjärjestelmä voisi antaa vahingonaiheuttajalle mahdollisuuden kostaa kokemansa loukkaus. Toinen vaihtoehto on ilmentää paheksuntaa. Vahingonkorvauksen määrä mitoitetaan vastaamaan vahingonaiheuttajan teon moitittavuutta. Kolmanneksi erityisesti Yhdysvalloissa rangaistuksen luonteisia eli punitiivisia vahingonkorvauksia on perusteltu preventiivisillä näkökohdilla.¹⁴³⁴ Punitiivisten vahingonkorvausten määrän suuruutta on pyritty justifioimaan väittämällä, että niiden olemassaolo – ja arvaamattomuus – vaikuttavat toivottavalla tavalla yritysten päätöksentekoon. Arvaamattoman suurten vahingonkorvausten pelko johtaa siihen, että yritykset eivät voi tehdä päätöksiä esimerkiksi henkeen ja terveyteen kohdistuvien riskien ottamisesta kylmien kannattavuuslaskelmien perusteella. Arvaamattoman suuri punitiivinen vahingonkorvaus tekee kannattavuuslaskelmista hyödyttömiä.

Ratkaisu KKO 1994:62 oli pitkään – tätä nykyä ratkaisulla pitäisi olla lähinnä oikeushistoriallinen merkitys – suomalaisessa oikeuskäytännössä kivusta ja särystä maksettavan korvauksen rangaistuksellisten konnotaatioiden kannalta erittäin merkittävä. Ratkaisussa korkein oikeus hyväksyi, että kivusta ja särystä maksettavan korvauksen suuruutta harkittaessa voitiin kiinnittää huomiota teon moitittavuuteen. Se totesi, että ”yksittäiseen vahinkoon liittyvät erityispiirteet, mukaan luettuna vahingon aiheuttaneen rikoksen tekijän syyllisyyden aste, vaativat kuitenkin usein poikkeamaan normien ja ohjeiden mukaisesta kaavamaisesta ratkaisusta.” Perustelujen kielenkäyttö puhuu sen puolesta, että korkein oikeus ei pyrkinyt rangaistuksellistamaan tilapäisen haitan korvaamista radikaalisti. Sen tarkoituksena oli perustella, miksi hyvin raa’an pahoinpitelyn uhriksi joutuneelle nuorukaiselle, jonka vaatteet pahoinpitelijät muun muassa olivat sytyttäneet pa-

¹⁴³¹ Ks. esim. Stang 1927 s. 368–370; Lange – Schiemann 2003 s. 437.

¹⁴³² Yksityissakosta eli *Privatstrafesta* ks. esim. Windscheid 1887b s. 756; Gierke 1917 s. 961. Ks. saksalaisesta tilanteesta nykyään Klumpp 2002.

¹⁴³³ Ks. esim. Shuman 1994; Sherwin 2003.

¹⁴³⁴ Ks. Schwartz 1982; Polinsky – Shavell 1998.

lamaan, oli mahdollista ja tarpeen tuomita liikennevahinkolautakunnan korvaus-suositusten enimmäismäärää korkeampi korvaus. Rangaistuksellisuudesta pyritään ilmiselvästi pysyttelemään etäällä, vaikka korkein oikeus toteaa ratkaisusaan, että teon luonne voitiin ottaa huomioon vahingonkorvauksen määrää laskettaessa.¹⁴³⁵ Perustelut kiinnittyvät jännittävällä tavalla kipuun ja särkyyn itseensä¹⁴³⁶:

”Teko, jolla vahingot on A:lle aiheutettu, osoittaa tekijöissään julmuutta sekä piittaamattomuutta A:n ihmisarvosta. Tuon tekoon liittyvän erityispiirteen voidaan otaksua lisänneen sitä kipuun ja särkyyn sisältyvää tuskaa, jota A on teon seurauksena joutunut kärsimään. Sen vuoksi ja myös yhteiskunnassa vallitsevat sosiaaliset ja eettiset arvostukset huomioon ottaen A:lle kivusta ja särystä tuomittua korvausta on pidettävä riittämättömänä.”¹⁴³⁷

Tavallisesti aineettomien vahinkojen rankaistuksellisia elementtejä korostavaan ajattelutapaan on suhtauduttu penseästi. Siviilioikeuden tehtävänä ei edelleenkään pidetä rankaisemista, vaikka esimerkiksi hyvitysluonteisten korvausten se-littämisessä rangaistuksellisuus on omaksuttu yhdeksi tekijäksi jopa oppikirjois-sa.¹⁴³⁸ Esimerkiksi Saksassa *Genuugtung*-funktion rangaistuksellisia konnotaatioita on pyritty tukahduttamaan.¹⁴³⁹ Sen itsenäinen merkitys on pyritty rajaamaan vain niihin tapauksiin, jossa Ausgleich-funktio ei voi omien rajoitustensa vuoksi onnistua.¹⁴⁴⁰

¹⁴³⁵ Ratkaisussa on mielenkiintoista myös, että korkein oikeus ei ota perusteluissaan kantaa siihen, voidaanko pysyvistä haitasta maksettavaa korvausta ”korottaa” vahinkoa aiheuttaneen menettelyn erityisen moitittavuuden johdosta. Edellä lainaamassani katkelmassa viitataan ainoastaan kipuun ja särkyyn. Kuitenkin korkein oikeus toteaa, että ”alempien oikeuksien kivusta ja särystä sekä pysyvistä viasta ja haitasta tuomitsemia korvauksia on korotettava.” Edellä lainaamani perustelut eivät täysin ongelmitta laajene pysyvään haittaan, jos niillä ajatellaan tavanomaiseen tapaan korvattavan muutakin kuin krooniseksi ja pysyväiseksi muuttunutta kipua ja särkyä. Ks. esim. Brusiin 1953 s. 33; Hakulinen 1958 s. 328; Sisula-Tulokas 1995 s. 42–45.

¹⁴³⁶ Vrt. esim. Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006 s. 384, av. 321. Ks. myös Sisula-Tulokas 1995 s. 45–49; Hemmo 1996 s. 201; Wilhelmsson 2001 s. 202; Hemmo 2005b s. 177 ja 183.

¹⁴³⁷ Korostus MV. Vrt. esim. Lange – Schiemann 2003 s. 444–446, jossa selostetaan, että saksalaisessa oikeuskäytännössä on otettu enenevässä määrin huomioon juuri ratkaisussa KKO 1994:62 tarkoitettuja seikkoja.

¹⁴³⁸ Hyvitysluonteisesta korvauksesta on säädetty esimerkiksi työsopimuslain 12 luvun 2 §:ssä. Säännöksen mukaan työnantajan tulee maksaa työntekijälle, jonka työ sopimuksen hän on perusteettomasti päättänyt, kertakaikkisena hyvityksenä vähintään kolmen mutta enintään 24 kuukauden palkka.

¹⁴³⁹ Saksalaisesta ”skitsofreenisestä” suhtautumisesta rankaisemiseen ja rangaistusfunktion uudesta tulemisesta ks. esim. Behr 2003 s. 127–137. Ks. esim. Kern 1991 s. 262–263 asian valtiosääntöisistä ongelmista.

¹⁴⁴⁰ Ks. esim. Lange – Schiemann 2003 s. 436–437.

Tilanne on hieman toisenlainen Yhdysvalloissa, joskin käsitteellisten eroavaisuuksien takia vaikeasti arvioitavissa. Suomalaisessa keskustelussa yhdysvaltalaista korvauskäytäntöä on laajalti kummeksuttu ja sitä on pidetty varoittavana esimerkkinä. Punitiivisten vahingonkorvausten oikeutuksesta ja tarpeellisuudesta on käyty kiivasta keskustelua myös Yhdysvalloissa.¹⁴⁴¹ Kuumimmaksi perunaksi – ja myös tehokkaimmaksi argumentiksi punitiivisten vahingonkorvausten kaitsemisessa – on osoittautunut ns. *due process* -perusoikeus. Hannu Hongan artikkelissaan käsittelemä *BMW of North America, Inc. v. Gore* -tapaus¹⁴⁴² ei suinkaan jäänyt viimeiseksi. Supreme Court on täsmäntänyt linjauksiaan kahdessa tapauksessa. Tapauksessa *State Farm Mutual Automobile Insurance Company v. Campbell* Supreme Court vahvisti jo *BMW*-tapauksessa tekemänsä linjauksen, että osavaltio ei voi rankaista vahingonaiheuttajaa toisessa osavaltiossa tehdystä teosta, mutta lisäsi, että punitiivisiä vahingonkorvauksia määrättäessä tuomioistuimien ei saa ”adjudicate the merits of other parties’ hypothetical claims against a defendant under the guise of the reprehensibility analysis”¹⁴⁴³. Tapauksessa *Philip Morris v. Williams*¹⁴⁴⁴ tuomioistuin tiukensi edelleen asettamia *due process* -vaatimusta. Se totesi, että ”the Constitution’s Due Process Clause forbids a State to use a punitive damages award to punish a defendant for injury that it inflicts upon non-parties”¹⁴⁴⁵.

Halu tukahduttaa rangaistukselliset alavireet vaikuttaa vahvasti suomalaisessa henkilövahinkojen sääntelyn uudistamishankkeessa.¹⁴⁴⁶ Tilapäistä ja pysyvää haittaa koskevan sääntelyn uudistamisen tavoitteena oli etäännyttää ja kitkeä viimeisetkin rangaistukselliset kytkennät. Lopputulos on hallituksen esityksessä selkeä: teon moitittavuutta ei saa ottaa huomioon tilapäisestä haitasta tai muusta haitasta maksettavan korvauksen määrää arvioitaessa. Fokuksen on pysyttävä vahingonkärsijässä, tämän kivussa ja säryssä. Kun henkilövahingon arviointi on myös pitkälti medikalisoitu, rangaistuksellisuutta torjutaan kahdella rintamalla: rajoittamalla tuomarien mahdollisuuksia ottaa harkinnassa huomioon muita kuin lääketieteelliseksi parhaiten luokiteltavia seikkoja ja toisaalta luottamalla siihen, että lääkäreiden arvioihin ei liity rangaistuksellisia elementtejä.

Rankaisemisessa korvauksen määrän harkinta jää epämääräiseksi samaan tapaan kuin edelläkin. Asetelma on toki toinen. Substituutioargumentissa kysymys on kokemuksen ja vahingonkorvauksen määrän etäisen yhtäläisyyden etsimisestä.

¹⁴⁴¹ Hannu Hongan artikkeli (Honka 2000) on hyvä johdatus yhdysvaltalaiseen keskusteluun. Ks. myös esim. Polinsky – Shavell 1998; Zipursky 2005; Chapman 2007; Kirchner – Wiseman 2007; Sebok 2007.

¹⁴⁴² 517 U.S. 559 (1996).

¹⁴⁴³ 538 U.S. 408, s. 423.

¹⁴⁴⁴ 127 S. Ct. 1057 (2007).

¹⁴⁴⁵ *Philip Morris v. Williams*, 127 S. Ct. 1057 (2007), s. 1063.

¹⁴⁴⁶ Rangaistuksenluonteisuus ei noussut ehdotuksen eduskuntakäsittelyssä edes esille. Esitystä ei lähetetty käsiteltäväksi perustuslakivaliokuntaan.

tä. Rangaistuksellisessa korvaamisessa yhtäläisyyssedellytys puuttuu kokonaan. Raha saa kommunikatiivisen tehtävän, joka lähenee sakkorangaistusta. Niin kuin sakkorangaistuksissakin, teosta maksettava määrätty rahamäärä on absoluuttisesti arvioiden aina mielivaltainen. Eri teot voidaan ainoastaan asettaa järjestykseen toisiinsa nähdessä ordinaalisesti, mutta ei kardinaalisesti. Korvauksen määrän oikeellisuudesta voidaan puhua siis relatiivisessa mielessä, vertaamalla tekoja toisiinsa, mutta *oikeasta* korvauksen määrästä ei voida mielekkäästi kiistellä.

Toki voitaisiin ajatella, että vahingonkorvauksen määrä suhteutetaan päivä-sakkojärjestelmästä tuttuun tapaan vahingonaiheuttajan tuloihin. Yksityishenkilöidenkin osalta on *vahingonkäräjien näkökulmasta* kyseenalaista, että vahingonkorvauksen määrä jää riippumaan vain siitä sattumanvaraisesta seikasta, miten varoissaan vahingonkorvausvelvollinen on. Kun myös oikeushenkilökin voi olla vahingonkorvausvelvollinen, tästä seuraa käytännön ongelmia. Jos esimerkiksi suurta suomalaista matkapuhelinvalmistajaa haluttaisiin tehokkaasti rangaista, korvaussumman olisi oltava suuri.

Toisaalta on huomattava, että rangaistuksellisuuden ja tunnistamisen (jakso 14) ja tunnustamisen ero on hienon hieno. Jos rangaistuksellinen arviointi järjestettäisiin institutionaalisesti samalla tavalla kuin tunnistaminen ja tunnustaminen, miksi rangaistuksellisuus ei olisi mielekäs mahdollisuus? Miksi en esitä, että rangaistuksellisuus voisi olla mielekäs tapa järjestää tilapäisen haitan korvaaminen? Muuta syytä ei välttämättä ole kuin että tunnistaminen ja tunnustaminen tuottaa eettisesti paremman käsityksen siitä, mitä tilapäisen haitan korvaaminen on. On perusteltua, että vahingonkorvauksen käsitteellistäminen perustellaan vahingonkäräjien eikä vahingonaiheuttajan ehdoilla ja että vahingonkäräjien kokema muutos on käsitteellistykseen keskiössä.

13 PREVENTIO

Preventioargumentin voi katsoa niin ikään sisältävän rangaistuksellisia elementtejä. Preventio toteutuu parhaiten silloin, kun vahingonaiheuttaja joutuu ottamaan huomioon rangaistuksellisen, vahingon todellisen määrän ylittävän vahingonkorvaustuomion uhan. Tämä on kuitenkin vain yksi eikä suinkaan ainoa tapa muotoilla, mitä preventiolla tarkoitetaan. Kuten muutkin argumentit, preventioargumentti esiintyy kirjallisuudessa varsin monissa variaatioissa. Useimmissa versioissa rangaistukselliset konnotaatiot ovat alisteisessa asemassa. Yhteistä kaikille variaatioille on, että vahingonkorvausuhkan ajatellaan estävän vahinkotapahtumia eli vähentävän niiden määrää suhteessa hypoteettiseen tilaan, jossa vahingonkorvausuhkaa ei olisi. Vahinkotapahtumien määrä ja niiden aiheuttamat kokonaiskustannukset tiettyinä ajanjaksona tietyssä populaatiossa ovat vahingon-

korvausvelvollisuuden asettamisen ansiosta pienemmät kuin ne olisivat olleet, jos vahingonkorvausvelvollisuutta ei olisi ollut asetettu.¹⁴⁴⁷ Preventiiviset korvausteoriat muistuttavatkin rankaisuteorioita siinä suhteessa, että niissäkin se toimija, johon halutaan vaikuttaa ja jonka näkökulmasta vahinkojen korvaamisen säännöt järjestetään, on vahingonaiheuttaja, ei vahingonkärsijä. Se, että korvausta maksetaan vahingonkärsijälle, on toissijaista. Keskeistä on se *massamittainen tai yksittäistapauksellinen käyttäytymisvaikutus*, jonka vahingonkorvaussanktion uhka perustaa ja jota se ylläpitää.¹⁴⁴⁸

Preventiovaikutus on empiirisesti ottaen hyvin kiistanalainen¹⁴⁴⁹. Kirjallisuudessa on kiistelty siitä, voiko vahingonkorvaus vaikuttaa preventiivisesti. Pohjoismaisessa kirjallisuudessa on päädytty eritoten Jan Hellnerin painokkaiden puheenvuorojen jälkeen yleensä ajattelemaan, että vahingonkorvausnormiston preventiivinen vaikutus olisi varsin vähäinen.¹⁴⁵⁰

Vahingonkorvauksen preventiivinen vaikutus voi syntyä kahdella eri tavalla. Ensimmäinen, erityisesti pohjoismaisessa keskustelussa kannatusta saanut preventio on välillistä ja epäsuoraa. Välillinen yleisestävyys rakentuu pääasiassa moraalisten käsitysten avulla. Vahingonkorvausvelvollisuus viestittää yleistä käsitystä, että aineettoman vahingon aiheuttaminen ei ole moraalisesti suotavaa. Vahingonkorvaussanktiolla voi tällöin olla samaan tapaan kuin kriminalisoinnilla ns. *yleisestävä vaikutus*, joka operationalisoituu, kun yleisön moraalitunnot ja -käsitykset muuttuvat.¹⁴⁵¹ Puhutaan ns. vahingonkorvausvelvollisuuden tai kriminalisoinnin moraalialueta luovasta vaikutuksesta.¹⁴⁵² Kun vahingonkorvaussank-

¹⁴⁴⁷ Oikeustaloustieteessä tähän liittyy vielä ajatus siitä, että optimaalinen vahingonkorvausjärjestelmä tuottaa (ja sen tulisi tuottaa) optimaalisen huolellisuuden tason ja siten myös optimaalisen vahinkotason. Maksimi on oikeustaloustieteellisen ajattelutavan organisoiva periaate. Ks. esim. Landes – Posner 1987 s. 7; Shavell 1987 s. 7.

¹⁴⁴⁸ Ks. vahingonkorvausoikeuden tällaisesta funktioasetelmasta esim. Hellner 1972 s. 325–326; Sandvik 2002 s. 40–43.

¹⁴⁴⁹ Ks. esim. kritiikistä Sugarman 1985 s. 559–565; Schwartz 1994 s. 422–430; Atiyah 1997 s. 162–165; King 2004b s. 187–192; Cane 2006 s. 424–438. Esimerkiksi Kingin mukaan monet seikat johtavat siihen, että vahingonkorvausoikeudellisten sääntöjen preventiivinen teho on vähintäänkin kyseenalainen. Tällaisia seikkoja ovat esimerkiksi työnantajan vastuu työntekijän aiheuttamista vahingoista, vastuuvakuutukset, deep pocket -ratkaisut, pitkä odotusaika vahinkotapahtuman ja korvauspäätöksen välillä, kanteen ajamiseen liittyvät taloudelliset riskit, vahingonkorvaustuomioiden saama vähäinen ja valikoiva mediahuomio ja erityisesti vahinkotekojen usein impulsiivinen luonne.

¹⁴⁵⁰ Ks. Hellner 1973 s. 16; Hellner – Radetzki 2006 s. 42–45: ”Uttalandena om skadeståndets preventiva effekt stöder sig väsentligen på obevisade antaganden”. Hellnerin suhteesta oikeustaloustieteeseen ja preventioteoriaan vahingonkorvausoikeuden osana ks. Hellner 1998 erityisesti s. 376. Ks. myös Conradi 1969 s. 325–327; Hellner 1972 s. 325–329; Sandvik 1999 s. 24–25 ja 35–37; Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006 s. 32.

¹⁴⁵¹ Ks. esim. Jørgensen 1960 s. 13–15; Ekelöf 1991 s. 17–18.

¹⁴⁵² Yleispreventiosta rikosoikeudessa ks. esim. Lappi-Seppälä 1987 s. 196–225; Vuorenperä 2007 s. 21–24.

tiolla tai kriminalisoinnilla on yleisestävää vaikutusta, ihmiset pidättyvät aineetomia vahinkoja aiheuttavista teoista ja laiminlyönneistä, koska ymmärtävät toisten ihmisten ja myös oikeusjärjestelmän suhtautuvan niihin paheksuvasti.¹⁴⁵³ Kuten Ekelöf Ussingia lainaten toteaa,

”skadeståndet icke blott avskräcker i det enskilda fallet vid frestelse att begå en skadegörande handling utan prevenerar jämväl genom att väcka ’en almindelig Instilling’ att handla aktsamt.”

Toinen varsinkin puhdasoppisessa muodossaan nykyaikaisempi tulkinta on ajatella, että yleispreventio yleisestävässäkkin muodossaan on luonteeltaan erityisestävää. Tällöin preventiovaikutus on välittömämpi kuin Ekelöfin tarkoittamassa moraalialuovassa vaikutuksessa. Vahingonkorvausvelvollisuuden uhka ymmärretään (taloudelliseksi) kannustimeksi, joka ohjaa potentiaalisten vahingonaiheuttajien käyttäytymistä. Vahingonkorvausvelvollisuuden uhka häilyy vahingonaiheuttajan tietoisuudessa tämän miettiessä toimintavaihtoehtojaan. Pohtiesaan tekeekö jonkin teon, mahdollinen vahingonaiheuttaja järkeilee, onko teon tekeminen mielekäästä, kun siihen on liitetty vahingonkorvaussanktio. Vaikutuksesta on syytä erottaa kaksi variaatiota, jotka poikkeavat toisistaan sen mekanismin osalta, jolla vaikutuksen ajatellaan syntyvän.¹⁴⁵⁴

Ensimmäistä versiota voidaan kuvata P. O. Ekelöfin sanoin. Ekelöf hahmotti vahingonkorvauksen erityisestävää vaikutusta seuraavalla tavalla:

”Skulle en person känna frestelse att underlåta nödiga försiktighetsåtgärder i hopp om att någon skada icke kommer att inträffa, motverkas frestelsen nämligen av en fruktan för att så ändock blir fallet och han alltså blir tvungen att ersätta den skada, som inträffar. Medvetandet härom kan så småningom frammana en vana att handla aktsamt, varvid fruktan för skadeståndssanktionen får aktualitet endast om vanan skulle brytas av frestelse att ej underkasta sig besväret med att iakttä den nödiga aktsamheten”¹⁴⁵⁵

Ekelöfin ajattelutapa poikkeaa jonkin verran toisesta erityisestäviä painotuksia saavasta yleispreventio variaatiosta, joka on tullut vallitsevaksi ajattelutavaksi lähinnä oikeustaloustieteellisen koulukunnan piirissä. Näissä käsityksissä preventio toteutuu *taloudellisen* kannustinmekanismin välityksellä. Massamittainen ja tilastollinen vaikutus ei ole tärkeä: preventio on välitöntä. Se vaikuttaa suoraan

¹⁴⁵³ Ks. tällaisesta lähestymistavasta esim. Jørgensen 1960 s. 13–15; Ekelöf 1991 s. 17–19; Sisula-Tulokas 1995 s. 215.

¹⁴⁵⁴ Ks. preventiotavoitteesta saksalaisessa keskustelussa Würthwein 2001 s. 56 ja 216; Dreier 2002 s. 122–143; Jansen 2003 s. 168–178 ja 631–632; Lange – Schiemann 2003 s. 11–12 ja Schmerzengeldin yhteydessä s. 431–438; Ebert 2004 s. 6–9.

¹⁴⁵⁵ Jørgensen 1960 s. 13–15; Ekelöf 1991 s. 17.

ja välittömästi yksilön tahdonmuodostukseen. Vahingonkorvausoikeudellisen sääntelyn lähtökohtana on rakentaa sellainen kannustinjärjestelmä, jonka seurauksena yksilöt toimivat automaattisesti oikealla ja toivottavalla tavalla. Englanninkielisessä kirjallisuudessa tästä preventiomuodosta käytetäänkin nimitystä *deterrence*.¹⁴⁵⁶

Oikeustaloustieteellisissä esityksissä preventio selitetään siten, että vahingonkorvausvelvollisuuden tuoma taloudellisen rasituksen uhka vaikuttaa ihmisten käyttäytymiseen siten, että vahingonkorvausuhka on kielletyn käyttämisen hinta. Rationaalinen yksilö pidättäytyy vahingonkorvausoikeudellisesti sanktoidusta teosta tai laiminlyönnistä, koska teosta saatava hyöty ei riitä kattamaan (mahdollisesti) asetettavan sanktion vaikutusten odotusarvoa. Tästä johtuu, että teko jää tekemättä, koska se ei ole vahingonkorvausuhasta johtuen taloudellisesti mielekäs.¹⁴⁵⁷ Vahingonkorvaustuomion mahdollisuus tuo subjektin kannattavuuslaskelmaan erän, joka tekee teosta rationaaliselle toimijalle järjestettömän.¹⁴⁵⁸ Se sisäistää vahingonkärsijän hyvinvointitappion osaksi vahingonaiheuttajan kannattavuuslaskelmaa. Ilman vahingonkorvausuhkaa hyvinvointitappio jäisi ulkoisvaikutukseksi.

Juuri *kustannusten* tuominen mukaan preventioajatteluun tekee oikeustaloustieteellisestä preventioajattelusta esimerkiksi Ekelöfistä poikkeavaa.¹⁴⁵⁹ Jules Co-

¹⁴⁵⁶ Pohjoismaisesta rikosoikeudellisesta pelotevaikutuksesta oikeustaloustieteellinen preventio eroaa siinä, että pelotevaikutuksessa olennaista on uhka, joka vaikuttaa tasapainottavasti toisenlaiseen impulssiin, mutta ei takaa sitä, että tekoa ei tehdä. Oikeustaloustieteellisessä preventiossa olennaista on, että rationaalinen henkilö ei tee epätoivottavaa tekoa, jos kannustinjärjestelmä on tehokas. Ero on juuri rationaalisuusoletuksessa. Pelotevaikutuksessa rikollinen on epärationaalinen eikä häneen siksi voida aukottomasti rangaistusuhkalla vaikuttaa. Deterrence-ajattelun juuret ovat oikeustaloustieteelliset ja viime kädessä peräisin Guido Calabresin ajattelusta (Calabresi 1970).

¹⁴⁵⁷ Ks. esim. Posner 1972 s. 32–34; Landes – Posner 1987 s. 1–29 ja 85–123; Shavell 1987 s. 5–46. Kriitikitä ks. esim. Fletcher 1972 s. 542–543; Shuman 1993; Schwartz 1994; Schwartz 1997; Wright 2002; Wright 2003b; Zipursky 2007.

¹⁴⁵⁸ Gary T. Schwartz erotti oikeustaloustieteellisestä preventioargumentista kaksi vaihtoehtoa: vahvan ja heikon preventioargumentin. Schwartzin mukaan vahva argumentti preventiosta on kesämätön: vahingonkorvausoikeudelliset säännöt eivät todellisuudessa välity valtavirtaoikeustaloustieteen edellyttämällä tavalla eikä niillä siksi ole vahvaa preventiivistä vaikutusta. Heikon preventioargumentin eli sen, että vahingonkorvausoikeudellisilla säännöillä voi olla jonkinlaista preventiovaikutusta, Schwartz oli valmis hyväksymään. (Schwartz 1994 s. 422–427). Tämä johti Schwartzin suhteellistamaan oikeustaloustieteen merkityksen vahingonkorvausoikeuden kehittämisessä. Järjestelmän oikeustaloustieteellinen hienosäätö tuottaa Schwartzin mukaan varsin vähäistä lisäarvoa (Schwartz 1994 s. 429–430).

¹⁴⁵⁹ Ekelöfillä vahingonaiheuttajan päätöksentekoaasema saa toisenlainen karakterisoinnin. Sanktio vaikuttaa epämääräisesti ja toisaalta sen mahdollisuus itsessään riitti luomaan vastapainon kiusaukselle ja luomaan perusteen normin tavanmukaiselle ja lähes rutiininomaiselle kunnioittamiselle. Oikeustaloustieteellisen version keskiössä on taloudelliselle toiminnalle ominainen harkinnan ja pohdinnan kuvaus. Kustannusorientonut preventio ulottuu tätä nykyä – yllättävää kyllä – myös rikosoikeuteen. Ks. esim. Vuorenää 2007 s. 17 ja alaviitteessä 42 viitattu kirjallisuus. Vuorenää

leman on Guido Calabresin *Costs of Accident* -teosta käsittelevässä artikkelissaan pohtinut erittäin mielenkiintoisella tavalla oikeustaloustieteellisen vahingonkorvausteorian lähtökohtia. Colemanin perusväite on, että Calabresin ajatukset ovat aivan olennaisesti muuttaneet yhdysvaltalaisista vahingonkorvausoikeudellista keskustelua.¹⁴⁶⁰ Muutos ei ole kuitenkaan johtunut niistä vastauksista, jotka Calabresi kirjassaan esitti, vaan siitä kysymyksestä, johon hän pyrki vastaamaan. Colemanin mukaan Calabresin käsityksessä vahingonkorvausoikeudesta on kaksi olennaista elementtiä: ”(1) conceptualizing the problem facing tort law as the need to provide an effective instrument for solving a societal issue: the problem of accidents; (2) the normatively important feature of accidents is their ‘costs’.”¹⁴⁶¹

Tilapäisen haitan oikeustaloustieteellisen preventiojustifikaation kannalta Calabresin uudelleenkäsitteellistys on ratkaisevassa asemassa. Oikeustaloustieteellisessä suuntauksessa lähtökohtana on, että tilapäisen haitan aiheuttamat kustannukset on tuotava mukaan vahingonaiheuttajan päätöksentekoprosessiin¹⁴⁶², ei ainoastaan siksi että aineettomat vahinkotapahtumat ovat kokemuksina vahingonkärsijän kannalta merkityksellisiä vahinkotapahtumia ja siten korvaamisen arvoisia, vaan koska niiden huomiotta jättäminen johtaisi alioptimaalisiin varoitoimenpideinvestointeihin ja siten yhteiskunnan kokonaisvarallisuuden vähentymiseen.¹⁴⁶³ Peruslähtökohta on siis sama kuin kaikessa oikeustaloustieteellisessä dogmatiikassa. Vahingonkorvausoikeudesta tulee muotoilla taloudellisesti tehokas sääntelyinstrumentti. Sellainen se ei ole, jos aineettomia vahinkoja ei korvata. Tällöin vahinkotapahtuman aiheuttama hyvinvointitappio jää ulkoisvaikutukseksi ja vahingonkärsijän kannettavaksi.¹⁴⁶⁴ Richard A. Posner on kirjoittanut – tällä kertaa tuomarin kaavussa – seuraavaa:

We disagree with those students of tort law who believe that pain and suffering are not real costs and should not be allowable items of damages in a tort suit. No one likes pain and suffering and most people would pay a good deal of money to be free of them. If they were not recoverable in damages, the cost of negligence would be less to the tortfeasors and there would be more negli-

selittää lähestymistapaa mitenkään problematisoimatta, että rikoslain preventiivisen tavoitteen toteutumista voidaan arvioida sen valossa, onnistutaanko rikollisuuden aiheuttamat *kustannukset* minimoimaan.

¹⁴⁶⁰ Ks. myös Hackney 1997 s. 307–322.

¹⁴⁶¹ Coleman 2005 s. 341. Ks. myös White 2003 s. 221–223.

¹⁴⁶² Ks. esim. Ingber 1985 s. 800–804.

¹⁴⁶³ Vrt. Ingber 1985 s. 802–804, joka väittää, että tilapäisen haitan luonteesta johtuen on riski, että korvaaminen itse asiassa johtaa vähintäänkin kaksinkertaiseen korvaamiseen.

¹⁴⁶⁴ Ks. esim. Shavell 1987 s. 133–135.

gence, more accidents, more pain and suffering, and hence higher social costs.”¹⁴⁶⁵

Oikeustaloustieteellisessä preventioargumentissa huomio kiinnittyykin yksittäiseen vahinkotapahtumaan ja sitä edeltäneeseen vahingonaiheuttajan motivaatio-tilaan. Kuten yleensäkin, lähtökohtana on, että vahingonkorvausoikeudellisen sanktion tulisi kannustaa vahingonaiheuttajaa toimimaan optimaalisen tehokkaasti eli ryhtyä turvallisuutta parantaviin investointeihin niin kauan kuin investoinneista saatava rajahyöty ylittää niiden rajakustannukset. Tätä ajattelutapaa kutsutaan *Hand*-kaavaksi. Esimerkiksi Richard A. Posner muotoilee ylituomari Learned Handin alun alkaen kehittäneen *Hand*-kaavan seuraavasti:

”The judge (or the jury) should attempt to measure three things: the magnitude of the loss if an accident occurs; the probability of the accident’s occurring; and the burden of taking precautions that would avert it. If the product of the first two terms exceeds the burden of precautions, the failure to take those precautions is negligence.”¹⁴⁶⁶

Preventioargumentti voidaan virittää ohjaamaan vahingonkorvauksen määrän harkintaan. Tällöin preventioidea mobilisoidaan vasta siinä vaiheessa, kun on jo

¹⁴⁶⁵ Richard A. Posner tapauksessa *Kwasny vs. United States*, 823 F.2d 194 (7th Cir. 1987), s. 197.

¹⁴⁶⁶ Posner 1972 s. 32. *Hand*-kaavalla tarkoitetaan tavanomaista ylituomari Learned Handin tapauksessa *United States v. Carrol Towing Co.*, 159 F.2d, 159 (2d Cir. 1949) formuloimaa, sittemmin yhdysvaltalaisessa oikeustieteessä vallitsevaan asemaan päätyntä, mutta kiistanalaista tuottamusarvioinnin menetelmää. *Hand*-kaavasta laajemmin ja tarkemmin esim. Keating 1996; Geistfeld 2001; Wright 2002; Geistfeld 2003; Zipursky 2007. Mielenkiintoinen esitys *Hand*-kaavalle perustuvan vahingonkorvausoikeudellisen ajattelun tosiasiallisista seurauksista on Margo Schlangerin artikkeli *Second Best Damages Action Deterrence* (Schlanger 2006), jossa Schlanger pyrkii osoittamaan, että riskiperusteinen tuottamusarviointi saattaa tuottaa todellisuudessa toisia tuloksia kuin sen taustalla vaikuttava teoria edellyttäisi. Schlangerin mukaan *ex ante* -päättökseen-tekoon vaikuttamaan pyrittäessä, vaikutus ei välttämättä kohdistukaan sinne minne sen pitäisi. Potentiaaliset vahingonaiheuttajat eivät välttämättä lisää huolellisuuden astettaan vaan pyrkivät mukauttamaan käyttäytymistään siten, että sekä vastuuseen, vastuun määrään ja ylipäättään prosesseihin kohdistuvat riskit minimoituvat. Oikeudellisen päätöksentekoinstituutioiden vahvuudet ja heikkoudet ohjaavat, mihin huolellisuusinvestoinnit kohdistetaan. Schlangerin hätkähdyttävän esimerkki on havainto siitä, että *Hand*-kaava saattaa johtaa siihen, että joissakin tilanteissa potentiaaliset vahingonaiheuttajat päätyvät mieluummin ”aiheuttamaan” kuolemaan johtavan vahingon vakavan ruumiinvamman sijasta. Kuolemasta joutuu maksamaan vähemmän. (Schlanger 2006 s. 530–531). Perinteinen puhdaspiirteinen, vastaavuusperiaatteelle eli tuomittavan vahingonkorvauksen ja vahingon määrän rinnastamiselle perustuva *Hand*-kaava on nyttemmin saanut osakseen arvostelua myös oikeustaloustieteilijöiltä, jotka alun perin itse olivat juurruttamassa kaavaa yhdysvaltalaiseen keskusteluun. Esimerkiksi Mitchell Polinsky ja Steven Shavell ovat artikkelissaan *Punitive Damages: An Economic Analysis* päätyneet esittämään, että *Hand*-kaava ei toimi. Vastaavuusperiaatteessa pitäytyminen johtaa ei-optimaaliseen preventioon. Kritiikistä ks. esim. Keating 1996; Wright 2002; Wright 2003a; Feldman – Kim 2006 ja ns. *safety first* -periaatteen inkorporointirytyksestä ks. Geistfeld 2001.

selvillä, että aineetonta vahinkoa tulee korvata. On kuitenkin huomattava, että preventioteorioista ei ilman merkittäviä täsmennyksiä saada yksityiskohtaista johtoa tähän ongelmaan. Skandinaavisessa kirjallisuudessa 1900-luvun jälkipuoliskolla esitetyillä preventionäkökohdilla ei edes pyritty jäsentämään vahingonkorvauksen määrän arviointia.¹⁴⁶⁷ Preventioteorian oikeustaloustieteelliset variaatiot ovat tässä suhteessa huomattavasti informatiivisempia ja mielenkiintoisempia, mutta lopulta tuskin yleisiä preventioteorioita käyttökelpoisempia. Oikeustaloustieteellinen argumentaatio voi tarjota ainakin kaksi vastausta aineettoman vahingon määrän arvioinnin ongelmaan.

Robert Cooter on toisen teorian isä. Teoria perustuu oikeustaloustieteilijöiden tuottamusarvioinnissa käyttämän Hand-kaavan inversiolle.¹⁴⁶⁸ Cooterin mallissa Hand-kaavaa käytetään tavanomaisesta poikkeavaan tarkoitukseen: sen avulla ei määritetä enää vaadittavan huolellisuuden tasoa, vaan vaadittavan huolellisuuden taso oletetaan tunnetuksi. Kun kaavaan sijoitetaan huolellisen käyttäytymisen edellyttämien investointien perusteella saatavat arvot, saadaan selville ei-taloudellisten vahinkojen optimaalinen korvaustaso.¹⁴⁶⁹ Tällöin muutoin kvantifioimattomilta vaikuttaville vahingoille voidaan Cooterin mukaan laskea perusteltu ja justifioitavissa oleva arvo. Cooterin mallia arvioinut Ayal esittää, että malli on tavattoman hankala käytännössä.¹⁴⁷⁰

Toinen oikeustaloustieteellisen tutkimussuuntauksen piirissä kehitetty aineetomia vahinkoja koskeva teoria perustuu fiktiivisten markkinoiden käyttämiselle.¹⁴⁷¹ Mark Geistfeld esittää artikkelissaan *Placing a Price on Pain and Suffering*, ettäärkevin tapa kvantifioida aineettoman vahingon määrä olisi ns. *WTP*-eli *willing to pay* -menetelmä.¹⁴⁷² Geistfeldin mukaan menetelmässä pyritään

¹⁴⁶⁷ Ks. esim. Ekstedt 1977 s. 115–117. Poikkeuksena voidaan pitää kunnian- ja yksityiselämän loukkauksista maksettujen kärsimyskorvausten mitoittamista.

¹⁴⁶⁸ Kyseessä ei ole suoraan kivusta ja särystä maksettavan korvauksen määrän arvioimiseen käytettävä malli. Kyseessä on pikemminkin yleinen, vakaviin henkilövahinkoihin sovellettava laskentatapa, jonka perimmäisenä tarkoituksena on saattaa korvaustaso vastaamaan todellisia ”vahinkoja” ja siten varmistaa, että myös preventiotavoite toteutuu. Ks. Cooter 2003 s. 1112–1114. Ks. myös Cooter 1997 s. 79–80, jossa Cooter esittää vastaavan idean. Idean systemaattinen paikka kuitenkin tarkentuu vuoden 1997 artikkelin perusteella. Cooter esittää ajatuksen Hand-kaavalle perustuvasta arvioinnista pohtiessaan punitiivisten vahingonkorvausten tarkoitusta.

¹⁴⁶⁹ Ks. Cooter 2003 s. 11

¹⁴⁷⁰ Ks. Ayal 2003 s. 1133–1134.

¹⁴⁷¹ Geistfeldin lähtökohta on, että amerikkalainen järjestelmä johtaa pitkälti sattumanvaraisiin korvauksiin. Tällä on vakavia seurauksia: arvaamaton järjestelmä voi johtaa joko liialliseen tai liian vähäiseen prevention ja myös alivakuuttamiseen sekä vakuutusturvan hinnan tarpeettomaan nousuun. Toinen ongelma on varjo-oikeusjärjestelmä, joka syntyy kun osa vahingonkorvausvaatimuksista sovitaan. Geistfeld ajattelee, että varjojärjestelmässä vahingonkorvaus jää usein alikom-pensatoriseksi ja siksi koko järjestelmä toimii huonosti. Ks. Geistfeld 1995 s. 786–789.

¹⁴⁷² Ks. Geistfeld 1995 s. 805–807. Ks. myös Viscusi 1993.

täyteen korvaukseen *ex ante* -näkökulmasta.¹⁴⁷³ Kysymys on vakuutuspelistä¹⁴⁷⁴, jonka avulla voidaan matemaattisesti päätellä se rahamäärä, jonka saatuaan henkilö olisi ollut ennen vahingontapahtumaa riskiä tarkastellessaan indifferentti sen suhteen, sattuuiko tarkoitettu vahinkotapahtuma vai ei.¹⁴⁷⁵

WTP-menetelmässä huomio kiinnittyy vahinkotapahtuman riskiin, ei varsinaiseen vahinkotapahtumaan. Juuri siirtymä riskiin justifioi, miksi vahingonkäräjien voidaan sanoa saaneen täyden korvauksen vahingosta: ”the damages award fully compensates the plaintiff because that award reflects the exchange – money for exposure to a risk of injury – that would have been acceptable to the plaintiff given the context in which the risk exposure occurred.”¹⁴⁷⁶ Menetelmä voi Geistfeldin mukaan tuottaa mielekkään vahingonkorvauksen arviointimenetelmän, koska sen myötä voidaan väittää, että täysi korvaus tulee suoritetuksi. Kun vahingonkäräsi on indifferentti eli välinpitämätön vahinkotapahtuman suhteen, vahinko on tullut korvatuksi.

Täyden *ex ante* -korvauksen laskemiseen on Geistfeldin mukaan olemassa kaksi vaihtoehtoista tapaa. Voidaan kysyä, paljonko vahingonkäräjälle olisi tullut maksaa, jotta hän olisi hyväksynyt *riskin* vapaaehtoisesti (*willing to accept*, WTA) tai paljonko vahingonkäräsi olisi ollut valmis maksamaan (*willing to pay*, WTP) välttääkseen *riskin*. Geistfeld esittää, että WTP-menetelmä on WTA-menetelmää soveliaampi määrän mittapuuna. Empiirisesti on voitu osoittaa, että WTA-menetelmää käytettäessä käytännössä samalle riskille saadaan huomattavasti korkeampi hinta kuin WTP-menetelmällä.¹⁴⁷⁷ Geistfeldin mukaan seikka johtuu ihmisille ominaisesta tavasta hahmottaa valintatilanteita. Kun yksilöt arvioivat vahinkotilanteita, heidän lähtökohtanaan on aina *status quo*. Jos vahinkotapahtumassa esitetään, että henkilön asema heikkenee suhteessa vahinkotapahtumaa edeltävään tilaan (kyseessä on siis negatiivinen *status quon* muutos) ja yksilöä pyydetään määrittelemään hinta, jolla hän on valmis hyväksymään tämän muutoksen, hinta on poikkeuksetta korkeampi kuin se määrä, jonka yksilö olisi valmis maksamaan välttääkseen täsmälleen saman muutoksen. WTA-järjestelmässä riskireferenssi on riskitön tila.¹⁴⁷⁸ Taloustieteellisesti arvioiden tilanteet ovat kuitenkin identtiset.¹⁴⁷⁹

Geisfeld törmää aineettoman vahingon perusongelmaan. Jos korvaus mitoitetaan kunkin vahingonkäräjän subjektiivisen WTP-hinnan mukaan, korvaukset eivät ole ennakoitavia eli objektiivisia. Jotta menetelmien lopputulokset olisivat ob-

¹⁴⁷³ *Ex ante* -täydestä korvauksesta yleisesti ks. Wijck – Winters 2001.

¹⁴⁷⁴ Ks. Geistfeld 2001 s. 132–134.

¹⁴⁷⁵ Ks. esim. Geistfeld 1995 s. 804–805.

¹⁴⁷⁶ Geistfeld 1995 s. 815. Vrt. esim. Vinding Krusen ja Roosin käsitykseen indifferentensistä vahinkojen korvaamisen tavoitetilana edellä av. 601 esitettyä.

¹⁴⁷⁷ Ks. Geistfeld 1995 s. 823–826.

¹⁴⁷⁸ Ks. Geistfeld 1995 s. 824.

¹⁴⁷⁹ Ks. Geistfeld 1995 s. 825.

jektiivisia, Geistfeld ehdottaa, että vahingonkärsijän henkilökohtaisen varaus-hinnan sijasta tulisi harkinta ohjata siihen hintaan, jonka *järkevä henkilö* olisi maksanut. Täyden korvauksen määrä lasketaan jakamalla se hinta, josta järkevä henkilö olisi ollut valmis hyväksymään riskin tai jonka hän olisi ollut valmis maksamaan eliminoidakseen riskin vahingon sattumistodennäköisyydellä.¹⁴⁸⁰

Onko Geistfeldin ehdotus käytännössä toteutettavissa, on mutkikas kysymys. Vaikka WTP-menetelmän käyttäminen sinällään voisi olla preventionäkökulmasta perusteltua, näyttää kuitenkin ilmeiseltä, että sitä vaivaavat hyvin monimutkaiset käytännön vaikeudet. Esimerkiksi Ronen Avraham on huomauttanut, että yksi Geistfeldin menetelmän heikkouksista on, että vahingon sattumistodennäköisyyksiä on käytännössä mahdotonta luotettavasti arvioida¹⁴⁸¹, seikka, jonka Geistfeld itsekin myöntää.¹⁴⁸² Tämän lisäksi perusongelmasta, yhdenvertaisuuden puutteesta, ei välttämättä päästäisi eroon. Epävarmuus ja epätietoisuus vahingonkorvausten tasosta vaivaisi edelleen, niin monta epävarmuustekijää arviointimenetelmässä on.¹⁴⁸³

¹⁴⁸⁰ Ks. Geistfeld 1995 s. 805. Geistfeldin esittämän arviointitavan kritiikistä ks. esim. Abel 2006 s. 300–301; Avraham 2006 s. 106–108. Sanders huomauttaa, että Geistfeldin menetelmän toimivuudesta käytännössä ei ole empiiristä näyttöä.

¹⁴⁸¹ Ks. Avraham 2006 s. 106–107.

¹⁴⁸² Ks. Geistfeld 1995 s. 836–837. Geistfeldin mukaan ns. availability-tekijä eli se, että vahinko on jo sattunut on omiaan johtamaan siihen, että vahingon sattumista pidetään todennäköisempänä kuin se oikeasti on. Riskien konkreettinen arvioiminen on kaiken kaikkiaan riskeille perustuvan vahingonkorvauksellisen argumentaation keskeinen ongelma. Voimme tietysti kannattaa esimerkiksi riskiperusteista tuottamusarviointia järkevänä tapana hahmottaa tuottamusta, mutta arvioinnin operationaalistaminen ja erilaisten riskilaskelmien tekeminen on nähdäkseni kokonaan eri asia. Avraham viittaa artikkelissaan ilikurisesti Richard Posneriin, jonka *The Theory of Negligence* (Posner 1972) on riskiperusteisen tuottamusarvioinnin klassikko: ”While Professor Richard Posner believed that the Learned Hand formula was operational, Judge Richard Posner believed it was not, see *McCarty v. Pheasant Run, Inc.*, 826 F.2d 1554, 1557 (7th Cir. 1987) (‘Ordinarily, and here, the parties do not give the jury the information required to quantify the variables that the Hand Formula picks out as relevant. That is why the formula has greater analytic than operational significance.’).” Ks. Avraham 2006 s. 106, av. 194.

¹⁴⁸³ Avraham huomauttaa myös, että Geistfeldin menetelmässä on vaarana, että jury sekoittaa aineettoman ja aineellisen vahingon keskenään ja määrää vahingonkorvauksen sen perusteella, mitä yksilö olisi ollut valmis maksamaan välttääkseen sekä aineellisen että aineettoman vahingon. Ks. Avraham 2006 s. 106. Jos näin käy, aineettomasta vahingosta maksettava vahingonkorvaus on liian suuri ja johtaa ylipreventioon. Avraham esittää artikkelissaan, että useimmat oikeustaloustieteilijät ovat yhtä mieltä siitä, että kivun ja säryn korvaamisen kohtalon kysymys on, ”whether there is a demand for such coverage in a hypothetical insurance market.” Jos kysyntää on, aineeton vahinko pitäisi korvata myös vahingonkorvausoikeudessa. Jos kysyntää ei ole, vahingonkorvaus ei ole tarpeen. Vakuutusargumentti voidaan ulottaa myös vahingonkorvauksen määrän arviointiin. Tehokkaassa järjestelmässä vahingonkorvauksen määrä vastaisi hypoteettisen vakuutuskorvauksen määrää. Tällainen vakuutusjärjestely ei – teoreettisista ansioistaan huolimatta – voi Avrahamin mukaan kuitenkaan tuottaa ratkaisua arvioinnin ongelmaan. Syyt ovat käytännöllisiä. Avraham on tutkinut kokeellisesti sitä, kuinka paljon tavallista hintaa enemmän kuluttajat olisivat valmiita maksamaan, jos valmistajan vastuu kattaisi myös aineettomat vahingot. Avrahamin kyselytutkimuksen mukaan

Geistfeldin ehdotusta lukiessa ei voi välttää ajattelemasta, että Geistfeld yrittää yhtäältä epätoivoisesti säilyttää juryn aseman ja toisaalta pitää kiinni ajatuksesta, että tilapäisestä haitasta maksettavat korvaukset voivat olla aidosti kompensatorisia. Tästä syystä Geistfeld joutuukin turvautumaan *järkevän henkilön* fiktion. Juryn tulee miettiä, kuinka paljon järkevä henkilö olisi ollut valmis maksamaan vahinkoriskin poistamisesta. Ratkaisu näyttää tuhoavan koko spontaanien ohjaamattomien arvostusprosessien idean, sen pohjan, jolle oikeustaloustiede koko metodipaketkinsa perustaa. Jury ei lausu mitään yksittäisen henkilön yksilöllisestä ja subjektiivisesta arviosta. On erittäin kyseenalaista, tekeekö jury tässä kohtaa taloudellista arviota. Pikemminkin arvioinnissa voisi hahmottaa olevan kysymys moraalisen arvioinnista, jota ohjaavat käsitykset oikeudenmukaisuudesta, kohtuudesta ja esimerkiksi vahingonkorvaustuomion ekspressiivistä vaikutuksista. Jos näin on, Geistfeldin menetelmä on enää vain nimellisesti taloustieteellinen.

Mikä on lopputulos? Voiko preventio joko perinteisessä pohjoismaisessa tai oikeustaloustieteellisessä muodossaan tuottaa ratkaisun määrän arvioinnin ongelmaan? Teoreettisesti arvioiden preventioargumentti voi uskottavasti perustella, miksi aineettomasta vahingosta pitäisi maksaa korvausta, jos siis hyväksytään se perusajatus, että vahingonkorvausoikeudessa on mielekästä tavoitella yleisestävyyttä ja oletetaan, että tilapäisen haitan korvaamista koskevilla vahingonkorvausoikeudellisilla säännöillä on yleisestävää tehoa. Molemmat olettamukset ovat jokseenkin pettäväällä pohjalla.

Korvauksen määrän järjestämisessä preventioargumenteille perustuvat ratkaisut ovat heikkoja. Kuten on käynyt ilmi, sekä Cooterin että Geistfeldin ehdotukset ovat käytännössä vaikeita toteuttaa. Määrän laskemiseen ei välttämättä saada niistä johtoa. Tämä ei kuitenkaan ole olennaista. Vaikka käytännön vaikeudet voitaisiin voittaa, en silti voi hyväksyä oikeustaloustieteellisiä ajatuksia. Oikeustaloustiede ja tilapäinen haitta eivät kuulu yhteen. En halua, että tilapäistä haittaa korvattaessa pyritään luomaan suora ekvivalenssisuhde edes tilapäisen haitan riskin ja rahan välille. Se ei kuulu asiaan. Miksi? Vastaus liittyy rahaan ja yhteensovittamattomuusteisiin. Pyrin valaisemaan teemaa seuraavassa jaksossa.

ihmisten arvostukset eivät olleet rationaalisia. Koehenkilöt maksoivat vakuutusturvasta 25–35 prosenttia tuotteen hinnasta täysin riippumatta siitä, mikä vakuutuksen odotusarvo oli. Ks. Avraham 2006 s. 109–110. Henkeen ja terveyteen kohdistuvien riskien arvioimisen vaikeuksista ks. esim. Sunstein 2002; Sunstein 2004; Posner – Sunstein 2005.

14 TUNNISTAMINEN JA TUNNUSTAMINEN

Mikään kolmesta edellä esitetystä vaihtoehdosta ei näytä tarjoavan pakottavan mielekästä funktioasetelmaa aineettomasta vahingosta maksettavan korvauksen järjestämiselle. Substituuttiargumentti on jo perustaltaan altis kritiikille, koska siinä yhdistetään raha ja kokemukset tavalla, joka ei tee oikeutta kokemuksille. Sen käytännön toteuttaminen on niin ikään mahdotonta. Rangaistuksellisuuskaan ei tarjoa mielekästä korvausarvioinnin pohjaa. Perusongelma on sama: kun korvaustasot ovat välttämättä konventionaalisia, rangaistusargumentti ei tarjoa mielekästä tapaa määrittää korvauksen määrän harkinnan kiintopisteitä. Sama koskee erilaisia preventioargumentteja.

Mikä oikeustila sitten on? Mikä on tilapäisen haitan korvaamisen funktio? Kysymystä lienee hyödyllisintä lähestyä hallituksen esityksen avulla. Esityksen vähäisissä teoreettisissa kannanotoissa hahmotuu varsin yksiselitteinen kuva tilapäisen haitan korvaamisen tavoitteista:

”Ehdotukset perustuvat näkemykselle, jonka mukaan henkilövahingosta suoritettavan korvauksen tavoite rajoittuu henkilövahingosta aiheutuneen elämänlaadun heikentymisen hyvittämiseen. Korvauksella vahinkoa kärsinyt siis saa rahallisen hyvityksen siitä, että hänen olotilansa ja olosuhteensa ovat vahingon vuoksi huonommat kuin ne olisivat olleet, jollei vahinkoa olisi sattunut.”¹⁴⁸⁴

Katkelman ensimmäisen lauseen määritelmällä lienee ollut tarkoitus rajata mahdollisten argumenttien joukon ulkopuolelle erilaiset korvauksen rangaistuksenluonteisuutta korostavat tekijät. Tavoitteena on ollut tehdä tilapäisestä haitasta salonkikelpoista. Virkkeessä luodaankin varsin jännittävällä tavalla yhteys aidon korvaamisen – tosin *hyvittämiseksi* liudentuneena, jolloin vahingon poistamisvaatimuksesta päästään eroon – ja tilapäisestä haitasta maksettavan korvauksen välille. Vaikka tilapäisen haitan korvaamisella tilapäistä haittaa ei voida poistaa, korvaus on aitoa korvausta. Se on hyvitystä jonkin todellisen seikan todellisesta heikentymisestä.¹⁴⁸⁵ Toinen virke on tässä suhteessa vielä merkittävämpi. Kun virkkeessä todetaan, että korvauksen tarkoituksena on tarjota vahingonkärsijälle rahallinen hyvitys kahden ”olosuhdetilan” välisestä muutoksesta, differenssioppi on kaukaisimmillaankin heti kulman takana. Jos tämä lausuma otetaan ohje-nuoraksi, tilapäisen haitan korvauksen määrä tulisi arvioida kahden tilan, todellisen ja hypoteettisen väliseksi erotukseksi, aivan kuin aineellistakin vahinkoa.

¹⁴⁸⁴ Ks. HE 167/2003 vp s. 20. Ks. myös Henkilövahinkotoimikunnan mietintö s. 123.

¹⁴⁸⁵ Lähtökohta on omaksuttu myös kirjallisuudessa. Ks. esim. Mielityinen 2006 s. 202–203; Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006 s. 283. Hemmo korostaa korvauksen objektiivisuutta (Hemmo 2005b s. 184).

Ero on siinä, että tilapäisen haitan differenssiopissa neksukseksi määritellään elämänlaatu, ei taloudellinen arvo itsessään.

Arviointitodellisuuden ja teorian välinen etäisyys on kuitenkin silmiinpistävä. Elämänlaatukytkentä on vahingonkorvauslain 5 luvun 2 c §:n mukaisessa arvioinnissa hyvin heikko. Elämänlaadulla on vain välillinen ja etäinen rooli korvauksen määrän arvioinnissa.

Kipu ja särky ja muu tilapäinen sekä pysyvä haitta tunnistetaan ensisijassa lääketieteellisen tiedon perusteella. Tilapäisen haitan olemassaolo ja todellisuus perustellaan viittaamalla lääketieteellisiin käsityksiin. Yksittäisen ihmisen haitalliseksi väitetty kokemus – elämänlaadun heikkeneminen – joko tunnistetaan korvattavaksi kivuksi ja särkyksi tai haitaksi lääketieteellisen tiedon muodostamassa tulkintakehyksessä tai sitten ei. Korvauksen suuruuden harkinnassa käytettävät menetelmät ovat yhtä lailla kokemuksesta irrallaan.

Korvauksen arvioinnin institutionaalinen järjestämistapa korostaa seikkaa. Kun taulukot toimivat ohjenuorana, elämänlaadun heikkenemistä oli arvioitu ensi sijassa silloin, kun liikennevahinkolautakunnassa pohdittiin, minkälaista kipua ja särkyä kustakin henkilövahingosta syntyy ja miten paljon siitä tulee maksaa korvausta. Missä määrin tuo pohdinta järjestyi elämänlaadun heikkene- misen varaan ja missä määrin se oli puhtaasti pragmaattista ja osin sattumanva- raista harkintaa, jää arvailujen varaan. Vaikka henkilövahinkoasiain neuvottelu- kunnan luoma järjestely näyttäisi tuovan tilapäisen haitan arvioinnin uudelleen tuomioistuinten tehtäväksi, tällä siirrolla ei liene erityistä vaikutusta elämänlaa- tukytken- nän kiinteeseen. Korvaustasoja ei haluttu muuttaa.

Jos puolestaan tarkastellaan lakitekstiä ja hallituksen esitystä, havaitaan, että kipu ja särky ja muu tilapäinen haitta formalisoituvat korvaamisen objekteiksi edelleenkin asiantuntijajärjestelmän tuottaman, tieteellisen tiedon varassa. Koko haitan viitekehys rakentuu lääketieteen asiantuntijoiden käsitysten varaan. Kun vielä yksilöllisen kokemuksen todistelu on pyritty hallituksen esityksessä sul- keistamaan tuomioistuimista korostamalla haitan objektiivista arviointia, tuoma- ri ei kysy vahingonkärsijältä, miten suuret hänen kärsimyksensä olivat eli miten suuri hänen kokemansa haitta on. Suhde kokemukseen onkin hyvin välillinen, miltei poishäivytetty. Korvausharkinta on objektivisoitu siten, että yksittäisestä ihmisestä voidaan pysytellä etäällä, vammakuvausten teknisten termien, kylmän asiantuntijakielen luoman neutraalin ja lahjomattoman – mutta ehkä vain sattuma- manvaraisuutta peittävän – verhon takana. Yksilöllisen todistelun esittämisen siitä, että vahingonkärsijä on ominaisuuksistaan johtuen kärsinyt enemmän kuin normaalisti, pitäisi olla tuloksetonta. Myös iältään ja esimerkiksi henkisesti tilal- taan poikkeavien henkilöiden kokemuksiin pitäisi suhtautua lääketieteellisesti arvioiden identtisissä tapauksissa samalla tavalla. Vaikka henkilö ei voisi kokea tilapäistä haittaa esimerkiksi pysyvän vaikean aivovaurion takia, hallituksen esi- tyksen mukaan korvaus tulee määrätä kokemuksen puutteesta huolimatta. Hen-

kilön nuorella iällä ei myöskään pitäisi olla merkitystä tilapäisestä haitasta määrättävän korvauksen suuruuteen.

Tilapäisen haitan sekä haitan korvaamiselle määrittyykin hallituksen esityksessä kuvattujen ja todellisten korvaamisen käytäntöjen tarkastelun perusteella uudenlainen teknologinen sommitelma, jota olen pyrkinyt hahmottelemaan jaksoissa 4–8. Tilapäisen haitan korvaamisessa tarkoituksena on tunnistaa tietyt lääketieteelliset muutokset, määrätä niistä vakuutuksellista merkityksenantokoneistoa hyväksikäyttäen oikeudenmukainen ja kaikille sama, tiettyjä ihmistä koskevia perusoletuksia ylläpitävä ja niiden varaan rakennettu objekti(ivi)nen, yhdenvertainen ja ennakoitava korvaus.

Minkälaista funktiota tällainen sommitelma edellyttää? Selitysvoimainen vaihtoehto voidaan löytää Margaret Jane Radinin ajattelusta.

Radinin koko tuotannon yksi keskeinen teoreettinen lähtökohta ja läpikäyvä teema on ollut ns. *tavaraistumis-* eli *kommodifikaatioteesi*¹⁴⁸⁶. Hänen mukaansa oikeusjärjestelmä on huolestuttavassa määrin kommodifioitumassa eli tavaraistumassa. Oikeusjärjestelmässä maailmaa hahmotetaan omistamisen ja vaihdon kautta. Radinin lähtökohta on, että tällainen tavaraistuminen on pahasta. Hänen mukaansa jotkin asiat ovat ja joidenkin asioiden myös tulisi olla yhteen sovittamattomia rahan kanssa. Näitä asioita ei tulisi edes yrittää sovittaa yhteen rahan kanssa eikä myöskään alistaa markkinametaforalle perustuvalla määräytymiselle. Koska oikeus voi vaikuttaa kulttuurisiin konventioihin, yhteensovittamista pitäisi pyrkiä kaikin keinoin välttämään.¹⁴⁸⁷

Vaikka Radinin teesi onkin yleinen, hän on käsitellyt ei-taloudellisen vahingon korvaamista vuonna 1993 ilmestyneessä artikkelissaan *Compensation and Commensurability*. Artikkelista on sittemmin tullut yksi amerikkalaisen vahingonkorvausoikeudellisen keskustelun kulmakivistä ja kritiikin kohteista. Radinin lähtökohta artikkelissa on, että kipu ja särky¹⁴⁸⁸ ovat kokemuksina rahan kanssa yhteen sovittamattomia asioita, sekä tosiasiallisesti että normatiivisesti arvioituna. Hänen mukaansa emme voi eikä meidän tule ajatella, että kipua ja särkyä voitaisiin korvata normaalin *korjaavan oikeudenmukaisuuden* idean edellyttämällä tavalla. Rahaa ei voida asettaa suoraan tilapäisen haitan tilaan. Kipua ja särkyä ja rahaa ei voida kuitata toisiaan vastaan.

¹⁴⁸⁶ Ks. Radinin yhteensovittamattomuuden eri oikeudellisista sovelluksista Radinin tuotannossa esim. Radin 1987; Radin 1991; Radin 1992; Radin 1993.

¹⁴⁸⁷ Radin 1993 s. 81–82.

¹⁴⁸⁸ Radin puhuu artikkelissaan angloamerikkalaisessa ja -saksisessa oikeudessa tunnetusta pain and suffering -vahinkolajista, joka ei kielellisestä samanlaisuudestaan huolimatta ole täysin samanlainen kuin suomalainen kipu ja särky-vahinkolaji. Juuri suffering-sanassa kuvastuu angloamerikkalaisen ja -saksisen käsitteen laajempi ala. Suffering viittaa muihinkin kuin puhtaasti lääketieteellisesti tunnistettaviin kärsimyksiin. Ks. vahinkolajista tarkemmin esim. McGregor 2003 s. 61–62; Langstaff et al. 2005 s. 138–141.

Havainto on sekä empiirinen että normatiivinen. Mainstream ei ole onnistunut kehittämään aidosti tavaraistunutta tapaa hahmottaa aineetonta vahinkoa. Puhe-
tavat korostavat kuitenkin haitan tavaraistunutta luonnetta. Markkinaretoriikka
hallitsee myös vahingonkorvausoikeudelle hahmottuvaa ideaalimuotoa ja antaa
oikeudelliselle sääntelylle legitimoivan funktion. Kipu ja särky ja muu tilapäinen
haitta ovat emotionaalisia kustannuksia, jotka aiheutuvat uhrille ja jotka vahin-
gonaiheuttajan on kannettava.¹⁴⁸⁹ Tavaraistumiseen ei tule pyrkiä. Radinin mu-
kaan vahingonkorvausoikeudelliset puhettavat on rakennettava niin, että yhteys
pysyy ei-tavaraistuneena. Suoraa yhteyttä rahan ja tilapäisen haitan välille ei saa
päästää syntymään.¹⁴⁹⁰

Radinin kysymyksenasettelussa tilapäiselle haitalle sovelias funktio löytyy,
kun *korjaavan oikeudenmukaisuuden* ongelma voidaan ratkaista. Korjaavan oi-
keudenmukaisuuden idea voi Radinin mukaan tarjota taustateorian. Korjaavassa
oikeudenmukaisuudessa vahingonkorvauksen maksamisen tarkoituksena hah-
motetaan *rektifikaatio*, konkreettinen korjaaminen.¹⁴⁹¹ Vahinkotapahtumaa edel-
tänyt esineiden ja oikeuksien jakotila palautetaan. Ongelma on, että aineetonta
vahinkoa ei voida korjata. Miten korvata ja palauttaa sellaisia oikeuksia, joita ei
voida palauttaa, miten rektifioida sellaista, mitä ei voida korjata?

Tavaraistuneessa vahingonkorvauskäsityksessä korjaava oikeudenmukaisuus
perustuu markkinapuheelle ja markkinavaihdon tuottamalle mahdollisuudelle
korjata oikeuksien loukkaus.¹⁴⁹² Ei-tavaraistuneessa katsantokannassa vahingon-
korvauskäsityksen suhde korjaavan oikeudenmukaisuuden ja korvaamisen välil-
lä näyttää olevan jännitteinen. Jakotilaa ei ensi näkemältä voida palauttaa, jos
rahaa ja vahinkotapahtumia ei pidetä yhteen sovitettavina. Radin säilyttää kui-

¹⁴⁸⁹ Ks. Radin 1993 s. 58–60.

¹⁴⁹⁰ Ks. Radin 1993 s. 81–82.

¹⁴⁹¹ Korjaavasta oikeudenmukaisuudesta vahingonkorvausoikeudessa ks. esim. Coleman 1992; Chapman 1995; Coleman 1995; Keating 2000; Weinrib 2001; Klimchuk 2003. Suomalaisessa keskustelussa korjaavaan oikeudenmukaisuuteen on kiinnittänyt pääasiassa huomiota Mika Hemmo (Hemmo 1996 s. 330–333).

¹⁴⁹² Paradoksaaliseksi tilanteen tekee se, että korjaava oikeudenmukaisuus ei ole Radinin arvoste-
leman oikeustaloustieteellisen suuntauksen tavoite. Oikeustaloustieteen lähestymistapa on instru-
mentaalinen ja normatiivisia ratkaisuja perustellaan aina niiden hyödyllisyyden avulla. Korjaava
oikeudenmukaisuus ei ole tärkeää, mutta toisaalta useimmiten korvauksen määrittämisessä lähde-
tään kuitenkin liikkeelle täyden korvauksen ideaalista, useimmiten ymmärrettynä indifferenssitilan
tavoitteluksi. Vahingonkorvaus mitoitetaan siten, että vahingonkärsijä on vahingon kärsittyään ja
vahingonkorvauksen saatuaan indifferentti vahingon sattumisen suhteen. Ks. esim. Cooter 2003
s. 1097. Korjaava oikeudenmukaisuus on tässä suhteessa lähes luonnonoikeudellinen lähestymis-
tapa, jossa Oikeusjärjestelmän peruspiirteet johdetaan lähinnä metafysisesti todeksi hahmotetusta
peruslähtökohdasta. Korjaavan oikeudenmukaisuuden vastinpari on instrumentalismi, jota on ko-
rostettu erityisesti oikeustaloustieteellisessä tutkimuksessa. Ks. instrumentalismin (eli oikeusta-
loustieteen) ja eräänlaisen luonnonoikeudellisuuden (korjaava oikeudenmukaisuus) välisestä suh-
teesta yhdysvaltalaisessa vahingonkorvausoikeudessa yleisemmin esim. Schwartz 1997.

tenkin yhteyden korjaavan oikeudenmukaisuuden ja aineettoman vahingon korvaamisen välillä. Hänen paradoksaaliselta kuulostava väitteensä on, että vaikka perinteisten käsitysten mukainen rektifikaatio on mahdotonta, aineettoman vahingon korvaaminen voi toteuttaa myös korjaavaa oikeudenmukaisuutta. Korjaavalle oikeudenmukaisuudelle ominaista näkökulmaa on vain välttämätöntä hie-
man muuttaa.

Vaikka Radin ei lähde yksityiskohtaisesti hahmottelemaan tätä uutta näkökulmaa ja siksi uutta teoriaa korjaavasta oikeudenmukaisuudesta, tekstistä saa riittävästi johtoa, jotta idean peruspiirteistä voi saada otteen. Radin toteaa, että

”requiring payment is a way both to bring the wrongdoer to recognize that she has done wrong and to make redress to the victim. Redress is not restitution or rectification. Redress instead means showing the victim that her rights are taken seriously. It is accomplished by affirming that some action is required to symbolize public respect for the existence of certain rights and public recognition of the transgressor’s fault in disrespecting those rights. In this conception of compensation, neither the harm to the victim nor the victim’s right not to be harmed are commensurate with money. They are not conceptually equated with fungible commodities.”¹⁴⁹³

Radin siis siirtää keskustelun materiaalisesta korvaamisesta toiselle tasolle. Rahan ja kokemuksen välinen suora ja välitön suhde katkaistaan. Rahalla ei edes pyritä approksimoimaan vahingonkärsijän menetystä rahamääräisesti. Ellen S. Pryor on tiivistänyt Radinin idean seuraavalla tavalla:

”We recognize that you have suffered a serious loss. Money is incommensurable with that loss. But, in our culture, money is an item of great significance, and so we will give you money for that loss. Although this does not in any way rectify the loss – indeed, we realize that it does not necessarily bear any relation to your loss, and we don’t want to suggest as much – giving you this money does show you that we take your rights and your loss seriously.”¹⁴⁹⁴

Aineettoman vahingon korvaamisessa on siis kysymys *oikeudenloukkauksen tunnistamisesta ja siitä aiheutuvan vahingon tunnustamisesta*. Suoran ekvivalenttisuhteen sijaan siirrytään metatasolle, jossa rahaa ei käytetä enää markkina-metaforaan viitaten. Tavaraistumisen uhka väistyy. Rahan käyttö ei enää johda siihen, että kipu ja särky ja muu tilapäinen haitta siirtyvät rahan ja arvon neksukseen, vaan tämä keskustelu pysyy rahan kolonisoivan, dominoivan keskustelun

¹⁴⁹³ Radin 1993 s. 61.

¹⁴⁹⁴ Pryor 2003 s. 688–689.

ulottumattomissa.¹⁴⁹⁵ Richard L. Abelin kuvailemat masokistiset tilapäisen haitan markkinat työntyvät taka-alalle.¹⁴⁹⁶

Radinin siirto koskee ennen kaikkea *rahaa ja sen käyttämisen tapaa*. Radin ei ajattele rahan olevan vain taloudellisen arvon siirtämisen väline. Rahaa koskevaa diskurssia on välttämätöntä muokata, jotta aineettomia vahinkoja voidaan korvata. Rahan referenssipiste on määriteltävä uudestaan. Taloudellisesta arvosta siirrytään symbolisiin merkityksiin, asioiden merkityksen tunnistamiseen ja tunnistamiseen, ilman että syntyy suoraa korrelaatiota taloudellisen arvon ja kulloinkin tunnistettavan ja tunnustettavan asian merkityksen välillä.

Miten tämä on mahdollista? Tavanomaisestihan ajatellaan, että rahassa on olennaista juuri sen kyky ilmaista ja kommunikoida arvoa. Kaikessa rahamääräisen arvioinnissa on välttämättä pakko approksimoida utiliteettia, hyötyä tai jotakin muuta kardinaalisuuretta. Radin on kuitenkin vakaasti sitä mieltä, että rahan tavarastava diskurssi ei ole kaikki muut keskustelut itseensä sulauttava ja haltuunsa ottamaan kykenevä superdiskurssi. Hänen mukaansa nykyajan länsimaissa yhteiskunnissa on voimakkaita vastavoimia, tavarastavalle talouspuheelle vastakkaisia diskursseja, jotka ylläpitävät sellaisia sosiaalisen toiminnan alueita, joilla raha ja erilaiset asiat eivät ole yhteen sovitettavissa¹⁴⁹⁷. Arvon ja utiliteetin pitäminen ulkona tilapäisen haitan arvioimisesta on mahdollista, jos *vahinkojen korvaamista koskeva puhe* järjestetään siten, että raha ei tuo mukanaan yhteyttä kokemukseen ja arvoon. Tunnistaminen ja tunnustaminen on mahdollista, jos asetamme nämä tavoitteet tilapäisen kivun korvaamisen funktioiksi. Pitkälti vastaavaan rahaa koskevaan lopputulokseen on tullut myös Viviana A. Zelizer. Hänen intiimin elämänalueen ja rahan rajoja käsittelevä tutkimuksensa osoittaa, että rahaa käytetään relationaalisessa maailmassa, jossa samalle rahalle voidaan antaa monia merkityksiä ja jossa myös ihmiset itse ylläpitävät rahan rajoja.

Radin katsoo myös, että taistelu tuulimyllyjä vastaan on mielekästä oikeuden kulttuuria muokkaavan vaikutuksen takia. Jos oikeudessa aletaan hahmottaa kipua ja särkyä tavarastuneina eli annetaan periksi paineelle käsittää, että kivulle ja särylle annetaan hinta, Radin pelkää, että tällä on merkitystä kulttuuristen käytäntöjen ja käsitysten kannalta yleisemminkin.¹⁴⁹⁸ Jos oikeudessa tavarastuminen kielletään, kommensurabiliteetin ideasta voidaan osittain päästä eroon. Jos siitä ei päästä eroon, maailmasta tulee kovin valju paikka elää. Tämä on viime kädessä se syy, miksi en halua etsiä ratkaisua esimerkiksi substituuttargumentista tai oikeustaloustieteestä.

¹⁴⁹⁵ Ks. Radin 1993 s. 60–63 ja 80–83.

¹⁴⁹⁶ Ks. Abel 1990 s. 802–807.

¹⁴⁹⁷ Ks. Radin 1987 s. 1871–1887; Radin 1991 s. 347–350; Radin 1993 s. 59–62.

¹⁴⁹⁸ Ks. Radin 1993 s. 83–86; Zelizer 2005 s. 285–308.

Hallituksen esityksessä ei lue, että tilapäisen haitan korvaamisen tarkoituksena olisi tunnistaminen ja tunnustaminen¹⁴⁹⁹. Miksi suomalainen säännöstö voitaisiin järjestää tunnistamisen ja tunnustamisen funktion varaan? Poissulkevalla päätteyllä käy selväksi, että muutkaan funktioasetelmat eivät tule kyseeseen. Ne eivät tyydyttävällä selitellä, miksi tilapäisestä haitasta tulee maksaa korvausta. Korvauksen määrän arviointikaan ei saa mielekäästä kehystä. Tunnistaminen ja tunnustaminen sen sijaan sopii hyvin suomalaiseen säännöstöön.

Tilapäisen haitan korvaamisen tarkoituksena on *tunnistaa ja antaa vahingonkorvausoikeudellinen merkitys* tietyille, ihmisen elämässä relevanteiksi muutoksiksi tunnustetuille ilmiöille. Nämä ilmiöt ovat lääketieteellisesti määriteltyjä tapahtumia, joista lääketieteellisten käsitysten mukaan voi seurata tilapäistä haittaa. Tilapäistä haittaa korvataan, koska tilapäisen haitan kokemus on olennainen inhimillisen kokemuksen osa. Tilapäinen on haitta on todellista. Se halutaan tunnistaa myös oikeudessa, olkoonkin, että sen korvaaminen on ongelmallista ja vaikeaa.

Arviointikäytännöt on rakennettu saman teeman varaan. Koska ilmiö on itsessään todellinen – ja oikeudessa tunnistettu – sille halutaan antaa mielekäs merkitys. Tilapäisen haitan merkitys halutaan tunnistaa. Arviointi on rakennettu tunnustamisen varaan. Vaikka mitään luonnollista tapaa ei ole olemassa, arvioinnille on rakennettu viitekehys, joka voi tunnustaa tunnistetun ilmiön merkityksen. Tilapäisestä haitasta syntyy arviointikäytännöissä tarina, joka tunnistaa ja tunnustaa vahingon luonteen mielekkäällä tavalla.

Vakuutuksellisen rahankäyttötavan myötä syntyvä tilapäisen haitan teknologinen asetelma on eettisesti kestävä. Syntyvä käsitys ihmisyydestä, kokemuksista ja tilapäisen haitan seurauksista on perusteltu, olkoonkin, että olen esittänyt edellä ajoin rajuakin arvostelua hallituksen esityksessä valittua hyvin tiukkaa lääketiede- ja oikeuskytkentää kohtaan. Vakuutuksellinen korvaaminen antaa tilapäiselle haitalle mielekkään merkitykskehityksen.¹⁵⁰⁰ Sen avulla tilapäisen haitan merkitys voidaan tunnustaa.

¹⁴⁹⁹ Radinin tunnistamis- ja tunnustamisargumentti ei ole suinkaan tuntematon suomalaisessa kirjallisuudessa. Se on löytänyt tiensä jopa hallituksen esitykseen, tosin kärsimyskorvauksen yhteyteen: ”Lailla turvattu oikeus kärsimyskorvaukseen merkitsee vahvistusta sille, että tietynlaiset henkilöön kohdistuvat loukkaukset ovat yhteiskunnan näkökulmasta moitittavia, sekä sitä, että yhteiskunnan puolesta tunnustetaan tällaisista loukkauksista uhrille aiheutuva kärsimys” (Ks. HE 167/2003 vp s. 22).

¹⁵⁰⁰ Psykkisistä henkilövahingoista seuraavan tilapäisen haitan hahmottaminen on aito määrittelyongelma. Hallituksen esityksessä omaksuttu käsitys, jonka mukaan psyykinen ”tilapäinen haitta” on periaatteessa tunnistettavissa vain lääkäreiden ja heidän todistustensa avulla, on omiaan hämmentämään oikeustilaa.

Arvioinnin yksityiskohdista piirtyy esille tarkoituksenmukainen ja varsin perusteltu ihmiskäsitys – suhteessa tilapäiseen haittaan. Tässä ihmiskäsityksessä sitoudutaan yhdenvertaisuuteen ja ihmisyyden kunnioittamiseen. Ihmisiä kohdellaan korvausta määrättäessä ennen kaikkea tasavertaisesti ja yhdenvertaisesti. He ovat tilapäisen haitan edessä ennen kaikkea fysiologisesti hahmottuvia, biologisia olentoja, lajinsa edustajia, joita kaikkia koskevat samat luonnonlait. Toisaalta ihmiskuvan fysiologisuus johtaa siihen, että esimerkiksi sosiaalisiin, varallisuus- ja muihin henkilökohtaisiin eroavaisuuksiin, erityiseen kipu- tai mielenherkkyyteen tai aiempiin kokemuksiin ei kiinnitetä huomiota. Tällöin arviointi ei myöskään tunkeudu henkilön intiimille elämänalueelle. Ihmisen ei tarvitse paljastaa omia heikkouksiaan, pelkojaan tai yksityisiä mielteitään. Oikeudenkäynti ei myöskään nöyryytä vahingonkärsiä, kun se ei tee hänen kokemuksestaan julkista. Tilapäisestä haitasta esitetään todistelua pääasiassa lääkäri- le, jonka lääketieteellinen lausunto – reduktio yksilön kokemuksista – ottaa oikeudenkäynnissä kokemuksen paikan. Henkilön ei ole välttämätöntä pyrkiä sanelustamaan kokemustaan oikeudenkäynnissä, kun vahingonkorvauksen määrän arviointi rakentuu ulkoisesti havaittavien ja kokemukseen vain välillisesti kiinnittyvien tekijöiden avulla.

Suora lääketiedekytkentä on – periaatteellisesta eettisestä hyväksyttävyydestä huolimatta – ongelmallinen seikka. Tärkeää olisikin, että tilapäinen haitta oikeudellistettaisiin, otettaisiin aidosti oikeudellisten käytäntöjen määriteltäväksi. Nyt pallo on liiaksi lääkäreillä. En suinkaan ole kiistämässä lääketieteen puhevaltaa tilapäisestä haitasta käytävässä keskustelussa. Päinvastoin. Lääketiede on hyvä keskustelukumppani, kun tilapäisen haitan luonteesta neuvotellaan. Se voi tuoda keskusteluun tärkeitä näkökohtia, kertoa oman kertomuksen siitä, mitä tilapäinen haitta on. Hallituksen esityksessä lääketieteeseen suhtaudutaan kuitenkin liian kunnioittavasti. Sen oletetaan tuottavan aina välttämättä totuutta, eikä vain yhtä polkuriippuvaista ja haurasta tarinaa, johon on tiivistynyt poliittisia valintoja ja ideologisia komplekseja siitä, miten maailmaa pitäisi ylipäätään hahmottaa.

Toiseksi vakuutuksellinen asetelma on toivottava rahan käytön suunnasta. Tunnistamisessa ja tunnustamisessa rahan ja tilapäisen haitan kokemuksen välille ei synny suoraan kvantitatiivista ekvivalenssiyhteyttä. Korvauksen määrän ja kokemuksen arvon ei väitetä olevan yhdenmukaisia. Tilapäisen haitan korvaamisen ymmärtäminen ja käsitteellistäminen vakuutuskorvaukseksi antaa korvaukselle käyttökelpoisen viitekehysten. Vakuutuksellisuuden korostaminen auttaa pysyttämään vahingonkorvausarvioinnin etäällä esimerkiksi kokemuksen ja rahan välille suoran kvantitatiivisen yhteyden luovista utiliteetti- ja substituuttiaргументeista. Kun hahmotamme, että tilapäisestä haitasta maksettava korvaus on itse asiassa vakuutuskorvaus ilman vakuutussopimusta, korvauksen määrän harkinta siirtyy vakuutusjärjestelyjen luomaan jo olemassa olevaan käsitteelliseen tilaan,

jossa ihmiset ovat oppineet ja tottuneet käyttämään rahaa ja ymmärtämään sen merkityksen aivan erityisellä tavalla.¹⁵⁰¹ Rahalla ei osteta hyödykkeitä, vaan yhteys kokemuksen ja rahan välillä jää epämääräisemmäksi, samaan tapaan kuin esimerkiksi elämän ja rahan välinen kytkentä henkivakuutuksissa. Vakuutusellinen merkityksenanto selittää korvaustasot ja suhteen korvattavan ilmiön ja rahan välillä. Tällaisessa korvaamisessa limittyvät toisiinsa symboliset, tunnistamiseen ja tunnustamiseen liittyvät seikat, kylmät taloudelliset tosiasiat, neuvottelemisen inhimillisestä kokemuksesta, yhdenvertaisuus ja solidaarisuus.

Jos tunnistamisen ja tunnustamisen tavoite omaksutaan tilapäisen haitan korvaamisen lähtökohdaksi, se on haaste henkilövahinkoasiain neuvottelukunnalle. Tunnistaminen ja tunnustaminen näyttäisivät edellyttävän koordinoitua ja tietoista korvaustasojen määrittelemistä. Tarvittaisiin keskustelua siitä, miten yhtäältä tilapäisen haitan todellisuus järjestyy, miten vahinkotapahtumat tulisi luokitella ja mikä olisi symbolisesti riittävä ja sovelias korvauksen määrä. Tunnistaminen ja tunnustaminen edellyttäisi, että asian ratkaisemista varten varta vasten kokoontunut elin pohtisi erilaisten ruumiinvammojen ja terveydentilan häiriöiden aiheuttaman tilapäisen haitan intensiteettiä ja pitkäkestoisuutta, suhdetta toisiinsa ja näistä todellisuuden ilmiöistä syntyvää skaalaa. Skaalan lisäksi tarvitaan tietysti absoluuttinen kiinnepiste: korvauksen ylä- ja alaraja.

Nyt tällaista keskustelufoorumia ei ole syntynyt. Arviointi jää kunkin oikeudenkäynnin osapuolten ja tuomareiden sisäsyntyisen eläytymis- ja kvantifioimiskyvyn varaan. Kunkin tuomari voi edistää omaa käsitystään soveliaista korvausmääristä ja -tasoista. Harkinta ja keskustelu hajautetaan yksittäisiin tapauksiin ja niissä tehtäviin ratkaisuihin. Vasta kaikkien tuomareiden toiminnan matemaattinen representaatio, kun yksittäisten ratkaisujen joukosta kasvavaa ”korvauskäytäntöä” analysoidaan tilastotieteellisin menetelmin, muuttaa hajanaisen keskustelun tulkittavaan ja ymmärrettävään muotoon. Tällainen joukkoälylle, keskittämättömälle, teknisvälitteiselle keskustelulle perustuva prosessi on nähdäkseni ongelmallinen. Keskustelun läpinäkyvyys ja eksplisiittisyys on huono. Yksittäiset numerot yhdistettyinä lääketieteellisiin korvauskäytännön raportointiluokkiin jäävät ainoiksi lausumiksi, joita tilapäisestä haitasta ja sen merkityksestä esitetään. Voidaankin sanoa, että keskustelua ei tällaisen järjestelyn toteuttamisen jälkeen ole. On vain loputon numeroiden tulva, josta kukaan ei ole vastuussa.

Tunnistamisen ja tunnustamisen tavoitteen myötä käy ilmi, että rahan käyttötapoja koskeva valinta on aina välttämättä eettinen ja poliittinen. *Rahan käyttötapoja ei voi löytää*, ne eivät odota luonnonlakien tavoin keksijäänsä. Tunnistamisen ja tunnustamisen argumentti ei ole ainoa, jossa laskentamenetelmät vaativat

¹⁵⁰¹ Ks. Hensler 2003 s. 451–455, jossa Hensler valottaa erilaisia rahan ja aineettoman vahingon suhteeseen liittyviä kysymyksenasetteluja.

tietoista kehittelyä. Se ei ole erikoistapaus.¹⁵⁰² Tunnistamisessa ja tunnustamisessa eettinen yhteys on kuitenkin silmiinpistävä. Ehdottamani tavoite tuo esille selkeästi sen seikan, että tilapäisen haitan korvaamisen tapoja hiottaessa joudutaan tunnustamaan oikeudelliseen päätöksentekoon liittyvä *ontologiapoliittinen* ulottuvuus. Pohdittaessa tilapäisen haitan korvaamista tunnustamis- ja tunnustamisjustifikaation pohjalta joudutaan tunnustamaan, että oikeus ei voi vain omaksumaan jotakin valmista käsitystä siitä, mitä tilapäinen haitta oikeasti on, koska meillä ei ole käsissämme oikeata käsitystä. Emme voi vetäytyä tieteen neutraalisti tuottaman empiirisen tiedon verhon taakse. Emme tiedä, mitä kipu pohjimmiltaan on. Emme tiedä, mitä psyykkisistä terveydentilan häiriöistä seuraava haitta on. Emme tiedä niitä mekanismeja, jotka määräävät, miten voimakkaina yksilöt esimerkiksi tilapäisen haitan tai toiminnanvajauksesta aiheutuvan haitan tuntevat. Omaksumisen ja ottamisen sijasta käsitys tilapäisestä haitasta täytyy rakentaa tietoisesti.

Kysymys kuuluukin, miten tilapäisen haitan arviointi rakennetaan. Tässä valinnassa kuvastuu oikeuden ontologiapoliittinen ulottuvuus. Kun rakennamme tapaa, jolla tilapäistä haittaa korvataan, tulemme rakentaneeksi myös – ehkä jopa luonnontieteellisille tai muille tieteellisille käsityksille rinnakkaista, ristiriitaista, täydentävää tai heijastelevaa – käsitystä inhimillisestä kokemuksesta, siitä mitä kipu ja särky ja tilapäinen haitta ovat. Tilanne on hankala. Eri tieteet puhuvat eri äänillä ja eri asioista. Edes luonnontiede ei ole varmalla pohjalla. Taloustiede ei tuota yhtäpitäviä vastauksia vaan ainoastaan metodisen sekamelskan, jossa kilpailevat keskenään eri lähestymistavat, eivät saman lähestymistavan keskenään ristiriitaiset sovellukset. Kun jo luonnontieteellinen tieto tilapäisen haitan luonteesta jättää arvailulle sijaa ja rahan käytön tieteelliset kuvaukset ovat hyvin kontingenteja, ainoaksi järkeväksi standardiksi arvioida erilaisia vaihtoehtoisia tilapäisen haitan arviointimenetelmiä jää kolmikohtainen kysymysluettelo:

- 1) Toimiiko menetelmä?
- 2) Onko se oikeudenmukainen?
- 3) Edellyttääkö ja luoko se ympärilleen sellaisen maailman, jossa haluaisimme elää?

¹⁵⁰² Olen pyrkinyt osoittamaan jo edellisissä kahdessa luvussa, että välittömien esine- ja henkilövahinkojen sekä liikevahingon korvauskäytäntöjen kehittämiseen liittyy eettisiä valintoja.

8. LUKU

Eettinen ja moraalinen korvaaminen

Tässä luvussa käsittelen kärsimyksen korvaamista. Kärsimys on uusi vahinkolaji. Se otettiin nykyisellä tavalla määriteltynä vahingonkorvauslakiin vuoden 2006 uudistuksen yhteydessä Kärsimys on systemaattisesti hankalassa asemassa. Se on aineetonta vahinkoa sans rival, korvausta loukkauksen uhrin ihmisarvon loukkauksesta ja tämän itsetunnon järkkymisestä. Tarkoituksena on vastata kahteen kysymykseen: mitä kärsimys on? Ja miten sitä korvataan?

Vahingonkorvauslain mukaan kärsimyksestä suoritetaan korvausta silloin, kun henkilön vapautta, rauhaa tai kunniaa, yhdenvertaisuutta tai henkilökohtaista koskemattomuutta on loukattu tai jos hänen ihmisarvoaan on vakavasti loukattu. Korvauksen määrä arvioidaan objektiivisilla perusteilla, ennen kaikkea teon laadun perusteella. Määrän arvioimiseen syntyy jännite: yhtäältä korvausaiheena ovat ne tunteet, jotka normaalisti eivät ole korvattavia, toisaalta määrän arviointi on erotettu kokonaan näiden tunteiden arvioimisesta. Ajattelen, että jälkimmäinen vaihtoehto on järkevämpi. Miksi?

Lähestyn asiaa kärsimyskorvauksen tarkoituksen kautta. Kärsimyskorvauksen määrän harkintaan ei voi saada johtoa pohtimalla kärsimyksen taloudellista arvoa tai miettimällä minkälaiset substituuttinautinnot olisivat riittäviä. Preventiotavoitekaan ei voi olla ohjenuorana. Rankaiseminen on funktiona periaatteessa mahdollinen, mutta kärsimyksen korvaamista ei kuitenkaan tarvitse järjestää rangaistusidean varaan. Löydän ratkaisun taas tunnustamisesta ja tunnistamisesta, mutta ympäristö on toinen kuin tilapäistä haittaa korvattaessa. Kärsimystä korvattaessa tunnustetaan ja tunnustetaan, että henkilö on joutunut vakavan loukkauksen uhriksi. Samalla ylläpidetään ja eksplikoidaan yhteisön moraalista järjestystä.

1 KÄRSIMYKSEN ONGELMA

Suomalainen vahingonkorvausoikeus siirtyi uudelle aikakaudelle 1.1.2006, kun henkilövahinkouudistus tuli voimaan. Uudistuksen myötä vahingonkorvauslakiin lisättiin uusi 5 luvun 6 §, jossa säädetään *kärsimyksen* korvaamisesta. Säännös kuuluu seuraavasti:

Oikeus korvaukseen loukkauksen aiheuttamasta kärsimyksestä on sillä:

- 1) jonka vapautta, rauhaa, kunniaa tai yksityiselämää on rangaistavaksi säädetyllä teolla loukattu;
- 2) jota on rangaistavaksi säädetyllä teolla syrjitty;
- 3) jonka henkilökohtaista koskemattomuutta on tahallaan tai törkeästä huolimattomuudesta vakavasti loukattu;
- 4) jonka ihmisarvoa on tahallaan tai törkeästä huolimattomuudesta vakavasti loukattu muulla, 1–3 kohdassa tarkoitettuihin loukkauksiin verrattavalla tavalla.

Korvaus määrätään sen kärsimyksen perusteella, jonka loukkaus on omiaan aiheuttamaan ottaen erityisesti huomioon loukkauksen laatu, loukatun asema, loukkaajan ja loukatun välinen suhde sekä loukkauksen julkisuus.

Säännöksessä tarkoitettu kärsimys on vahingonkorvauslain systematiikassa *uusi* vahinkolaji.¹⁵⁰³ Hallituksen esityksen mukaan kärsimys tulee erottaa henkilövahingosta: kärsimys ei ole henkilövahingon erityinen alatyyppe, vaikka onkin *henkilöön kohdistuva* vahinko. Kyse ei ole myöskään varallisuusvahingosta. Kärsimys on aineetonta, henkilöön kohdistuvaa vahinkoa. Sellaisena se on erityinen *sui generis* -vahinkolaji, joka asettuu perinteisen ja tavanomaisen vahinkojaottelun ulkopuolelle.¹⁵⁰⁴

Kärsimyskorvauksen ”uutuus” on toki hyvin suhteellista. Vanhan lain 5 luvun 6 §:ssä säädettiin, että henkilövahinkoa koskevia lain säännöksiä oli sovellettava myös kärsimyksen korvaamiseen. Kärsimystä puolestaan saattoi säännöksen mukaan aiheutua vapauteen, kunniaan tai kotirauhaan kohdistuneesta rikoksesta tai muusta näiden kaltaisesta rikoksesta. Kärsimys ei siis ollut tuntematon korvausaihe edes ennen vahingonkorvauslain säätämistä vuonna 1974. Sen systemaattinen asema oli kuitenkin epäselvä sekä ennen että jälkeen vahingonkorvauslain säätämistä. Kärsimys oli sekasikiö, poikkeus, jonka asemaa oli vaikeaa hahmottaa. Tämä heijastui myös doktriinissa. Suhtautuminen oli niuvaa.¹⁵⁰⁵ Korvausaihetta, korvauksen tarkoitusta ja sen arviointimenetelmiä koskeva ymmärrys oli vaihtelevaa. Erityisesti kärsimyskorvauksen suhde varallisuusvahinkoihin

¹⁵⁰³ Ks. HE 167/2003 vp s. 54.

¹⁵⁰⁴ Ks. HE 167/2003 vp s. 3. Ks. myös Mielityinen 2006 s. 189, jossa Mielityinen esittää kaavakuvan vahingonkorvauslain eri vahinkolajeista.

¹⁵⁰⁵ Ks. esim. Huhtamäki 1995 s. 62.

ja ns. psyykkisiin henkilövahinkoihin näyttää aiheuttaneen kirjallisuudessa ja erityisesti oikeuskäytännössä hämmennystä. Suomalaisessa kirjallisuudessa kärsimys luokiteltiin henkilövahinkojen ryhmään kuuluvaksi, vaikka muuta yhteistä sillä ei henkilövahinkojen kanssa ollutkaan.¹⁵⁰⁶ Kärsimyskorvauksen tuomitseminen ei nimittäin edellyttänyt terveydentilan häiriötä saati ruumiinvammaa.

Kärsimyskorvauksen historialliset juuret, erityisesti suhteessa juuri edellä mainittuihin *kärsimys*-termin lukuisiin käyttöyhteyksiin, ovat osittain selvittämättä ja hämärän peitossa.¹⁵⁰⁷ Vahingonkorvauslain säätämisen myötä kumottu rikoslain 9 luvun 2 §:n 3 kohdan sanamuoto oli sinällään selvä. Säännöksen mukaan vahingonkorvaukseksi luettiin myös hyvitys

”kiwusta ja särystä, taikka muusta wiasta tai muusta pysyväisestä haitasta: sekä myöskin kärsimisestä, jonka waikuttanut wäkininmakaaminen, wapauden kadottaminen tahi muu senkaltainen syy”.

Kärsiminen näyttää jo sanamuodon mukaan erottuvan tilapäisestä haitasta ja muusta *ruumiillisesta* aineettomasta vahingosta. Sanojen valinnalla lienee säädestä valmisteltaessa tarkoitettu sitä, että kärsimisessä korvausta tulee maksaa jonkinlaisesta *henkisestä kärsimyksestä*¹⁵⁰⁸. Kärsimyksessä oli kysymys tunteista ja tuntemuksista, ilmeisestikin erotuksena ruumiillisista aistimuksista, joista maksettiin korvausta kivun ja säryn ja vian ja pysyvän haitan perusteella¹⁵⁰⁹. Sanontaa voisi tulkita siten, että kärsimyksessä on kysymys tunteiden ja loukkausten korvaamisesta, ei ruumiillisten tuntemusten hyvittämisestä.¹⁵¹⁰ Tällaisenkin,

¹⁵⁰⁶ Ks. esim. Saxén 1975 s. 84–87; Routamo – Hoppu 1977 s. 189. Vrt. kuitenkin Routamo – Ståhlberg 1995 s. 270–271, jossa kärsimyksen tarkastelemiselle ei enää uhrata juurikaan palstatilaa.

¹⁵⁰⁷ Suomalaisen vahingonkorvausoikeuden historiaa tutkinut Antti Kivivuori ei selvitä asiaa tarkasti. Muutoinkin Kivivuoren perinpohjainen ja ansiokas esitys rajautuu rikoslain säätämistä edeltäneeseen aikaan. (Kivivuori 1969). Sisula-Tulokas (Sisula-Tulokas 1995 s. 9–15) tyytyy niin ikään samankaltaisiin hajahuomioihin kuin tässäkin tutkimuksessa seuraavaksi esitetään. Ks. myös Brusiin 1953; Kämäräinen 1962; Tiilikka 2007.

¹⁵⁰⁸ Ks. asian käsittelystä oikeudellisessa kirjallisuudessa esim. Brusiin 1953 s. 38 ja ajattelutavan välittömästi kyseenalaistaen Sisula-Tulokas 1995 s. 11–12.

¹⁵⁰⁹ Tilanne ei ole täysin tältä osin täysin selvä. Korvausaiheena vika ja muu pysyväinen haitta ei säilyttänyt sille rikoslain säännösten pohjalta hahmottuvaa varsin rajoittavaa tulkintaa. Pysyvän kivun ja säryn lisäksi korvattavana on pidetty esim. arpien aiheuttavaa kosmeettista haittaa, ”haittaa sosiaalisessa kanssakäymisessä”, psyykkistä kärsimystä ja alemmuuden tunnetta. Ks. Brusiin 1953 s. 27–28; Hakulinen 1958 s. 365; Saxén 1975 s. 81; Arti 1981 s. 113. Alkuaikojen doktriinikehityksestä ks. esim. Sisula-Tulokas 1995 s. 12.

¹⁵¹⁰ Ks. esim. Saxén 1975 s. 81. Saxén tosin toteaa, että mitään syytä näin rajoittavan tulkinnan ylläpitämiseen ei ole, vaan esimerkiksi psyykkisestä eli ilman fyysistä vammamekanismia syntyneestä henkilövahingosta tulisi maksaa korvausta.

hyvin varmalta vaikuttavan johtopäätöksen tekeminen saattaa kuitenkin olla uskallettua. Kovin selvää ei nimittäin ole, mitä lakia säädettyä tarkoitettiin.¹⁵¹¹

Kaiken kaikkiaan rikoslain 9 luvun 2 pykälän 3 momentin sisällön rekonstruoinen on hankala tehtävä. Jo säännöksen perusidea on ongelmallinen. Kärsimyksen korvaaminen on mahdollista vain silloin, kun sen on aiheuttanut nyky-aikaista terminologiaa käyttäen seksuaaliseen itsemääräämisoikeuteen kohdistuva rikos tai ”vapauden kadottaminen” tai muu sen kaltainen syy. Kovin paljoa pidemmälle ei voida päästä, sillä säännöksen sanonta on hyvin avointa ja säästeliästä.¹⁵¹² Kaikkia kolmea tapausryhmää voidaan tulkita niin haluttaessa laajasti, mutta yhtä lailla mahdollista on tyytyä hyvin suppeaan tulkintaan.¹⁵¹³ Rikoslakivaliokunta totesi mietinnössään, että tarkoituksena oli rajoittaa säännöstä ainakin niin, että se kattaa vain sen aikaisen rikoslain 25 luvussa kriminalisoidut teot.¹⁵¹⁴

Tärkeää on huomata eräs merkittävä poikkeus nykyiseen sääntelyyn nähden. Ruotsin vastaavasta säännöksestä ja vuoden 1875 rikoslakiehdotuksesta poiketen perättömästä ilmiannosta tai kunnianloukkauksesta ei säännöstekstin sen enempää kuin rikoslakivaliokunnan mietinnön eksplisiittisen kannankaan mukaan seuraa velvollisuutta korvata aiheutunut kärsimys.¹⁵¹⁵ Tähän rajaukseen liittyvät valiokunnan mietinnön mielenkiintoiset passukset. Rajauksen perustelut ovat suorastaan kryptiset. Tärkein syy näyttää olleen, että kunnianloukkausrikoksista aiheutuvan vahingon arviointiin havaittiin liittyvän ilmeinen mielivallan vaara:

”det rent psykiska lidande, som tillskyndas genom nyssnämnda brott, är alltför obestämt för att utan en mer eller mindre godtycklig prövning kunna i pengar uppskattas.”¹⁵¹⁶

Valiokunta jatkoikin, että juuri kunnianloukkausrikosten kytkös ihmisen ”sielulliseen arvoon” tekee niistä hankalia. Mietinnössä todetaan, että vahingonkorvaus, jos sitä maksettaisiin kunnianloukkauksesta, ”alldeles förlorar den bestämdhet i kvantitativ hänseende, som för fastställandet af ett skadestånd är af nöden”¹⁵¹⁷. Toisaalta pelättiin kunnianloukkauksenteiden tulvaa, jos vahingonkorvaussanktio antaisi taloudellisen kannustimen nostaa tällaisia kanteita.¹⁵¹⁸

¹⁵¹¹ Ks. Brusiin 1953 s. 27–29.

¹⁵¹² Ks. Brusiin 1953 s. 27–29.

¹⁵¹³ Ks. Brusiin 1953 s. 27–29.

¹⁵¹⁴ Ks. s. 39–40.

¹⁵¹⁵ Ks. s. 39–40.

¹⁵¹⁶ Ks. s. 39.

¹⁵¹⁷ Ks. s. 39–40.

¹⁵¹⁸ Ks. s. 39–40.

Kvantitatiivisiin arviointivaikeuksiin viittaavat perusteluyritykset herättävät useita kysymyksiä. Mikä on säännöksessä luetelluista kriminalisoiduista teoista seuraavan kärsimyksen ja kunnianloukkauksesta seuraavan kärsimyksen ero? Miten kunnianloukkauksen aiheuttama vahinko eroaa laskettavuudeltaan ja arvioinniltaan esimerkiksi raiskauksesta seuraavasta vahingosta? Mietinnössä vastataan tähän kysymykseen vain osittain: raiskauksesta syntyvällä vahingolla on läheinen yhteys ruumiilliseen kärsimykseen. Raiskauksessa syntyy tavallisesti jonkinlaisia haavaumia ja vioittumia, ”leesioita”.¹⁵¹⁹ Miten leesioista seuraava kärsimys sitten poikkeaa puhtaasta henkisestä kärsimyksestä, jää täysin avoimeksi.

Leesioiden todennäköinen syntyminen ei voi auttaa vahingonkorvauksen arvioimisessa erityisesti, kun kivusta ja särystä määrättiin maksettavaksi korvausta samaisessa lain säännöksessä. Kärsimyksen korvaamisen on viitattava johonkin muuhun kärsimykseen kuin ruumiillisiin tuntemuksiin. Erotteluperusta ei tunnu pitävän edes raiskausten tai muiden seksuaalisen itsemääräämisoikeuden loukkausten osalta. Sama pätee ”vapauden kadottamista” ylipäätään. Ainoa järkevä tulkinnallinen mahdollisuus pelastaa argumentaatiolinja olisi olettaa, että vapauteen kohdistuvien rikosten yhteydessä syntyy erilaisia leesioita.¹⁵²⁰

Mitä rikoslakivaliokunnan mietinnön jälkeen tapahtui? Kärsimyskorvaus näyttää jääneen taka-alalle pitkäksi aikaa. Korkein oikeus ei ottanut säännöksen tulkintaan kantaa itsenäisyyden ensimmäisten vuosikymmenien aikana.¹⁵²¹ Kirjallisuudessa ensimmäiset kärsimystä perinpohjaisesti käsittelevät esitykset ovat 1940-luvulta.¹⁵²² Suuri kysymys näyttää tuossa vaiheessa olleen, oliko kunnianloukkauksen aiheuttama kärsimys korvattavaa.¹⁵²³ Ainakin 1960-luvulle asti kunnianloukkauksesta aiheutuneen kärsimyksen korvaamiseen suhtauduttiin varsin torjuvasti.¹⁵²⁴ Kokeneet asianajajat tiesivät olla vaatimatta korvausta kun-

¹⁵¹⁹ Ks. s. 39.

¹⁵²⁰ Ks. valiokuntamietinnöstä myös Kämäräinen 1962 s. 462–464.

¹⁵²¹ Finlex-tietokannassa ensimmäinen korkeimman oikeuden aineetonta vahinkoa koskeva ratkaisu, jossa esiintyy sana kärsiminen tai kärsimys, on vuodelta 1950. Ratkaisussa KKO 1950 II 201 koiran omistaja veloitettiin maksamaan korvausta, kun koiran puremasta oli jäänyt naisen alaleukaan pysyvä ulkonäköä rumentava arpi.

¹⁵²² Yleisesityksissä asiaa sivutaan. Esityksistä on syytä mainita esim. Forsman 1893 s. 131; Grotenfelt 1913 s. 260; Ekström 1921–24 s. 10–11; Serlachius 1927 s. 90; Sipilä 1936 s. 9–12. Varsinaisesti aineetonta vahinkoa nimenomaisesti käsitelleistä esityksistä ks. Alanen 1941; Palme 1947; Nybergh 1951.

¹⁵²³ Ks. Alanen 1941 s. 12; Brusiin 1953 s. 50–52; Kämäräinen 1962.

¹⁵²⁴ Ks. Grotenfelt 1913 s. 261; Alanen 1941 s. 17; Brusiin 1953 s. 50–52; Kämäräinen 1962 s. 464; Godenhjelm 1969 s. 418; Saxén 1975 s. 85. Vrt. kuitenkin Forsman 1893 s. 131–133; Hakulinen 1958 s. 366; Kivimäki – Ylöstalo 1973 s. 506, joissa kaikki kolme toteavat, että tuomioistuimien voi tuomita korvausta kärsimyksestä myös kunnianloukkauksen perusteella. Kämäräinen 1962 s. 468–476 päättyy lopulta samalle kannalle.

nianloukkauksesta, kertoi Brusiin.¹⁵²⁵ Jossakin vaiheessa suhtautuminen kuitenkin muuttui. On epäselvää, lähtikö muutos tuomioistuimista. Saxén näyttää ajattelevan, että oikeuskäytäntö muuttui vaivihkaa. Kunnianloukkaustapauksissa tuomittiin korvausta kärsimyksestä alun perin vain silloin, kun kunnianloukkauksesta seurasi vahingonkärsijälle vaikeasti näytettävää varallisuusvahinkoa.¹⁵²⁶ Hiljalleen aineellinen liukui aineettomaksi. Lopulta siirryttiin myös varsinaisen aineettoman vahingon korvaamiseen.¹⁵²⁷ Transformaatioprosessi eteni niin pitkälle, että vahingonkorvauslakia koskevaan hallituksen esitykseen saatettiin jo kirjata seuraava lausuma:

”Mutta on kuitenkin muitakin kuin henkilövahingon aiheuttamista merkitseviä tekoja, joista seuraa loukatulle kärsimys, minkä korvaamista on pidettävä asianmukaisena. Sellaisia tekoja ovat erityisesti vapauteen, kunniaan tai kotirauhaan kohdistuvat rikokset. Tämä on otettu huomioon rikoslain 9 luvun 2 §:n 3 kohdassa, jonka mukaan korvausta on suoritettava kärsimisestä, minkä on aiheuttanut väkisinmakaaminen, vapauden kadottaminen tahi muu sen kaltainen syy. Vahingonkorvauslain saattaminen tältä osin voimassa olevaa oikeutta vastaavaksi edellyttää asiaa koskeva erityissäännöstä. Tällainen ehdotetaan otettavaksi lain 5 luvun 6 §:ään. Sen mukaan olisi vahingonkorvauslain henkilövahinkoa koskevia säännöksiä sovellettava myös sen kärsimyksen korvaamiseen, jonka on aiheuttanut vapauteen, kunniaan tai kotirauhaan kohdistunut taikka muu sen kaltainen rikos.”¹⁵²⁸

Toinen ongelmakohta oli pitkään henkisen kärsimyksen korvaaminen silloin, kun kärsimystuntemuksella ei ollut suoranaista yhteyttä fyysiseen henkilövahinkoon. Asetelma kulki pitkään *shokkivahingon* tai *traumaneuroosin* nimellä¹⁵²⁹. Oli niin, että joissakin vahinkotilanteissa vahingonkärsijä tai esimerkiksi henkilövahingon läheinen saattoi kokea hyvin voimakkaita tuntemuksia. Pahimmissa tapauksissa vahingonkärsijän tai tämän läheisen mielenterveys saattoi järkkyyä. Vahingonkärsijälle saattoi syntyä läheisesti henkilövahinkoa muistuttava seuraus ilman minkäänlaista fyysistä muutosta. Kuten Jan Hellner totesi, psyykkisiin muutoksiin oli tavanomaisesti suhtauduttu vahingonkorvausoikeudessa varsin varovaisesti.¹⁵³⁰ Jos lääkärintodistusta ei ollut, psyykkisen tilan muutos jäi vain epämääräisiksi tuntemuksiksi.

Traumaneurooseja ja shokkivahinkoja on pidetty ongelmallisina osin jo siitä syystä, että on ajateltu, että kukin on vastuussa omista tunteistaan ja mielenliik-

¹⁵²⁵ Ks. Brusiin 1953 s. 48–49.

¹⁵²⁶ Ks. Saxén 1975 s. 84–86.

¹⁵²⁷ Ks. esim. Kämäräinen 1962 s. 463–475; Tiilikka 2007 s. 294.

¹⁵²⁸ HE 173/1973 vp s. 25.

¹⁵²⁹ Suomessa asiasta seikkaperäisin esitys on Saxénin *Skadeståndsrättissä* (Saxén 1975 s. 64–69).

¹⁵³⁰ Ks. Hellner 1993 s. 454.

keistään. Toisaalta psyykkistä henkilövahinkoa on ollut helppoa simuloida ja liioitella. Kärsimyksen suhde terveydentilan häiriötä lähentyviin psyykkisiin muutoksiin onkin ollut jatkuva hämmennyksen lähde. Pitkään oli epäselvää, edellyttikö kärsimyksen korvaaminen erityisiä psyykkisiä, lääketieteellisesti tunnistettavia muutoksia vai oliko korvausaiheessa kyse vain yleisesti tuntemuksista. Samoin oli epäselvää, korvattiinko näissä tilanteissa kipua ja särkyä vahingonkorvauslain 5 luvun 2 §:n perusteella vai henkistä kärsimystä 6 §:n nojalla.¹⁵³¹

Oikeuskäytännössä kärsimys-termiä onkin aikaisemmin käytetty kuvaamaan esimerkiksi ruumiinvammaan liittyvän psyykkisen terveydentilan häiriön aiheuttamaa kipuun ja särkyyn vertautuvaa vahinkotyyppiä. Tällaisena kärsimys oli kipua ja särkyä ilman fyysisenä, hermostollisena tuskana materialisoituvaa kipua ja särkyä. Tällöin oli hieman vaihtelevasti puhuttu ”kipuun ja särkyyn rinnastuvasta” tai ”kipuun ja särkyyn verrattavasta” kärsimyksestä.¹⁵³² Joskus on myös tuomittu korvausta kivusta ja särystä, vaikka kyseessä onkin ollut puhtaasti psyykkinen muutos. Näin kävi esimerkiksi ratkaisussa KKO 1980 II 98, jossa A oli joutunut ryöstöryityksen kohteeksi. Toinen nuorempi henkilö oli ”piirittänyt hänet”, mutta A oli onnistunut pakenemaan. Korkeimman oikeuden ratkaisussa ei mainita A:n saaneen ruumiinvammaa. A oli vain muuttunut levottomaksi ja nähnyt toistuvasti painajaisunia. Eräässä toisessa tapauksessa korkein oikeus viittaa henkiseen järkytykseen vahingonkorvauslain 5 luvun 2 §:n nojalla korvattavana vahingolajina. Tapauksessa järkytystila oli syntynyt osittain pahoinpitelyn jälkitilana.¹⁵³³ Ratkaisussa KKO 1998:67 puolestaan kysymys oli puhtaasta shokkivahingosta. Äiti oli menettänyt lapsensa rattijuopon ajettua näiden yli linja-autopysäkillä. Korkein oikeus totesi ykskantaan, että auton kuljettaja oli menettelyllään syyllistynyt *vammantuottamukseen* eli tämä oli aiheuttanut yli-ajetun äidille henkilövahingon. Koska äidille oli syntynyt psyykkinen henkilöva-

¹⁵³¹ Ks. Saxén 1975 s. 66–68. Saxén esittää, että ruumiinvammaan liittyvästä psyykkisestä henkilövahingosta tulee aina maksaa korvausta. Tilanne on sama, jos vahingonaiheuttaja on tahallisesti pyrkinyt järkyttämään vahingonkärsijää, vaikka fyysistä väkivaltaa ei olisi käytettykään. Jos henkilöllä on ollut syytä pelätä esimerkiksi henkensä tai ruumiillisen koskemattomuutensa vakavaa loukkaamista, psyykkisestä henkilövahingosta tulisi niin ikään tuomita korvausta kivusta ja särystä. Myös henkilövahingon kärsijän läheiselle tulisi tuomita korvausta, jos hän kärsii psyykkisen henkilövahingon jouduttuaan todistamaan läheisensä kuoleman tai tähän kohdistunutta väkivallantekoa. Tärkeää on huomata, että Saxén puhuu johdonmukaisesti psyykkisestä henkilövahingosta ja siitä maksettavasta aineellisesta ja aineettomasta korvauksesta. Kärsimyksen korvaaminen vahingonkorvauslain 5 luvun 6 §:n perusteella on asia erikseen.

¹⁵³² Tällaisia tapauksia, joissa on tuomittu korvausta kipuun ja särkyyn rinnastuvasta tai vertautuvasta kärsimyksestä ovat esimerkiksi KKO 2003:76, KKO 2005:54, KKO 1998:79, KKO 1998:80, KKO 2005:55, KKO 1999:102 ja KKO 2002:110.

¹⁵³³ Ks. KKO 1982 II 6.

hinko, hänelle voitiin tästä syystä tuomita korvausta kipuun ja särkyyn verrattavasta henkisestä kärsimyksestä.

Ruotsissa lisättiin vuoden 2006 lokakuussa sikäläiseen brottsskadelagiin (1978:413) uusi 4 a § (2006:933), jonka mukaan ”brottsskadeersättning betalas till ett barn som bevittnat ett brott som varit ägnat att skada tryggheten och tilliten hos barnet i dess förhållande till en närstående person.” Korvauksen määrä tulee saman lain 11 §:n mukaan arvioida kohtuuden mukaan. Korvausta tulee maksaa aivan riippumatta siitä, onko lapselle aiheutunut henkilövahinko. Riittää, että hänen perusturvallisuuden tunteensa on järkkynyt. Korvaus suoritetaan valtion varoista.¹⁵³⁴

Erityisesti viime vuosikymmeninä kipuun ja särkyyn verrattavalla kärsimyksellä ei ole ollut juuri tekemistä varsinaisen 5 luvun 6 §:ssä tarkoitetun kärsimyksen kanssa, vaikka käytetty termi toki on ollut sama. Vanhan lain aikana kärsimyksen eri merkitykset kuitenkin sekoittuivat osittain toisiinsa, ja oikeustila oli aina henkilövahinkouudistukseen asti osin epäselvä.¹⁵³⁵ Edes korkein oikeus ei omassa prejudikatuurissaan pitänyt kärsimystä ja tilapäistä haittaa tiukasti erossa toisistaan. Kärsimys liukui kohti psyykkistä henkilövahinkoa siten, että lopulta oli äärimmäisen vaikeaa enää päätellä, miten korkeimmassa oikeudessa hahmotettiin käsitteiden täsmällinen sisältö.¹⁵³⁶

Eräs 1980- ja 1990-luvun oikeuskäytännössä selkeästi näkyvissä oleva käsitteellinen rajalinja nousee aidon shokkivahingon ja normaalin henkisen kärsimyksen, jota ei ilman vahingonkorvauslain 5 luvun 6 §:n korvausedellytysten täyttymistä voida korvata, väliin. Esimerkiksi ratkaisuissa KKO 1984 II 122 ja KKO 1977 II 104 korkein oikeus hykäsi läheisten vaatimukset siitä, että läheisen kuoleman aiheuttanut henkilö tulisi määrätä suorittamaan vahingonkorvausta aiheuttamastaan kärsimyksestä. Toisaalta ratkaisuissa KKO 1983 II 8 ja KKO 1998:67 hyvin samankaltaiset vaatimukset hyväksyttiin. Ensin mainitussa ratkaisussa korkein oikeus totesi, että lapsen surmaamisella oli tarkoitettu aiheuttaa kärsimystä äidille. Vahinko oli näin välitön eikä välillinen. Jälkimmäisessä ratkaisussa puolestaan äidin järkytys oli niin voimakas, että siitä syntyi henkilövahinko.

Henkirikoksen uhrien läheisten kärsimyksen – silloin, kun psyykkistä henkilövahinkoa ei syntynyt¹⁵³⁷ – korvauskelvottomuus oli pitkään suomalaisen järjes-

¹⁵³⁴ Ks. tarkemmin Prop. 2005/06:166.

¹⁵³⁵ Ks. Sisula-Tulokas 1995 s. 87–100.

¹⁵³⁶ Ks. liukumasta ratkaisut KKO 1950 II 201, KKO 1953 II 15, KKO 1957 II 39, KKO 1975 II 37, KKO 1975 II 38, KKO 1977 II 70, KKO 1980 II 3, KKO 1980 II 94.

¹⁵³⁷ Jos surmatun läheinen ei ollut läsnä surmatun kuollessa, shokkivahinkoa ei välttämättä ole katsottu syntyneen, koska shokkitilaa on pidetty liian etäisenä vahinkoseurauksena. Ks. Saxén 1975 s. 68.

telmän häpeäpilkku. Vahingonkorvauslain 5 luvun 4 a § onkin vahingonkorvauslain 5 luvun 6:ää korvausaiheeltaan läheisesti muistuttava säännös. Sen perusteella korvataan surmatun läheiselle kärsimys, jota läheinen kokee.¹⁵³⁸ Korvaus edellyttää, että surmatun kuolema oli aiheutettu joko tahallisesti tai törkeän tuotamuksellisesti. On aiheellista rinnastaa vahingonkorvauslain 5 luvun 6 § ja 5 luvun 4 a § siten, että 5 luvun 6:ssä säädetään yleisestä kärsimyksen korvaamisen velvollisuudesta ja 5 luvun 4 a § on erityistapaus, jossa tuo suoja ulotetaan tietyin edellytyksin koskemaan myös kolmatta eli sellaista henkilöä, joka ei ole itse kärsinyt vahinkoa. 5 luvun 4 a § on siis vain lisäys yleiseen pääsääntöön, jolla oikeus kärsimyskorvaukseen ulotetaan koskemaan myös kolmansia.¹⁵³⁹ Kielenkäyttö on tässä suhteessa ongelmallista: kun korvausta maksetaan symbolisella perusteella, varsinaista vahinkoa ei edes edellytetä syntyvän.

Vahingonkorvauslain 5 luvun 4 a §:ää koskevan oikeuskäytännön arvo tulevan tuomioistuintoiminnan ohjaamisessa lieenee kaiken kaikkiaan merkittävämpi kuin lukuisat kunnian- ja yksityiselämän loukkauksia koskevat ratkaisut. Tällöin täytyy kuitenkin muistaa, että uuden lain näkökulmasta eräät tuomioistuinratkaisut, etunenässä KKO 2004:2 ja 2004:3, eivät enää ole välttämättä perusteltavissa. Ratkaisut nimittäin perustuvat ns. shokkivahinkoajatukselle. Siinä henkilön täytyy tosiasiaa kärsiä välittömästi. Vimeistään uuden laina myötä kärsimyskorvauksen ja kokemuksellisuuden tulisi olla niin etäällä toisistaan, että shokkivahinkoajattelusta olisi syytä luopua. Erityisesti Jenny Antila on kritisoinut ratkaisuja siitä, että korkeimman oikeuden ratkaisut eivät olleet linjassa edes vanhan lain 5 luvun 4 a §:n esitöiden normatiivisesti hyvin perusteltujen kantojen kanssa.¹⁵⁴⁰

Mikä henkilövahinkouudistuksessa kärsimyksen kannalta oli olennaista? Väitän, että uudistuksen tärkeimpänä tavoitteena on ollut erottaa kärsimyksen ja tilapäisen haitan korvaaminen toisistaan.¹⁵⁴¹ Tässä suhteessa kyse on vahingonkorvausoikeuden yleisten oppien muutoksesta. Perinteistä tapaa hahmottaa kärsimystä

¹⁵³⁸ Pikemminkin kysymys on teon ominaislaadun arvioinnista. Vahingonkorvauslain 5 luvun 4 a §:ssä tarkoitettu arviointi poikennee kuitenkin jonkin verran normaalista 5 luvun 6 §:n mukaisesta kärsimyksestä. Säännöstä valmistelleessa hallituksen esityksessä todettiin, että kärsimyksessä suoritettavan korvauksen keskeisenä tarkoituksena on helpottaa surutyön tekemistä ja auttaa surevaa selviytymään läheisen äkillisestä menettämisestä johtuvasta elämäntilanteen yllättävästä muutoksesta. Korvauksella läheinen voi esimerkiksi kattaa asiantuntija-avusta aiheutuvia kustannuksia sekä rahoittaa ansiotyöstä pidettävää ylimääräistä vapaa-aikaa. (HE 116/1998 vp s. 8 ja 10). Perustelut kiinnittyvät voimakkaasti todellisten kustannusten korvaamisen ajatukseen. Tunnistamisen ja tunnustamisen tavoitteen kannalta luontevampi vahingonkorvausarvioinnin skeema vaikuttaisi kuitenkin olevan läheisen menetyksen merkityksen viestittäminen. Tällöin ensisijassa vahingonkorvauksen määrään vaikuttaisivat sekä surmatun läheisen suhteen läheisyys ja kiinteytys että myös se, miten moitittavana surmaajan tekoa voidaan pitää.

¹⁵³⁹ Ks. esim. Hemmo 2005b s. 192–193; Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006 s. 393–394.

¹⁵⁴⁰ Ks. Virtanen 2004 s. 712–713.

¹⁵⁴¹ Ks. HE 167/2003 vp s. 14.

on pyritty muuttamaan aikaisemmasta.¹⁵⁴² Kärsimyksen korvaaminen saa entistä selkeämmin symbolisen merkityksen. Kun tilapäisen ja pysyvän haitan korvaaminen on kiinnitetty entistä selvemmin lääketieteelliseen arvioon henkilövahingon luonteesta, kärsimyskorvaus irtoaa viimeisistäkin siteistä lääketieteellisesti tunnistettavien kokemusten korvaamiseen. Lääketieteellä ja sen käsityksellä ihmisen kokemuksista ei ole enää merkitystä kärsimyksen arvioinnissa. Arviointi normatiivistetaan ja siirretään oikeudelliseksi. Sama kehitys kulkee myös päinvastaiseen suuntaan. Tilapäinen ja pysyvä haitta pyritään puhdistamaan moraalisista ja teon moitittavuuteen liittyvistä arviointitekijöistä.

Hyvä esimerkki uudistuksen jälkeisen oikeustilan aikana kyseenalaisesta ratkaisusta on KKO 2003:123. Tapauksessa A oli murhannut entisen vaimonsa B:n uuden miesystävän C:n ja käsitellyt tämän ruumista pahennusta herättävällä tavalla. B vaati A:lta korvausta sekä vahingonkorvauslain 5 luvun 2, 4 a että 6 §:n nojalla. Korkein oikeus katsoi, että ”A:n menettely muodostaa kotirauhan rikkomisella alkaneen ja hautarauhan rikkomiseen päättyneen yhtenäisen, B:n henkilövahingon kaikkiaan aiheuttaneen kokonaisuuden. Korvaus kärsimyksestä on tässä tapauksessa parhaiten arvioitavissa kokonaisuutena, eikä kotirauhan rikkomisena ja laittomana uhkauksena toteutuneesta loukkauksesta Korkeimman oikeuden harkinnan mukaan jää erikseen määrättäväksi vahingonkorvauslain 5 luvun 6 §:n nojalla korvausta kärsimyksestä.”

Tämä seikka saattaa jäädä soveltamiskäytännössä huomiotta, koska edellistä käytännössä merkittävämpänä uudistuksena voidaan pitää sitä, että kärsimyskorvausta voidaan tuomita nyt suoritettavaksi entistä useamman teon perusteella ja siten entistä useammin. Muun muassa henkeen ja terveyteen kohdistuvat rikokset laukaisevat uudessa laissa velvollisuuden suorittaa korvausta kärsimyksestä. Vanhan lain säännös oli soveltamisalaltaan varsin rajoitettu ja poikkeussäännöksen luonteinen. Nyt se on kokenut muodonmuutoksen. Siitä on tullut keskeinen ja yleisesti sovellettava.

Tästä näkökulmasta onkin nähdäkseni vaikeaa arvioida, minkälaista ohjaavaa vaikutusta oikeustapauksilla, joissa vanhan lain mukaisesti on tuomittu korvausta kipuun ja särkyyn verrattavasta kärsimyksestä, voi olla uuden oikeustilan kannalta.¹⁵⁴³ Olisin taipuvainen ajattelemaan, että näitä tapauksia voidaan käyttää aineistona vain, kun arvioidaan tilapäisen haitan määrää.

Uudistuksen kolmannen merkittävän siirron tarkka vaikutus on edellisiä vaikeammin hahmotettavissa. Uudistuksen myötä suomalaisen vahinkojen korvaamisen kentälle ilmaantuu uusi toimija: henkilövahinkoasiain neuvottelukunta,

¹⁵⁴² Väite vaikuttaa ristiriitaiselta, sillä hallituksen esityksessä todetaan, että oikeustilan ei pitäisi muuttua.

¹⁵⁴³ Vrt. esim. Hemmo 2005b s. 185.

joka sai tehtäväkseen sekä seurata että ohjata henkilövahinkoja koskevaa oikeus- ja korvauskäytäntöä (jakso 8). Juuri kärsimyskorvaus lienee neuvottelukunnan tärkein ohjaus- ja sääntelykohde. Kärsimyskorvaussuositusten laatiminen lienee myös vaikein neuvottelukunnan tehtävistä. Ennen uudistusta vahingonkorvauksen tuomitseminen vahingonkorvauslain 5 luvun 6 §:n perusteella oli varsin harvinaista. Korvattavia vahinkotapahtumia pidettiin myös siinä määrin erikoislaatuina ja vaihtelevina, että standardisoinnin ja taulukoinnin ei ajateltu olevan mahdollista.¹⁵⁴⁴ Neuvottelukunnan tulisi kuitenkin mandaattinsa mukaan tällaiset suositukset laatia. Kärsimyskorvauksen epistemologisesta ominaislaadusta johtuen tämä tehtävä voi osoittautua peräti mahdottomaksi. Palaan tähän seikkaan jäljempänä.

Neljäs kärsimyskorvauksen ongelma liittyy joukkotiedotukseen ja siinä tehtyihin kunnianloukkausrikoksiin. Aikaisemman lain aikaisessa oikeuskäytännössä oli selkeästi havaittavissa, että tapauksiin, joissa joukkotiedotusvälineissä oli loukattu jonkun kunniaa ja yksityiselämän suojaa, suhtauduttiin varsin ankarasti.¹⁵⁴⁵ Näistä rikoksista tuomitut vahingonkorvaukset eivät tunnu asettuvan samalle skaalalle muiden rikosten johdosta kärsimyksestä tuomittujen korvausten kanssa, saati sitten tilapäisestä haitasta maksettujen korvausten kanssa. Tilanne on ongelmallinen erityisesti henkilövahinkoasiain neuvottelukunnan toiminnan kannalta. Jos neuvottelukunta seuraa tehtävänantoaan ja pidättäytyy oikeuspoliittisista pohdintoista, se joutune ”suositamaan”, että kunnian- ja yksityiselämän loukkauksista tulee tuomita suurempi kärsimyskorvaus kuin esimerkiksi raiskauksen uhrille. Tällaista ratkaisua tuskin tultaisiin kiittämään joukkotiedotusvälineissä. Kaiken lisäksi se lienee vahvasti yleisen oikeustajunnan vastainen.

Lienee hyvin vaikeaa uskottavasti perustella, miksi väkivaltaisen raiskauksen uhri kokisi vähemmän kärsimystä kuin esimerkiksi kansanedustaja, jonka aviomiehen poliisin kanssa käytyyn riitaan loppuneesta ravintolaillasta ilta-päivälehdet raportoivat sinällään yksityiselämän loukkaamisen tunnusmerkistön täyttävällä tavalla.

Toisaalta on vaikeaa kuvitella, että muiden 5 luvun 6 §:n perusteella korvausvelvollisuuden laukaisevien tekojen johdosta maksettavien korvausten määriä voitaisiin tuntuvasti korottaa. Kärsimyskorvaustasot näyttäisivätkin jakautuvan voimakkaasti kolmeen eri kategoriaan. Ns. tavallisista loukkauksista kärsimyskorvausta tuomitaan varsin konservatiivisesti, kun taas massamedian kunnian- ja

¹⁵⁴⁴ Ks. esim. Sisula-Tulokas 1995 s. 218–219.

¹⁵⁴⁵ Ks. esim. Hoppu 1998 s. 1054–1055, jossa Hoppu ennustaa, että joukkotiedotusvälineissä tehtävistä kunnianloukkauksista tullaan tulevaisuudessa tuomitsemaan entistä suurempia korvauksia.

yksityiselämän loukkauksista preventio- ja osittain myös punitiiviset näkökohdat saavat vallan. Vahingonkorvauslain 4 a §:n perusteella tuomittavat korvaukset asettuvat kärsimyskorvausten skaalassa kahden edellä mainitun vahinkotyyppin välimaastoon.

Kärsimyksen korvaamisen asemaa henkilövahinkouudistuksen jälkeisen vahingonkorvausoikeuden kokonaiskuvassa ei ole vielä ehditty kirjallisuudessa juuri hahmottamaan.¹⁵⁴⁶ Ei liene kuitenkaan erityisen uskallettua odottaa, että kärsimyksestä tulee muotoutumaan hankalasti lähestyttävä teema. Tähän on kaksi syytä.

Edellä lyhyesti selvitetty kärsimyskorvausten monimutkainen historia lienee omiaan aiheuttamaan sekaannusta sekä korvausvelvollisuuden laukaisevien tekosten että korvauksen määrän arvioinnin suhteen. Visainen ongelma liittyy eritoten korvauksen määrän arviointiin. On huomattava, että kärsimyksen korvaamisen peruslähtökohdat ovat jo hyvin etäällä vahinkojen korvaamisen perusrakenteesta. Kärsimys on puhtaan immateriaalinen vahinkolaji *sans rival*. Se ei kiinnity lainkaan fyysisiin tai ruumiillisiin kokemuksiin, vaan on puhtaasti mielen asia. Siinä rahaa käytetään moraalisesti, symboliseen vaikuttamiseen, irrotettuna kaikista mahdollisista luonnollisista prosesseista. Kärsimyksen korvaaminen rikkoo kaikkia perinteisiä sääntöjä vastaan.

Toinen seikka liittyy kärsimyskorvauksen viitekehykseen. Kärsimyskorvaus kiinnittyy hallituksen esityksessä ensisijaisesti *ihmisarvon* – itsessään häilyvään ja vaikeasti määriteltävään – ideaan.¹⁵⁴⁷ Kärsimyksestä tulee tuomita korvaus, jos vahingonaiheuttaja on loukannut vahingonkärsijän ihmisarvoa, heikentänyt tämän itsekunnioitusta tai asettanut kyseenalaiseksi tämän perusluottamuksen yhteisössä elämisen mahdollisuuteen. Niille yhteistä on, että ne ovat pääosin vakavia rikoksia. Korvauksen määrää arvioidaan sen perusteella, miten vakavasti teko loukkasi ihmisarvoa ja miten vakavaa kärsimystä se oli omiaan aiheuttamaan. Samalla itse korvausvelvollisuuteen johtavat teot ovat varsin heterogeenisiä.

¹⁵⁴⁶ Kärsimyksen korvaamisesta ovat viime aikoina kirjoittaneet Hannuniemi 2004; Hakalehto-Wainio 2005; Tiilikka 2007. Yleisesityksistä ks. esim. Hemmo 2005b s. 181–188; Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006 s. 289–293 ja 393–396. Ruotsissakaan asiasta ei ole käyty vielä laajaa keskustelua, vaikka uudistus tuli voimaan jo vuonna 2002. Merkittävimpänä asiasta kirjoitettuna oikeusdogmaattisena artikkelina voitaneen pitää Ruth Mannelqvistin varsin pitkälti sikäläistä Regeringens propositionin kantoja toistelevaa artikkelia Mannelqvist 2006. Ks. myös Schultz 2008. Oikeussosiologisesti asiaa on tarkastellut Dahlstrand 2007. Uudistustarpeen arvioinnista ks. Bertil Bengtssonin laatimaa selvitystä Ds 10/2007.

¹⁵⁴⁷ Ks. jäljempänä erityisesti jaksossa 8.5 esitettyä. Ks. myös Sisula-Tulokas 1995 s. 101–103, jossa Sisula-Tulokas esittää jo vanhan VahL 5:6:n taustalla vaikuttavan selvästi ajatuksen ihmisarvon suojaamisesta. Tästä näkökulmasta Sisula-Tulokas arvostelee erityisesti KKO:n ratkaisuja KKO 1994:62 ja KKO 1982 II 64, joissa KKO ei ole tuominut vahingonkorvausta kärsimyksestä, vaikka henkilön ruumiillista koskemattomuutta on vakavasti tämän ihmisarvoa järkyttävällä tavalla loukattu.

Tässä luvussa tarkoituksenani on 1) selvittää, mistä kärsimyskorvausta lain ja hallituksen esityksen perusteella on tarkoitettu maksettavaksi¹⁵⁴⁸, 2) miten tuomittavan kärsimyskorvauksen suuruutta arvioidaan eri loukkausten osalta, ja 3) minkälaisessa viitekehyksessä rahaa käytetään, kun kärsimystä pyritään korvaamaan.

2 VAPAAUS, RAUHA JA KUNNIA

Vastuuperusteen tarkastelemisessa lähtökohtani on, että kärsimyskorvaus poikkeaa radikaalisti muusta vahinkojen korvaamisesta, myös ja erityisesti vastuuperusteensa luonteen osalta. Tärkeää on ensinnäkin huomata, että normaali tuottamus ei riitä. Vahingonkorvauslain 5 luvun 6 §:ssä *kärsimys* määritellään tietyillä tavoilla henkilön *törkeän tuottamuksellisten* tai *tahallisten* ihmisarvoa loukkavien tekojen aiheuttamaksi seuraamukseksi, joka on korvattavaa vahinkoa. Samalla vastuuperusteeksi hahmottuvat tietyt rangaistavaksi säädetty tai niihin läheisesti rinnastuvat törkeän tuottamukselliset tai tahalliset teot tai laiminlyönnit. Tässä suhteessa säännös muistuttaa jonkin verran aiempaa 5 luvun 6 §:ää, vaikkakin uudistuksessa lainkohtaa ja siinä mainittujen tekojen luetteloa on kuitenkin huomattavasti laajennettu.

Lainkohdan 1 momentin mukaan oikeus korvaukseen on sillä,

1. jonka vapautta, rauhaa, kunniaa tai yksityiselämää on rangaistavaksi säädetyllä teolla loukattu;
2. jota on rangaistavaksi säädetyllä teolla syrjitty;
3. jonka henkilökohtaista koskemattomuutta on tahallaan tai törkeästä huolimattomuudesta vakavasti loukattu;
4. jonka ihmisarvoa on tahallaan tai törkeästä huolimattomuudesta vakavasti loukattu muulla, 1–3 kohdassa tarkoitettuihin loukkauksiin verrattavalla tavalla.

Hallituksen esitys on lainkohdassa tarkoitettujen rikosten osalta varsin kattava ja yksityiskohtainen. Esityksessä luetellaan melko lailla tyhjentävästi esimerkkiluetteloissa kunkin alakohdan alle sijoittuvat rikoslakirikokset. Terminologia on selkeän rikosoikeudellista ja onkin ilmeistä, että säännöksen tulkinnassa ja sen rajanvedoissa tarkennusta on luontevaa hakea juuri rikosoikeuden piiristä.¹⁵⁴⁹

¹⁵⁴⁸ Tarkoituksena on myös kriittisesti arvioida lakia valmisteltaessa tehtyjä lainsäädäntöteknisiä ratkaisuja.

¹⁵⁴⁹ Ks. hyvin perinpohjaisesta säännöksen 1 kohdan selvittelystä, jossa rikosoikeudellista materiaalia on käytetty hyvin laajalti Tiilikka 2007.

Hallituksen esityksessä ei oteta kantaa rikosoikeuden merkitykseen säännöksen tulkinnassa. Suoranaista rikosoikeus- ja erityisesti rikosprosessikytkentää ei hallituksen esityksessä ole ollut tarkoitus luoda. Tämä todetaan nimenomaisesti. Vahingonkorvausoikeudellisen arvioinnin tulee olla itsenäistä. Siksi se voi poiketa rikosoikeudellisesta rangaistavuuden arvioinnista. Tämä heijastuu myös säännös- ja prosessitekniisiin seikkoihin. Vaikka jotakin laiminlyöntiä ei pidettäisi rikosoikeudellisesti arvioituna törkeänä, tuomio, jossa seikka todetaan, ei välttämättä estä vahingonkorvauskorvauksen tuomitsemista samasta teosta VahL 5:6 §:n perusteella. Teon tuottamuksellisuutta on tarkoitettu arvioitavan puhtaasti vahingonkorvausoikeudellisin kriteerein. Rikosoikeudellinen vanheneminen tai rikossyytteen hylkääminen eivät nekään lähtökohtaisesti estäisi vahingonkorvauksen tuomitsemista saman teon perusteella.¹⁵⁵⁰

Säännöksen 1–3 kohdissa asetettu vaatimus teon rangaistavuudesta ei ehkä osu maaliinsa. Ainakin se aiheuttaa enemmän ongelmia kuin ratkaisee niitä. Rangaistavuuden vaatimus tiukasti rikosoikeudellisen legaliteettiperiaatteen mukaisesti tulkittuna johtaisi siihen, että vahingonkorvausvaatimus olisi hylättävä, jos teko ei ole rangaistava. Päivi Tiilikka on kiinnittänyt huomiota erityisesti kunnianloukkauskriminalisoinneissa usein kohdattaviin tahallisuusongelmiin. Tiilikan mukaan suuri osa potentiaalisista ja mielekkäistä vastuutahoista – päätoimittajat tai vastaavat toimittajat, joille valvontavastuu on delegoitu tai joukkotiedotusvälineen taustayhteisö – ei ole välttämättä kriminalisoinnissa edellytetyllä tavalla tietoisia siitä, että jonkun kunniaa loukkaava tieto ei pitänyt paikkaansa. Suoraviivainen legaliteettiperiaatetta kunnioittava tulkinta olisi, että näitä ei voida katsoa vahingonkorvausvelvollisiksi, koska heidän tekonsa eivät ole rangaistavia.¹⁵⁵¹

Tiilikka on merkittävän ongelman jäljillä. Rangaistavuusedellytys on todennäköisesti otettu säännökseen yhtäältä Ruotsin mallin perusteella¹⁵⁵² ja toisaalta siitä syystä, että vahingonkorvauskanteiden tulvaa voitaisiin hillitä. Vahingonkorvauslain 5 luvun 6 §:n soveltamistilanteet on haluttu tehokkaalla ja yksinkertaisella teknisellä suojakeinolla rajoittaa minimiinsä. Samalla on – ehkä huomamatta – tultu omaksuneeksi perinteinen rikosoikeudellinen subjektiajattelu. Rikoksiin syyllistyvät yksilöt, eivät yhteisöt, ja rikoksista ovat vastuussa yksilöt, eivät yhteisöt. Vahingonkorvausoikeudessa tällaisia estoja ei ole pitkään aikaan tunnettu: oikeushenkilötkin ja jopa valtio ovat voineet olla vastuussa teoistaan ja laiminlyönnestään. Rangaistavuusedellytys kahlitsee vahingonkorvausoikeu-

¹⁵⁵⁰ Ks. HE 167/2003 vp s. 54.

¹⁵⁵¹ Ks. kuitenkin Tiilikka 2007 s. 314–331, jossa Tiilikka käsittelee laajasti ja monipolvisesti ”rangaistavaksi säädetty teko”-edellytystä, koska hänen mukaansa esimerkiksi kunnianloukkauskriminalisoinnin tunnusmerkistö edellyttää tahallisuutta myös esitetyn tiedon valheellisuuden suhteen.

¹⁵⁵² Ks. Prop. 2000/01:68 s. 48.

dellista harkintaa juuri tässä suhteessa. Se estää kärsimyskorvausvelvollisuuden kohdistamisen mielekkäälle ja tarkoituksenmukaiselle vastuusubjektille lukitsemalla muut kuin luonnolliset henkilöt kärsimyskorvausvastuun ulkopuolelle.

Voidaan kysyä, onko rangaistavuusedellytys ylipäättään tarpeellinen. Formaalisuudessaan se tietysti parantaa ennakoitavuutta: yksilöt voivat ainakin lähtökohtaisesti tietää jo ennalta, millaisista teoista kärsimyskorvausta voidaan tuomita suoritettavaksi. Ennustettavuutta kuitenkin vähentää säännöksen 4 kohta, jossa rangaistavuusedellytyksestä nimenomaisesti luovutaan.

Hallituksen esityksen mukaan 1 momentin 1 kohdassa tarkoitettuina vapauden loukkauksina pidetään yksilön *fyysisen vapauden, tahdonvapauden ja itsemääräämisoikeuden* loukkauksia, jotka johtuvat rangaistavasta teosta.¹⁵⁵³

Fyysisen vapauden käsitteellä hallituksen esityksessä viitataan yksilön *liikkumisvapauteen*, joka on yksilön tärkeimpiä perusoikeuksia ja jota eivät lähtökohtaisesti sen enempää yksityiset kuin julkinen valtakaa saa rajoittaa. *Tahdonvapaudella* tarkoitetaan puolestaan yksilön oikeutta määrätä omaisuudestaan. *Itsemääräämisoikeus* liittyy yksilön mahdollisuuksiin määrätä omasta persoonastaan ja ruumiistaan.¹⁵⁵⁴ Itsemääräämisoikeus kattaa hallituksen esityksen mukaan myös *seksuaalisen itsemääräämisoikeuden*.¹⁵⁵⁵

Fyysisen vapauden rajoittamisen perusteella velvollisuus korvata kärsimystä voisi hallituksen esityksen perusteella seurata rikoslain 25 luvun 1-4 ja 6 §:ssä rangaistaviksi säädettyistä vapaudenriistosta, törkeästä vapaudenriistosta, ihmiskaupasta ja törkeästä ihmiskaupasta, panttivangin ottamisesta ja tuottamuksellisesta vapaudenriistosta.¹⁵⁵⁶ Kaikissa näissä rikoksissa henkilön fyysistä liikkumisvapautta loukataan estämällä hänen mahdollisuutensa liikkua vapaasti tai eristämällä hänet ympäristöstään.

Tämän lisäksi rikoslain 25 luvussa kriminalisoidaan panttivangiksi ottaminen (5 §), lapsen omavaltainen huostaanotto ja lapsikaappaus (5 a §). Lapsen omavaltaista huostaanottoa ja lapsikaappausta ei mainita hallituksen esityksessä. Vaikka näin on, ei ole mitään syytä ajatella, että ratkaisu olisi tietoinen ja että sillä olisi tarkoitettu, että näiden rikosten uhreille ei voitaisi tuomita vahingonkorvauslain 5 luvun 6 §:n nojalla vahingonkorvausta.

Kaapatun tai omavaltaisesti huostaan otetun lapsen huoltajan tai muutoin tapaamiseen oikeutetun henkilön asemaan liittyy ongelmia. Lapsikaappauksissa

¹⁵⁵³ Ks. HE 167/2003 vp s. 54.

¹⁵⁵⁴ Ks. esim. Nuutila 2002b s. 929–931.

¹⁵⁵⁵ Ks. HE 167/2003 vp s. 54.

¹⁵⁵⁶ Ks. HE 167/2003 vp s. 54. Luetteloa ei voida pitää tyhjentävänä. Muissakin rikoksissa voidaan rajoittaa henkilöiden fyysistä vapautta. Ainakin sotarikoksiin (RL 11 luku) voi liittyä tällaisia elementtejä.

ja omavaltaisissa huostaanotoissa rajoitetaan ensi sijassa lapsen liikkumavapautta. On kuitenkin selvää, että epävarmuus lapsen olinpaikasta ja hyvinvoinnista voi olla lapsen huoltajalle tai tästä erillään asuvalle vanhemmalle hyvin traumatisoiva ja ahdistava kokemus. Lapsen kaapannut mieltää useimmissa tapauksissa hyvin, että huoltajalle voi aiheutua kärsimystä hänen menettelynsä johdosta.

Kuka on lapsikaappauksen uhri, on osin epäselvää. Jos uhrina pidetään lasta, vahingonkorvausoikeudellisten sääntöjen mukaan huoltajalle tai muutoin tapaamiseen oikeutetulle, jolta lapsi on oikeudenvastaisesti viety, ei voida tuomita suoritettavaksi vahingonkorvausta, koska kolmannelle aiheutuneita vahinkoja ei yleisen periaatteen mukaan korvata.¹⁵⁵⁷ Rikoslain 25 luvun 7 ja 25 luvun 8 §:ssä tarkoitettut teot ovat kuitenkin sellaisia, että korvauksen tuomitseminen voisi olla hyvin perusteltua tekojen tosiasiallisen merkityksen vuoksi. Nuutila kirjoittaakin, että rikosoikeudellisesti arvioiden kriminalisoinnin suojakohde ei ole vain lapsi, vaan myös *perhe*.¹⁵⁵⁸ Lapsen huoltajaa tai henkilöä, jolla on oikeus tavata lasta, on syytä suojata myös vahingonkorvausoikeudellisesti. Samantekevää on, annetaanko suojaa 5 luvun 6 §:n 1 vai 4 kohdan nojalla.

Itsemääräämisoikeuden ja tahdonvapauden loukkaamiseen liittyvät puolestaan rikoslain 25 luvun 7 ja 8 §:ssä rangaistaviksi säädettyt laitton uhkaus ja pakottaminen.¹⁵⁵⁹ Erityisesti laittoman uhkaukseen liittyy vahingonkorvauslain 5:6:n kannalta eräs ongelma. Rikoslain 25 luvun 7 §:ssä kriminalisoidaan *henkilökohtaiseen turvallisuuteen* tai *omaisuuteen* kohdistuvalla rikoksella uhkaaminen. Käytännössä tällaisia rikoksia ovat henki- ja pahoinpitely- sekä tuhotyö-, varkaus- ja vahingontekorikokset. Jos tekijä uhkaa uhria rikoksella, jonka suojeluobjekti on omaisuus, on kyseenalaista, tulisiko tällaisesta teosta tuomita kärsimyskorvausta. Omaisuuteen kohdistuvista rikoksista ei vahingonkorvauslain 5 luvun 6 §:n sanamuodon mukaan voida tuomita kärsimyskorvausta kuin poikkeuksellisesti eli silloin, kun ne osuvat 4 kohdan kattamaan alaan. Tilanne on jännitteinen, jos omaisuuteen kohdistuvasta rikosuhkauksesta tuomitaan kärsimyskorvausta, mutta ilman uhkausta tehdystä teosta ei seuraisi velvollisuutta korvata rikoksen aiheuttamaa kärsimystä.¹⁵⁶⁰

Hallituksen esityksen mukaan tahdonvapautta ja itsemääräämisoikeutta suojataan sillä, että kärsimyskorvausta voidaan tuomita suoritettavaksi, jos vahingon-

¹⁵⁵⁷ Ruotsissa Högsta domstolen totesi ratkaisussa NJA 1995 s. 269, että lapsikaappauksesta saattoi syntyä äidille psyykinen henkilövahinko ja siten korvattavaa aineetonta vahinkoa.

¹⁵⁵⁸ Ks. Nuutila 2002b s. 938.

¹⁵⁵⁹ Ks. HE 167/2003 vp s. 55.

¹⁵⁶⁰ Tilanne on hankala. Ongelma juontuu pitkälti pykälän yksioikoisesta ja mutkat oikaisevasta kirjoitustavasta. On sinällään tavoiteltavaa, että tahdonvapaus saa mahdollisimman kattavaa suojaa, mutta jos oikeuskäytännössä uhkauksista seuraa automaattisesti, että kärsimyskorvausta tuomitaan, tilanne on täysin järjetön.

aiheuttaja on syyllistynyt rikoslain 31 luvussa ns. yhdistettyinä rikoksina¹⁵⁶¹ rangaistaviksi säädettyyn ryöstöön, törkeään ryöstöön, kiristykseen tai törkeään kiristykseen.¹⁵⁶² Lista vaikuttaa puutteelliselta. Petoksissa, jotka kriminalisoidaan rikoslain 36 luvussa, loukataan niin ikään henkilön itsemääräämisoikeutta, vaikkakin petoskriminalisointien suojeleobjektina pidetään tavanomaisesti luotamusta vaihdantaan.¹⁵⁶³ Kärsimyskorvauksen tuomitseminen petoksen perusteella voisi olla perusteltua erityisesti, jos petoksella saadun varallisuuden määrä on erittäin merkittävä uhrin taloudellisen asemaan nähden.

Seksuaalinen itsemääräämisoikeus, joka hallituksen esityksen esitysjärjestyksen perusteella on itse asiassa käsitettävä 1 kohdan ensisijaiseksi kärsimyssäännöksen suojeleobjektiksi¹⁵⁶⁴, saa suojaa rikoslain 20 luvun 1–7 §:ssä rangaistavaksi säädettyistä rikoksista. Näitä rikoksia ovat raiskaus, törkeä raiskaus, pakottaminen sukupuoliyhteyteen, pakottaminen seksuaaliseen tekoon, seksuaalinen hyväksikäyttö, lapsen seksuaalinen hyväksikäyttö ja törkeä lapsen seksuaalinen hyväksikäyttö.¹⁵⁶⁵ Hallituksen esityksen mukaan myös rikoslain 20 luvun 8 a §:ssä rangaistavaksi säädetty seksuaalipalveluiden ostaminen nuorelta ja paritus saattaisivat joissakin tapauksissa myös johtaa velvollisuuteen korvata kärsimystä.¹⁵⁶⁶ Kriteerinä olisi tällöin, että tällaiset teot “sisältävät olennaisen seksuaalisen itsemääräämisoikeuden loukkauksen”.¹⁵⁶⁷

Seksuaalirikosten asema on osittain ongelmallinen. Korvaustason alhaisuutta on ajoittain arvosteltu voimakkaasti.¹⁵⁶⁸ Suhde muista loukkauksista tuomittaviin vahingonkorvauksiin on vääristynyt. Toinen vähäisempi pulma liittyy seksuaalirikosten suojeleobjektiin. Hallituksen esityksessä seksuaalirikokset sijoitetaan selkeästi 1 kohdan piiriin. Esityksessä todetaan ykskantaan, että seksuaalirikosten suojeleobjekti on seksuaalinen itsemääräämisoikeus, vaikka useimpien rikoslain 20 luvun säännösten voisi yhtä lailla ajatella suojaavan myös henkilön ruumiillista ja henkistä koskemattomuutta. Yhtä lailla henkilön

¹⁵⁶¹ RL 31 luvun kriminalisointien suojeleobjekteissa yhdistyvät monet oikeushyvät. Luvun rangaistumääräykset suojaavat vapautta, omaisuutta sekä myös ruumiillista koskemattomuutta ja terveyttä. Ks. esim. Nuutila 2002b s. 1063–1065.

¹⁵⁶² HE 167/2003 vp s. 55.

¹⁵⁶³ Ks. Nuutila 2002a s. 1153. Vrt. Tapani 2004 s. 98. Tapani katsoo, että petoskriminalisoinnilla ei suojata taloutta, koska se on suojelekohteeksi liian epämääräinen.

¹⁵⁶⁴ Ks. HE 167/2003 vp s. 54, jossa ensimmäiseksi selostetaan yksityiskohtaisesti juuri seksuaalirikoksia koskevia kriminalisointeja, vaikka ne suojeleobjektien listassa mainitaan viimeisinä.

¹⁵⁶⁵ Ks. esim. Rautio 2002 s. 709–732; Frände et al. 2006 s. 135–152.

¹⁵⁶⁶ Ei liene myöskään syytä ajatella, että rikoslain 8 §:ssä (säädetty lailla 743/2006) rangaistavaksi säädetyn seksikaupan kohteena olevan henkilön hyväksikäytöstä ei voitaisi tuomita suoritettavaksi kärsimyskorvausta.

¹⁵⁶⁷ Ks. HE 167/2003 vp s. 54–55. Ks. esim. HE 6/1997 vp s. 185; Rautio 2002 s. 733–734.

¹⁵⁶⁸ Ks. esim. (Nuutila 2002c s. 909–912). Ks. myös Prop. 2000/01:68 s. 52–53 ja yleisesti Hahto 2004 s. 517–521.

oikeus seksuaaliseen integriteettiin voisi olla suojeluobjektina.¹⁵⁶⁹ Hallituksen esityksen luokittelulla on onnekkaitakin seurauksia. Koska seksuaalirikoskriminalisointien on katsottu kohdistuvan vapauteen, pykälän 2 momentin 3 kohdassa tarkoitetuille rikoksille asetettu vakavuusedellytys ei koske niitä.

Rauha on toinen 1 kohdassa suojatuista oikeushyvästä.¹⁵⁷⁰ Kotirauhan rikkominen ja törkeä kotirauhan rikkominen lienevät lukumäärältään lukuisimmat rauhaan kohdistuvista rikoksista. Hallituksen esityksen perusteella vahingonkorvausvelvollisuudella on tarkoitettu suojata erityisesti kotirauhan ydinaluetta eli varsinaisessa asuinkäytössä olevia paikkoja.¹⁵⁷¹ Kotirauhan suojaamia paikkoja ovat asuntojen lisäksi myös loma-asunnot ja muut asumiseen tarkoitettut tilat, kuten hotellihuoneet, teltat, asuntovaunut, asuttavat alukset sekä vielä asuintalojen porraskäytävät ja asukkaiden yksityisaluetta olevat pihat niihin välittömästi liittyvine rakennuksineen. Suojan on ajateltu vahvistuvan sitä mukaa, mitä vahvempi kytkentä kotirauhan suojaamalla tilalla on henkilöiden varsinaiseen asumiseen. Näin ollen henkilön pääasiallisena kotinaan käyttämään asuntoon tunkeutumista tulisi arvioida ankarammin kuin esimerkiksi kesämökkiin tunkeutumista.¹⁵⁷²

Jotta kärsimyskorvausta voitaisiin tuomita, rikoksen motiivina ei hallituksen esityksen mukaan kuitenkaan tarvitse olla kotirauhan rikkominen *per se*.¹⁵⁷³ Pelkässä anastamistarkoituksessa kotirauhan alaiseen paikkaan tunkeutunut henkilön voidaan tuomita suorittamaan vahingonkorvausta, jos loukkaus on ollut omiaan aiheuttamaan uhrille kärsimystä. Hallituksen esityksessä todetaan myös, että vahingonkorvauksen tuomitsemisen edellytyksenä on, että teko on objektiivisesti arvioiden omiaan tuottamaan vahingonkärsijälle kärsimystä. Toisaalta

¹⁵⁶⁹ Itsemääräämisoikeudelle perustuvan seksuaalirikosparadigman arvostelusta yhdysvaltalaisessa keskustelussa ks. esim. Pateman 1980; Pineau 1989.

¹⁵⁷⁰ Myös RL 16:9 a §:ssä rangaistavaksi säädetty lähestymiskiellon rikkominen, RL 15:6 §:ssä tarkoitettu väärä ilmianto ja RL 38:9 §:ssä rangaistavaksi säädetty henkilörekisteririkos ovat hallituksen esityksen mukaan sellaisia tekoja, joiden perusteella vahingonkorvaussäännöksessä tarkoitettu korvausvelvollisuus voi syntyä (HE 167/2003 vp s. 55–56).

¹⁵⁷¹ Ks. HE 167/2003 vp s. 55.

¹⁵⁷² Ks. HE 167/2003 vp s. 55. Tulkintasuositusta on järkevä noudattaa vain silloin, kun asunto on loukkauksen aikana tyhjiillään.

¹⁵⁷³ Vrt. kuitenkin HE 167/2003 vp s. 54: ”Jotta loukkaus olisi korvattava, se olisi tullut aiheuttaa nimenomaan johonkin säännöksessä mainittuun oikeushyvään kohdistuvalla rikoksella. Esimerkiksi se, että joku ajaa moottoriajoneuvolla ylinopeutta liikenneturvallisuuden vaarantamisen tunnusmerkistön täyttävällä tavalla, saattaa aiheuttaa lähistöllä asuvalle meluhaittaa. Pelkästään tällä perusteella meluhaitasta kärsivälle ei syntyisi oikeutta korvaukseen kärsimyksestä rauhaan kohdistuvan loukkauksen perusteella. Kärsimyksen korvaaminen tulisi kuitenkin luonnollisesti kysymykseen tilanteessa, jossa joku aiheuttaa moottoriajoneuvoa käyttämällä naapurilleen jatkuvaa tai toistuvaa meluhaittaa nimenomaan tarkoituksin häiritä tämän kotirauhaa.”

teon aiheuttaman kärsimyksen ”voimakkuutta” arvioidaan sen perusteella, miten voimakkaana teko kohdistuu juuri kotirauhan ydinalueeseen.¹⁵⁷⁴

Rauha saa hallituksen esityksen mukaan lähestulkoon absoluuttista suojaa. Hallituksen esityksessä todetaan:

”Asuntomurrosta tyypillisesti aiheutuu asukkaalle kärsimystä esimerkiksi silloin, kun asuntoon murtaudutaan asukkaan ollessa kotona, kun asukas kotiin tullessaan yllättää murtautujan taikka kun murron yhteydessä asunto sotkeetaan tai sen irtaimistoa tuhoetaan. Asuntomurto voi kuitenkin olla omiaan aiheuttamaan asukkaalle kärsimystä muulloinkin. Esimerkkinä voidaan mainita tilanne, jossa yksin asuvan vanhuksen kotiin murtaudutaan.”¹⁵⁷⁵

Lähtökohtana on siis, että eniten kärsimystä syntyy, jos asukas on paikalla, kun kotirauhaa rikotaan. Tällöin loukkaus konkretisoituu siihen tunnereaktioon, jonka loukattu kokee, kun hän kohtaa tunkeutujan kotoaan. Välitön kotirauhan loukkauksen kokemus ei ole kuitenkaan vahingonkorvauksen edellytys. Korvausta voidaan tuomita silloinkin, kun kotirauhan loukkaamiselle ei ole välittömiä kokijoita. Riittää, että kodin ”pyhää” piiriä on loukattu.

On vaikeaa nähdä, miksi yksin asuvan vanhuksen kotiin murtautumista, erityisesti silloin, kun tämä ei ole kotonaan, pidettäisiin rikos- tai vahingonkorvausoikeudellisesti arvioiden sen törkeämpänä kuin tekotavaltaan ja varastetun omaisuuden arvolta vastaavaa, nuoren lapsiperheen kotiin tehtyä murtoa. Voidaan tietysti ajatella, että vanhus saattaa järkyttyä murrosta enemmän kuin ”vahvempaa henkistä tekoa” olevat nuoremmat ihmiset. Onko näin, jää epäselväksi ja periaatteessa aina yksittäistapauksessa arvioitavaksi. Argumentti korostaisi joka tapauksessa ”todellisen” kärsimyksen merkitystä. Ajattelutapa näyttää kuitenkin olevan ristiriidassa pykälän 2 momentissa esitettyjen vahingonkorvauksen määrän arviointikriteerien kanssa. Syntyy erikoinen jännite, johon palaan jäljempänä.

Kotirauhan lisäksi myös *julkisrauhan loukkaamisesta* ja *törkeästä julkisrauhan loukkaamisesta* voi seurata hallituksen esityksen mukaan velvollisuus korvata loukkauksesta aiheutunut kärsimys.¹⁵⁷⁶ Julkisrauhan loukkauksesta voitaisiin hallituksen esityksen perusteella tuomita suoritettavaksi kärsimyskorvausta erityisesti, jos virkamiehellä oli loukkauksen johdosta perusteltua syytä pelätä oman tai työtovereidensa turvallisuuden ja ruumiillisen koskemattomuuden puo-

¹⁵⁷⁴ Ks. HE 167/2003 vp s. 55.

¹⁵⁷⁵ HE 167/2003 vp s. 55.

¹⁵⁷⁶ Ks. näiden rikostyyppien keskeisistä, korvausharkintaan ja -velvollisuuteen vaikuttavista ominaisuuksista HE 167/2003 vp s. 55–56. Hallituksen esityksen perusteella julkisrauhan loukkaamisesta voi seurata korvattavaa kärsimystä vain silloin, kun virkamies on perustellusti pelännyt ruumiillisen koskemattomuutensa puolesta.

lesta.¹⁵⁷⁷ Julkisrauhan loukkaamisen ja törkeän julkisrauhan loukkaamisen kriminalisoimisen päätarkoituksena on suojata julkisrauhan suojelemassa paikassa työskentelevien henkilöiden rauhaa ja yksityisyyttä, vaikka rikoksen kohteena sinällään onkin tila tai paikka. Julkisrauhan loukkauksen aiheuttaman kärsimyksen ja ruumiillisen koskemattomuuden suhteesta voidaan esittää samat huomaukset kuin edellä kotirauhaa koskien on esitetty.

Kunnianloukkauksesta, salakatselusta, -kuuntelusta, yksityiselämää loukkaavan tiedon levittämisestä, salassapitorikoksesta, salassapitorikkomuksesta, viestintäsalaisuuden loukkauksesta ja törkeästä viestintäsalaisuuden loukkauksesta voidaan niin ikään tuomita suoritettavaksi korvausta vahingonkorvauslain 5:6:n perusteella. Tilanne on hallituksen esityksen mukaan sama myös henkilörekisteririkoksen sekä salassapitorikoksen ja -rikkomuksen osalta.¹⁵⁷⁸ Käytännössä yksityiselämän loukkaamisesta maksettavat korvaukset lienevät määrällisesti suu-
rimpia kärsimyskorvauksen säännöksen nojalla tuomituista korvauksista.

Päivi Tiilikka on selvittänyt kunnian- ja yksityiselämän loukkauksista tuomitavan korvauksen tuomitsemisedellytyksiä perinpohjaisesti väitöskirjassaan.¹⁵⁷⁹ En käsittele asiaa vastuuperusteiden yksityiskohtia tässä enemmälti.

3 TASA-ARVO JA YHDENVERTAISUUS

Säännöksen 2 kohdassa tarkoitetut *syrijntärikokset* kiinnittävät korvattavuuden menettelyyn, jossa vahingonaiheuttaja asettaa vahingonkärsijän eri asemaan toisiin nähden rodun, kansallisen tai etnisen alkuperän, ihonvärin, kielen, sukupuolen, iän, perhesuhteiden, sukupuolisen suuntautumisen tai terveydentilan taikka uskonnon, yhteiskunnallisen mielipiteen, poliittisen tai ammatillisen toiminnan tai muun näihin rinnastettavan seikan perusteella. Säännöksen tarkoituksena on suojata yhdenvertaisuusperiaatetta. Yleistä *vahingonkorvausoikeudellista* tasa-
vertaisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimusta säännöksestä ei kuitenkaan johdu, sillä vahingonkorvausvelvollisuuden edellytyksenä on, että syrjintä on ollut rangaistavaa. Jos yksityishenkilö syrjii toista henkilöä sinällään rikoslaissa kielletyllä perusteella, häntä ei voida tuomita tästä sen enempää rangaistukseen kuin vahingonkorvausvelvolliseksikaan, sillä syrjintäkriminalisointi ei koske yksityishenkilöitä.¹⁵⁸⁰

¹⁵⁷⁷ HE 167/2003 vp s. 55.

¹⁵⁷⁸ Ks. HE 167/2003 vp s. 56.

¹⁵⁷⁹ Ks. Tiilikka 2007 s. 435–592.

¹⁵⁸⁰ Ks. esim. HE 167/2003 vp s. 57.

Hallituksen esityksessä syrjintärikoksista mainitaan kaksi esimerkkiä. Rikoslain 11 luvun 9 §:ssä säädetään rangaistavaksi *syrjintä*. Syrjinnästä on lainkohdan mukaan tuomittava se, joka elinkeinotoiminnassa, ammattia harjoittaessaan, virkatoiminnassa tai muuta julkista tehtävää suorittaessaan tai julkista tilaisuutta tai yleistä tilaisuutta järjestettäessä ei edellä mainituista kielletyistä syistä johtuen joko 1) palvele jotakuta yleisesti noudatettavilla ehdoilla, 2) kieltäytyy päästämästä jotakuta tilaisuuteen tai kokoukseen tai poistaa hänet sieltä tai 3) asettaa jonkun ilmeisen eriarvoiseen asemaan.

Toinen tasa-arvokriminalisointi on rikoslain 47 luvun 3 §:ssä, jossa kriminalisoidaan syrjintä työelämässä. Tasa-arvolakiin (609/1986) on otettu myös erityinen hyvityssäännös. Tasa-arvolain 11 §:ssä säädetään, että työnantajalla, joka on rikkonut lain 8 §:ssä asetettua syrjintäkieltoa, on velvollisuus maksaa syrjimälleen henkilölle *hyvitystä*. Tämä johtaa hankalaan yhteensovitusongelmaan: onko kärsimyskorvausta maksettava hyvityksen lisäksi vai voidaanko hyvityksen käsitellä jo ”sisältävän” kärsimyskorvauksen. Tasa-arvolain 13 §:n mukaan suoritettu hyvitys ei estä loukattua vaatimasta vahingonkorvausta loukkauksen johdosta. Hallituksen esityksessä todetaan, että loukatulla on ”lähtökohtaisesti” oikeus saada sekä tasa-arvolain mukaista hyvitystä että korvausta kärsimyksestä vahingonkorvauslain perusteella.¹⁵⁸¹ Hyvitysmaksu voidaan kuitenkin ottaa huomioon kärsimyskorvauksen määrää alentavana tekijänä.

Esityksessä kuitenkin sivuutetaan se seikka, että tasa-arvolakia säädettäessä syrjinnästä ei vahingonkorvauslain perusteella voinut saada korvausta.¹⁵⁸² Loukatun asema siis paranee entiseen nähden, mikä on sinällään kannatettavaa. Hallituksen esityksessä omaksuttu kanta on kuitenkin kyseenalainen siinä suhteessa, että kärsimyksestä maksettavan korvauksen voi jo sanoa sisältyvän hyvitysmaksuun, voidaanhan se ottaa huomioon korvauksen määrää harkittaessa. Hyvitysmaksun aiempi funktio tulee kummalliseen asemaan. Myös preventionäkökulmasta kärsimyskorvauksen tuomitseminen rinnakkain hyvitysmaksun kannalta vaikuttaa johtavan kaksinkertaiseen preventiovaikutukseen. Toki tätä voidaan perustella sillä, että tavoite on erittäin tärkeä.

¹⁵⁸¹ Ks. HE 167/2003 vp s. 57.

¹⁵⁸² Kysymys oli toki jossakin määrin epäselvä. Ainakaan korkeimmasta oikeudesta ei voitane osoittaa tapausta, jossa oli vaadittu saati tuomittu vahingonkorvausta sukupuolisen syrjinnän perusteella. Ks. esim. Sisula-Tulokas 1995 s. 94. Sisula-Tulokas mainitsee, että syrjinnästä on tuomittu korvausta vanhan VahL 5:6:n perusteella ratkaisussa KKO 1981 II 33. Ratkaisussa syrjintä oli kuitenkin perustunut henkilön rotuun.

4 RUUMIILLINEN JA HENKINEN KOSKEMATTOMUUS

Hallituksen esityksessä vahingonkorvauslain 5 luvun 6 §:n 1 momentin 3 kohta jää kahden ensimmäisen kohdan varjoon. Henkilökohtainen koskemattomuus saa – siltä näyttää – varsin vähäistä suojaa – vaikka uudistuksen myötä suojan piiriin tuleekin¹⁵⁸³. Esityksessä todetaan, että henkilökohtaisella koskemattomuudella on säädösvalmistelun yhteydessä tarkoitettu säännöksessä ennen muuta ruumiillista koskemattomuutta. Ruumiillisen koskemattomuuden lisäksi kyseeseen voivat tulla myös ihmisen henkiseen integriteettiin kohdistuvat loukkaukset. Kärsimyskorvausta voidaan siis tuomita hallituksen esityksen mukaan suoritettavaksi esimerkiksi kiusaamisen tai muun vakavan häirinnän johdosta.¹⁵⁸⁴

Lähtökohtana ruumiillisen tai henkisen koskemattomuuden loukkausten vahingonkorvausoikeudellisessa käsittelyssä on toisin kuin 1 ja 2 kohdassa vaatimus loukkauksen *vakavuudesta*. Tästä seuraa kaksi seikkaa.

Ensinnäkin loukkaavan teon tulee hallituksen esityksen mukaan olla joko tahallinen tai törkeän huolimaton. Vaatimus on sama kuin useimmissa rikoksissa, joista voi seurata vahingonkorvausvelvollisuus 6 §:n 1-3 kohtien nojalla. Tässä suhteessa 3 kohta poikkeaa kuitenkin olennaisesti tilapäisen haitan korvaamisesta.¹⁵⁸⁵ Korvauksen tuomitseminen vahingonkorvauslain 5 luvun 2 c §:n nojalla tilapäisestä haitasta ei edellytä kvalifioitua tuottamusta. Ankarassa vastuussa ei edellytetä sitäkään. Kärsimyksen ja tilapäisen haitan korvauskohtelun erilaisuudesta ei hallituksen esityksen mukaan aiheudu erityistä oikeudenmukaisuusongelmaa, sillä useimmat teot, joiden perusteella kärsimyskorvausta tulee maksaa, ovat välttämättä joko tahallisia tai törkeällä huolimattomuudella aiheutettuja.

Toiseksi henkilökohtaisen koskemattomuuden loukkauksen tulee olla *vakava*, jotta siitä voitaisiin tuomita korvausta vahingonkorvauslain 5 luvun 6 §:n nojalla. Pelkkä rikoslain henkilökohtaista koskemattomuutta suojaavan säännön rikkominen ei riitä perusteeksi vahingonkorvausvelvollisuudelle niin kuin 1 ja 2 kohdissa.

Vakavuusedellytys on ongelmallinen. Ensinnäkin on huomattava, että hallituksen esityksessä vakavuuden vaatimus saa melko vaihtelevia tulkintoja eri asiayhteyksissä. Yhtäällä vakavuus saa lähestulkoon monumentaaliset mittasuhteet. Esityksessä todetaan, että ”henkilökohtaisen koskemattomuuden loukkaus-

¹⁵⁸³ Korkein oikeus on linjannut useasti, että henkilökohtaisen koskemattomuuden loukkauksista ei tullut maksaa vanhan vahingonkorvauslain 5 luvun 6 §:n nojalla korvausta. Ks. esim. KKO 1989:141, KKO 1999:102 ja KKO 2003:76.

¹⁵⁸⁴ Ks. HE 167/2003 vp s. 57.

¹⁵⁸⁵ Rakenteellisesti vastuuپرسته siis on identtinen VahL 5:4 a:n säännöksen kanssa.

ta voitaisiin pitää vakavana esimerkiksi silloin, kun se on tehty *erityisen raa'alla, julmalla tai nöyryyttävällä tavalla*.¹⁵⁸⁶ Raaka, julma ja nöyryyttävä, erityisesti kun niiden eteen asetetaan ”erityinen”, ovat kovia sanoja. Lähin mielleyhtymä syntyy törkeän pahoinpitelyn – ellei jopa peräti murhan – tunnusmerkistöön. Korvattavaa kärsimystä voi syntyä vain, jos henkilökohtaisen koskemattomuuden loukkaus on erityinen ja poikkeuksellinen.

Toisaalla hallituksen esityksen samaisella sivulla puolestaan tulee esille toinen kärsimyksen ymmärryksen ääripää. Esityksessä nimittäin todetaan, että lievästäkin pahoinpitelystä aiheutuu tosiasiaassa epäilemättä 6 §:ssä tarkoitettua kärsimystä, olkoonkin, että sitä ei tule korvata, kun vakavuusedellytys ei täyty:

”Esimerkiksi tavanomaisen lievän pahoinpitelyn uhrille aiheutunut kärsimys tulee yleensä asianmukaisesti hyvitettyksi hänen kivusta ja särystä sekä muusta tilapäisestä haitasta saamallaan korvauksella.”¹⁵⁸⁷

Kaksijakoisen tilapäisen haitan ja kärsimyksen yhteyttä korostavan ajattelutavan omaksuminen johtaa siihen, että hallituksen esitykseen syntyy sisäinen henkilövahinkokorvauslajien systematiikkaa sekoittava ristiriita.¹⁵⁸⁸ Henkilövahinkouudistuksen yhteydessä haitasta maksettava korvaus pyrittiin puhdistamaan mahdollisimman tarkoin kaikista rangaistuksellisista ja ”kärsimyksellisistä” konnotaatioista. Kuten edellä esitin, arviointijärjestelmä on viritetty – hallituksen esityksessä esitetyllä tavalla käytettynä – ottamaan huomioon vain objektiivisesti lääketieteellisen tiedon ja asiantuntemuksen perusteella tunnistettavia ja arvioitavia seikkoja. Juuri tästä syystä edellä siteerattu hallituksen esityksessä esitetty kannanotto on hankala. Sen perusteella vahingonkorvauslain 5 luvun 2 c §:ään näyttäisi syntyvän uusi funktio- ja arviointikerros. Tilapäinen haitta rinnastuu vahinkolajina kärsimykseen ja tilapäisestä haitasta maksettava korvaus lähentyy kärsimyksestä maksettavaa hyvitystä ja lääketieteellinen arviointi vertautuu moraalis-eettiseen arviointiin. Kumpikin idea sotii henkilövahinkouudistuksen tarkoituksia vastaan.

Vakavuusedellytyksen asettamisesta aiheutuva ongelma on huomattava, kun muistetaan, että lievissä ja ”tavallisissa” pahoinpitelyissä tavanomaisesti synty-

¹⁵⁸⁶ HE 167/2003 vp s. 58, korostus MV.

¹⁵⁸⁷ HE 167/2003 vp s. 23. Perustelut jatkuvat: ”Tämän vuoksi ehdotetaan, että oikeus korvaukseen kärsimyksestä syntyisi henkilökohtaiseen koskemattomuuteen kohdistuvien loukkausten perusteella *jossain määrin tiukemmin* edellytyksin kuin vapauteen, rauhaan, kunniaan tai yksityiselämään kohdistuvien loukkausten taikka syrjinnän perusteella” (Korostus MV). Näkyykö tämä kanta hallituksen esityksessä muutoin? Ei näy. Muualla korostetaan kärsimyksen korvaamisen poikkeusluonnetta.

¹⁵⁸⁸ Toinen syy liittyy tuomareiden asenteisiin. Tuomioistuineläimien piiristä esitettiin toimikuntamietinnön lausuntokierroksella mielipiteitä siitä, että korvauksen tuomitseminen erikseen kustakin vahinkolajista olisi turhaa ja vaikeuttaisi liiaksi tuomioistuinten työtä.

vistä vammoista tuomitaan todennäköisesti varsin vähäisiä korvauksia kivusta, särystä ja tilapäisestä haitasta. Hallituksen esityksessä mainitusta ”tavanomaisesta lievistä pahoinpitelystä” aiheutuu vain suhteellisen harvoin sellaista tilapäistä haittaa, josta maksettaisiin vahingonkorvauslain 2 c §:n nojalla tuntuvaa, ainakaan muutamaa sataa euroa korkeampaa korvausta. Henkilövahinkoasiain neuvottelukunnan suosituksissa summat vaihtelevat sadasta muutaman sataan euroon. Kärsimys voisi olla yhtä lailla merkittävä korvausaihe kuin tilapäinen haitta.

Vakavuusedellytys on merkityksellinen myös toisessa, mielestäni tärkeämmässä suhteessa. Ruumiillisen ja henkisen koskemattomuuden erityisasema avaa mielenkiintoisen näkökulman vahingonkorvalain taustalla vaikuttavaan perusoikeus- ja yhteiskuntakäsitykseen. Jo asioiden esitysjärjestys säännöksessä kiinnittää huomiota. Ensimmäisenä suojattavana oikeushyvinä säännöksessä nimittäin mainitaan vapaus, rauha, kunnia ja yksityiselämä. Nämä oikeushyvät ovat pitkälti immateriaalisia, henkisiä ja liittyvät ihmisten sosiaaliseen ja yhteiskunnalliseen elämään.¹⁵⁸⁹ Toisena suojattavana oikeushyvinä mainitaan yhdenvertaisuus syrjintäkiellon merkityksessä. Vasta kolmantena luettelossa mainitaan ihmisen henkilökohtainen koskemattomuus, tämän fyysinen ja henkinen turvallisuus. Syntyy osin omalaatuinen hierarkia.¹⁵⁹⁰

Perusoikeuksien asettaminen tärkeysjärjestykseen on tietenkin lähinnä filosofiseksi tai eettismoraaliseksi katsottava tehtävä, johon ei välttämättä edes ole syytä abstraktilla tasolla ryhtyä. On kuitenkin outoa, että säännöksessä ensimmäisiksi suojattaviksi oikeushyviksi mainitaan vapaus, rauha, kunnia ja yksityiselämän suoja. Käytännössä tavanomaisimmat tärkeitä perusoikeuksia koskevat loukkaukset kohdistuvat nimittäin nähdäkseni ruumiilliseen koskemattomuuteen. Pidän perusteltuna ajatella, että ruumiillisen ja henkisen koskemattomuuden loukkaukset ovat kaikkein vakavimpia perusoikeusloukkauksia.¹⁵⁹¹ Toimivan

¹⁵⁸⁹ Säännöksen 1 kohdassa mainittujen oikeushyvien luonnehtiminen pääasiassa ”henkisiksi” on tietenkin varsin yksioikoista. Esimerkiksi kiellettyihin vapaudenrajoituksiin voi liittyä myös ruumiillinen, fyysinen elementti.

¹⁵⁹⁰ Ehkä suomalaiset saivat juuri sitä, mitä halusivat. Yle teetti joulukuussa 2007 Suomen Gallupilla kyselyn, jossa vastaajia pyydettiin asettamaan tärkeysjärjestykseen perustuslaissa luetellut perusoikeudet. Kyselyn tulokset (luettavissa osoitteessa <http://www.yle.fi/uutiset/kotimaa/oikea/id76690.html>, vierailtu 4.12.2007, kyselyn toteutuksesta ks. <http://www.yle.fi/uutiset/kotimaa/oikea/id76692.html>, vierailtu, 4.12.2007) olivat yllättäviä, kuten Teuvo Pohjolainen asiaa tuoreeltaan kommentoi (<http://www.yle.fi/uutiset/kotimaa/nakokulma/id76695.html>, vierailtu 4.12.2007). Tärkeimmäksi perusoikeudeksi kansalaiset listasivat yhdenvertaisuuden. Toiseksi tärkeimmäksi asetui yksityiselämän suoja.

¹⁵⁹¹ Tässä kohtaa seksuaalirikokset ovat ongelmallisessa asemassa. Tavanomaisesti ajatellaan, että niitä koskevien kriminalisointien suojeluobjekti on seksuaalinen itsemääräämisoikeus, siis eräs vapauden muodoista ja ulottuvuuksista. Useimpiin seksuaalirikoksiin liittyy kuitenkin myös uhrin kehon koskemattomuuden loukkaaminen, kajoaminen tämän henkilöön.

yhteiskuntaelämän ensimmäinen edellytys on, että sen jäsenet kunnioittavat toistensa elämää, terveyttä sekä ruumiillista ja henkistä koskemattomuutta.¹⁵⁹² Konkreettinen fyysinen väkivalta lieenee siksi aina kaikkein perustavin ja törkein perusoikeusloukkaus. Säännöksessä ruumiillinen koskemattomuus asettuu kuitenkin alistettuun asemaan, vain raa'at, julmat ja nöyryyttävät ruumiillisen koskemattomuuden loukkaukset voivat perustaa kärsimyskorvausvelvollisuuden. Ruumiillisen ja henkisen koskemattomuuden heikko vahingonkorvausoikeudellinen suoja tulee kiusallisen ilmeiseksi. Ruumiillisen koskemattomuuden sijasta perusoikeushierarkiassa kertoo myös seuraava hallituksen esityksen lausuma:

”Rikoslain 21 luvun 5 ja 11 §:ssä rangaistavaksi säädetty pahoinpitely ja törkeä vammantuottamus eivät ilman muuta merkitse sellaista vakavaa henkilökohtaisen koskemattomuuden loukkausta, jonka perusteella syntyisi oikeus korvaukseen kärsimyksestä säännöksen nojalla. Tällaisenkkin rikoksen uhrilla saattaisi kuitenkin olla oikeus korvaukseen kärsimyksestä, *jos tekoon liittyy jokin uhrin ihmisarvoa alentava erityispiirre.*”¹⁵⁹³

Vertailu ruotsalaiseen vastaavaan säännökseen on myös perusoikeuksien keskinäisen järjestyksen suhteen mielenkiintoinen. Ruotsin *skadeståndslagenin* 2 luvun 3 §¹⁵⁹⁴ kuuluu vuoden 2002 lainmuutoksen (Lag 2001:732) jälkeen seuraavasti:

Den som allvarligt kränker någon annan genom brott som innefattar ett angrepp mot dennes person, frihet, frid eller ära skall ersätta den skada som kränkningen innebär.

Ruotsalainen säännös poikkeaa näin ollen suomalaisesta – ei ainoastaan siinä suhteessa, että teon, jolla kärsimystä väitetään aiheutetun, tulee aina olla rangaistava – myös suojattavien oikeushyvien konkreettisen esitys- ja niin ollen myös etusijajärjestyksen perusteella. Ensimmäinen mainittu oikeushyvä on henkilökohtainen koskemattomuus, jota seuraavat rauha ja kunnia. Esitysjärjestys on suomalaiseseen verrattuna päinvastainen.

Ruotsalaisessa säännöksessä huomionarvoista on myös, että siinä todetaan, että kaikkien loukkausten tulee olla *allvarliga*, vakavia, jotta kärsimyskorvausta voidaan korvata.¹⁵⁹⁵ Suomalaisesta säännöksestä tuo vakavuus-edellytys puuttuu,

¹⁵⁹² Lähtökohta kuvastuu esimerkiksi Euroopan unionin perusoikeuskirjan 1 luvussa, jossa lähdetään liikkeelle ihmisarvosta. Ihmisarvossa, jota Unionin jäsenvaltiot sitoutuvat perusoikeuskirjassa kunnioittamaan, kuuluu lähtökohtana oikeus elämään (2 §), ruumiilliseen ja henkiseen koskemattomuuteen (3 §) ja vapautteen orjuudesta ja pakkotyöstä (5 §).

¹⁵⁹³ HE 167/2003 vp s. 58.

¹⁵⁹⁴ Sanotun pykälän lisäksi kärsimyksen korvaamiseen liittyy myös *skadeståndslagen* 5 luvun 6 §, jossa määritetään, miten korvauksen määrää tulee arvioida.

¹⁵⁹⁵ Ks. Prop. 2000/01:68 s. 49–50.

paitsi kolmannelta ja neljänneltä kohdasta. Yleisen vakavuusedellytyksen puuttumisesta seuraa Suomessa, että säännöksen sisälle syntyy kaksi eri oikeushyväluokkaa: formalistista ja absoluuttista perusoikeuksien suojaa korostavat 1 ja 2 kohdat ja relativistista ja harkinnanvaraista lähestymistapaa korostavat 3 ja 4 kohdat. Henkilökohtainen koskemattomuus ei ole hallituksen esityksessä absoluuttinen perusoikeus, vapaus, rauha, kunnia ja yksityisyys sekä yhdenvertaisuus sen sijaan ovat. Hahmottuvan perusoikeushierarkian lisäksi säännöksen materiaaliset seuraukset ovat kiinnostavia. Vähäisistäkin vapauden, rauhan ja kunnian loukkauksista sekä vähäisestä syrjinnästä seuraa velvollisuus korvata aiheutettu kärsimys. Jos säännöstä luetaan kirjaimellisesti, siitä saa viestin, että vapauden, rauhan ja kunnian loukkaukset ovat aina vakavia ihmisarvon loukkauksia. Sen sijaan henkilökohtaisen koskemattomuuden tai muun loukkauksen tulee olla erityisen vakava, jotta se johtaa vahingonkorvausvelvollisuuteen. Vapauden, rauhan ja kunnian korostettu suoja saa suhteettoman merkityksen.

Suo siellä, vetelä täällä. Ruotsissa kärsimyskorvauksen ja EIOS 13 artiklan suhde on osoittautunut erittäin ongelmalliseksi. Kansallisen vahingonkorvausoikeuden rajoja on koeteltu lukuisissa oikeudenkäynneissä.¹⁵⁹⁶ Oikeustila on muodostunut siinä määrin epäselväksi, että hallitus antoi Bertil Bengtssonille tehtäväksi selvittää ”vissa frågor om ideellt skadestånd vid kränkning.” Syntyi muistio *Skadeståndsfrågor vid kränkning*¹⁵⁹⁷. Bengtsson päätyi muistiossa esittämään, että skadeståndslagja ja eräitä muita lakeja muutettaisiin. Skadeståndslagin osalta muutoksia tehtäisiin sen 3 luvun 2 §:ään, joka koskee julkisen vallan vahingonkorvausvelvollisuutta. Bengtsson ehdottaa, että säännöksen sanamuotoa nykyaikaistettaisiin, mutta myös, että siihen lisättäisiin uusi 2 kohta, jonka mukaan korvausta tuomittaisiin, jos julkisen vallan käytön seurauksena syntyy vahinkoa, ”genom att [någons] rättigheter enligt den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna har åsidosatts”. Säännöksen 3 kohta kattaisi muun vahingon ”på grund av att någon allvarligt kränks genom angrepp på dennes person, frihet, frid eller ära.”¹⁵⁹⁸ Jos säännösmuutosehdotus toteutetaan, Ruotsinkin vahingonkorvausoikeuteen syntyy perusoikeushierarkia. EIOS-oikeudet ovat eri oikeuksia kuin tavalliset kotimaiset perusoikeudet.¹⁵⁹⁹

Mitä vahingonkorvauslain 5 luvun 6 §:ssä hahmottuva perusoikeushierarkia voisi kertoa suomalaisesta yhteiskunnasta? Kuva on hieman karu. Hallituksen esitystä laadittaessa on ajateltu, että yksilöt kohtaavat tilanteita, joissa he joutuvat

¹⁵⁹⁶ Ks. esim. Högsta domstolenin ratkaisuja NJA 2005 s. 462, NJA 2005 s. 726, NJA 2007 s. 295 ja NJA 2007 s. 747. Ks. ratkaisuista Andersson 2005a; Andersson 2005b; Åhman 2005; Cameron 2006; Andersson 2007c; Andersson 2007b.

¹⁵⁹⁷ Ds. 2007:10.

¹⁵⁹⁸ Ks. Ds. 2007:10 s. 15–16.

¹⁵⁹⁹ Ks. esim. Schultz 2008.

väkivallan kohteeksi. Nämä tilanteet eivät kuitenkaan ilman poikkeuksellisia olosuhteita vakavasti loukkaa heidän ihmisarvoaan. Yksilön on siedettävä tietty määrä väkivaltaa ilman, että hänen olemassaolonsa edellytykset siitä järkkyyvät. Tavallista väkivaltaa ei tunnisteta yksilöiden ihmisarvoa järkyttäväksi ilmiöksi.

Toinen ongelma liittyy säännöksen 1 ja 3 kohtien keskinäiseen suhteeseen. Hallituksen esityksen mukaan henkilö, joka uhkaa toista laittomasti, voidaan tuomita suorittamaan laittomasti uhatulle kärsimyskorvausta.¹⁶⁰⁰ Rikoslain 25 luvun 7 §:n mukaan laittoman uhkauksen tunnusmerkkejä on, että henkilö nostaa aseensa tai muutoin uhkaa toista rikoksella siten, että uhatulla on perusteltu syy omasta tai toisen puolesta pelätä henkilökohtaisen turvallisuuden tai omaisuuden olevan vakavassa vaarassa.¹⁶⁰¹ Laiton uhkaus loukkaa hallituksen esityksen mukaan uhatun tahdon vapautta¹⁶⁰², joten se sijoitetaan 5 luvun 6 §:n systematiikassa 1 kohtaan, yhdeksi kärsimyskorvausvelvollisuuden perustavaksi rikokseksi.¹⁶⁰³

Tilanteesta tulee vahingonkorvausoikeudellisesti nurinkurinen sillä hetkellä, kun uhkaaja toteuttaa uhkauksensa. Jos uhkausta seurannut pahoinpitely ei ole ”erityisen raaka, julma tai nöyryyttävä”, sen perusteella ei voida tuomita suoritettavaksi kärsimyskorvausta. Jos uhkaus kohdistuu omaisuuteen, tällaisenkin uhkauksen perusteella voidaan säännöksen sanamuodon mukaan periaatteessa tuomita suoritettavaksi kärsimyskorvausta. Hallituksen esityksessä kuitenkin todetaan nimenomaisesti, että henkilön omaisuuteen kohdistuvista vahingonteoista ei voida tuomita kärsimyskorvausta kuin äärimmäisissä poikkeustapauksissa.¹⁶⁰⁴ On outoa, että toteutumaton uhka riittää vahingonkorvausvelvollisuuden syntymiseen, mutta itse teko, jolla on uhattu, ei tuota vastaavaa seurausta.

Vastaavia ongelmia esiintyy myös, jos henkilö pakottaa, kiristää tai ryöstää toisen tai tunkeutuu koti- tai julkisrauhan suojaamaan tilaan pahoinpitelemään uhriaan. Jos tuomioistuimet noudattavat lakia tunnontarkasti ja kirjoittavat sen edellyttämiä perusteluja, tuomiolauselmista voi tulla hyvin outoja ja mitä ilmeisimmin yleisen oikeustajunnan vastaisia. Pakottamisessa ongelma on hyvin korostunut. Uhkauksesta, jolla pyritään pakottamaan henkilö tekemään jotain, voi seurata kärsimyskorvausvelvollisuus, mutta varsinaisesta väkivallasta, esimerkiksi uhrin kieltäytyessä toimimasta pakottajan tarkoittamalla tavalla, ei. Vastaavia tuomiolauselmia voidaan joutua kirjoittamaan esimerkiksi väkivaltaisissa ryöstöissä, jotka tapahtuvat uhrin kotona, jonne ryöstäjä on tunkeutunut uhrin

¹⁶⁰⁰ Ks. HE 167/2003 vp s. 55.

¹⁶⁰¹ Ks. tarkemmin esim. Nuutila 2002b s. 941–944.

¹⁶⁰² Nuutila esittää, että laiton uhkaus -kriminalisoinnin tarkoitus on suojata ihmisten turvallisuudentunnetta omaisuuden ja henkilökohtaisen koskemattomuuden suhteen. Ks. Lappi-Seppälä 2002b s. 941.

¹⁶⁰³ Ks. HE 167/2003 vp s. 58.

¹⁶⁰⁴ Ks. HE 167/2003 vp s. 58.

kotirauhaa loukaten. Tahdonvapauden ja kotirauhan loukkauksesta voidaan tuomita kärsimyskorvausta, mutta käytännössä merkittävin vaatimus kärsimyksen korvaamisesta henkilökohtaisen koskemattomuuden perusteella tulee hylätä lakiin perustumattomana, jos väkivalta ei ole ollut erityisen voimakasta.

Syytä sille, miksi hallituksen esitykseen on päädytty ottamaan edellä kuvattu kanta, voi vain arvailla. Pidän todennäköisenä, että kannalle on valmisteluvaiheessa ajateltu olevan systemaattisia syitä. Kärsimyskorvaus on korvaamisen erityistapaus, joka vasta henkilövahinkouudistuksen myötä on kunnolla legitimoitunut vartenotettavaksi korvausaiheeksi. Kun henkilökohtaisen koskemattomuuden loukkauksista aiheutunut kärsimys ei ollut aiemmin korvattavaa, kärsimyksen poikkeusluonne perusteli korvattavuuden rajoittamista uusissa tapauksissa. Kärsimyskorvauksen alaa ei haluttu laajentaa liiaksi.

5 VAKAVA IHMISARVON LOUKKAUS

Edellä esittämäni säännöksen 3 kohdan kirjoitustavan kritiikki valaisee koko säännöksen keskeisintä ongelmaa, joka tulee selvästi esille tarkasteltaessa vahingonkorvauslain 5 luvun 6 §:n 4 kohtaa. Pykälän toisen momentin 4 kohta on yleislauseke, jonka soveltamisalan toivottiin jäävän varsin kapeaksi niin hallituksen esityksessä¹⁶⁰⁵ kuin kirjallisuudessa¹⁶⁰⁶. Näin epäilemättä tulee käymään. Vahingonkorvauslain 5 luvun 6 §:n 4 kohdassa joka tapauksessa todetaan, että sillä, jonka ihmisarvoa on tahallaan tai törkeästä huolimattomuudesta vakavasti loukattu muulla, vahingonkorvauslain 5 luvun 6 §:n 1–3 kohdassa tarkoitettuihin loukkauksiin verrattavalla tavalla, on oikeus kärsimyskorvaukseen.

Kielenkäyttö on 4 kohdassa hyvin avointa. Avainasemassa oleva ihmisarvon käsite jää sekä laissa että esitöissä vaille eksplisiittistä määrittelyä. Hallituksen esityksessä todetaan ainoastaan 4 kohdasta puhuttaessa, että ihmisarvo tarkoittaa ihmiselle ”ihmisenä ja yksilönä kuuluvaa arvoa ja koskemattomuutta”.¹⁶⁰⁷ Säännöksen idea on, että vahingonkorvausvelvollisuus kiinitetään niihin tekoihin, joiden seurauksena ihmisen ihmisarvo eli hänelle ihmisenä ja yksilönä kuuluva arvo voi tulla vakavasti järkytetyksi mutta joita 1–3 kohtien kriminalisoinnit eivät

¹⁶⁰⁵ Ks. Hemmo 2005b s. 183–184; Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006 s. 292; Tiilikka 2007 s. 338–340.

¹⁶⁰⁶ Ks. HE 167/2003 vp s. 58.

¹⁶⁰⁷ HE 167/2003 vp s. 58. Kyse on tietenkin ongelmasta, johon ei ole ratkaisua. Käsitteen tarkka määrittäminen siten, että sillä olisi käytännön kannalta tarpeellisen tarkkarajainen sisältö, on mahdotonta. Yhtäältä mikä tahansa määritelmä olisi omiaan jäykistämään soveltamiskäytäntöä. Jos ihmisarvon idea olisi määritetty laissa, säännös olisi lukittunut. Tarkoituksena lienee ollutkin pitää säännös semanttisesti avoimena ja mahdollistaa juuri se, että sääntelyä voidaan mukauttaa, jos ja kun käsitys ihmisarvosta ja siihen liittyvistä olennaisista seikoista muuttuu.

kata. Kärsimyskorvaus voidaan näin pitää rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen rasituksista vapaana.¹⁶⁰⁸ Tarkoituksena lieenee pääasiassa ollut varmistaa, että tekninen kehitys ei johda siihen, että uudet tekemuodot, joihin rikoslain kriminalisointien sanamuodot eivät ulotu, jäisivät vahingonkorvausvelvollisuuden ulkopuolelle puhtaasti muodollisilla perusteilla.

Hallituksen esityksessä ihmisarvon käsite on 4 kohdan sisällön selvittämisen lähtökohta. Mitä ihmisarvo 4 kohdassa tarkoittaa? Käsitteen sisällön rekonstruoinen hallituksen esityksessä esitettyjen seikkojen perusteella on vaativa tehtävä¹⁶⁰⁹.¹⁶¹⁰ Siihen voi ryhtyä vain kääntämällä koko pykälän pääläelleen. Ihmisarvo saa merkityksen vasta, jos sitä pidetään koko pykälää selittävänä ja systematisoivana skeemana. Kaikki 5 luvun 6 §:ssä mainitut oikeushyvät ovat osa ihmisarvoa. Vapauden, rauhan, kunnian ja yksityisyyden, yhdenvertaisuuden ja henkilökohtaisen koskemattomuuden suojaaminen on ihmisarvon suojaamista. Ihmisarvon käsite tosin saa tällöin virallislähteissä kuvastuvaa laveamman merkityksen. Esimerkiksi Euroopan unionin perusoikeuskirjassa (2000/C 364/01)¹⁶¹¹ ja suomalaisessa valtiosääntöoikeudellisessa kirjallisuudessa ihmisarvo rajoittuu verraten kapeaksi, ainoastaan aivan perustavimmat perusoikeudet käsittäväksi ideaksi. Näin rajoittunut käsityskanta ei voi olla järkevä 4 kohdan tulkinta-avain.

Ihmisarvo olisikin järkevämpää samastaa siihen oikeusasemaan ja suojaan, jonka yhteiskunnan jokaiselle jäsenelle on välttämättä tunnustettava ja turvattava, jotta yhteiskunta olisi legitiimi. Ihmisarvo tarkoittaa sitä, että jokaiselle yksilölle *ihmisenä* – ei muusta syystä ja ilman kvalifikaatioita¹⁶¹² – on tunnustettava ja suojattava tietty loukkaamattomien perusoikeuksien piiri.¹⁶¹³ Säännöksen nojalla myös vahingonkorvausoikeudellisesti arvioiden ihmisarvoiseen elämään

¹⁶⁰⁸ Ks. HE 167/2003 vp s. 58.

¹⁶⁰⁹ Ks. yrityksestä esim. Melander 2008.

¹⁶¹⁰ Ihmisarvoon viitataan lainsäädännössämme monessa kohdin. Perustuslain 1.2 §:n mukaan Suomen valtiosääntö turvaa ihmisarvon loukkaamattomuuden. Perustuslaissa viitataan ihmisarvoon vielä sen 7.2, 9.4 ja 19.1 pykälissä.

¹⁶¹¹ Perusoikeuskirjan I luvussa ihmisarvon alle sijoitetaan oikeus elämään, kuolemanrangaistuksen kielto, oikeus ruumiilliseen ja henkiseen koskemattomuuteen, kidutuksen kielto ja ihmiskaudan kielto.

¹⁶¹² Ihmisarvon käsitteeseen liitetään usein ajatus itseisarvosta. Jokaisella ihmisellä on tietty oikeuspiiri vain siitä syystä, että hän on ihminen. Tämä ihmisarvosta johdettava oikeuspiiri on jokaisen yhteiskunnan metafysisinen lähtökohta, jota ei tarvitse oikeuttaa eikä sitä myöskään saa lähtökohtaisesti loukata. Ihmisarvon itseisarvoisuudesta seuraa, että mikään syy tai perustelu ei ole tarpeeksi hyvä, jotta henkilön ihmisarvoa saisi loukata. Tällaisessa ajattelussa ihmisen käsite ja siitä johdettava perusoikeuksien piiri lieenee melko lailla kapeampi kuin VahL 5:6:ssa on tarkoitettu. Ks. esim. perustulain 7 § 2, 9:n 4, ja 19 § 1 momentti ja niiden sisällöstä Scheinin 1999 s. 225–226.

¹⁶¹³ Ks. ihmisarvon käsitteestä esim. Nieminen 2005; Melander 2008.

kuuluu mahdollisuus vapauteen, rauhaan ja kunniaan, yhdenvertaisuuteen, sekä ruumiilliseen ja henkiseen koskemattomuuteen.

Jos 4 kohta asetetaan koko arvioinnin keskustaan, pykälän perusorientaatio näyttää muuttuvan. Koko vahingonkorvauslain 5 luvun 6 §:n ideaksi määrittyy *perusoikeuksien* vahingonkorvausoikeudellinen tunnistaminen ja tunnustaminen. Jos säännöksen keskeiseksi orientaatioksi hahmotetaan juuri perusoikeuksien suojaaminen vahingonkorvausoikeudellisin keinoin, eritoten säännöksen 4 kohdalle voidaan antaa kokonaan uusi merkitys. Tällöin 4 kohta voisi saada myös uusia sovellustilanteita. Nyt oudon aseman hallituksen esityksessä saava lausuma, jonka mukaan ”lisäksi korvaukseen oikeuttavan loukkauksen tulisi olla tosiasialliselta merkitykseltään rinnastettavissa momentin 1–3 kohdassa mainittuihin henkilöön kohdistuviin loukkauksiin”¹⁶¹⁴ saa toisenlaisen ja itse asiassa käänteisen merkityksen. Voitaisiin nimittäin ajatella, että 1–3 kohdissa korvattavuus edellyttäisi, että loukatun ihmisarvoa olisi loukattu vakavasti. Korvattavien ilmiöiden piiri saattaisi jonkin verran kaventua.

Hallituksen esityksessä ei esitetä kovin monta mahdollista 4 kohdan soveltamistilanne-esimerkkiä.¹⁶¹⁵ Pääosassa vähissä esimerkeissä on teknisen kehityksen ennakoiminen: sähköisen kommunikaation ja geeniteknologian kehityksestä juontuvia perusoikeusuhkia pyritään arvailemaan ennalta.¹⁶¹⁶ Aitoja, tekniseen kehitykseen ja laillisuusperiaatteen rasitukseen liittymättömiä sovellustilanne-esimerkkejä on vain kaksi: yksilön omaisuuden tahallinen vahingoittaminen ja rikoslain 45 luvun 16 §:ssä sinällään rangaistavaksi säädetty esimiesaseman väärinkäyttö. Ensimmäisestä ei hallituksen esityksen mukaan tulisi tuomita suoritettavaksi kärsimyskorvausta. Esityksessä todetaan, että ”ei kuitenkaan ole täysin poissuljettua, että omaisuuden vahingoittamisella samalla loukataan omistajan ihmisarvoa niin vakavalla tavalla, että teko oikeuttaa korvaukseen kärsimyksensä.”¹⁶¹⁷ Tulkintasuositus on erittäin rajoittava ja on itse asiassa vaikeata keksiä sellaista tilannetta, jossa esityksessä omaksuttujen sanankäänteiden perusteella voitaisiin perustella, miksi korvausta tulee suorittaa. Lemmikkieläimet ovat ensimmäisenä mieleen tuleva omaisuustyyppe.

On mielenkiintoista ja myös huolestuttavaa, että hallituksen esityksen esimerkeissä ei sotilasrikoksia lukuun ottamatta sanallakaan viitata julkisen vallan käyttämiseen saati sitten yritystoimintaan ja oikeushenkilön vastuuseen. Ongelma on polttava, kahdesta syystä.

¹⁶¹⁴ HE 167/2003 vp s. 58.

¹⁶¹⁵ Ks. HE 167/2003 vp s. 59.

¹⁶¹⁶ Esimerkkeinä mainitaan yksityiselämän ja viestintäsalaisuuden loukkaamisen uudet tekemuodot, joita kriminalisointien sanamuodot eivät kata ja geneettinen syrjintä työhön otettaessa HE 167/2003 vp s. 59.

¹⁶¹⁷ HE 167/2003 vp s. 58.

Pykälä on kirjoitettu kokonaisuutena ottaen siten, että yksityisoikeudellisten tai julkisoikeudellisten oikeushenkilöiden tuomitseminen suorittamaan kärsimyskorvausta vaikuttaisi aina edellyttävän 4 kohdan soveltamista. 1-3 kohdissa tarkoitetut rikokset ovat sellaisia, että niihin voivat syyllistyä vain yksilöt. Kärsimyskorvaus näyttäytyy tästä johtuen ennen kaikkea *yksilöiden* tekojen seurauksena. Vastuu siirtyy vahingonaiheuttajayksilöltä tämän edustamalle organisaatiolle ainoastaan työssä ja virassa aiheutettujen vahinkojen korvaamista koskevien vahingonkorvauslain 3 luvun kanavointisäännösten avulla.

Hallituksen esityksessä omaksuttu lähestymistapa ei vaikuta tarkoituksenmukaiselta. Sivusin jo edellä sitä, että yksilövastuuta korostava lähtökohta estää vastuun kohdistamisen mielekkäälle vastuusubjektille, jos tämä subjekti olisi oikeushenkilö. Toinen epätarkoituksenmukainen ratkaisu on, että 4 kohdassa vaaditaan törkeää tuottamusta. Erityisesti viranomistoiminnassa vahinko-olosuhteet voivat olla ja usein ovatkin sellaiset, että vahingon aiheuttanut yksilö ei ole joko tunnistettavissa tai hän ei ole menetellyt törkeän tuottamuksellisesti, kuten 4 kohdassa edellytetään. Vakavakin perusoikeusloukkaus voi tästä huolimatta olla käsillä. Luontevin vastuutaho ei kaikissa tapauksissa välttämättä edes ole yksilö vaan yhteisö, jota varsinaisesti vahingon aiheuttanut on edustanut tai jonka puolesta tämä on toiminut. Ratkaisu KKO 2002:56 on hyvä esimerkki.

Tapauksessa vastuusuhteista syntyvä asetus muistutti pitkälti yhteisösakkoa koskevista säännöksistä tarkoitettuja olosuhteita. Varusmiehen kuolema ei ollut vain syytetyn yliluutnantin vastuulla vaan vahinko aiheutui monen tekijän yhteisvaikutuksesta. Sen ainoana syynä ei siis ollut yliluutnantin menettely, vaan myös monen muun ihmisen päätökset, toimenpiteet ja laiminlyönnit. Kun vahingonkorvauslain 5 luvun 4 a §:n mukaan kärsimyksen korvaaminen edellyttää, että kuolema on aiheutettu vähintään törkeän tuottamuksellisella menettelyllä, korkein oikeus oli päätnyt asetelmaan, jossa sen olisi ollut lähestulkoon pakko hylätä vahingonkorvausvaatimus, kun yksilö ei ollut menetellyt törkeän tuottamuksellisesti. Ratkaisu olisi ollut mahdoton.

Syytetty yliluutnantti oli joutunut työssään tilanteeseen, jossa hänen alaisilleen saattoi aiheutua hänen toimenpiteistään vakava hengen ja terveyden vaara. Yliluutnantin tehtävänä oli korkeimman oikeuden mukaan varmistaa, että kovapanosammuntoihin liittyvä riski ei toteutuisi. Hänen oli järjestettävä ammunta moitteetta. Tätä yliluutnantti ei korkeimman oikeuden mukaan ollut kuitenkaan tehnyt. Hän oli laiminlyönyt huolehtia siitä, että kovapanosammunta olisi valmisteltu ja harjoitettu palvelusturvallisuuden kannalta riittävän hyvin. Hän ei ollut ammuntopuhutteluissa myöskään antanut varusmiesten turvallisuuden kannalta keskeisessä asemassa oleville tulentarkkaajille ja johtajille riittävää täsmällistä tietoa ampumaharjoituksen etenemisestä, vaara-alueiden sijainnista eikä joukkojen johtosuhteista.

Tärkeää on kuitenkin huomata, että yliluutnantti ei kuitenkaan ollut tilanteessa yksin. Vaikka yliluutnantti oli korkeimman oikeuden mukaan menetellyt tuottamuksellisesti, hänen tuottamuksellinen menettelynsä ei ollut onnet-

tomuuden ainoa syy. Muiden kovapanosammunnoissa mukana olleiden henkilöiden menettely oli ollut niin ikään moitittavaa ja hekin olivat tehneet virheitä. Resurssejakin oli ollut liian vähän. Yliluutnantti oli joutunut toimimaan kiireessä. Hänen menettelynsä oli ollut tuottamuksellista, mutta ei törkeän tuottamuksellista. Koska vahingonkorvauslain 5 luvun 4 a §:n sanamuoto edellyttää, että kuolema on aiheutettu tahallisesti tai törkeästä huolimattomuudesta, korkein oikeus joutui hahmottamaan asiaa kumuloidun tuottamuksen idean kautta. Se katsoi, että *valtio* oli aiheuttanut vahingon törkeällä tuottamuksellaan.

Törkeän tuottamuksen vaatimus on kaiken kaikkiaan erittäin ongelmallinen. Viime aikoina on kiistelty esimerkiksi ihmisoikeussopimuksen 6 artiklasta ja liian pitkäkestoisista oikeudenkäynneistä. Pitkäksi venyneissä oikeudenkäynneissä on vaadittu, että oikeudenkäynti tulee lopettaa, kun se on kestänyt liian kauan. Toinen vaihtoehto olisi vaatia valtiolta vahingonkorvausta, kun yksilön Euroopan ihmisoikeussopimuksessakin tunnustettua perusoikeutta on loukattu. Näin on Ruotsissa tehtykin.¹⁶¹⁸ Vahingonkorvauslain 5 luvun 6 § saattaisi olla Suomessakin yksi niistä instrumenteista, joiden nojalla tällaista korvausta voitaisiin tuomita. Pitkäksi venyneen oikeudenkäynnin kesto ei voine kuitenkaan olla seurausta jonkun yksittäisen toimijan tuottamuksellisesta saati törkeän tuottamuksellisesta menettelystä. Valtion törkeään tuottamukseen ei päästä edes kumuloidulla tuottamuksella.¹⁶¹⁹ Euroopan ihmisoikeussopimus kuitenkin edellyttää, että ihmisoikeusrikkomuksen uhrilla on oltava käytössään tehokas oikeus-suojakeino. Oikeus saada vahingonkorvausta kärsitystä vahingosta voisi olla tällainen oikeussuojakeino. Sopimuksen 13 artiklasta, jossa todetaan, että ihmisoikeusrikkomuksen uhrilla on oltava käytettävissään *tehokas oikeussuojakeino* kansallisen viranomaisen edessä, sen sijaan voidaan johtaa kansalliselle tuomio-

¹⁶¹⁸ Ks. NJA 2005 s. 462.

¹⁶¹⁹ Ongelmaan törmättiin myös ratkaisussa KKO 2008:10. Enemmistöön päätyneiden oikeusneuvos Häyhän ja oikeusneuvos Raution kannan mukaan kantaja E oli menettänyt vapautensa, kun julkisen vallan käytölle kohtuullisia vaatimuksia ei ollut noudatettu. Enemmistö ei kuitenkaan katsonut, että kukaan kantajan asiaa käsitelleistä virkamiehistä olisi syyllistynyt 1–3 kohdissa tarkoitettuun rikokseen. Vahingonkorvauslain 5 luvun 6 §:ää ei näin ollen voitu soveltaa, kun törkeää tuottamusta tai tahallisuutta ei ollut käsillä. Vähemmistöön jääneet oikeusneuvokset Lehtimäki ja Möller puolestaan asettivat virkamiehille melkoisen asiantuntemus- ja laintulkintavaatimuksen: ”Virkamiehen tulee omalla virkavastuullaan ratkaista myös ne lainsoveltamisongelmat, joita keskenään ristiriitaiset säännökset ja määräykset näyttävät aiheuttavan. Tällöin on laintulkintaohjeena kiinnitettävä erityistä huomiota perustuslain 22 §:ään, jonka mukaan julkisen vallan on turvattava perus- ja ihmisoikeuksien toteutuminen. Tämä säännös velvoittaa myös yksittäistä virkamiestä. Tältä pohjalta täytäntöönpanoviranomaisten olisi tullut E:n vapauttamista sääntelevien säännösten ja määräysten tulkinnan osalta päätyä samaan lopputulokseen kuin Korkein oikeus”. Tällä perusteella oikeusneuvokset pääsivät katsomaan, että oikeudenloukkaus oli aiheutettu rangaistavaksi säädetyllä teolla ja vahingonkorvauslain 5 luvun 6 §:ää saatettiin soveltaa. Lehtimäki ja Möller perustelevat kantaansa myös perusoikeusmyönteisellä laintulkinnalla.

istuimelle oikeus ja velvollisuus antaa loukatun käyttöön hyvittävä oikeussuoja-keino, jos julkista valtaa käytettäessä on loukattu yksilön perus- ja ihmisoikeutena suojattua oikeutta.¹⁶²⁰

Korkeimman oikeuden ratkaisu KKO 2008:10 näyttäisi tukevan lukutapaa. Enemmistö luo ratkaisussa käytännössä uuden laissa sääntelemättömän vastuuperusteen, jonka nojalla kärsimyskorvaukseen rinnastuvaa korvausta voidaan tuomita suoritettavaksi. Perustelut, miksi tällainen vastuuperuste voidaan luoda, kytkeytyvät sekä perus- ja ihmisoikeuksiin että Euroopan ihmisoikeussopimukseen. Kun valtion menettely oli johtanut siihen, henkilö oli menettänyt vapautensa ”tavalla, jota voidaan pitää perus- ja ihmisoikeutena suojatun henkilökohtaisen vapauden loukkauksena, hänellä on tämän vuoksi oikeus loukkauksen *hyvittävään oikeussuojakeinoon* Suomen viranomaisen edessä.” Enemmistö ei siis suoranaisesti kiinnitä ratkaisua vahingonkorvauslakiin. Sen sijaan kysymys on erillisestä hyvittävästä oikeussuojakeinosta. Käytännössä valtio on siis velvollinen korvaamaan viranomaistoiminnassa aiheutuneista – ainakin tietyistä – perusoikeusloukkauksista aiheutuvan vahingon, vaikka tällaista velvollisuutta ei olisi suoraan kirjoitetun lain säännösten nojalla.

Jos kärsimyskorvauksen vastuuperusteeksi ymmärrettäisiin juuri *perusoikeusloukkaus* hallituksen esityksen kantaa laajemmassa mielessä ja ilman tahallisuuden tai törkeän tuottamuksen vaatimusta, monet ratkaisua vailla olevat vahingonkorvausongelmat voisivat saada varsin luontevan ratkaisun. Pelkästään oikeustieteen keinoin tällainen uudelleentulkinta ei kuitenkaan taida onnistua. Korkein oikeus on mennyt jo hyvän matkaa tähän suuntaan ratkaisussa KKO 2008:10, vaikkakin ratkaisussa arviointi perus- ja ihmisoikeusloukkauksien arviointi kiinnittyi vielä tiukasti Euroopan ihmisoikeussopimukseen.

6 TEON JA KOKEMUKSEN JÄNNITE

Vahingonkorvauslain 5 luvun 6 §:n 2 momentissa todetaan, että korvaus tulee määrätä sen kärsimyksen perusteella, jonka loukkaus on ollut omiaan aiheuttamaan vahingonkärsijälle. Tässä harkinnassa tulee ottaa erityisesti huomioon loukkauksen laatu, loukatun asema, loukkaajan ja loukatun välinen suhde sekä loukkauksen julkisuus.

Lain sanamuodossa kiinnittää huomiota sen perustava kaksijakoisuus. Yhtäältä säännöksessä puhutaan kärsimyksestä ja kärsimyskokemuksesta, toisaalta loukkausteosta ja sen ominaisuuksista. Kärsimyksen arvioinnissa näyttäisikin yhdistyvän kaksi ristiriitaiselta vaikuttavaa arvioinnin kohdetta. Syntyy paradok-

¹⁶²⁰ Ks. esim. KKO 2008:10.

si: korvausaiheena, reaalivahinkona ja justifikaatiomotiivina on kärsimystunne, mutta korvauksen määrän harkinnassa kokemuksella ei näyttäisi olevan suoranaista merkitystä. Teolla sen sijaan on. Kärsimyskokemuksen arvioinnissa kiinnitetään huomiota ennen kaikkea tekoon ja sen ominaisuuksiin. Tilanne on paradoksaalinen. Kärsimys irtaantuu kokemuksesta ja kiinnittyy tekoon, toisaalta teko käsitteellistetään sen aikaansaaman kärsimyksen kautta. Lopputulos mielestäni on, että säännöksen sanamuodossa teko ja kokemus kietoutuvat yhteen kärsimykseksi ilman, että syntyisi selvää käsitystä siitä, kumpi ohjaa kumpaa. Tilanne ei ole tyydyttävä. Mitä tuomarin pitäisi tehdä? Onko kärsimyskorvauksen suuruutta arvioitaessa tarkoitus arvioida tekoa vai sen uhrissa aiheuttamaa kokemusta?

Itse säännöksestä tähän kysymykseen ei löydä vastausta: sanamuodolle rakentuva tulkinta ei johda mihinkään. Jos huomiota kiinnitetään yksinomaan niihin sanoihin ja käsitteisiin, joiden varaan harkinta käytännössä rakennetaan, etusija näyttäisi olevan teon arvioinnilla. Ne seikat, jotka säännöksen mukaan tulee ottaa huomioon kärsimyskorvauksen määrää harkitessa, ovat yksinomaan ja selkeästi tekoon kiinnittyviä. Loukkauksen laatu, loukatun asema, loukkaajan ja loukatun välinen suhde sekä loukkauksen julkisuus eivät vaikuta ensi sijassa vahingonkärsijän kokemusten vaan vahingonaiheuttajan loukkausteon ominaisuuksilta. Epäsuora yhteys on *omiaan aiheuttamaan* -idean myötä on tietenkin toki olemassa. Jos epäsuora yhteys sivuutetaan – ja esitän jäljempänä syitä, miksi niin pitäisi tehdä – kärsimyksessä on mukana hyvin vähän kärsimystä. Kärsimyskokemuksen välillinen ja abstrakti ”on omiaan aiheuttamaan”-määrittely yhdessä erityisesti-sanan kanssa luovat jännitteen, jota ei ole helppo laukaista.

On vielä huomattava, että luettelo mahdollisista arviointiperusteista on vain esimerkkiluettelo eikä sellaisena tyhjentävä. Muitakin seikkoja voidaan ottaa huomioon.¹⁶²¹ Arviointitekijöiden esimerkkiluettelosta huolimatta säännöksestä välittyy vahva kuva siitä, että tuomarin tulisi harkinnassaan asettua juuri pohtimaan kärsimystunteen voimakkuutta, koska lopulta harkinta tiivistyy juuri sen kärsimyksen ympärille, jota teko huomioon otettavien seikkojen valossa on omiaan aiheuttamaan. Säännöksen sanamuodon tulkinnasta ei selkeää vastausta saada. Vaikutelmat jäävät hyvin epämääräisiksi ja utuisiksi.

Hallituksen esityksessä, jota seuraavassa seuraan siinä omaksutussa esitysjärjestyksessä¹⁶²², kuva täydentyy ja samalla entisestään ristiriitaisuutta. 5 luvun 6 §:n

¹⁶²¹ Ks. HE 167/2003 vp s. 60.

¹⁶²² Tarkastelen hallituksen esitystä hieman tavanomaisesta poikkeavalla tavalla. En käytä esitystä erilaisten informaatiovälitteiden varastona, vaan pyrin lukemaan sitä tekstinä, kertomuksena siitä miten hallituksen esitystä valmisteltaessa kärsimyskorvaus haluttiin järjestää. Tällöin esimerkiksi asioiden esitysjärjestys tulee olennaiseksi seikaksi ja myös tarkastelun kohteeksi. Kyse on jälleen *puolivihamielisestä* lähiluvusta, jossa en pyri silottelemaan mahdollisia sisäisiä ristiriitaisuuksia tai jännitteitä tai tuottamaan parasta parasta mahdollista tai edes oikeudellisessa tulkinta-argumen-

yksityiskohtaisten perusteluiden kolmannessa kappaleessa esitetään, että kärsimys on määritelmänsä mukaan *tunne*. Kärsimys on leimallisesti vahingonkärsijän kokemus. Esityksessä todetaan, että ”kärsimyksellä tarkoitetaan sitä henkistä kärsimystunnetta, joka henkilölle aiheutuu häneen kohdistetun oikeudettoman loukkauksen seurauksena”. Kärsimys on pelkoa, nöyryytystä, häpeää tai mielihäpeää¹⁶²³ eli niitä *normaalielämään kuuluvia tunteita ja kokemuksia*, jotka on normaalisti siedettävä.¹⁶²⁴

Suomalainen säännös poikkeaa sanonnaltaan merkittävästi ruotsalaisesta vastaavasta säännöksestä. Skadeståndslagin 2 luvun 3 § kuuluu seuraavasti: Den som allvarligt kränker någon annan genom brott som innefattar ett angrepp mot dennes person, frihet, frid eller ära skall ersätta den skada som kränkningen innebär. Huomionarvoista on, että pykälässä on kokonaan luovuttu kärsimys-sanan (*lidande*) käytöstä. Se on korvattu kränkning-sanalla, joka suomeksi tarkoittanee nimenomaan loukkausta. Säännöksessä puhutaan vain vahingon korvaamisesta. Kielenkäytölliseen muutokseen oli selkeä syy. Uudistusta valmisteltaessa todettiin, että *lidande*-sanankäyttö olisi ohjannut kärsimyksen määrän arviointia liiaksi kohti subjektiivista kokemusta ja sen arvioimista.¹⁶²⁵

Vahinkolajia ei ole myöskään määritelty oikeuskäytännössä kärsimyskokemuksen avulla. HD totesi ratkaisussa NJA 2007 s. 540, että kränkning-korvauksen tuomitseminen ei edellytä kärsimyskokemusta: ”Det är korrekt att tala om om ersättning för själva kränkningen trots att det enligt lagtexten i strängt logisk mening är ’skadan’ och inte ’kränkningen’ som ersätts”. Tämän vuoksi kolmevuotiaana seksuaalisen hyväksikäytön kohteeksi joutuneelle lapselle voitiin tuomita suoritettavaksi korvausta, vaikka lapsi oli teon aikana nukkunut eikä ollut havainnut hyväksikäyttöä. Lapsen äiti ei myöskään aikoinut koskaan kertoa lapselle hyväksikäytöstä. HD uskoi, että lapsi ei koskaan tulisi kärsimään, koska ei tulisi olemaan tietoinen loukkauksesta.

Välittömästi kokemuskytkenän luomisen jälkeen, vieläpä samassa kappaleessa hallituksen esityksessä kuitenkin otetaan etäisyyttä kärsimyskorvauksen kokemuksellisuudesta. Vaikka kärsimyksen kokemus on olennainen seikka, esityksessä todetaan, että kärsimyskorvausta vaativan ei ole tarpeen esittää selvitystä kokemiansa tunteiden laadusta tai voimakkuudesta. ”Teon luonne sinänsä riittää korvauksen perusteeksi”, todetaan.¹⁶²⁶ Nyt äsken voimakas kokemuskytkenä häipyy vuorostaan ja teko-orientaatio korostuu. Keskustelu kärsimyskorvauksen tarkoituksesta ja määrän harkinnan perusteista päättyy yleisellä tasolla hallituk-

taatiossa käyttökelpoista lukutapaa. Pikemminkin tarkoituksena on rakentaa kuvaa säännöksestä juuri ristiriitojen kautta, jännitteiden ja epäjatkuvuuksien avulla.

¹⁶²³ Ks. esim. Mannelqvist 2006 s. 795–797.

¹⁶²⁴ Ks. HE 167/2003 vp s. 54.

¹⁶²⁵ Ks. Prop. 2000/01:68 s. 49; SOU 1995:33 s. 438.

¹⁶²⁶ HE 167/2003 vp s. 54.

sen esityksessä tähän. Asiaan palataan kuitenkin myöhemmin, kun 2 momentin yksityiskohtaista sisältöä selvitetään.

Pykälän toisen momentin perusteluissa¹⁶²⁷ kärsimyskorvauksen identiteetin rakentamisessa lähdetään liikkeelle siitä, että kärsimyskorvaus ei ole taloudellisen vahingon tai tappion korvaamista. Kärsimys on puhtaasti aineeton vahinkolaji. Koska kärsimys on aineeton vahinkolaji, korvauksen määrän arviointi on pitkälti harkinnanvaraista.¹⁶²⁸ Aloitus on varsin yllätyksetön ja sitä seuraa yhtä lailla yllätyksetön kappale, jossa todetaan, että arvioinnin on oltava objektiivista ja että korvausta ei saa tuomita objektiivisesti arvioiden merkityksettömistä vahinkotapahtumista. Sen jälkeen tekstissä tapahtuu jotakin hyvin outoa ja ristiriitaista. Seuraava lausuma on yllättävä:

”Kärsimyksen korvaamisen perusteena ja tavoitteena on loukatun ihmisarvolle ja itsetunnon aiheutuneen loukkauksen hyvittäminen. Korvauksen määrää on kussakin tapauksessa harkittava suhteessa tähän tavoitteeseen.”¹⁶²⁹

Mitä tapahtui? Mistä tämä idea tuli? Miten se suhtautuu aikaisempiin korvausaiheen määrittely-yrityksiin? Edellähän kärsimys määriteltiin ennen kaikkea tunteiksi ja kokemuksiksi. Ovatko ihmisarvon ja itsetunnon loukkaus yhtä kuin kärsimyksen tunne ja loukkauksen kokemus? Jos kärsimyskokemuksessa hyvitetään kokemusta, voidaanko samaan aikaan hyvittää ihmisarvoa ja itsetuntoa. Tunnekytkentä, kokemuksellisuus näyttää saavan ihmisarvosta ja itsetunnosta kilpailijan. Uusi määritelmä avaa jälleen korvausaihemäärittelyn.

Vaikka siteeraamani katkelma näyttääkin ristiriitaiselta ja erittäin ongelmalliselta, se on mielestäni ratkaisevan tärkeä 5 luvun 6 pykälän teoreettisen taustan hahmottamisessa. Ilman lainatun kappaleen lausumaa 6 pykälää ja ylipäättään kärsimyskorvausta olisi vaikea ymmärtää. Lausuma myös paikkaa säännöksen sanamuodon ongelmia. Sen avulla 1 momentin 3 ja 4 kohtien viittaukset ihmisarvon loukkaamiseen saavat yleisemmän merkityksen. Nämä viittaukset ovat koko säännöksen ymmärtämisen kannalta olennaisia keskuspiisteitä. Ilman niitä ihmisarvon idea ja siihen kohdistuvat loukkaukset saattaisivat jäädä säännöksessä taka-alalle. Samalla on tärkeää huomata, että ihmisarvon ja itsekunnioituksen muutokset näyttävät määrittävän myös vahingonkorvausoikeudellisen vaikuttamisen kohteeksi. Edellä käyvän lausuman perusteella kärsimyskorvauksella pyritään vaikuttamaan juuri ihmisarvoon ja itsekunnioitukseen, mikä sinällään vaikuttaa varsin hankalalta ja vaikeasti toteutettavalta tehtävältä.

¹⁶²⁷ HE 167/2003 vp s. 59–62.

¹⁶²⁸ Ks. HE 167/2003 vp s. 59. Hallituksen esityksessä ei ole mainintaa objektiivisten mittapuiden puuttumisesta.

¹⁶²⁹ HE 167/2003 vp s. 59.

Ihmisarvon ja itsetunnon loukkausten hyvittämisen kautta rakentuu tärkeä kärsimyskorvauksen legitimaation ja oikeuttamisen kannalta keskeinen teema: kärsimyskorvauksen ei-rangaistuksellisuus. Tässä kohtaa kokemus- ja ihmisarvopainotuksia ei saa erottaa tiukasti toisistaan. Kärsimyksen korvaamisen legitimoiminen on yksinkertaisempi tehtävä, jos voidaan nimenomaan selittää, että kärsimyskorvaus *korvaa*. Kun vaikuttamisen kohteeksi määrittyvät ensin kokemukset ja tunteet ja sitten ihmisarvo ja itsetunto, on kaksi syytä esittää, että kärsimyskorvaus voi palauttaa ja korjata jonkin asiantilan oikealla tolalleen. Kokemukset, ihmisarvon tunne ja itsetunto ovat korvaamisen kohteita ja siksi välttämättömiä motiiveja säännöksen vahingonkorvausoikeuden sisäisen legitimitetin kannalta. Vahingonkorvausoikeudellisille oikeussäännöillehän on perinteisesti asetettu vaatimus, että niiden avulla on pyrittävä jonkinlaiseen ennallistamiseen, korjaamiseen.¹⁶³⁰ Jos kärsimyskokemus, ihmisarvo tai itsetunto eivät olisi läsnä kärsimyskorvauksessa, kärsimyskorvauksella ei olisi kohdetta. Kärsimykseltä puuttuisi kokonaan reaali vahinkoluonne, se todellinen vahinkoseuraus, johon korvauksella pyritäisiin vaikuttamaan. Samalla kärsimyskorvauksen vahingonkorvaus- ja siviilioikeudellinen luonne kävisi epäilyksenalaiseksi. Koska mitään korjattavaa ei olisi, mitään ei voitaisi korjata. Kärsimyskorvaus olisi rangaistuksellista.

Rangaistuksellisuusdiagnoosi olisi valtiosääntöoikeudellisesti äärimmäisen kiusallinen lopputulos. Syy on yksinkertainen: perustuslain 8 pykälä. Rangaistuksista ja niiden tuomitsemisen edellytyksistä sekä rangaistuksen mittaamisesta tulee säätää täsmällisellä eduskuntalailla. Jos mielletäisiin, että kärsimyskorvaus on avoimesti rangaistuksellinen, siihen jouduttaisiin todennäköisesti soveltamaan rangaistuksia koskevia valtiosääntöperiaatteita. Rikosoikeudellinen legaliteettiperiaate ulottuu sanktioihin ja kieltää epämääräiset rangaistukset (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*)¹⁶³¹. Vaatimus rangaistuksen mittaamisperusteiden lakisääteisyydestä ja täsmällisyydestä jää kärsimyskorvaussäännöksessä täyttymättä.

Sama seikka aiheuttaa pulmia toisestakin syystä. Perustuslain 80 §:n 1 momentin mukaan yksilöiden oikeuksien ja velvollisuuksien perusteista on säädettävä lailla. Periaatteessa voitaisiin väittää, että kärsimystä koskevissa vahingonkorvauslain säännöksissä ei säädetä riittävän tarkasti yksilöiden oikeuksien ja velvollisuuksien perusteista esimerkiksi siten, että sanktion enimmäis- ja vähimmäismäärä voitaisiin tietää jo ennen oikeudenkäyntiä. Yksilöiden oikeudet ja velvollisuudet jäävät näissä oloissa tuomioistuinen – teoriassa – rajoittaman harkinta(mieli)vallan varaan. Tuomioistuin voi halutessaan määrätä, miten suuren tai pienen kärsimyskorvauksen tahansa.¹⁶³²

¹⁶³⁰ Ks. edellä ensimmäisen osan luvussa 2 selostettua.

¹⁶³¹ Ks. esim. Karhu 2005 s. 167. Vrt. Nuutila 1997 s. 66–67.

¹⁶³² Väite voidaan ulottaa kaikkeen aineettoman vahingon korvaamiseen, myös tilapäiseen haittaan. Sillekään ei aseteta ennalta rajoja. Tilanne on toinen aineellisessa vahingossa. Kun ”oikea” ja

Ongelma vaikuttaa todelliselta.¹⁶³³ Perustuslain 80 §:n 1 momentille olisi täysin mahdollista antaa sisältö, jonka mukaan vahingon määrän laskemisen perusteista tulee määrätä sillä tarkkuudella, että sanktion määrä voidaan ennalta ainakin summittaisesti laskea. Vaikka aineettomissa vahingoissa arviointiperusteet on kirjattu lakiin, niistä ei voida tehdä suoria päätelmiä vahingonkorvausvastuun suuruudesta, koska lain säännöksessä kuvastuva rahamääräistämismenetelmä on epämääräinen. Tematiikkaa ei käsitelty säädöksiä valmisteltaessa. On kiistanalaista, tulisiko täsmällisyysvaatimukselle antaa tällainen sisältö. Perustuslain 106 §:n soveltaminen vaikuttaisi pahan kerran liioittelulta. Itsenäisyyden ajan ylittävä perinne puhuu perustuslainvastaisuustulkintaa vastaan. Toisaalta ei olisi missään suhteessa ollut pahitteeksi, että vahingonkorvauslakiin olisi kirjattu kärsimyskorvaukselle – ja muillekin aineettoman vahingon perusteella maksettaville korvauksille – jokin korvauslatitudi.¹⁶³⁴

Kärsimyskorvaus on välttämättä omiaan liudentamaan rikosoikeuden ja vahingonkorvausoikeuden erottelua. Kun kärsimyskorvauksen määrä viime kädessä arvioidaan teon moitittavuuden ja paheksuttavuuden perusteella, rangaistuksellisuusdiagnoosi tulee kiusallisen lähelle, siitäkin huolimatta, että hallituksen esityksessä todetaan – ilmeisen huonoa omaatuntoa potien – yskskantaan, että

”Korvausta kärsimyksestä ei siten tule määrätä esimerkiksi sitä silmällä pitäen, että korvausvelvollisuus muodostaisi rangaistuksenluonteisen seuraamuksen loukkauksen aiheuttajalle.”¹⁶³⁵

Tunteista, ihmisarvosta ja itsetunnosta – siis jonkinasteisesta kokemuskytkenästä – huolimatta vaaka kallistuu hallituksen esityksessä tosiasiaa vahvasti teon suuntaan. Kun kärsimyskorvauksen arviointiperusteita ja -tapaa tarkastellaan, korvauksen keskeiseksi orientaatioksi paljastuu itse asiassa teon moitittavuus. Kärsimyskorvauksen painopiste on teossa, siitä ei päästä mihinkään.

Teko-orientaatio ja sen ensisijaisuus kuvastuu erityisesti hallituksen esityksessä hahmotelluissa arviointimenetelmissä. Merkittävin 2 momentin yksityiskohteisissa perusteluissa mainittava seikka on taasen menetelmien *objektiivisuus*.

luonnollinen vahingon määrä voidaan laskea – kanta, jota olen tutkimuksessani pyrkinyt horjuttamaan – yksilön oikeuksien ja velvollisuuksien perusteista on säädetty. Latitudisäännöksellä olisi ollut nähdäkseni muitakin myönteisiä vaikutuksia. Ks. av. 1696.

¹⁶³³ Ks. esim. Allen – Brunet – Roth 2007.

¹⁶³⁴ Vrt. Karhu 2005 s. 171. Karhu tuntuu ajattelevan, että rikosoikeudellinen laillisuusperiaate ulottuu rikoksen muihinkin seuraamuksiin kuin rangaistuksiin eli myös vahingonkorvaukseen. Tästä huolimatta hän selittää, että vahingonkorvauksen määrän arvioinnissa ei ole ongelma, koska ”korvattavien vahinkojen piiri määrittyy rangaistussäännöksen suojatarkoituksesta käsin.” Näin on epäilemättä silloin, kun mietitään aineellisia seurausvahinkoja. Aineettomien vahinkojen osalta johtopäätös on näillä premiseillä kyseenalainen. Samaan vyyhteen voisi lisätä vielä henkilövahinkoasiain neuvottelukunnan. Mikä on neuvottelukunnan asema perustuslain 80 §:n valossa? Sehän antaa *suosituksia* yksilöiden oikeuksien ja velvollisuuksien perusteista.

¹⁶³⁵ Ks. HE 167/2003 vp s. 59 ja 22.

Objektiivisuudessa on kyse samasta vanhasta teemasta, joka tuli esille jo tilapäisen haitan yhteydessä. Objektiiviset seikat asettuvat taas subjektiivisen kokemuksen vastinpariksi, mutta myös perustelemaan, miksi arviointi voi olla objekti(ivi)sta, aivan kuten tilapäisessä haitassakin. Lähestymistavat ja ongelmanmäärittelyt ovat lähestulkoon identtiset. Jotta kärsimyskorvaus olisi ennakoitavaa, yhdenvertaista ja aitoa vahinkojen korvaamista, se on järjestettävä objektille pohjalle.

Syyt objekti(ivi)sen arviointitavan omaksumiselle ovat niin ikään samat kuin vahingonkorvauslain 5 luvun 2 c §:ssäkin. Kärsimyksen määrä, voimakkuus ja ilmenemismuodot voivat hallituksen esityksen mukaan vaihdella yksilöstä toiseen merkittävästi. Subjektiivisten kärsimystuntemusten suora ja välitön mittaaminen joidenkin ulkoisten tunnusmerkkien perusteella on mahdotonta. Hallituksen esityksessä huomautetaan nyt myös, että ihmisten kyvyt antaa sanallinen muoto tuntemuksilleen vaihtelevat.¹⁶³⁶ Ongelmaksi muotoutuukin tilapäisestä haitasta tuttu pulma: miten järjestää subjektiivisen ja tavoittamattoman kokemuksen kvantifiointi jollakin luotettavalla, oikeusvarmuuden ja yhdenvertaisuuden vaatimukset turvaavalla tavalla? Miten arvioida kärsimystä objektiivisesti?

Vastaus on sama: objektiiviset – tai kuten itse haluan niitä nimittää objektit – arviointiperusteet. Tilapäisen haitan sekä muun tilapäisen haitan arvioinnissa objektiivisuus rakentui sen varaan, että tilapäisen haitan ja muun tilapäisen haitan tunteiden sijaan arvioitiin henkilövahingon vakavuutta lääketieteellisessä mielessä. Nyt arviointiperusteiden lista on toisenlainen: loukkauksen laatu, loukatun asema, loukatun ja loukkaajan välinen suhde ja loukkauksen julkisuus.

Lähtökohta on kuitenkin tismalleen sama kuin tilapäisessä haitassa. Kaikki arviointiperusteet ovat periaatteessa empiirisesti varmistettavia tosiseikkoja, joilla ei ole suoraa yhteyttä yksittäisen vahingonkärsijän kokemukseen, tämän kokemuksen tunteisiin tai edes ihmisarvon tunteen tai itsetunnon kokemuksen vaurioihin. Juuri tästä syystä niiden avulla voidaan varmistaa, että ”korvausten määräämisessä voitaisiin päästä mahdollisimman yhdenmukaiseen käytäntöön”. Objektisuuden kuva on kuitenkin hämäävän yksinkertainen, kun samassa kappaleessa kuitenkin jo todetaan, että listaa ei ole tarkoitettu tyhjentäväksi¹⁶³⁷:

”Jos yksittäistapauksessa henkilöön kohdistuva loukkaus on epätyypillinen tai olosuhteet ovat muutoin poikkeukselliset, voitaisiin korvausta määrättäessä ottaa huomioon muitakin kuin momentissa nimenomaisesti mainittuja seikkoja.”¹⁶³⁸

¹⁶³⁶ Ks. HE 167/2003 vp s. 60.

¹⁶³⁷ Ks. HE 167/2003 vp s. 62.

¹⁶³⁸ HE 167/2003 vp s. 60.

Käsittelen seuraavassa ensin lain sanamuodossa mainittuja arviointiperusteita ennen kuin siirryn tapaan, jolla hallituksen esityksessä määritellään korvauksen määrän arvioimisen lähtökohdat. Käsittelyjärjestys poikkeaa hallituksen esityksestä, koska hallituksen esityksessä arviointitapaa hahmotellaan ennen arviointiperusteiden läpikäymistä.¹⁶³⁹

Loukkauksen laatu -arviointitekijä kattaa hallituksen esityksessä alleen melkoisen määrän erilaisia argumentteja. Sillä viitataan ensinnäkin siihen *oikeushyvään*, johon loukkaus kohdistuu. Tarkoituksena on ilmeisestikin ollut korostaa, että oikeushyvät ovat keskenään hierarkkisessa suhteessa. Tiettyjen oikeushyvien loukkaamisesta on omiaan aiheutumaan enemmän kärsimystä kuin toisten. Esityksessä käytetään vertailuparina kotirauhaa ja seksuaalista itsemääräämisoikeutta¹⁶⁴⁰ ja todetaan olevan itsestään selvää, että raiskatuille on omiaan keskimäärin aiheutumaan enemmän kärsimystä kuin niille, joiden kotirauhaa on loukattu.¹⁶⁴¹

Toiseksi loukkauksen laadussa voi olla kysymys myös *tekotavasta*. Tekotapa mahdollistaa loukkauksen sijoittamisen suhteeseen muiden samaan oikeushyvään kohdistuvien loukkausten kanssa. Tekotapaa on syytä tarkastella juuri ihmisarvon näkökulmasta. Mitä vakavampaa piittaamattomuutta ihmisarvosta teko osoittaa, sitä törkeämpänä ja moitittavampana loukkausta voidaan pitää. Kaikissa hallituksen esityksessä mainituista esimerkeistä on kysymys juuri tästä. Pahoinpitelyissä henkilön potkiminen päähän osoittaa piittaamattomuutta tämän ihmisarvosta, koska vakavien vammojen vaara on tällöin erityisen suuri. Raakoja pahoinpitelyjä olisikin hallituksen esityksen mukaan syytä käsitellä kärsimyskorvauksen määrää arvioitaessa ankarammin kuin muita pahoinpitelyjä, joista on aiheutunut vastaavia vammoja. Uhrin puolustuskyvyttömyys on myös sellainen seikka. Raiskauksissa muiden henkilöiden läsnäolo olisi hallituksen esityksen mukaan seikka, jonka tulisi ajatella lisäävän loukkauksen nöyryyttävyyttä.

Tekotavasta ilmeisestikin erillisenä seikkana hallituksen esityksessä mainitaan loukkauksesta aiheutunut perusteltu pelko hengen ja terveyden vaarantumisesta. Jos loukkaus on ollut omiaan aiheuttamaan vakavaa pelkoa hengen tai terveyden vaarantumisesta, korvaus tulisi tuomita suurempana kuin muutoin.¹⁶⁴² Jää nähtäväksi, onko arviointiperuste käyttökelpoinen. Arvioitaessa, miten vaka-

¹⁶³⁹ Ks. HE 167/2003 vp s. 60.

¹⁶⁴⁰ Raiskauksessa loukattua oikeushyvää ei kuitenkaan määritetä. Se jää jonnekin seksuaalisen itsemääräämisoikeuden eli vapauden ja ruumiillisen koskemattomuuden välimaastoon, hyvästä syystä.

¹⁶⁴¹ Ks. HE 167/2003 vp s. 60.

¹⁶⁴² Hallituksen esityksessä todetaan, että myös toisen henkilön henkeen tai terveyteen kohdistunut uhka voisi olla arvioinnissa huomioon otettava seikka. Lapseen kohdistuva vakava uhka, jolla henkilöä yritetään kiristää, voidaan ottaa huomioon kärsimyskorvauksen suuruutta arvioitaessa. Ks. HE 167/2003 vp s. 61.

va ihmisarvon loukkaus kukin teko on, on hyvin vaikeaa erottaa tekotapaa ja hengen ja terveyden vaaran vakavuutta toisistaan. Jos halutaan arvioida, miten vakavasti pahoinpitely loukkaa henkilön ruumiillista koskemattomuutta, pahoinpitelyn aiheuttama perusteltu terveyden tai hengen vaarantumisen pelko on täysin riippuvainen tekotavasta. Sama koskee myös seksuaalirikoksia.

Toinen säännöstekstistä mainittu arvioinnissa huomioon otettavaksi tarkoitettu seikka on *loukatun asema*.¹⁶⁴³ Mitä loukatun asemalla tarkemmin tarkoitetaan, jää esimerkkien varaan. Esimerkkeinä mainitaan loukkaukset, jotka kohdistuvat puolustautumiskyvyltään esimerkiksi fyysisen tai psyykkisen vajavaisuuden takia heikkoihin henkilöihin. Tällaisia henkilöitä ovat eritoten vanhukset ja lapset sekä vammaiset henkilöt. Heihin kohdistuvat loukkaukset ovat hallituksen esityksen mukaan erityisen vakavia ihmisarvon loukkauksia. Loukatun asema voi vaikuttaa toiseenkin suuntaan. Hallituksen esityksen mukaan tiettyihin ammattiryhmiin kuuluvien henkilöiden suoja on alhaisempi kuin normaalisti ja heidän tulee sietää ammatissaan tietty määrä loukkaavaa käytöstä. Näin ollen vain tavanomaista vakavammat vartijoiden ja poliisien ihmisarvoon kohdistuvat loukkaukset perustaisivat vahingonkorvausvelvollisuuden. Silloinkin, kun vahingonkorvausvelvollisuus olisi olemassa, henkilön ammatti voitaisiin hallituksen esityksen mukaan ottaa huomioon korvausta alentavana seikkana.¹⁶⁴⁴

Ajatus loukatun aseman huomioonottamisesta on kannatettava, sillä puolustautumiskyvyttömiin henkilöihin kohdistuvat loukkaukset ovat erityisen paheksuttavia. Tällaista henkilöä loukanneelle on tehtävä selväksi, että hän on tehnyt erityisen väärin. Suositus on kuitenkin systemaattisesti hankala. Jos kärsimyskorvauksen tarkoituksena on hyvittää vahingonkärsijälle tämän loukkauksen johdosta kokema kärsimystunne, on outoa ajatella, että henkilön puolustuskyvyttömyys vaikuttaisi siihen, miten suurta kärsimystä loukkaus uhrille aiheutti. Lähtökohtana tulisi olla se kärsimys, jota henkilö tosiasiassa joutui kohtaamaan. Toisaalta koska kysymys ei hallituksen esityksen mukaan ole muutoinkaan subjektiivisesta kärsimystunteesta vaan siitä kärsimyksestä, jonka loukkaus ”on omiaan aiheuttamaan”, arviointitapa on tässä viitekehyksessä lähestulkoon ongelmaton. Arviointiin tosin kerroستuu jännittävä moraalisen paheksunnan kerros, johon palaan jäljempänä.

Poliisien ja vartijoiden osalta hallituksen esityksessä esitetty tulkintasuositus ei ole ehkä samalla tavalla hyväksyttävissä kuin puolustautumiskyvyltään heikkojen henkilöiden kannalta. Erityisryhmien *negatiivinen* erityiskohtelun juuret näyttävät johtavan 5 luvun 6 §:n 2 kohdan epäonniseen sanamuotoon, jonka perusteella mistä tahansa kunnianloukkauksesta tai laittomasta uhkauksesta seuraa

¹⁶⁴³ Ks. HE 167/2003 vp s. 61.

¹⁶⁴⁴ Ks. HE 167/2003 vp s. 61.

oikeus saada kärsimyskorvausta. Joutuessaan tällaisen loukkauksen kohteeksi poliiseilla ja vartijoilla tulee hallituksen esityksen mukaan olla ns. paksu nahka.¹⁶⁴⁵ He eivät saa hätkähtää esimerkiksi silloin, kun joku pikaistuksissaan solvaa heitä tai esittää jonkin uhkauksen, jonka ”tavallinen” ihminen saattaisi kokea hyvinkin loukkaavaksi. Heille tällaisen käyttäytymisen kohtaaminen lienee varsin tavallista eikä vakava ihmisarvon loukkaus. Jos säännöksessä vaadittaisiin ruotsalaiseen tapaan, että kaikkien loukkausten tulee olla vakavia, vartijoiden ja poliisien erityiskohtelun tarve ei ehkä olisi yhtä polttava.¹⁶⁴⁶

Jos lieventämisperusteen katsotaan koskevan myös väkivallantekoja, esimerkiksi sitä, että henkilö kiinniotta vastustaessaan pahoinpitelee poliisimiehen, argumentista tulee outo. Vaikka poliisit ja vartijat joutuvatkin töissä kohtaamaan ajoittain myös itseensä kohdistuvaa väkivaltaa, ei ole mitään syytä ajatella, etteivät he olisi omiaan kärsimään heihin itseensä kohdistuneesta väkivallanteosta samassa määrin kuin muissakin ammateissa toimivat henkilöt, eritoten, jos ajatellaan, että vakavuusvaatimuksesta pidetään kiinni 3 kohdan tulkinnassa. Vielä vähemmän on syytä ajatella, että poliisin tai vartijan pahoinpiteleminen olisi teon näkökulmasta hyväksyttävämpää kuin vastaava hyökkäys ”normaaliala ihmistä” vastaan. Voidaan tietysti esittää, että sekä poliiseja vartijoita valmennetaan systemaattisesti kohtaamaan ja käsittelemään väkivaltaa ja sen psyykkisiä seurauksia ja että he tästä syystä tosiasiaassa kärsisivät tyypillisesti normaalia, vastaavan loukkauksen kohteeksi joutunutta ihmistä vähemmän.¹⁶⁴⁷

Kolmas säännöksessä mainituista arviointiperusteista on *loukatun ja loukkaajan välinen suhde*. Suhde-termillä viitataan loukkaajan ja loukatun sosiaalisiin ja erityisesti institutionaalisiin asemiin. Arviointiperuste olisi ajankohtainen esimerkiksi silloin, kun loukatun ja loukkaajan välillä on valta-, luottamus- tai riippuvuussuhde. Hallituksen esityksen esimerkeissä korostuvat erilaiset institutionaaliset valtasuhteet. Esimerkiksi terveydenhuollossa tai lastensuojelussa voi syntyä asetelmia, jossa institutionaalista valtaa käyttävä henkilö, esimerkiksi hoitava lääkäri tai muu henkilökuntaan kuuluva käyttää hoidettavaa seksuaalisesti hyväkseen. Vastaavasti myös työelämässä voidaan törmätä vastaaviin ongelmiin.¹⁶⁴⁸

Loukkauksen julkisuus on viimeinen säännöksessä mainittu arviointiperuste. Se tulee luontevimmin kyseeseen, kun loukkaus on kohdistunut henkilön kunniaan tai yksityiselämään. Laajalevikkisessä lehdessä julkaistun perättömän väitteen tai yksityiselämää koskevan tiedon voidaan varsin luonnollisesti ajatella

¹⁶⁴⁵ Vahingonkorvausoikeudellinen ajattelutapa on tässä suhteessa käänteinen rikosoikeuteen nähden, jossa virkamiehiä (ja heidän viranhoitoaan) suojataan rikoslain 16 luvun säännöksillä.

¹⁶⁴⁶ Ks. esim. Mannelqvist 2006 s. 804–806.

¹⁶⁴⁷ Ks. esim. Prop. 2000/01:68 s. 66.

¹⁶⁴⁸ Ks. HE 167/2003 vp s. 61.

loukkaavan henkilöä vakavammin kuin jos vastaava väite tai tieto olisi esitetty vain vähäiselle henkilökoukulle. Voidaan tietysti kysyä, onko julkisuutta syytä erottaa loukkauksen laadusta, erityisesti kun hallituksen esityksessä loukkauksen laadun yhdeksi alakategoriaksi mainitaan tekotapa. Selitys tälle kielenkäytölle valinnalle voisi olla siinä, että tekotapa on ajateltu erityisesti väkivalta-rikosten ominaisuudeksi. Samalla julkisuuden korostaminen tuo tehokkaasti esille yksityiselämän ja kunnianloukkausrikosten ominaislaadun.

Kunnian- ja yksityiselämän loukkausten perusteella tuomitut vahingonkorvaukset ovat ajoittain herättäneet voimakastakin julkista polemiikkaa niin Suomessa kuin Ruotsissa. Joissakin tapauksissa korvauksia on pidetty liian korkeina.¹⁶⁴⁹ Korvausten on esitetty olevan epäsuhdassa muista loukkausten – erityisesti seksuaalirikosten – perusteella tuomittuihin korvauksiin nähden. Ruotsalaisessa vuoden 2002 uudistusta valmistelleessa hallituksen esityksessä tähän seikkaan kiinnitettiin nimenomaisesti huomiota. Propositionissa todettiin, että joukkotiedotusvälineissä tehtyjen kunnian- ja yksityiselämän loukkauksista oli joskus tuomittu suoritettavaksi merkittävästi suurempia vahingonkorvauksia kuin esimerkiksi raiskauksista. Asiantilaa ei kuitenkaan pidetty ongelmallisena. Propositionissa todettiin myös nimenomaisesti, että kunnianloukkausrikoksista seuraavaa kärsimystä ei voida useimmiten ainakaan kategorisesti verrata seksuaalirikoksista ja esimerkiksi vakavista väkivallanteoista koituvaan kärsimykseen. Korvausten suuruutta perusteltiin muun muassa tarpeella ennaltaehkäistä yksityiselämää loukkaavaa kirjoittelua ja muuta vahingoittavan tiedon levittämistä ja antaa vahingonkärsijälle mahdollisuus saada korvausta vaikeasti näytettävästä varallisuusvahingosta, joka muutoin jäisi korvaamatta. Jos korvausten määrää alennettaisiin, preventiovaikutus ei toteutuisi, sillä joukkotiedotusvälineiden kaitsemiseen katsottiin tarvittavan riittävästi ”vipuvoimaa”.¹⁶⁵⁰

Lakivaliokunta kiinnitti mietinnössään (LaVM 1/2004 vp) huomiota juuri samoihin seikkoihin. Se korosti, että kärsimyskorvaus ei saa olla rangaistuksenluonteinen seuraamus tiedotusvälineelle. Korvausta määrättäessä ei sen mukaan tulisi ottaa huomioon sen enempää tiedotusvälineen saamaa hyötyä kuin tuomion preventiivistä vaikutusta.¹⁶⁵¹

Kuten jo aiemmin totesin, arviointiperusteiden lista ei ole tyhjentävä. Hallituksen esityksessä viitataan esimerkiksi vahingonkorvausvelvollisuuden perustavan teon syrjivään motiiviin seikkana, joka voisi puoltaa vahingonkorvauksen määrän korottamista muihin ulkoisesti vastaaviin tekoihin nähden. Seksuaalirikok-

¹⁶⁴⁹ Ks. esim. Lappi-Seppälä 2002a s. 494–495.

¹⁶⁵⁰ Ks. Prop. 2000/01:68 s. 53 ja 55.

¹⁶⁵¹ Lakivaliokunta korosti myös sananvapaus-asetelmaa. Kärsimyskorvauksesta ei saa tulla välinettä, jolla sananvapautta tosiasiaassa rajoitetaan. Valiokunnassa esitettiin myös, että kärsimyksen arvioinnissa ei tulisi kiinnittää huomiota vain tiedotusvälineen levikkiin, vaan myös siihen, käytettiinkö loukkaavaa tietoa esimerkiksi tiedotusvälineen markkinoinnissa. Perustelut viittanevat ilta-päivälehtien lööppeihin.

sisä esimerkiksi se, että loukkauksen seurauksena henkilö on tullut raskaaksi tai hänellä on ollut syy epäillä tulleen raskaaksi, tai että hänellä on ollut aihetta pelätä saaneensa esimerkiksi HIV-tartunnan, voisi olla merkitystä vahingonkorvauksen määrään sitä korottavana tekijänä.¹⁶⁵²

Palaan arviointitapaan. Hallituksen esityksen mukaan kaikkia lakitekstissä mainittuja arviointiperusteita yhdistää se, että ne ovat jossakin mielessä tunnusomaisesti *objektiivisia*. Niin ainakin väitetään. Objektiivisuuden ymmärretään hallituksen esityksessä rakentuvan ensinnäkin, koska kaikki arviointiperusteet ovat *ulkoisesti havaittavia tosiseikkoja* eivätkä ne liity vahingonkärsijän mielen-tilaan. Tästä syystä arviointiperusteet voidaan tunnistaa empiirisesti, havaittavaa tosiasiamailmaa tarkastelemalla.

Osittain ironista on, että hallituksen esityksessä objektiivisiksi mainitut seikat eivät ehkä lopulta ole erityisen objektiivisia empiirisen objektisuuden mielessä. Teon laatu, loukatun asema, loukatun ja loukkaajan suhde sekä loukkauksen julkisuus ovat mitä suurimmassa määrin kvalitatiivisia ja kontekstisidonnaisia seikkoja. Arviointi edellyttää hyvin monisyistä harkintaa, jossa yhdistyvät sekä totutusti oikeudellisina pidetyt argumentit että toisaalta välittömämmin ei-oikeudellisiin arvostuksiin ja käsityksiin kytkeytyvät seikat. Arviointiperusteet ovat toki siinä mielessä rajoitetusti objektisia, että niiden käyttäminen mahdollistaa ainutlaatuisen loukkausteon kuvailemisen objektisesti tiettyyn rajaan asti. Tekoa voidaan nimittäin verrata toisiin vastaaviin tekoihin ja tekojen eroavaisuuksia voidaan tunnistaa. Jos jokin ulkopuolinen skaalausavain on käytössä, pahoinpitely voidaan esimerkiksi tekotapansa perusteella asettaa ainakin karkeasti objektiseen skaalaan suhteessa muihin pahoinpitelyihin.

Empatiakielto on tärkeä ja sen kautta pääsemme lähestymään hallituksen esityksen ehkä vaikeaselkoisinta ideaa: tyypillisesti aiheutuvaa kärsimystä, jonka kulloinenkin loukkaus on omiaan aiheuttamaan. Hallituksen esityksessä todetaan, että objektiivisesti arvioitavien seikkojen perusteella on tarkoitettu arvioitavan sitä, miten suurta kärsimystä ”*kulloinkin arvioitavan loukkauksen kaltaiset loukkaukset tyypillisesti aiheuttavat*” tai – kuten lakitekstissä asia ilmaistaan – millaista kärsimystä loukkaus on ollut omiaan aiheuttamaan.¹⁶⁵³ Idea on vaikeaselkoinen mutta nerokas. Objektiiviset arviointiperusteet katkaisevat suoran kytken kokemuksiin¹⁶⁵⁴, mutta arvioinnin sitominen tyypillisesti aiheutuvaan kärsimykseen kuroo kuilua umpeen. Sen myötä päästään eroon mahdottomasta

¹⁶⁵² Ks. HE 167/2003 vp s. 62.

¹⁶⁵³ Ks. HE 167/2003 vp s. 60.

¹⁶⁵⁴ On syytä huomata, että kokemukset, ihmisarvo ja itsetunto ovat tärkeitä ja käyttökelpoisia teemoja toisaalla. Niillä voidaan perusteella, miksi ihmisarvoa loukkaavista teoista pitäisi seurata vahingonkorvausvelvollisuus. Niille ei sen sijaan ole sijaa perusteltaessa, miksi kärsimyskorvauksesta maksettava korvaus on määrältään se mikä se on.

tehtävästä: subjektiivisesta vahingonkärsijän kärsimyksen arvioinnista, mutta saadaan toinen tilalle. Tyypillisesti aiheutuvan kärsimyksen arvioiminen on yhtä lailla mahdotonta kuin subjektiivisen kärsimyskokemuksenkin. Kaiken lisäksi idea tyypillisestä kärsimyksestä on yksilöllistä kärsimystä vaikeaselkoisempi. Mitä tyypillisesti aiheutuva kärsimys tarkoittaa? Mihin tällä idealla pyritään?

Tavoitteena on *objektistaa* kärsimyskorvaus, niin ajattelen. Kun huomio siirtyy loukkauksen uhrista ja tämän kärsimyksestä tekoon ja sen tyypillisesti aiheuttamaan kärsimykseen, tapahtuu merkittävä siirtymä. Individuaalinen kärsimys jää taka-alalle: tuomari ei saa miettiä loukatun tosiasiaassa kokeman kärsimyksen määrää ja intensiteettiä. Tämä todetaan nimenomaisesti hallituksen esityksessä.¹⁶⁵⁵ Huomio on kiinnitettävä muihin seikkoihin, hallituksen juuri hallituksen esityksessä mainittuihin arviointiperusteisiin. Ne tekevät empatiattoman ja objektisen arvioinnin mahdolliseksi ja kääntävät huomion pois kärsimyksestä ulkoisiin ja ”objektiivisiin” seikkoihin. Lämpimän empatian sijaan tarkastellaan kylmästi ja viileästi tekoa ja sen objekti(ivi)sta ihmisarvon loukkaavuutta. Teko nousee voimakkaasti esille ja arvioinnin keskiöön.

Ruotsalaisessa hallituksen esityksessä tämä painopisteen siirto on ilmaistu täysin yksiselitteisesti:

”I stället bör man först och främst se till vilken kränkning som typiskt sett kan anses ha uppkommit genom det brottsliga angreppet.”¹⁶⁵⁶

Onko välttämätöntä, että kärsimys häviää kuvasta objektiivisen arvioinnin myötä? Voidaan tietysti ajatella, että juuri 5 luvun 6 §:ssä mainitut arviointiperusteet ovat kärsimyksen määrittäjät, ne tekijät, joiden varassa yksilöt *tyypillisesti* hahmottavat kokemansa loukkauksen ja sen, miten vakavana he sitä pitävät ja kuin-

¹⁶⁵⁵ Ks. HE 167/2003 vp s. 60. Esityksessä todetaan sinällään, että ”momentissa mainitut seikat olisivat pääasialliset korvauksen määräämisen perusteet. Jos yksittäistapauksessa henkilöön kohdistuva loukkaus on epätyypillinen tai olosuhteet ovat muutoin poikkeukselliset, voitaisiin korvausta määrättäessä ottaa huomioon muitakin kuin momentissa nimenomaisesti mainittuja seikkoja.” Lausuma näyttäisi mahdollistavan myös muiden kuin objektiivisten seikkojen huomioon ottamisen. Toisaalta sen konteksti pakottaa nähdäkseni lukemaan sitä toisin. Objektiivisista arviointiperusteista on säädetty, jotta käytäntö olisi mahdollisimman yhdenmukainen. Tämä todetaan samassa kappaleessa kuin edellä lainatut seikat. Kyse näyttäisikin siis olevan tulevien taulukoiden käyttäjille suunnatusta maininnasta, jolla tuomareille annetaan mahdollisuus poiketa taulukoiden edellyttämästä korvauksen määrästä.

¹⁶⁵⁶ Ks. Prop. 2000/01:68 s. 49. Huolimaton lukija voisi ajatella, että lausumassa ei ole mitään eroa verrattuna suomalaisessa hallituksen esityksessä esitettyihin kantoihin. Näin ei kuitenkaan ole. Kränkning-sana ei ole lausumassa sattumalta. Loukkaus (*kränkning*) on valittu tietoisesti korvaamaan kärsimys (*lidande*). Ruotsalaisessa säännöksessä kärsimyksen sijasta keskiössä on siksi *loukkaus*. Tästä tosin seuraa, että Ruotsissa on erittäin vaikeaa torjua rangaistuksellisuuden uhkaa. *Kränkningersättning* on äärimmäisen vaikeaa pelastaa rikosoikeudesta vahingonkorvausoikeuden puolelle. Ks. Dahlstrand 2007; Schultz 2008.

ka paljon siitä kärsivät. Jos näin on, kaikki on periaatteessa hyvin. Kokemuskyltöntä on mielekäs. Ihmisarvo- ja itsetuntoviittauksetkin toimivat. Mikä tärkeintä, edellä lähemmin kuvaamani objektiiviset arviointiperusteet voisivat tuottaa objekti(ivi)sen arvion kärsimyksen määrästä, koska niiden perusteella hahmotuu todellinen kärsimys.

Epäilen kuitenkin, että näin ei ole. Kärsimyksen syntytapojen ja intensiteetin mallintaminen ei onnistu näin yksinkertaisella mallilla ilman että kärsimyksestä jouduttaisiin tosiasiaa luopumaan. Loukkauksen kokemiseen liittyy aina hyvin henkilökohtainen, tunteenomainen ja irrationaalinen aspekti, jota ei saada haltuun nyt esitetyllä tavalla.¹⁶⁵⁷ Ihmiset vain kärsivät, loukkaantuvat, kokevat erilaisia mielentiloja. Jos kärsimystä rationalisoidaan, tehdään väkivaltaa kärsimykselle itselleen. Kärsimyskokemuksen rationalisoiminen vaikuttaakin irrationaaliselta.

”Tyypillisen” edellyttämä abstrakti arviointiasenne voidaan omaksua, koska kaikkien henkilöiden voidaan olettaa olevan toistensa kanssa samanlaisia. Samalla kärsimyskorvauksen arvioinnin kohteena olevasta toimijasta muodostuu hyvin punnitseva ja rationaalinen. Päämäärärationaalisesti ja laskelmoiden kärsivä henkilö on ajatuksena eriskummallinen. Oma käsitykseni on, että kärsimys on luonteeltaan hyvin irrationaalista siinä mielessä, että kun kärsimme, olemme menettäneet mahdollisuuden hallita itseämme ja mielenliikkeitämme. Kärsimys vie meitä, me emme vie kärsimystä.

Jos ja kun kärsimystunne ei ole rationaalisesti rekonstruoitavissa, miksi edes yrittää sitä? Kokemuksen ja kärsimystunteiden painottaminen näyttää osin silminkääntötempulta, jonka todellinen tarkoitus ei ole vahingonkorvauksen arvioinnin rakenteistaminen, vaan puhtaasti justifikatorinen. Kun vahingonkorvauksen on korvattava, kärsimyskorvaus on puhdistettava rangaistuksellisista alavireistä. Taustalle on asetettava reaali vahinko eli kärsimys, joka on se paha, jolla vahingonkorvauksella pyritään poistamaan. Tämä systemaattisesti perusteltu teema vie kuitenkin huomattaviin vaikeuksiin. Jos tyypillisesti aiheutuvan kärsimyksen idea otetaan tosissaan, syntyy kaksinkertaisen subjektiviteetin ongelma, joka yhdistyy vahingonkärsijänäkökulman ja teko-orientaation jatkuvaan vaihteluun: kärsimystä tarkastellaan ei-subjektiivisesta, kenen tahansa näkökulmasta, mutta tämä näkökulma asetetaan kuitenkin myös konkreettiselle loukkauksen uhrille. Ensimmäisessä vaihtoehdossa irtaannutaan kärsimyskokemuksesta, mutta toisessa siihen palataan.

Palaan edellä käsittelemiini vartija- ja poliisiesimerkkeihin. Kun poliisimiehen koskemattomuutta loukataan, loukkausta tulisi hallituksen esityksen valossa

¹⁶⁵⁷ Ks. esim. Harré 1986; Cassel 1994 s. 30–47; Kihlström et al. 2000, rationaalisuutta korostavasta käsittelystä ks. Solomon 2003 s. 34–41; Greenspan 2004.

tarkastella sen kärsimyksen valossa, joka siitä tyypillisesti aiheutuu. Loukatun asemaa koskevan arviointiperusteen mukaan arvioinnin kohteeksi voisi, jos toinen edellä esittämistäni vaihtoehtoista omaksutaan, muotoutua se, minkälaista kärsimystä loukkauksesta aiheutuu tyypillisesti juuri poliisimiehille tai vartijoille. Kun kärsimyksen arvioinnin kohteeksi asetetaan ei vain ihminen yhteiskunnan jäsenenä tyypillisesti vaan jonkin tietyn (ammatti)ryhmän tyypillinen edustaja, siirrytään kohti subjektiivisen kärsimyksen arvioimista kuitenkin siihen suoranaisesti päätyttä. Väliin jää ryhmää edustava kaikista konkreettisista yksilöistä erotettu mielikuvitusshahmo, prototyyppinen lapsi, vanhus, poliisi tai vartija. Juuri vartijoiden ja poliisien osalta tilanne on haastavin. On vaikeaa kuvitella, miksi vartijoille tai poliiseille aiheutuisi loukkauksesta vähäisempää kärsimystä kuin muille vastaavan loukkauksen kohteeksi joutuneille. Vahingonkorvauksen alentaminen tällä perusteella antaisi myös oudon viestin: yhteisestä turvallisuudesta huolehtivien henkilöiden loukkaaminen on vähemmän kiellettyä kuin ”normaalien” ihmisten kohtelevinen kaltoin.¹⁶⁵⁸

Toisaalta puolustautumiskyvyltään heikkojen ihmisten osalta loukatun aseman huomioon ottaminen johtaa joksensinkin arroganttiin asennoitumiseen ihmisten kokemuksiin. Tuomarin on pyrittävä asettumaan erityisen heikon ihmisen asemaan pohtimaan, miten paljon kärsimystä heikko ihminen tyypillisesti koki. Edes tämä ei riitä. Kärsimyksen arvioinnissa tavanomaiseen viittaava tyypillisuus paistaa läpi, sillä koko puolustuskyvyttömiä erityiskohtelun taustalla vaikuttaa tyypillisen normaalin ihmisen moraalinen tuohtumus suojattomaan kohdistuneesta hyökkäyksestä, ei välttämättä se, että loukkauksen kohde kokisi loukkauksen erityisen loukkaavana oman tilansa takia.

Jännite, joka rakentuu vaihtelevien näkökulmien myötä, on käsinkosketeltava. Edellä ensin esittämässäni vaihtoehdossa tyypillinen kärsimys ei itse asiassa viittaa lainkaan kärsimykseen, jonka loukkauksen uhri tyypillisesti kokee, vaan siihen moraaliseen tuohtumukseen, jonka johonkuhun ”ei-normaaliiin” henkilön kohdistuva loukkaus tyypillisesti nostattaa ”normaalissa” ihmisessä. Moraalinen tuohtumus näyttäisikin olevan yhtä kuin hallituksen esityksessä tarkoitettu kärsimys. Vahingonkorvauksen määrä pitää arvioida moraalisen tuohtumuksen asteen perusteella. Hyppy kvalitatiivisesta kvantitatiiviseen on mahdollon.

¹⁶⁵⁸ Ks. Ruotsin oikeustilasta Dahlstrand 2007 s. 91–93. Ratkaisussa NJA 1994 s. 395 ja NJA 1999 s. 725 oli todettu, että poliisimiehelle, jota oli sylkäisty kasvoihin, ei voitu tuomita vahingonkorvausta kärsimyksestä. Sylkeminen ei ollut poliisimiehen ihmisarvon vakava loukkaus. Regeringens propositionissa todettiin, että tällainen kanta ei ollut perusteltu: uudella lailla pyrittiin parantamaan erityisesti ”vaaralle alttiiden” ammattiryhmien vahingonkorvausoikeudellista suojaa. (Prop. 2000/01:68 s. 50).

Väitin edellä käsitellessäni loukatun asemaa arviointiperusteena, että juuri arvioinnin rakentuminen tyypillisesti aiheutuvan kärsimyksen varaan jännitteistää kärsimyksen arvioinnin ja luo siihen eräänlaisen kaksinkertaisen subjektiviteetin ongelman. Subjekti on pidettävä poissa arvioinnista, mutta se tulee aina välttämättä takaisin siihen. Kysymys on kuitenkin myös merkittävämmästä säännöksen rakenteeseen liittyvästä kysymyksestä. Säännös on nimittäin ristiriitainen ja epämääräinen myös kärsimyksen arvioinnin viitekehyksen suhteen. Perussoveltamistilanneissa – väkivallan käyttämisessä, kunnian- rauhan ja yksityiselämän loukkauksissa – hallituksen esityksessä hahmoteltua arviointia näyttää karakterisoivan eräänlainen rikosoikeudellinen tekoajattelu. Loukkauksen vakavuus samaan tapaan kuin esimerkiksi rikoksen törkeysaste voidaan havaita teon ulkoisten tunnusmerkkien perusteella. Ajattelutavassa lähdetään siitä oletuksesta, että ulkoisista tunnusmerkeistä voidaan tehdä suoria päätelmiä teosta aiheutuneesta kärsimyksestä. Jos henkilöä on pahoinpidelty astalolla siten, että hän on ollut vakavassa hengenvaarassa, on perusteltua ajatella, että hän on kärsinyt enemmän kuin toinen henkilö, jolle on saatu aikaan nyrkillä kerran lyöden mustelma. Tällaiset teot voidaan pelkästään tekotavan perusteella asettaa jonkinlaiseen kiistattomaan törkeysjärjestykseen.

Sosiaalisten ja moraalisten asetelmien, erilaisten subjektityyppien sekä valta-, luottamus- ja riippuvuussuhteiden hallitseminen pelkästään objektiivisten tunnusmerkkien perusteella osoittautunee mahdottomaksi. Ulkoiset tunnusmerkit eivät riitä. Tilanne on vahvan jännitteinen. Jos kunkin loukatun erityispiirteet otetaan huomioon, loukkauksen vakavuuden arvioinnissa joudutaan tekemään vaikea valinta. Joko loukkausta arvioidaan sen kärsimyksen perusteella, joka aiheutuu tyypillisesti, kun loukkauksen kohteeksi joutunutta henkilöä loukataan, tai kärsimyksen määrä arvioidaan sen kärsimyksen perusteella, joka tyypillisesti aiheutuu juuri nyt käsillä olevan loukkauksen tyypilliselle uhrille. Arviointimenetelmien ero voi vaikuttaa hyvin vähäiseltä. Periaatteellisesti ero on kuitenkin merkittävä. Jos jälkimmäinen vaihtoehto valitaan, kärsimyksen arvioinnin perustan muodostava yleinen ihmisen näkökulma joudutaan paloittelemaan erityisiin, erilaisten ihmisten muodostamin alakategorioihin. Tyypillisen loukkauksen määrän arvioinnin kohteeksi joudutaan yleisen ihmisen sijaan asettamaan uhrista riippuen joko lapsi, vanhus tai vammainen henkilö, poliisi tai vartija, potilas¹⁶⁵⁹, huostaan otettu lapsi, raskautta tai sukupuolitautia pelkäävä raiskattu. Tällöin kysytään, minkälaista kärsimystä kunkin loukkauksen voidaan ajatella ”tyypillisesti” aiheuttavan kunkin uhriluokan ”tyypilliselle” edustajalle.

Samalla syntyy paradoksi. Erityisten uhriluokkien kärsimystä ei arvioi uhri- luokka itse, vaan ”normaali” ihminen. Miten ”normaali” ihminen voi asettua

¹⁶⁵⁹ Ks. Hannuniemi 2004.

erityisen uhriluokan asemaan viemättä mukanaan omaa normaalin ihmisen käsitystään siitä, miten loukkaavana juuri tuollaisen uhriluokan edustajaan kohdistuvaa tekoa on pidettävä ”normaalin” ihmisen näkökulmasta? En tiedä.

Mistä kärsimyksen korvaamisessa on kysymys? Onko kysymys kokemuksen hyvittämisestä vai tekojen arvioimisesta? Kumpi on ratkaisevaa: kärsimys, joka kustakin loukkauksesta tyypillisesti aiheutuu, vai teko itsessään ja sen moitittavuus?¹⁶⁶⁰ Vai onko niin, että tästä jännitteestä ei koskaan päästä eroon? Vastausta kysymykseen ei ole puhtaasti teoreettisella tasolla. Kärsimys kokemuksena on välttämätön osa kärsimyskorvausta. Toisaalta kärsimyksellä kokemuksena ei pitäisi olla juurikaan merkitystä arvioitaessa kärsimyksen määrää. Arviointi on ensi sijassa teon eikä kärsimyksen arviointia. Näyttää siltä, että suomalaista oikeustilaa jää vaivaamaan melkoinen epäselvyys.

Kärsimyskorvauksen korvausaiheen ristiriitaisuus ja epämääräisyys ei kuitenkaan missään nimessä johda siihen, että koko kärsimyskorvausprojekti olisi mieltä vailla. Kärsimyskorvausaiheen arviointi on mahdollista ja mielekästä juuri näillä perusteilla, jos ja kun epärealistista korvausaihemääritelmää muokataan. *Kärsimyskorvauksen ongelma ei ole käytännön toteutuksessa, se on teoriassa.* Kärsimyksen välillisen tai välittömän suuruuden pohdiskelun sijaan olisikin syytä kiinnittää huomiota siihen, minkälaisia lähtökohtia ja korvausaihetta arviointiperusteet edustavat. Systemaattisten ja strategisten seikkojen saneleman reaaliwahinkoa – eli kokemusta – edellyttävän kärsimyskäsitteksen sijaan olisi vain hyväksyttävä, että arviointiperusteet ovat sellaisia seikkoja, joiden varassa on mahdollista arvioida loukkaajan menettelyn *moitittavuutta ja paheksuttavuutta*. Kärsimyskokemus olisikin jätettävä sivuun.¹⁶⁶¹ Lähtökohta jää suomalaisessa hallituksen esityksessä pitkälti kärsimyksen arvioinnin varjoon. Ruotsalaisessa hallituksen esityksessä ei näin ole: kärsimyksen suuruutta tulee arvioida ”*baserad på förhärskande etiska och sociala värderingar*”.¹⁶⁶² Emme lopultakaan tiedä, miten kärsimystä pitäisi arvioida. Voiko kärsimyskorvauksen funktion tarkasteleminen teoreettisella tasolla auttaa?

¹⁶⁶⁰ Samaa jännitteeseen on kiinnittänyt huomiota Ruotsissa Sandra Friberg, Friberg 2007 s. 125–126.

¹⁶⁶¹ Sandra Friberg on toista mieltä. Friberg toteaa, että ”I så måtto ger den ansvarsgrundande gärningen ledning genom att vi utifrån denna kan avgöra om gärningen är sådan till sin art att den typiskt sett kan innebära en kränkning av den personliga integriteten. Med andra ord verkar det råda (direkt) kausalitet (kausalkedjan är i vart fall väldigt kort) mellan en ansvarsgrundande gärning och en grad av kränkning. Detta är dock, vill jag påstå, något annat än att man skall värdera den ansvarsutlösande gärningen, vilken i stället är föremål för en straffrättslig bedömning” (Friberg 2007 s. 126). Miten Friberg pystyy nuorallaan siltä tippumatta tanssimaan, jää epäselväksi.

¹⁶⁶² Ks. Prop. 2000/01:68 s. 51. Lausuma on tietysti hankala sekin. Mitä ovat vallitsevat eettiset ja sosiaaliset arvostukset? Miten niistä saadaan tietoa? Voiko tieto olla objektista. Ks. Dahlstrand 2007 s. 41–49.

7 KÄRSIMYKSEN TARKOITUS

Tilanne on samalla tavoin kuin tilapäisen haitan tapauksessa avoin. Kuva kärsimyskorvauksen funktioasetelmasta jää oikeuspositivistisen analyysin keinoin hämäräksi, jännitteiseksi ja inkoherentiksi, erityisesti jos sitä tarkastelee vahingon määrän laskemista koskevien sääntöjen valossa. Yhtäältä vahingonkorvauksen laskemisen säännöissä näyttää kuvastuvan käsitys, jonka mukaan oikea tapa määrätä vahingon määrä on arvioida vain tekoa. Toisaalta hallituksen esityksen keskeinen teoreettinen teema on teon aiheuttaman kärsimyksen arvioiminen. Totuutta on näissä olosuhteissa vaikea tavoittaa.

Päädyin edellä siihen, että arvioinnissa teko on tosiasiaa keskeisemmällä sijalla. Tätä havaintoa on vaikea sijoittaa perinteiseen teoreettiseen viitekehykseen, jossa vahinkojen korvaamisen ainoa legitiimi tehtävä voi olla korvaaminen. Jotta voisimme tulkita ja hahmottaa kärsimyskorvausta myös silloin, kun sen taustalla ei näytä olevan korvaaminen perinteisessä mielessä, kärsimykselle pitäisi pysytä artikuloimaan uusi teoreettinen taustakäsitys. Nyt pyrin hahmottelemaan tuollaista käsitystä vastaamalla kysymykseen, mikä on oikeastaan kärsimyskorvauksen funktio.

Kärsimyskorvauksen määrän taustalle mahdollisesti asetettavien funktioiden joukko on nähdäkseni sama kuin tilapäisessä haitassa. Johtoa voidaan taas löytää pohtimalla substituution, rankaisemisen, prevention ja tunnistamisen ja tunnus-tamisen ideoiden kykyä järjestää kärsimyksen korvausarviointi.

Substituuttiargumentin (edellä jakso 7.11) operationaalistaminen edellyttäisi kokemuksellisuutta korostavan kärsimyskäsityksen omaksumista. Ajatus on hankalasti yhteen sovittavissa määrän harkintaa koskevien sääntöjen kanssa. Kärsimyskorvauksen vaikuttamisen kohteeksi olisi asetettava se tilapäisestä haitasta eli elämänlaadun heikkenemisestä poikkeava kokemuksellinen muutos, jonka loukkaus aiheuttaa. Koska henkilövahinkouudistusta valmisteltaessa systematiikka on rakennettu siten, että kärsimys poikkeaa luonteeltaan tilapäisestä haitasta, olisi pystyttävä jotenkin tunnistamaan, mitkä henkilön kokemuksellisen tilan muutokset juontuvat tilapäisenä haittana korvattavista tuntemuksista. Kärsimyskokemukset olisi erotettava niistä tuntemuksista, joilla ei ole tilapäiselle haitalle tunnusomaista lääketieteellisesti tunnistettavaa ja objektivisoivaa aiheutumismekanismia. Miten erottaa lääketieteellisesti tunnistettavien muutosten johdosta aiheutuvat kokemukselliset seuraukset normaaleista tunnetiloista, joiden syntyyn ei liity lääketieteellisiä patologioita? Miten erottaa elämänlaadun heikkeneminen itsekunnioituksen menettämisestä? Tarpeellisia käsitteellisiä raja-aitoja ei voida ylipäättään vetää, siten substituuttiargumentti toimisi. Kärsimykselle rakennettu käsitteellinen tila ei ole sellainen, että substituuttiargumentilla voitaisiin siinä operoida.

Kärsimyksenkin arvioinnin tulee olla objektiivista. Substituuttiargumentti voidaan tietenkin kääntää subjektiivisesta objektiiviseksi siirtämällä huomio vahingonkärsijän persoonasta ja hänen kokemuksistaan jonkinlaiseen keskimääräisen henkilön hypoteettisesti vastaavassa tapauksessa ja asemassa kokemaan kärsimykseen. Näin hallituksen esityksessä periaatteessa tehdäänkin, koska koko arviointia asetetaan ohjaamaan ”on omiaan aiheuttamaan” -kielikuva. Tässä käänöksessä substituuttiargumentti kuitenkin pitkälti vesittyy. Kärsimyksen kokemuksen ja korvauksen väliin asettuu uusi välittävä kerros. Kun kysytään, minäikäistä kärsimystä loukkaus olisi omiaan aiheuttamaan normaalisubjektissa, substituutiosta ollaan jo kahden askeleen päässä.

Vaikka edellä kuvatut käsitteelliset ja systemaattisiin ratkaisuihin liittyvät ongelmat sivuutettaisiin, kärsimyskorvauksen arvioimisen rakentaminen substituuttiargumentin varaan on yhtä lailla kömpelö ja eettisesti arveluttava ratkaisu kuin tilapäisen haitan arvioiminen saman idean perusteella.¹⁶⁶³ Epäsuorankin ekvivalenssisuhteen luominen itsetunnon ja itsekunnioituksen menettämisen ja rahamääräisen suorituksen välille rikkoo useimpien soveliaisuuskäsityksiä vastaan. Tilanne on suorastaan rujo. Kärsimyksen idean keskiössä on ajatus loukkauksen itsekunnioitusta ja perusluottamusta tuhoavasta vaikutuksesta ja siitä, että kärsimyskorvaus voisi jotenkin auttaa näiden yksilöille tärkeiden seikkojen palautumisessa. Substituuttiargumentin omaksuminen johtaa siihen, että vahingonaiheuttaja määrätään suorittamaan vahingonkärsijälle sellainen määrä, että vahingonkärsijä voi ostaa itselleen jotakin ”kivaa”, joka voisi siirtää huomion hänen menettämästään itsetunnosta ja itsekunnioituksesta ja joka auttaa myös elpymis- ja toipumisprosessissa, itsetunnon uudelleen rakentamisessa.¹⁶⁶⁴ Substituuttiargumentti vaikuttaakin epätydyttävältä vaihtoehdolta.

Sama koskee preventioargumenttia. Jos ja kun kärsimyskorvauksen preventiivinen teho on hallituksen esityksessä esitetyn mukaisesti kyseenalainen, ideasta ei saatane johtoa kärsimyskorvauksen järjestämiseen. Preventioargumentin merkitys on ehkä siinä, että se voi perustella osaltaan, miksi kärsimyksen tulee olla korvausaihe.

Rangaistuksenluonteisuus vaikuttaa *prima facie* luontevimmalta vaihtoehdolta ymmärtää kärsimyskorvaussäännös ja järjestää kärsimyksen korvaaminen. Kärsimyskorvausvelvollisuus syntyy, jos loukataan yksilön tiettyjä perusoikeuksia teolla, joka on säädetty rangaistavaksi. Rangaistuskysymys on ilmeinen. Vahingonkorvausvelvollisuus täydentää rikosoikeudellista sanktiota ja siten entistään vahvistaa teon moitittavuutta koskevaa viestiä. Tilanne on hieman tätä

¹⁶⁶³ Ks. esim. Chapman – Trebilcock 1989 s. 774–776; Duggan 2006 s. 308.

¹⁶⁶⁴ Ks. vahingon korvaamisen vaikutuksesta toipumisprosessiin esim. Shuman 1994. Kuratiivisista vahingonkorvauksista ks. myös Sharkey 2003. Ks. myös uhrikysymyksenasettelun tuomisesta pohjoismaiseen keskusteluun Dahlstrand 2007 s. 58–60.

epämääräisempi määrän arvioinnin suhteen. Säännöksen sanamuodon mukaan keskiössä on *loukkauksen* moitittavuus, ei teko itsessään, kuten rikosoikeudessa. Tuomittavan korvauksen määrän tulisi heijastaa ensi sijassa loukkauksen laatua. Loukkauksen laatu kuitenkin määrittyy ensisijassa loukkausteen kautta. Kaikki loukkauksen laadun arvioinnissa käytettävät arviointiperusteet viittaavat tekoon. Teon moitittavuus määrää loukkauksen laadun.

Vahingonkorvauslain esitöissä kiistetään kuitenkin jyrkästi, että kärsimyskorvaus olisi luonteeltaan rangaistuksellinen. Rangaistuksellisuutta koskeva diagnoosi tyrmätään useaan otteeseen. Hallituksen esityksen sivulla 14, sääntelyn uudistusta edeltänyttä tilaa käsiteltäessä todetaan, että ”henkilövahingon perusteella suoritettaviin korvauksiin ei ole myöskään perusteltua liittää rangaistuksellisia piirteitä.”¹⁶⁶⁵ Hieman myöhemmin todetaan, että kärsimyskorvausta ”ei myöskään ole tarkoitettu rangaistusluonteiseksi seuraamukseksi loukkauksen aiheuttajalle.”¹⁶⁶⁶ Ehdotetun säännöksen yksityiskohtaisissa perusteluissa on lausuma, jonka mukaan ”korvausta kärsimyksestä ei siten tule määrätä esimerkiksi sitä silmällä pitäen, että korvausvelvollisuus muodostaisi rangaistuksenluonteisen seuraamuksen loukkauksen aiheuttajalle.”¹⁶⁶⁷

Miksi rangaistuksellisuus on niin pelottavaa ja kauhistuttavaa? Miksi kärsimyskorvauksen punitiivista alavirettä ei voida tunnustaa? Syyt tähän liittyvät vahingonkorvausoikeuden perinnäiseen sääntelylogiikkaan ja systemaattiseen asemaan oikeusjärjestyksessä. Ajattelua ohjaa edelleen perinnäinen käsitys siitä, että yksityisoikeudella ei voida eikä saa rangaista. Punitiivinen tavoite on kielletty ja sillä hyvä. Jos punitiivinen alavire tunnustettaisiin, kärsimyskorvauksen asema osana vahingonkorvausoikeutta tulisi kestävämmäksi.

Taustalla hämmöttäneen yhtäältä pelko suomalaisen vahingonkorvausoikeuden amerikkalaistumisesta ja järjestetyn suurten korvausten rantautumisesta myös suomalaiseen oikeuskulttuuriin.¹⁶⁶⁸ Jos näistä peloista päästäisiin, voisivatko yhdysvaltalaisessa punitiivisistä vahingonkorvauksista käydyssä keskustelussa hioutuneet näkökulmat tarjota mahdollisuuden järjestää myös kärsimyskorvausta, etenkin jos punitiivisuus mielletäisiin järkeväksi ja mahdolliseksi korvaamisen tavoitteeksi?

¹⁶⁶⁵ HE 167/2003 vp s. 14.

¹⁶⁶⁶ HE 167/2003 vp s. 22.

¹⁶⁶⁷ HE 167/2003 vp s. 59. Ks. myös LaVM 1/2004 vp. Ruotsalaisissa esitöissä rangaistuksellisuus ei näyttäydä ongelmana. Ehdotuksessa kuitenkin todetaan, että ”när bestämmelsen om kränknersättning utformas som en egen ansvarsbestämmelse bör den vidare i så stor utsträckning som möjligt utformas på samma sätt som övriga ansvarsbestämmelser i skadeståndslagen. Kränknersättningen kan då lämpligen anges ersätta den skada som kränkningen innebär.” (Prop. 2000/01:68 s. 49) Vrt. kuitenkin Schultz 2008.

¹⁶⁶⁸ Ks. esim. Honka 2000 s. 85–86. Honka ei usko, että amerikkalaiset tendenssit olisivat rantautumassa Suomeen. Ks. myös Hoppu 1998 s. 1054–1055.

Punitiivisten vahingonkorvausten perustehtävänä on yhdysvaltalaisessa kirjallisuudessa pidetty rankaisemista ja preventiota.¹⁶⁶⁹ Erityisesti käsikirjoissa lähes tulkoon arkaaiset kostamista korostavat äänenpainot ovat saaneet merkittävästi tilaa.¹⁶⁷⁰ Oikeustaloustieteellinen lähestymistapa on kuitenkin hallinnut punitiivisistä vahingonkorvauksista käytyä akateemista keskustelua.¹⁶⁷¹ Oikeustaloustieteellisessä keskustelussa punitiivisiä vahingonkorvauksia sinällään on pidetty legitiimeinä, koska ne parantavat vahingonkorvausjärjestelmän preventiivistä tehoa.¹⁶⁷² Tosiasiallista doktriinia, jonka nojalla punitiivisiä vahingonkorvauksia mitoitetaan, ja erityisesti juryjen harkinnan lopputuloksia on useimmissa puheenvuoroissa taasen pidetty täysin dysfunktionaalisina.¹⁶⁷³

Punitiivisten vahingonkorvausten mitoittamiseen oikeustaloustieteellisessä lähestymistavassa on annettu erilaisia suosituksia.¹⁶⁷⁴ Yksi niistä on varsin yksioikoinen: todellinen vahinko tulee kertoa vahingonkorvausvelvollisuuden välttämistodennäköisyyden käänteisluvulla.¹⁶⁷⁵ Tällöin vahingonkorvausoikeuden sääntöjen preventiovaikutus olisi optimaalinen, koska vahingonkorvausvelvollisuutta on terävöitetty siten, että vahingonkorvauksen odotusarvo vastaa itse vahingon määrää. Oikeustaloustieteellisen teorian mukaan näissä olosuhteissa rationaalinen päätöksentekijä ei aiheuttaisi vahinkoa.¹⁶⁷⁶

Ehdotus ei liene kovin helposti operationaalistettavissa. Ensimmäinen ongelma on, että kysymys ei ole kärsimyksen korvaamisesta. Menetelmä perustuu kompensatoristen vahingonkorvausten määrän moninkertaistamiseen. Kirjoittajat eivät kuitenkaan kerro, mitä he tarkoittavat kompensatorisilla korvauksilla. Pitävätkö ne sisällään aineettoman vahingon korvaamisen? Jos näin on, aineettoman vahingon korvaamisen ongelmakenttä ulkoistuu sen varaan, että esimerkiksi tilapäisestä haitasta maksetaan jo täysi korvaus. Toinen ongelma on, että Polinskyn ja Shavellin ehdottama tekniikka on käytännössä tavattoman vaikea toteuttaa. Vastuun välttämisen todennäköisyydestä ei liene tarjolla perusteltua tutkimustietoa.¹⁶⁷⁷

¹⁶⁶⁹ Ks. esim. Chapman – Trebilcock 1989 tosin varauksin s. 827; Dobbs 1989 s. 844–852; Dobbs 1993 s. 452; Sunstein – Kahneman – Schkade 1998 s. 2085–2086; Diamond 2002 s. 133–134; Sharkey 2003 s. 357–358; Kirchner – Wiseman 2007 §2:1–§2:4.

¹⁶⁷⁰ Ks. esim. Kirchner – Wiseman 2007 §2:1–§2:4.

¹⁶⁷¹ Ks. esim. Englard 1991 s. 386–390; Sharkey 2003 s. 363–364; Sebok 2007 s. 959–960.

¹⁶⁷² Ks. esim. Polinsky 1997; Polinsky – Shavell 1998 s. 874; Viscusi 2001a; Craswell 2003; Galigan 2005 s. 706–707. Vrt. esim. Sebok 2007 s. 977–980.

¹⁶⁷³ Ks. esim. Cooter 1982; Dobbs 1989 s. 853–856; Viscusi 2001a s. 313; Diamond 2002. Vrt. kuitenkin Eisenberg et al. 1997; Eisenberg – Rachlinski – Wells 2002; Sebok 2007 s. 962–975.

¹⁶⁷⁴ Ks. esim. Landes – Posner 1987 s. 160–161; Diamond 2002; Chu – Huang 2004.

¹⁶⁷⁵ Ks. esim. Polinsky – Shavell 1998 s. 887–895.

¹⁶⁷⁶ Ks. esim. Polinsky – Shavell 1998 s. 891–892.

¹⁶⁷⁷ Ks. Sunstein – Kahneman – Schkade 1998; Viscusi 2001a; Viscusi 2001b.

Miksi oikeustaloustiede ei voi tarjota vastausta? Käytännön vaikeuksia merkittävämpi seikka on toinen: oikeustaloustieteellinen lähestymistapa ei ole eettisesti eikä ontologiapoliittisesti perusteltu. Se tuottaa rujon kuvan kärsimyksen korvaamisesta. Kärsimyskorvaus voi olla punitiivisesti virittynyt ja perusteltu ilman, että sitä perusteltaisiin preventiivisillä lähtökohdilla. Sitä ei myöskään ole välttämätöntä rakentaa neutraalilta vaikuttavan – ja täyteen arvovalintoja pakatun – taloudellisen prevention idean varaan.¹⁶⁷⁸ Kärsimyskorvaus voi ja sen *tulee olla* häpeilemättömän ekspressiivinen, moraalinen. Sen avulla tulee pyrkiä määrittämään oikea väärästä, absoluuttisesti ja pidäkkeittä. Näkemykseni on siis ei-päämäärärationalistinen: kärsimyskorvauksessa ei tule olla kyse estämisestä, preventiosta tai minkään muunkaan päämäärärationaalisen laskennallisen tavoitteen toteuttamisesta. Tarkoituksen tulee olla arvorationaalinen.

Paul J. Zwier tiivistää, että Yhdysvaltain korkeimman oikeuden viimeaikainen oikeuskäytäntö on johtanut siihen, että ”appellate courts, as ultimate decision makers, are forced to accept a decision-making ethic that is monolithic in its values, ‘commoditizes’ human suffering, and limits the ability of society to sufficiently deter intentional wrongdoing and to express moral outrage against vicious acts.”¹⁶⁷⁹

Oikeustaloustieteellistä lähestymistapaa hedelmällisemmiltä ideoilta vaikuttavat Anthony J. Sebokin ja Benjamin C. Zipurskyn artikkeleissaan esittelemät ajatukset.¹⁶⁸⁰ Sebokin ja Zipurskyn tarkasteluissa lähtökohtina ovat punitiiviset vahingonkorvaukset, mutta he rekonstruoivat niiden tarkoitusperät tavanomaisesta poikkeavalla. Sekä Sebok että Zipursky ovat eräässä mielessä retributionisteja: he tunnustavat vahingonkärsijän oikeuden koston ja asettavat retribution käsitteen keskeiselle sijalle pyrkiessään muotoamaan justifikaatiota punitiivisille vahingonkorvauksille. Molempien perusväite on, että yksi yksityisoikeuden hyväksyttävistä tehtävistä voi olla se, että se tarjoaa vahingonkärsijälle mahdollisuuden koston. Tästä puolestaan seuraa molempien mukaan, että yhdysvaltalaisessa keskustelussa hyvin korostunut huoli siitä, että punitiiviset vahingonkorvaukset olisivat valtiosääntöisestä näkökulmasta illegiittimejä, väistyy.¹⁶⁸¹

¹⁶⁷⁸ Ks. Zwier 2006 s. 426.

¹⁶⁷⁹ Zwier 2006 s. 427.

¹⁶⁸⁰ Samantapaisesti myös Sharkey 2003; Zwier 2006.

¹⁶⁸¹ Sekä Zipurskyn että Sebokin artikkelien lähtökohtana on yrittää osoittaa, että punitiiviset vahingonkorvaukset eivät ole Yhdysvaltain perustuslain vastaisia ja että tuomittaville vahingonkorvauksille ei ole välttämätöntä asettaa BMW- ja State Farm -tapauksissa asetettuja rajoituksia, koska punitiiviset vahingonkorvaukset ovat leimallisesti yksityisoikeudellisia ja siten perustuslaissa rikosoikeudellisille sanktioiden langettamiselle asetettujen due process -sääntöjen ulottumattomissa. Ks. Zipursky 2005 s. 156–157; Sebok 2007 s. 992–996.

Zipurskyn mukaan punitiivisissa vahingonkorvauksissa on aina läsnä kaksi elementtiä: punitiiviset vahingonkorvaukset ovat ”in some sense truly damages to the plaintiff-victim in a civil tort action and, in another sense, a fine imposed by the state as punishment for wrongful conduct and collected by the one who brought the litigation.”¹⁶⁸² Zipurskyn väite on, että tämä asiointi on itse asiassa toivottava. Hän huomauttaa, että rangaistuksellisuus ja ylikompensatorisuus eivät ole ongelmia yksityisoikeuden teoreettisesta perspektiivistä. Zipurskyn kehittämän ja pääasiassa korjaavan oikeudenmukaisuuden teoriaa vastaan suuntautuvan *civil recourse* -teorian perusidea nimittäin on, että siviilioikeudellisten oikeussuojakeinojen ideana on tarjota riittävä suoja oikeudenloukkauksia vastaan, ei vain korjaavaa oikeudenmukaisuutta, jossa oikeussuojakeinoja rajoittaa oikeudenloukkauksen ja oikeussuojakeinon korrelatiivisuuden vaatimus: vain loukattu oikeus voidaan palauttaa, ei muuta.¹⁶⁸³

Sebok menee artikkelissaan Zipurskyä pidemmälle.¹⁶⁸⁴ Sebokin selitys sille, miksi punitiiviset vahingonkorvaukset voivat olla aidosti yksityisoikeudellisia, lähtee liikkeelle *loukkauksen* (insult) käsitteestä. Sebok väittää, että punitiivisten vahingonkorvausten alkuperäinen tarkoitus¹⁶⁸⁵ oli tarjota erityinen oikeussuojakeino, ns. *redress*, silloin, kun henkilön oikeutta, jonka merkitys ei tyhjentynyt ainoastaan sen materiaaliseen suojaan, oli loukattu. Tämän alkuperäisen tarkoituksen kunnioittaminen on Sebokin mukaan tärkeää. Kun joku on tarkoituksellisesti loukannut toista ja rikkonut relationaalista käyttäytymisnormia, joiksi Sebok vahingonkorvausoikeuden normit ymmärtää, kostaminen on hyväksyttävä oikeussuojakeino. Uhri ei ainoastaan tarjoa valtiolle ja yhteisölle mahdollisuutta rangaista vahingonaiheuttajaa nostamalla kanteen tätä vastaan, vaan hänen roolinsa on vielä tätäkin aktiivisempi, ”she is personally presenting reasons to the court for the punishment of the wrongdoer”, kuten Sebok toteaa.¹⁶⁸⁶

Sebokin retributiivinen perustelu punitiivisille vahingonkorvauksille on monimutkainen. Sebokin kertomuksessa Jean Hamptonin ajatukset retribuition oikeutuksesta ovat keskeisessä asemassa.¹⁶⁸⁷ Hamptonin mukaan retributio on mahdollinen vain silloin, kun vahinkoa aiheuttava teko on ollut moraalisesti loukkaava. Moraalisesti loukkaava teko puolestaan on, jos se asettaa kohteensa asemaan, joka ei vastaa hänen sisäsyntyistä arvoaan ihmisenä.¹⁶⁸⁸ Jos teko on ollut loukkaava, retributio on paikallaan. Mikä tärkeintä, retributio on Hamp-

¹⁶⁸² Zipursky 2005 s. 129.

¹⁶⁸³ Korrelatiivisuuden vaatimuksesta ks. esim. Weinrib 1995; Weinrib 2001.

¹⁶⁸⁴ Sebokin lähtökohtana on kuitenkin Zipurskyn kehittämä *civil recourse* -teoria. Ks. Zipursky 2003.

¹⁶⁸⁵ Ks. Sebok 2007 s. 1006–1012.

¹⁶⁸⁶ Ks. Sebok 2007 s. 1029.

¹⁶⁸⁷ Ks. Sebok 2007 s. 1017–1020.

¹⁶⁸⁸ Ks. Hampton 1992 s. 1681–1684.

tonin mukaan viime kädessä korjaavaa, kuten Sebok itsekin huomauttaa. Hampton määrittelee retribuition loukkaavan teon laukaisemaksi reaktioksi, ”that is intended to vindicate the value of the victim denied by the wrongdoer’s action through the construction of an event that not only repudiates the action’s message of superiority over the victim but does so in a way that confirms them as equal by virtue of their humanity.”¹⁶⁸⁹

Hamptonin mukaan retributio voi siis olla rankaisemista, mutta ei aina. Sovelletuna punitiivisiin vahingonkorvauksiin, retributiivinen vahingonkorvaus siis muuttuu eräässä mielessä korjaavaksi, koska se korjaa moraalisen loukkauksen. Vahingonaiheuttaja saatetaan kärsimään tappio, joka ilmaisee, että vahingonaiheuttaja oli moraalisesti väärässä ja uhri oikeassa. Galanter ja Luban kuvaavat punitiivisen vahingonkorvauksen tarkoitusta ja mitoittamista seuraavasti:

”The purpose of *punishment*¹⁶⁹⁰ is to reassert the truth about the relative value of wrongdoer and victim by inflicting a publicly visible defeat on the wrongdoer – what we shall term an ‘expressive defeat.’ The magnitude of punishment must reflect the magnitude and, if possible, the nature of the asserted inequality between wrongdoer and victim. A more heinous act expresses more contempt for the victim’s value relative to the wrongdoer’s, and so the retributivist believes that a more decisive defeat must be visited on the wrongdoer to reassert the public’s judgment of the victim’s worth.”¹⁶⁹¹

Retributiivisesti ymmärretty punitiivinen vahingonkorvaus muuttuu Sebokin mukaan näissä olosuhteissa kompensatoriseksi. Tästä seuraa, että vaikka oikeusjärjestelmä tarjoaisi vahingonkärsijälle mahdollisuuden vaatia täyttä korvauksen ylittävää korvausta, kyse ei ole rankaisemisesta, koska kyse on oikeudenloukkauksen korjaamisesta *ekspressiivisesti*. Näennäisen ylikompensatorinen vahingonkorvaus palauttaa moraalisen järjestyksen. Juuri tähän Sebok kiinnittää oman päättelyketjunsä. Koska retributio ei aina ole rankaisemista, punitiiviset vahingonkorvaukset eivät rankaise, jos ne mitoitetaan siten, että vahingonkorvauksella voidaan ensinnä osoittaa vahingonaiheuttajalle, että tämä on loukannut vahingonkärsijän oikeutta ja toiseksi myös tehdä vahingonkärsijälle selväksi, että tuohon oikeudenloukkaukseen suhtaudutaan vakavasti ja se pyritään poistamaan.

Yhtäläisyydet substituuttiargumenttiin ovat ilmeiset, vaikka siitä Sebokin retributioargumentissa ei olekaan kysymys. Sebok samoin kuin Zipursky nimit-

¹⁶⁸⁹ Hampton 1992 s. 1686.

¹⁶⁹⁰ Kursivoidun *punishment*-sanon sijasta Galanterin ja Lubanin olisi tullut käyttää retribution-sanaa, jotta kävisi selväksi, että kysymys on juuri retributiomahdollisuuden tarjoamisesta. Nyt Sebok pääsee syyttämään heidän ymmärrystään ristiriitaiseksi.

¹⁶⁹¹ Galanter – Luban 1993 s. 1432–1433.

täin nimenomaisesti kieltävät, että kysymys olisi vahingonkärsijän tunteiden hyvittämisestä. Manipulaation kohde on kokonaan toinen, moraalinen loukkaus ja sen poistaminen. Punitiivinen vahingonkorvaus mitoitetaan siten, että se osoittaa vahingonaiheuttajalle tämän rikkoneen perustavaa moraalista normia ja ilmaisee selkeästi, että vahingonaiheuttajan olisi tullut kunnioittaa vahingonaiheuttajan oikeutta. Mitä vakavammasta ja perustavamman ja tärkeämmän oikeuden loukkauksesta on kysymys, sitä suurempi retributiivisen korvauksen tulee olla.¹⁶⁹²

Retributiivisen argumentin ja kärsimyskorvauksen perustelujen ja määrän arvioimisen sääntöjen yhtäläisyydet ovat ilmeiset. Kärsimyskorvauksessakin fokus on teko ja sen moitittavuus. Kärsimyskorvausta tuomitsemalla osoitetaan vahingonaiheuttajalle, että hän on rikkonut vahingonkärsijän tärkeää perusoikeutta. Määrä mitoitetaan vastaamaan loukkauksen vakavuutta. Onko suomalainen kärsimyskorvaus siis retributiivinen juuri Zipurskyn ja Sebokin tarkoittamassa mielessä? Nähdäkseni ei. Zipurskyn ja Sebokin ajatukset saavat selityksensä siitä tilanteesta, johon argumentit on suunnattu. He pyrkivät osoittamaan, että punitiivisillä vahingonkorvauksilla voi olla ja on jokin muu legitiimi funktio kuin rankaiseminen, koska keskittyminen pelkästään rankaisemiseen johtaisi valtiosääntöisiin ongelmiin. Retributiivisuus Sebokin ja Zipurskyn tarkoittamassa siviilioikeudellisessa mielessä mahdollistaa korjaavan ja ei-rankaisullisen funktion hahmottamisen punitiivisille vahingonkorvauksille. Suomalaisessa asettelussa retributiivisuusdiagnoosia ei ehkä tarvita, koska kärsimyskorvauksien perustuslainmukaisuutta ei ole riitautettu ja kärsimyskorvauksen korvauksellisuus on pitkälti hyväksytty. Ongelma ei ole myöskään yhtä polttavan ajankohtainen siitä yksinkertaisesta syystä, että suomalaisten kärsimyskorvaukset eivät ole rahamääräisesti lähellekään Yhdysvalloissa tuomittuja punitiivisiä vahingonkor-

¹⁶⁹² Ks. Galanter – Luban 1993 s. 1435–1438. Galanter ja Luban suhtautuvat hyväksyvästi esimerkiksi ns. *Ford Pinto* -tapauksessa (*Grimshaw v. Ford Motor Co.*, 174 Cal. Rptr. 348 (Ct. App. 1981)) juryn tuomitsemaan 125 000 000 dollarin vahingonkorvaukseen, joka vastasi suuruudeltaan sitä taloudellista hyötyä, jonka Ford laski saaneensa, kun se ei vetänyt rakenteeltaan kelvottomia ja siksi kolareissa räjähteleviä Ford Pintoja markkinoilta. Jury teki Galanterin ja Lubanin mukaan oikein, kun se ”chose to inflict a monetary defeat on Ford that incorporated within it a reference to Ford’s own analysis, a defeat that Ford could not help but understand because the jury held up the cost-benefit analysis as a mirror in which all would recognize the moral truth of the situation. Finally, the jury recognized the particular kind of wickedness displayed in Ford’s reluctance to recall the exploding Pintos: it was greed, allowing one’s decision to be swayed by the sheer magnitude of money. Taking the amount of money by which Ford was swayed as the measure of heinousness seems especially appropriate.” (Ks. Galanter – Luban 1993 s. 1436–1437). Vaikka Sebok (Sebok 2007) ei nimenomaisesti ota kantaa siihen, miten retributiivinen korvaus tulisi mitoitaa, hänen kitkerän kritiikkinsä kohteena ovat Yhdysvaltain liittovaltion korkeimman oikeuden *BMW v. Gore*- ja *State Farm* -ratkaisut. Ratkaisuissa omaksuttiin juryn harkintavaltaa rajoittava lähtökohta, jonka mukaan punitiiviset vahingonkorvaukset voivat olla korkeintaan noin 10 kertaa suuremmat kuin kussakin tapauksessa tuomitut korvaukset aineellisesta ja aineettomasta vahingosta.

vauksia. Jos tilanne olisi sama kuin Yhdysvalloissa, *civil recourse* -teoria ja retributiivisuuden idea voisivat tarjota väylän legitimoida kärsimyskorvaus *vahingonkorvaukseksi*.

Teoria retributiivisesta vahingonkorvauksesta avaa kuitenkin hedelmällisen näkökulman kärsimyskorvaukseen. Se tuo esille uuden vaikuttamisen tason: vahingonkorvaus voi vaikuttaa symbolisella tasolla, muokata symbolista järjestystä. Tunnistamisen ja tunnustamisen teema tulee jälleen esille. Kärsimyskorvauksen tarkoituksena tuleekin hahmottaa *tunnistaminen* eli julkisen ja kouriintuntuvan vahvistuksen antaminen sille, että vahingonkärsijällä on ollut oikeus, jota on loukattu, ja *tunnustaminen* eli se, että vahingonkorvauksen avulla loukkauksen merkitys eksplikoitetaan.¹⁶⁹³

Ajattelutapa kuvastuu erityisesti vahingonkorvauslain 5 luvun 4 a §:stä käydyssä keskustelussa. Ennen pykälän säätämistä, oikeustilan ongelmana pidettiin sitä, että oikeusjärjestelmämme ei tunnistanut läheisten tuskaa ja kärsimystä, kun perheenjäsen oli surmattu. Oikeustila soti yleistä oikeustajuntaa vastaan, kun oikeuslaitos ei voinut, vaikka lapsi oli raa’asti surmattu, tehdä muuta kuin todeta, että korvattavaa vahinkoa ei ollut aiheutunut. KKO 1991:146 -ratkaisun viesti oli yhtäältä selkeä, mutta ristiriitainen: korkein oikeus kyllä auliisti myönsi, että lapsen raaka surmaaminen on välttämättä järkyttävä tapahtuma, mutta joutui samaan hengen vetoon toteamaan, että vahingonkorvausoikeudellisesti menetys ei ollut relevantti. Oikeustilan ongelma oli siinä sosiaalisessa ympäristössä, jonka se kutoi ympärilleen. Yleisen oikeustajunnan näkökulmasta oli pöyristyttävää ajatella, että vahingonkorvausoikeudessa voitaisiin todeta, että vanhemman kärsimys ei ollut relevanttia.

Kärsimyskorvauksen taustalle voidaan asettaa *vakavan oikeudenloukkauksen* tunnistamisen ja tunnustamisen skeema. Kun kärsimyskorvausta tuomitaan, tunnustetaan ja tunnustetaan, että vahingonkärsijän oikeutta on loukattu ja että yhteisön perustavia normeja vastaan on rikottu. Vahingonkorvausvelvollisuus voi palauttaa eettis-moraalisen tasapainon, koska se vahvistaa vahingonkärsijän oikeuden olemassaolon. Se, että vahingonkärsijällä oli oikeus, tulee ilmaista konkreettisesti tavalla. Samalla loukatun oikeuden merkitys voidaan ilmaista.¹⁶⁹⁴

Kyse on symbolisesta – mutta ei missään mielessä merkityksettömästä! – korvauksesta, jonka tarkoituksena on viestittää, että vahingonkärsijällä on tärkeitä oikeuksia, joita ei saa loukata.¹⁶⁹⁵ Kokemuksen ja teon välinen jännite laukeaa.

¹⁶⁹³ Ks. vahingonkärsijä- eli uhrinäkökulmasta Granström – Mannelqvist 2007 s. 33–36.

¹⁶⁹⁴ Ks. tunnistamisen ja tunnustamisen argumentista ns. *vindikaatio* vahingonkorvauksen kohdalla Pearce – Halson 2008 s. 84–98.

¹⁶⁹⁵ Ks. esim. McClurg 1990 s. 109–112, joka kirjoittaa tosin hedonistisista korvauksista puhuesaan, että kuolemantapauksen sattuessa pitäisi maksaa aina konventionaalinen korvaus. Käsitellessään asiaa *de lege ferenda* hän esittää, että mahdolliseen lain säännöksen otettaisiin seuraava lainsäädännön tarkoitusta kuvaava preambula: ”It is the view of the legislature that human life is

Kokemuksellisuus syrjäytyy, teon paheksuntakin jää varjoon, kun keskiöön tulee loukatun oikeuden symbolinen merkitys. Argumentaation rakenteessa tapahtuu kiinnostava siirtymä. Paheksunnasta ja moitittavuudesta eli tekijästä voidaan siirtyä vahingonkärtsijään. Teon ominaisuudet siirtyvät oikeudenloukkauksen ja myös vahingonkärtsijän loukatun oikeuden tunnuspiirteiksi. Mitä törkeämpi teko, sitä vakavammin vahingonkärtsijän oikeuksia on loukattu. Kärtsimyskorvauksen keskiössä on vahingonkärtsijän loukattu oikeus, ei tekijän teko. Tämä oikeus ei kuitenkaan ole perinteinen saamisoikeus: se on pikemminkin eettisen ja moraalisen järjestelmä tiivistymä, jota karakterisoi moniulotteisuus. Oikeus saa tunnistamisen ja tunnustamisen skeemassa sisältönsä sitä loukkaavien tekojen kautta.

Voidaan ja onkin syytä kysyä, onko tunnistamisen ja tunnustamisen tavoite, joka kohdistuu – sen myönnän – epämääräisesti ja hahmottomasti yhtäältä vahingonkärtsijän psyykeen ja toisaalta yhteisön eettis-moraaliseen järjestykseen, niin painava, että vahingonaiheuttajan etu ja vahingonkorvausoikeuden vuosisataiset perinteet pitää sen vuoksi uhrata. Onko perusoikeusjärjestelmää, moraali-järjestystä ja ihmisten välistä kunnioitusta todella ylläpidettävä näin invasiivisella ja yksityisoikeuden perinnäisten perusperiaatteiden näkökulmasta vieraalla järjestelyllä? Naiivi vastaus on, että Eduskunta on niin päättänyt ja sillä hyvä.

Tosiasiaassa ongelma tarkentuu edellä kuvattuun teon ja kokemuksen väliseen jännitteeseen. Tunnistamisen ja tunnustamisen argumentti ei sovi yhteen hallituksen esityksessä ilmaistujen kärtsimyksen kokemuksellisuutta ja aitoa korvaavuutta korostavien näkökohtien kanssa. Tunnistamisessa ja tunnustamisessa ei korvata mitään, koska sellaista reaali vahinkoa, johon vahingonkorvaus voisi kohdistua, ei voida tunnistaa. Olen edellä osoittanut, että kokemuksellisen kärtsimyskäsitteen omaksuminen on mahdoton ratkaisu määrän arvioinnin järjestämisen kannalta. Tilanne on yksinkertainen. Joko luovumme koko kärtsimyskorvauksesta, jolloin vahingonkorvausoikeudellinen normisto ei lainkaan tunnista sosiaalisesti ajatellen tärkeitä tilanteita tai luovumme vakaumuksestamme, että vahinkoa korvatta täytyy aina olla olemassa jokin reaali vahinko, jonka korjaamiseen tai manipulointiin – jo 1800-luvulla vakiintuneella tavalla – korvaaminen tähtää. Valinta on helppo. Kärtsimys-sanaan hirttäytymiseenkin ei ole syytä.

priceless in that each life is unique and can never be replaced. The current method of awarding damages for the tortious taking of a life in this state is inadequate because it fails to recognize that the life itself has any value. This statute cures that deficiency by recognizing that in all wrongful death cases, regardless of the plaintiff's ability to prove pecuniary or other losses, there shall be a minimum recovery in an amount set by the statute. This does not represent the view of the legislature that a human life is worth only that amount. As stated, human life is priceless. Instead, the minimum recovery serves the purpose of deterring tortious conduct likely to result in death, while at the same time demonstrating the state's dedication to the principle that all lives have intrinsic value."

On totta, että kärsimys-sana on säännöksessä, ja hallituksen esityksessä todetaan niin ikään, että kärsimystä tulisi arvioida sen perusteella, minkälaista kärsimystä loukkaus on omiaan aiheuttamaan. Silti, kun kärsimys-kytkentä tuottaa erittäin ongelmallisia seurauksia, siitä on pakko luopua, siitäkin huolimatta, että periaatteessa toimittaisiin säännöksen sanamuotoa vastaan.

Voiko tunnistamisen ja tunnustamisen skeema sitten ohjata kärsimyskorvauksen määrän arviointia? Voi ja ei voi. Mitään luonnollista eettis-moraalista mittapuuta eri loukkausten merkitykselle ei tietenkään voi olla olemassa. Tässä mielessä tunnistamisen ja tunnustamisen idea ei vie vielä minnekään. Seikka on vain myönteinen. Kun luonnollista arvoa ei ole, on itsestään selvää, että kärsimyskorvauksen määrän mittapuista tulee konventionaalisia. Niiden on oltava tietoisien ja eettisen valinnan tuloksia. Ainoa mittapuuta on, että korvauksen tulee kussakin tapauksessa olla siinä määrin tuntuva, että kulloinkin loukatun oikeuden tunnistamisen ja tunnustamisen tavoite voidaan saavuttaa. Kärsimyskorvaus ohittaa tässä suhteessa subjektiivisen ja objektiivisen dikotomian. Vaikka korvaus tuomitaankin maksettavaksi vahingonkäräjälle, hän ei ole (ainoa) rahavälitteisen viestinnän kohde. Kohde on sekä vahingonkäräjä että koko yhteisö. Korvauksen arvioinnissa painopiste on yhteisössä. On pitkälti yhdentekevää, pitääkö vahingonkäräjä korvausta riittävänä tasapainon vahingonaihetajan ja vahingonkäräjän erityisessä suhteessa. Useimmiten näin ei varmasti ole. Sen sijaan tärkeää on, että korvaus on riittävä siinä mielessä, että yhteisön jäsenet pitävät sitä riittävänä viestinä kulloisenkin oikeudenloukkauksen merkityksestä.

Vahingonkorvauksen suuruuden arviointi pitää järjestää niin, että vahingonkorvauksella pystytään eksplikoimaan johdonmukaisella tavalla yhteisön eettis-moraalisia käsityksiä yksilöiden perustavista oikeuksista. Hahmottuvan rahan-
käyttötekniikan peruslähtökohdat ovat selvät. Ideaalitalanteessa ensin valittaisiin rahamäärien skaala, jolla loukkauksia tunnistetaan ja tunnustetaan. Kärsimyskorvauksen yläraja, erittäin vakavasta loukkauksesta maksettava korvauksen määrä tulisi lyödä lukkoon.¹⁶⁹⁶ Ylärajan täytyy olla siinä määrin korkealla, että se kouriintuntuvalta tavalla osoittaa, että loukattu oikeus on ollut tärkeä ja loukkausteko moitittava. Ylärajan asettamisen jälkeen täytyy käydä keskustelua siitä, miten muut vähemmän vakavat ihmisarvon loukkaukset sijoittuvat tähän erittäin vakavaan loukkaukseen nähden. Korvauksen määrän arvioinnissa tuomioistuinten keskeiseksi tehtäväksi muodostuukin tällaisessa asetelmassa kulloinkin käsiteltävän loukkauksen asettaminen skaalaan muiden mahdollisten loukkausten kanssa.

¹⁶⁹⁶ Ks. edellä av. 1634 kohdalla kärsimyskorvauksen mahdollisista valtiosääntöisistä ongelmista esitettyä.

Korvauksen määrän suhteen olen yhtä aikaa täysin samaa ja eri mieltä kuin Lena Sisula-Tulokas. Sisula-Tulokas nimittäin kirjoittaa, että ”klarare uppfattningar om skadeståndets funktion kunde påverka ersättningsnivån. Om man anser att skadeståndets syfte vid de i SkL 5:6 nämnda kränkingsbrotten är att erbjuda symbolisk upprättelse, innebär det att beloppen kan hållas på en blygsam nivå. Symboler är i allmänhet billiga.”¹⁶⁹⁷ Päinvastoin. Tärkeimmät symbolit ovat niin arvokkaita, että niillä ei ole hintaa.

Asiaan liittyy kuitenkin vielä yksi kerros: henkilövahinkoasiain neuvottelukunta.

8 HENKILÖVAHINKOASIAIN NEUVOTTELUKUNTA JA KÄRSIMYKSEN SKAALA

Henkilövahinkoasiain neuvottelukunta on laatinut laissa saamansa tehtävän mukaisesti kärsimyskorvauksen suuruutta koskevat suositukset. Lainvalmistelutöiden perusteella kärsimyskorvausten suuruuden määrääminen on neuvottelukunnan tärkein mutta samalla vaikein tehtävä. Henkilövahinkouudistuksen valmistelua ohjannut käsitys oli, että kärsimyskorvauskäytäntö oli epäyhtenäistä ja erityisen ohjauksen tarpeessa. Kun liikennevahinkolautakunta ei ollut laatinut kärsimyskorvaustaulukkoja, kärsimykselle ei ollut olemassa valmiita suuntaviivoja. Tilanne oli erilainen myös toisessa suhteessa: kärsimyskorvauksen määrän arvioinnin täsmällinen kiintopiste oli ja on, kuten jaksossa 7 havaittiin, vielä pitkälti kiistanalainen seikka. Ei ole vielääkään täysin selvää, onko lähtökohtana pidettävä loukkausteon vahingonkärsijässä aiheuttamaa kokemusta vai itse loukkaustekoa. Tuomioistuimissa käsitykset varmasti vaihtelevat ja siksi asioita voidaan hahmottaa eri tavoin.¹⁶⁹⁸ Kärsimyskorvaus on jäänyt ilmaan, yksittäisten tuomareiden käsitysten varaan.¹⁶⁹⁹ Tuomittujen vahingonkorvauksen määrät voivat siis vaihdella hyvinkin paljon.

¹⁶⁹⁷ Sisula-Tulokas 1995 s. 145. Ks. myös Brusiin 1966 s. 30–31.

¹⁶⁹⁸ Helsingin kärjäoikeuden ratkaisu asiassa 06/20010 on hyvä esimerkki. Laajaa huomiota saaneessa tapauksessa julkisuuden henkilö vaati huomattavan suurta vahingonkorvausta valtiolta, jonka virkamiesten hän väitti vuotaneen tietoja itseään koskevista vakoiluepäilyistä. Kärjäoikeus on suurissa ongelmissa kärsimyskorvaussäännöksen tulkinnan kanssa.

¹⁶⁹⁹ Tilanne on ollut sama psyykkisestä tilapäisestä haitasta eli kipuun ja särkyyn rinnastettavasta kärsimyksestä suoritettavassa korvauksessa. Ks. KKO 2004:23, perustelujen kohta 5.

Neuvottelukunta on järjestänyt kärsimyksen korvaamista koskevien suositusten laatimisen saman perusrakenteen varaan kuin tilapäisessä haitassakin. Fokus on tuomareissa ja heidän arvioissaan. Tuomarit saavat periaatteessa vapaat kädet kääntää erilaiset loukkaukset rahamääriksi, minkä jälkeen neuvottelukunta koostaa todennäköisesti varsin hajanaisesta raakadatasta yhtenäiset suositukset.

Neuvottelukunnan omaksumat menetelmät ovat ratkaisevassa asemassa, kun neuvottelukunnan työn tuloksia arvioidaan. Menetelmät tuottavat lopputulokset. Mitä menetelmät ovat? Lähtökohtana neuvottelukunnan työn järjestämisessä on pidetty tilastotieteellisestä ”pätevyyttä” ja oikeaoppisuutta sekä neutraalisuutta. Neuvottelukunta on katsonut tehtäväkseen raportoida tuomioistuinten korvauskäytännöstä. Se on pyrkinyt käyttämään *tieteellisesti päteviä* tilastotieteellisiä menetelmiä tilastotieteellisten konventioiden mukaisesti. Toiseksi se on pyrkinyt pysyttelemään mahdollisimman etäällä oikeuspoliittisista pohdintoista. Ensimmäisessä vaiheessa tavoitteena on ollut ilmoittaa suositukset kullekin rikokselle ja tekemuudolle. Myöhemmin suositusten seuraavissa painoksissa on tarkoitus pyrkiä antamaan suosituksia myös muiden arviointiperusteiden käytöstä.

Neuvottelukunnan omaksumat menetelmät ovat epäilemättä tilastotieteellisesti arvioiden parhaita mahdollisia. Tilastotieteellisten menetelmien mukanaan tuoman neutraalisuuden kaavun taakse kätkeytyy muutama merkittävä seikka.

Ensimmäinen merkittävä seikka on, että korvauksen määrän arvioinnin *mekaniikka* täytyy ”selvittää” – aivan samaan tapaan kuin tilapäisessä haitassa – jo ennen kuin korvaustasoja voidaan ryhtyä haarukoimaan, jotta tietoa voitaisiin kerätä. Neuvottelukunnan on ollut välttämätöntä hahmottaa, miten korvausta harkitaan ja miten harkinnasta voidaan saada tietoa käytettävissä olevista asiakirjoista. Lopputulos, oli, että keruuavaimena käytettiin tietoa teon rikosoikeudellisesta luonnehinnasta, kun tietoa kerättiin. Syyt olivat yksinkertaiset: kärsimystä aiheuttavan teon rikosoikeudellinen luonnehdinta on lähestulkoon ainoa tietokantaan tallennettavaksi soveltuva seikka, joka käy ilmi kärsimyskorvaustuomioista ja jolla voidaan tilastollisin menetelmin operoida. Tästä teknisestä seikasta puolestaan seuraa mekaniikkavalinta. Rikosoikeudellinen luonnehdinta selittää suosituksissa, miten tuomari toimii, kun hän pyrkii arvioimaan, minkälaista kärsimystä loukkaus on ollut omiaan aiheuttamaan. Tässä linjauksessa, joka näyttää olevan käytännön pakon sanelema, on kuitenkin tosiasiaa kyse myös vahingonkorvauslain 5 luvun 6 §:ää koskevasta tulkintakannanotosta. Henkilövahinkoasiain neuvottelukunnassa on valittu teon luonnetta korostava käsitys kärsimyskorvauksen korvausaiheesta. Kärsimystunne itsessään – toinen arvioinnin mahdollisista suuntausvaihtoehdoista – on jätetty sivurooliin.

Kärsimyskorvaussuositukset kertovat omaa kieltään myös siitä, että neuvottelukunnalla on tilastollisten menetelmien lisäksi ollut myös harkintaa korostavia työtapoja. Vapauderiistoa koskeva suositus (75 §) on valaiseva esimerkki tästä. Aineistoon on sisällynyt 19 vapaudenriistosta tuomittua korvausta. Ja-

kauman fraktiilit esitetään yleisnimikkeen tasolla, samaan tapaan kuin tilapäisessä haitassakin.¹⁷⁰⁰ Suositus on kuitenkin jaettu kolmeen vahinkotyyppiin, joissa kussakin esitetään lyhyt kuvaus kustakin vapaudenriiston alakohdasta. Ilmeisestikin alakategorioiden suositukset ovat peräisin kunkin korvauksen tekstikuvauksesta, joiden perusteella korvaukset on voitu järjestää jonkinlaiseen järjestykseen.

Valinnan syyt on helppo ymmärtää. Tuomioaineistosta on mahdotonta saada suoraan käsitystä siitä, minkälaista kärsimystä tuomioistuimien on katsonut loukkausteon olleen omiaan aiheuttamaan. Analyysi ei olisi ollut teknisesti mahdollinen, koska tuomarin (ehkä) arvioinnin taustalle rakentamaa kärsimystunnetta, jonka loukkaus oli ollut omiaan aiheuttamaan, on jo lähtökohtaisesti mahdotonta rekonstruoida tuomioon kirjattujen seikkojen perusteella. Vahingonkorvauslain 5 luvun 6 §:ssä mainitut muut perusteet ovat teon rikosoikeudellista luonnehdintaa häilyvämpiä ja tilastotieteellisissä analyysissä vaikeammin – jos ei mahdotomia – huomioon otettavia. Sekä loukatun asema, loukatun ja loukkaajan välinen suhde että loukkauksen julkisuus ovat hyvin kontekstisidonnaisia seikkoja, joita on hyvin vaikea typistää ainakin objektiivisin keinoin sellaisiksi kvantitatiivisiksi suureiksi, joita voitaisiin tilastomatemaaattisin keinoin manipuloida.

Syntyy eräänlainen korvaantumisilmiö. Objektiivisesti havaittava seikka, inskriptio, joka kertoo, minä rikoksena tuomari on loukkaustekoa pitänyt, ottaa loukkauksen laadun ja kärsimyksen paikan henkilövahinkoasiain neuvottelukunnan suosituksissa. Tämän seurauksena loukkaus itsessään typistyy suosituksissa sen tekemuotoa koskevaan kuvaukseen. Lopputulos onkin, että tilastotieteellisten menetelmien objektiivisuushakuisuus, niihin sisältyvä kvalitatiivista ilmaisuja karttava logiikka, johtaa objektiivisesti havaittavien seikkojen korostumiseen myös suosituksissa itsessään. Mikä merkittävintä, tällä ainakin osin *teknisellä seikalla* on merkitystä myös vahingonkorvauslain 5 luvun 6 §:n tulevassa tulkinna. Kristallipalloa ei tarvita sen arvaamiseen, että kärsimystä tullaan tulevaisuudessa hahmotetaan ensi sijassa rikoksen laadun perusteella. Tekniikka, jolla tavoitetta – yhdenmukaista, oikealle laintulkinnalle perustuvaa korvauskäytäntöä – pyritään toteuttamaan, vei kiertotielle, jonka päätepiste ei ehkä ole se, mihin alunperin pyrittiin.

Voidaan väittää, että loukkausteon rikosoikeudellista luonnehdintaa korostava ratkaisu on myös säännöksen sanamuodon ja hallituksen esityksen hengen mukainen. Ensisijaisena arviointiperusteenahan on jo pykälän sanamuodon mukaan pidettävä teon laatua. Kaikki meni siis hyvin. Mielenkiintoista on vain huomata, kuka päätöksen teki. Tai ei tehnyt!

¹⁷⁰⁰ Ks. Henkilövahinkoasiain neuvottelukunnan suosituksia s. 36.

Toinen merkittävä ongelma liittyy neuvottelukunnan keräämään ja analysoimaan materiaaliin. Yhdysvalloissa Cass Sunstein, Daniel Kahneman, David Schkade ja Ilana Ritov ovat esittäneet artikkelissaan *Predictably Incoherent Judgments*¹⁷⁰¹ mielenkiintoisia huomioita ihmisten kyvystä arvioida rikosten vakavuutta. Kirjoittajat esittävät seuraavat yksilöiden rankaisemisen johdonmukaisuutta koskevat johtopäätökset:

- 1) Ihmisillä on varsin selkeät ja johdonmukaiset käsitykset siitä, miten moitittavia erityyppiset rikokset tai loukkaukset ovat suhteessa toisiinsa.
- 2) Ihmiset pystyvät järjestämään rikos- ja loukkaustyyppit koherenttiin järjestykseen vakavuusasteeltaan ja myös sen suhteen, millainen rangaistus niistä pitäisi suhteessa toisiinsa tuomita.
- 3) Jos yksilöä pyydetään arvioimaan jonkin rikoksen tai loukkauksen moitittavuutta erikseen, ottamatta huomioon erityyppisiä rikoksia, rikoksen tai loukkauksen moitittavuutta arvioidaan tyypillisesti vain suhteessa muihin saman luokan rikoksiin. Hyvin moitittavasti tehty, mutta yleensä vain lievästi moitittava rikos tai loukkaus johtaa usein varsin ankaraan rangaistukseen, jos rikosta ei aseteta suhteeseen muiden rikosten kanssa.
- 4) Arvioiden koherenttius häviää, kun ihmisiä pyydetään muuttamaan arvionsa moitittavuudesta konkreettisiksi rangaistuksiksi, siis kvantifioimaan moitittavuus.¹⁷⁰² Arviointi tuottaa toisistaan merkittävästi poikkeavia rahattai aikamääräisiä tuomioita, vaikka arvioijilla olisikin sama käsitys rikoksen tai loukkauksen suhteellisesta moitittavuudesta.

Sunsteinin, Kahnemanin, Schkaden ja Ritovin havainnoilla on merkitystä eritoten kärsimyskorvauksista käytävässä keskustelussa. Jos ajatellaan, että suomalaisten tuomareiden kyky tuottaa arvioita tekojen moitittavuudesta ei poikkea ratkaisevasti Sunsteinin, Kahnemanin, Schkaden ja Ritovin koehenkilöiden laajoista, on oletettavaa, että tuomareiden käsitykset tuomittavan kärsimyskorvauksen määrästä vaihtelevat melkoisesti. Tämä ei kuitenkaan johdu siitä, että tuomarit olisivat aidosti eri mieltä eri loukkaustekojen suhteellisesta moitittavuudesta. Pikemminkin syynä on, että rahamääräistämistekoon näyttää välttämättä liittyvän merkittävä yksilöllisen vaihtelun mahdollisuus. Kun tuomareilla ei ole lähtötilanteessa – siis ennen neuvottelukunnan suositusten julkaisemista – käytössään kattavasti materiaalia muiden toimijoiden arvioista, neuvottelukunnan keräämässä aineistossa vaihteluvälit ovat todennäköisesti merkittäviä.

Kun kärsimyskorvausta tulee tuomittavaksi sellaisen rikosten perusteella, jollaisia ei joka päivä käräjäoikeuksissa käsitellä, saman käräjäoikeuden tuomioita

¹⁷⁰¹ Sunstein et al. 2002.

¹⁷⁰² Ks. Sunstein et al. 2002.

ei liene riittävästi saatavilla, jotta tuomarit voisivat kalibroida omat arvionsa. Seksuaalirikosten osalta tilanne on vielä ongelmallisempi, koska niitä koskeva oikeudenkäyntimateriaali on lähtökohtaisesti salaista. Tuomarit eivät voi tutustua edes samassa käräjäoikeudessa käsiteltyjen asioiden asiakirjoihin ja saada siten käsitystä tekojen yksityiskohdista. Kahvihuonekeskustelut jäävät ainoaksi mahdollisuudeksi kalibroida omia arvioita. Vaihtelu kerrostuu tilastotieteellisten menetelmien avulla laadittuihin suosituksiin. Tuleekin aiheelliseksi kysyä, miten käyttökelpoisen kuvan tilastotieteelliset menetelmät voivat kärsimyskorvausta soista antaa. Lopputulokset vaikuttavat kuitenkin varsin järkeviltä.

Kuten jo edellisessä luvussa lyhyesti esitin, suositukset heijastavat ideaa ns. joukkoälystä. Kun moni yksilö esittää arvionsa jostakin seikasta, tilastotieteellisille menetelmillä koostettu joukon yhteinen arvio on hyvin usein lähellä totuutta.¹⁷⁰³ Joukkoälyjärjestelyjä – oli kyse sitten perinteisistä anonyymeistä äänestyksistä, arvioiden tilastollisista koostamisista tai esimerkiksi informaatiomarkkinoista¹⁷⁰⁴ – pidetään tätä nykyä käyttökelpoisina vaihtoehtoina tietoiselle ja keskusteluihin ja konsensuksille perustuvalle kollektiiviselle päätöksenteolle.¹⁷⁰⁵ Normatiivisten kysymysten ratkaisemisessa joukkoälyjärjestelyt eivät kuitenkaan ole omimmillaan.¹⁷⁰⁶ Oikeasta oikeudellisesta ratkaisusta ei ole mielekästä päättää veikkaamalla, mikä on oikea vastaus. Joukkoälyn luontaisin käyttöympäristö on sellaisten faktakysymysten ratkaiseminen, joihin on olemassa oikea vastaus. Aidosti moraalisiin tai oikeudellisiin kysymyksiin oikeaa vastausta kun ei ole tai se on muotoiltavissa jo määritelmän mukaan vain ideaaliaudiotoriorissa käytävässä deliberatiivisesti onnistuneessa keskustelussa.¹⁷⁰⁷

¹⁷⁰³ Ks. esim. Surowiecki 2004; Sunstein 2005.

¹⁷⁰⁴ Ks. esim. Sunstein 2005 s. 1022–1044.

¹⁷⁰⁵ Sunstein pitää muutoin hyvin tehokkaiksi osoittautuneiden keskustelevien ryhmien (Sunstein 2005 s. 978–984) ongelmana sitä, että niissä ihmiset eivät välttämättä ilmaise mielipiteitään, kahdesta syystä. Omasta mielipiteestä saatetaan luopua, koska ryhmän toisten jäsenten eri mielipiteet saattavat johtaa siihen, että henkilö pitää omaa käsitystään vääränä ja muuttaa sitä. Toiseksi ryhmän sisäiset sosiaaliset vuorovaikutusprosessit ja esimerkiksi jonkun yksilön tai ryhmän osan painostus voivat johtaa siihen, että henkilö luopuu julkisesti kannattamasta omaa käsitystään. (Sunstein 2005 s. 984–987. Päätöksenteon virheiden syistä ks. Sunstein 2005 s. 990–1007). Jotta näiltä sosiaalisen vuorovaikutuksen ongelmilta voitaisiin välttyä, Sunstein ehdottaa, että joukkoälyjärjestelyä tulisi käyttää laajemmin.

¹⁷⁰⁶ Ks. Sunstein 2005 s. 1044–1045. Sunsteinin kanta on kuitenkin epämääräinen. Artikkelin lopussa (s. 1047–1050) hän toteaa, että artikkelin tarkoituksena ei ollut ehdottaa, että keskustelevista päätöksentekomenetelystä tulisi luopua tai että tilastolliset menetelmät tai informaatiomarkkinat tuottaisivat keskustelua parempia tuloksia. Hän haluaa vain, että päätöksentekomenetelmien reunaehtoihin kiinnitettäisiin tarkempaa huomiota kuin tätä nykyä.

¹⁷⁰⁷ Esimerkiksi korkeimman oikeuden päätöksen lopputuloksen ennustamiseen menetelmät voisivat tietysti olla omiaan. Tässä suhteessa realistiseen traditioon sitoutuvassa lainopissa, jos oikeuden sisällön selvittämisessä ajatellaan olevan kysymys tuomioistuinten päätösten ennustamisesta, joukkoälylle voisi olla käyttöä.

Kovin valaisevia näkökohtia joukkoälyidea ei voi kärsimyskorvaukseen tuoda. Joukkoälyjärjestelyyn turvautuminen kertoo kuitenkin hallituksen esityksessä kuvastuvasta kärsimyskorvauksen arviointiprosessin luonteesta. Kun tuomari arvioi kärsimyskorvauksen määrää, hän ei tee normatiivista ratkaisua tai tekoa. Sen sijaan tuomari vain approksimoi oikean korvauksen määrää eli esittää arviionsa faktaluonteisesta seikasta. Tällainen ajattelutapa ei ole sovitettavissa yhteen edellä kärsimyskorvaukselle hahmottelemani tunnistamis- ja tunnustamisfunktion kanssa. Jos kärsimyskorvauksen tarkoituksena on tunnistaminen ja tunnustaminen, tilanne muuttuu. Kärsimyskorvausratkaisu on kommunikatiivinen, yhteiskunnan moraalista järjestystä uusintava teko.

Minkälaisia vaatimuksia tunnistamisen ja tunnustamisen tavoite asettaisi sille prosessille, jossa suositukset laadittaisiin? Ensin on syytä ottaa kantaa siihen, ovatko suositukset ylipäättään mielekkäät tunnistamiseen ja tunnustamiseen pyrkivässä vahingonkorvausoikeudessa. Vastaukseni kysymykseen on myönteinen. Tunnistamisessa ja tunnustamisessa *toimija*, se joka kommunikoi, on rahaa käyttävä moraalinen ja eettinen *yhteisö*, jota tuomioistuinten tuomarit edustavat ja joihin tämä yhteisö henkilöityy. Vain yhteisö kollektiivina voi tehdä tällaisia moraalisia ja eettisiä ratkaisuja. Koska toimijana on yhteisö, on luonnollista ajatella, että yhteisö puhuu yhdellä äänellä. Tämä puolestaan edellyttää, että kommunikaatio on yksittäisissä tapauksissa yhdensuuntaista. Tuomioiden on oltava yhdenmukaisia. Samanlaisista teoista on tuomittava suoritettavaksi samansuuruinen vahingonkorvaus.

Suosituksset ovat siis välttämättömiä tunnistamista ja tunnustamista korostavassa vahingonkorvausoikeudessa. Kun tämä seikka on havaittu, voidaan siirtyä menettelyllisiin kysymyksiin. Ideaalitulanteessa suositusten laatimista varten koottaisiin jonkinlainen ideaaliauditorio, joka keskustelun jälkeen vahvistaisi suositukset. Länsimaisissa edustuksellisissa demokratioissa normaalit demokraattiset päätöksentekomenettelyt ovat yleensä saaneet ottaa ideaaliauditorion paikan ja tehtävän.¹⁷⁰⁸ Olisi ehkä kuitenkin epärealistista ajatella, että eduskunta voisi vielä ottaa tehtäväkseen suositusten laatimisen kokonaisuudessaan, ainaakaan nyt kun neuvottelukunta on jo perustettu ja se on suosituksensa julkaissut. Joka tapauksessa olisi ollut toivottavaa, että eduskunnassa olisi käyty keskustelu siitä yleisestä tasosta, jolle korvausten tulisi asettua. Riittävää olisi ollut, jos eduskuntalailla olisi säädetty korvauslatitudi, siis lyöty lukkoon ainakin kärsimyskorvauksen enimmäismäärä. Taulukoiden yksityiskohtainen laatiminen näissä puitteissa olisi voitu delegoida neuvottelukunnalle.

Kärsimyskorvaussuosituksset ovat hyvällä mallilla, mutta on selvää, että niissä on kehittämistä. Johtoa neuvottelukunnan toiminnan kehittämiseksi voitaisiin

¹⁷⁰⁸ Ks. esim. Habermas 1996; Tuori 2000.

hakea ulkomailta, esimerkiksi Englannista. Englannissa – tosin rikosoikeuden alalla – toimii tätä nykyä erityinen, varsin laaja-alaiselle edustukselle perustuva *Sentencing Advisory Panel*. Paneelin tarkoituksena on avustaa ja konsultoida toista rangaistuksen mittaamista ohjaavaa toimielintä, *Court of Appealin* yhteydessä toimivaa *Sentencing Guidelines Committee*’ta. Paneelin jäsenenä toimii kaksi rikosoikeuden professoria, tuomareita, sosiaali- ja koulutusalan järjestöissä toimineita henkilöitä sekä rikosseuraamustyön ammattilaisia ja syyttäjä.¹⁷⁰⁹ *Sentencing Advisory Panelin* neuvonannot ovat varsin yksityiskohtaisia ja perusteellisia. Se kuulee ennen neuvonannon julkaisemista laajalti esimerkiksi kansalaisjärjestöjä. Eettiset ja moraaliset näkökohdat ovat hyvin selvästi esillä paneelin huomioissa. Vaikuttaakin siltä, että paneeli joutuu määrittelemään varsin yksityiskohtaisesti, minkälaiseen sosiaaliseen todellisuuteen erilaiset rikokset sijoittuvat. Mikä hienointa, argumentaatio on avointa.¹⁷¹⁰

Esimerkiksi perheväkivaltaa koskevassa neuvonannossa määritellään ensin, mitä perheväkivalta on sekä kartoitetaan oikeudellisen sääntelyn tila ja myös tuomitsemiskäytäntöjä. Tämän jälkeen paneeli siirtyy kartoittamaan niitä tekijöitä, joita tuomitsemiskäytännössä tulisi ottaa huomioon. Jo ensimmäinen paneelin huomioista on merkille pantava. Paneeli toteaa yksiselitteisesti, että perheväkivaltaa tulee arvioida samoin kuin kaikkea muutakin väkivaltaa. Se, että väkivaltaa käytetään perhepiirissä, ei saa olla lieventävä seikka. Tämän yleisen huomion esittämisen jälkeen paneeli selvittää, mitä seikkoja tulisi ottaa huomioon rangaistusta ankaroittavina seikkoina.¹⁷¹¹

Sentencing Advisory Panelin neuvonantojen vahvuus on, että ne eivät ole vain taulukkoja siitä, minkä laatuista rangaistuksia tulisi tuomita, vaan niissä käydään avointa keskustelua siitä, mitkä seikat ja ennen kaikkea miten ne tulisi ottaa huomioon rangaistusta mitattaessa.

Tässä suhteessa *Sentencing Advisory Panelin* neuvonannot poikkeavat tilastotieteellisin menetelmin koostetuista suosituksista. Tilastollisen järjestelyn ongelma on juuri siinä, että keskustelu ohjautuu lopputuloksiin, ei perusteisiin. Tuomioistuinten ratkaisut ovat yksittäistapauksia, joissa käytävä moraalinen ja eettinen keskustelu välittyy ensin rahamääräiseksi ilmaukseksi. Tässä käänöksessä eettis-moraalista informaatiota menetetään. Vasta kun tuomio analysoidaan, kun jutun tosiasiat kaivetaan esille, tuomarin ratkaisua voidaan aidosti ymmärtää. Neuvottelukunnan tuottaman informaation arvo voi olla informaatiossa itsessään, ei suosituksissa. Jos suosituksissa lasketaan tietyt otoksen vaihteluvälit rikosnimikkeittäin, suositukset ovat eettis-moraalisen kommunikaation kannalta

¹⁷⁰⁹ Ks. paneelin kokoonpanosta lähemmin <http://www.sentencing-guidelines.gov.uk/about/sap/members.html> (vierailtu 1.11.2006).

¹⁷¹⁰ Ks. *sentencing guidelineeista* yleisesti Lappi-Seppälä 1987 s. 78–87.

¹⁷¹¹ Ks. <http://www.sentencing-guidelines.gov.uk/docs/advice-domestic-violence.pdf>.

osin hyödyttömiä. Nyt selittävässä osassa ollaan oikeilla jäljillä. Erityisesti korvauskäytännön lyhyet kuvaukset vaikuttavat hyödyllisiltä. Niitä olisi syytä laajentaa. Tunnistamisessa ja tunnustamisessa lopputulokset eivät nimittäin ole erityisen tärkeitä. Sen sijaan se, millä perusteilla lopputuloksiin päädytään, on ratkaisevaa. Vasta perusteluista käy selväksi, mitä ja miten tunnustetaan ja tunnustetaan.

Eettisen ja moraalisen keskusteluun ja sen lopputuloksiin liittyy merkittävä ongelma, joka johtuu rahavälitteisen keskustelun rakenteesta. Kun rahalla eksplikoidaan moraalisia seikkoja, käytössä on vain yksi viestityksen väline: rahamäärä eli vahingonkorvauksena tuomittavien eurojen määrä. Vahingonkorvausjärjestelmän luonteesta johtuu, että tekojen ja loukkausten moraalinen merkitys täytyy skaalata yhdelle jatkumolle, jotta se voitaisiin eksplikoida. Rahamääräinen viestintä pakottaa tietylle polulle. Se tyypistää ja alistaa tekojen moraalisen arvioinnin tietylle koodille. Moitittavuus heijastuu siihen rahamäärään, jota teosta suositetaan suoritettavaksi. Tilanne on pitkälti sama kuin vankeus- ja sakkorangaistuksissa. Rangaistusten tapaan vahingonkorvauksen määrällä pitää välittää moraalinen ja eettinen viesti.

Tilanne on epäonninen. On pitkään ollut tunnettua, että kärsimyskorvauksissa on ollut kaksi skaalaa: yksi ”normaaleille” loukkauksille ja toinen erityistapauksille eli kunnianloukkauksille ja yksityiselämää loukkaavalle tiedon levittämislle. Eräissä yksityiselämän suojaan liittyvissä asioissa, joista yksikään ei tosin ole päätenyt korkeimman oikeuden käsiteltäväksi, korvaukset ovat kohonneet korkeiksi. Sama epäjohtomukaisuus on vaivannut myös tilapäisen haitan ja yksityiselämän suojan välillä. Kivusta ja särystä ja muusta tilapäisestä haitasta on tuomittu suhteellisen vaatimattomia korvauksia verrattuna yksityiselämän loukkauksista maksettuihin korvauksiin.

Asiassa *Karhuvaara and Iltalehti v. Finland*¹⁷¹² Euroopan ihmisoikeustuomioistuin kiinnitti huomiota muun muassa Helsingin hovioikeuden tuomitsemien kärsimyskorvausten suuruuteen. Se totesi, että 175 000 markan korvaukset olivat räikeässä epäsuhdassa siihen loukkaukseen, jonka perusteella ne oli tuomittu, etenkin, kun tuomioistuimen selvityksen mukaan samaan aikaan korkeimmat kivusta särystä tuomitut korvaukset olivat olleet noin 100 000 markkaa. Tuomioistuin päätyikin katsomaan, että ”such severe penalties, viewed against the background of a limited interference with the private life of Mrs A. [...], disclose a striking disproportion between the competing interests of protection of private life and freedom of expression.”

Ruotsissa samaan teemaan kiinnitettiin huomiota skadeståndslaglin muutoksia valmisteltaessa. Ruotsissakin kunnian- ja yksityiselämää loukkaavan tiedon le-

¹⁷¹² Tuomio annettu 16.11.2004.

vittämisestä joukkotiedotusvälineissä maksettaviksi määrättävät korvaukset ovat olleet selkeästi korkeampia kuin tavanomaisesta aineettomasta vahingosta maksettavat korvaukset. Yhtenä syynä tähän on pidetty sinällään hyväksyttävää tavoitetta luoda joukkotiedotusvälineille riittäviä taloudellisia pelotteita, jotta ne pidättäytyisivät loukkaavien tietojen levittämisestä.¹⁷¹³

Tunnustamisen ja tunnistamisen näkökulmasta preventiotavoitteen tällainen korostaminen on kuitenkin ongelmallinen seikka. Jos ja kun kärsimyskorvauksen taustaideana on eettisen ja moraalisen järjestyksen ylläpito ja julkituominen, kaikkia loukkaustyypejä tulisi arvioida samoista lähtökohdista. Loukkaustyyppien loukkaavuuden tulisi olla arvioinnin keskiössä. Tuomioiden preventiiviset vaikutukset tulisi sulkea mahdollisten argumenttien joukosta. Sama koskee sitä ajatusta, että tietyissä tilanteissa korvauksen maksaja on niin hyvissä varoissa, että korvauksen tulee olla erittäin huomattava, jotta sillä olisi minkäänlaista ohjausvaikutusta.

Preventioajattelusta tulisikin joukkotiedotusvälineasioissa luopua, aivan kuten lakivaliokunta esitti¹⁷¹⁴. Jos symbolinen vaikuttaminen otetaan tosissaan, eri tekoja on arvioitava samalta pohjalta. Emme voi tuottaa kahta moraalijärjestystä, jossa raiskaus ja julkisuuden henkilöiden tekemisistä uutisointi ovat kaksi eri asiaa ja asuttavat eri universioneja. Tällaisella linjauksella on tietenkin kääntöpuolensa. Voitaisiin väittää, että yksityiselämän suoja heikkenee, jos vahingonkorvaustuomioiden pelotevaikutus ei tue sitä. Tosiasia on, että rikosoikeudellinen suoja ei ehkä ole riittävän tehokas, siinä määrin lieviä rangaistukset ovat olleet. Ehkä tähän mennessä vähän käytetty rikoshyödyn konfiskaatioseuraamus voisi tuottaa ratkaisun pulmaan.

9 KORVAAKO KÄRSIMYSKORVAUS?

Taloudellisen vahingon siirtämisestä on pitkä matka tunnustamiseen ja tunnustamiseen. Tunnistamisen ja tunnustamisen varaan rakennetulla kärsimyskorvauksella ei ole mitään tekemistä differenssiopin kanssa. Täydestä korvauksesta ei ole mielekästä puhua. Tunnistamisen ja tunnustamisen perusidea on kieltää, että vahingon määrä ja vahingonkorvauksen määrä olisivat jostakin näkökulmasta toistensa ekvivalentteja, että vahinko ja vahingonkorvaus jotenkin vastaisivat kvantitatiivisessa mielessä toisiaan. Herää epäily, voiko kärsimyskorvaus korvata. Voimmeko ylipäättään puhua siitä korvaamisena?

¹⁷¹³ Ks. Prop. 2000/01:68 s. 55.

¹⁷¹⁴ Ks. LaVM 1/2004.

Kysymys on aiheellinen ja sen ulottuvuutta voidaan laajentaa. Sama harhaoppisuusepäily voidaan nimittäin kohdistaa myös haittaan ja sen korvaamiseen. Tällainen kysymys on kuitenkin nähdäkseni väärin asetettu ja epäolennainen.

Kun kärsimyskorvauksen korvausluonne kiistetään, tällaiseen puhetekoon liittyy usein ajatus siitä, että kärsimyskorvausta ei tulisi pitää osana vahingonkorvausoikeutta. Kärsimyskorvauksen systemaattinen asema hahmotetaan hankalaksi tai sitä saatetaan pitää sopimattomana vahingonkorvausoikeudellisena instituutiona. Diagnooseihin liittyy myös usein vaade siitä, että kärsimyskorvauksen soveltamisalaa pitäisi rajoittaa tai kaventaa tai koko korvauslajista pitäisi hankiutua eroon. On kuitenkin huomattava, että kaikkien tällaisten väitteiden pohjalla ja perustana on jonkinlainen sääntelyyn nähden apriorinen käsitys siitä, mitä vahinkojen korvaamisen tulisi olla. Useimmiten puheena olevan apriorisen käsityksen ytimen muodostavat juuri perinnäiset vahingonkorvausoikeuden periaatteet ja käsitteet: idea todellisesta taloudellisesta vahingosta, perinnäiset käsitykset taloudellisesta arvosta, rahasta ja yksityisoikeuden paikasta ja tehtävästä. Jos joku kiistää kärsimyskorvauksen korvauksellisuuden ja siten sen paikan osana vahingonkorvausoikeutta, kiistäjä tekee erittäin mielenkiintoisen poliittisen valinnan. Hän ilmoittautuu (h)aavekuvan maailmankuvallisten lähtökohtien kannattajaksi. Kiistäjä esittää, että vahingonkorvausoikeudellisen vaikuttamisen tulisi rajoittua vain taloudellisiin vahinkoihin, että ihminen on käsitettävä vain taloudelliseksi toimijaksi, joka vain vaihtaa tavaroita. Muut inhimillisen olemassaolon merkitykselliset ulottuvuudet rajautuvat kokonaan oikeuden ulkopuolelle.

Tästä syystä ei olekaan mieltä keskustella siitä, onko kärsimyskorvaus vahingonkorvausta tai korvaako se oikeasti. Kärsimyskorvauksen idea ja perinteisen korvaamisen idea ovat peräisin eri diskursseista. Foucault ehkä väittäisi, että ne ovat eri dispositiivin osia. Korvausdiskurssissa ei voi olla kärsimyskorvausta. Diskurssin logiikka ja säännöt tekevät siitä harhaoppia. Toisaalta siinä vahingonkorvausoikeudessa, jossa maksetaan kärsimyskorvausta, ei korvaamisen hahmo voi perustaa vahinkojen korvaamisen identiteettiä ja mahdollisuutta. Olenkin pulassa. Olen koko tutkimuksen matkan puhunut vahinkojen korvaamisesta ja vahingonkorvauksesta. Silti olen koko ajan kuitenkin pyrkinyt väittämään, että vahinkojen *korvaamisen* hahmo on vain illuusio, että vahinkojen korvaamisessa ei korvata vahinkoja, että *oikeaa ja neutraalia vahingonkorvauksen määrää ei ole* oikeastaan edes siellä, missä sen on kuviteltu olevan.

LOPUKSI

9. LUKU

Haave

1 RAHAN AAVE

Aave kummittelee vahingonkorvausoikeudessa – rahan aave.

Rahalla oli ratkaiseva merkitys (h)aavekuvan peruspiirteiden muotoutumisessa. Tietyt, historialliset rahaa koskevat käsitykset olivat linjassa (h)aavekuvalle ominaisen vahingonkorvausoikeudellisen ajattelutavan kanssa ja vastaavasti vahingonkorvausoikeus oli läheisessä yhteydessä tämän saman rahakäsityksen kanssa. Vahingonkorvausoikeudellinen seuraamusjärjestelmä rakennettiin 1800- ja 1900-luvun vaihteessa siten, että se soveltui tälle spesifille rahakäsitykselle perustuvaan, rahavälitteiseen vahinkojen korvaamiseen. Säännöt optimoitiin vastaamaan sitä, mitä raha on, sitä mitä rahalla voidaan tehdä.

Vahinkojen korvaaminen on rakennettu rahan suunnasta. Raha, sille hahmotetut ominaisuudet, lyhyesti sanottuna rahan olemus, on muokannut vahingonkorvausoikeudellisia sääntöjä, määrittänyt vahingonkorvausoikeuden normatiivisia mahdollisuuksia. Raha saakin kokonaan uuden merkityksen. Rahalla on merkitystä.

Se, että (h)aavekuvan taustalla vaikuttaa erityinen käsitys rahasta, pakottaa kysymään, mikä tuo rahakäsitys on. Käsityksen peruspiirteet vastaavat pitkälti (h)aavekuvan peruspiirteitä. (H)aavekuvan rahakäsitystä voitaneenkin kuvata kolmella teesillä:

- 1) raha on taloudellinen eli taloudelliselle toiminnalle ominaisia merkityksiä artikuloiva ja välittävä instrumentti;
- 2) rahalla voidaan toimia vain (taloudellisen) arvon suhteen ja taloudellisen arvon konstituimassa viitekehyksessä; ja
- 3) rahalla ei voida ilmaista moraalisia tai eettisiä arvostelmia.

Pyrin seuraavassa tarkastelemaan näitä teesejä lähemmin pohtimalla, minkälaiseksi (h)aavekuvan kehittäjät rahan hahmottivat.

Lähtökohtanani pidän Viviana A. Zelizerin hahmotelmaa vallitsevan utilitaristisen, markkinarahan taustalla vaikuttavista oletuksista:

”the prevailing interpretation of money shaped an absolute model of market money, based on the following five assumptions:

The functions and characteristics of money are defined strictly in economic terms. As an entirely homogenous, infinitively divisible, liquid object, lacking in quality, money is a matchless tool for market exchange. Even when the symbolic meaning of money is recognized, it either remains restricted to the economic sphere or it treated as a largely inconsequential feature.

All monies are the same in modern society. What Simmel called "a qualitatively communistic character" denies any distinction between types of money. Only differences in quantity are possible. Thus, there is only one kind of money-market money.

A sharp dichotomy is established between money and nonpecuniary values. Money in modern society is defined as essentially profane and utilitarian in contrast to noninstrumental values. Money is qualitatively neutral; personal, social, and sacred values are qualitatively distinct, unexchangeable, and indivisible.

Monetary concerns are seen as constantly enlarging, quantifying, and often corrupting all areas of life. As an abstract medium of exchange, money has not only the freedom but also the power to draw an increasing number of goods and services into the web of the market. Money is thus the vehicle for an inevitable commodification of society.

There is no question about the power of money to transform nonpecuniary values, whereas the reciprocal transformation of money by values or social relations is seldom conceptualized or else explicitly rejected."¹⁷¹⁵

Zelizerin mukaan vallitsevalle käsitykselle on ominaista, että rahan funktiot ja ominaisuudet määritellään lähes yksinomaan talouden kielellä. Raha on täysin homogeeninen, loputtomiin jaettava, likvidi objekti. Sillä ei ole muita ominaisuuksia kuin sen määrä. Juuri tästä "puhtaasta" luonteestaan johtuen se on markkinoilla tapahtuvan kommunikaation täydellinen väline. Toisaalta on huomattava, että Zelizerin esittämän kannan mukaan rahan on aina ajateltu olevan yksi koherentti ilmiö, jolla on yksi muuttumaton olemus, sijoittuu se sitten mihin sosiaaliseen kontekstiin tahansa.

Tässä mielessä raha ylittää kaikki sosiaaliset rajat. Se pysyy samana kaikissa sosiaalisissa tilanteissa ja viitekehyksissä. Tätä singulariteettia ylläpitää monimutkainen teoreettinen koneisto, joka pitää rahan ja ei-taloudelliset arvot ja arvostukset erillään toisistaan. Raha pyritään pitämään puhtaana, maallisena, eimoraalisena, laadullisesti neutraalina, taloudellisen piirissä, erotettuna muista elämänalueista. Tämä tarkoittaa sitä, että vallitsevalle ortodoksialle ei ole olemassa muita rahoja kuin markkinaraha. Vaikka rahalla olisikin symbolisia käyttöjä, nämä käytöt sivuutetaan ja niitä pidetään toissijaisina markkinakäyttöön verrattuna. Raha on myös jatkuva huolen aihe. Kun rahaa käytetään muilla elä-

¹⁷¹⁵ Zelizer 1997 s. 11.

mänaalueilla kuin talouden piirissä, sen ajatellaan korruptoivan, turmelevan ja kommodifioivan ei-taloudellisen elämänaalueen.¹⁷¹⁶

Vastaako Zelizerin kuvaus utilitaristisesta rahakäsityksestä (h)aavekuvan taustalle hahmottuvaa rahakäsitystä? Nähdäkseni näin on. Suoranaista vahvistusta tälle väitteelle ei tietenkään voida löytää. Kirjallisuudessa ei ole pohdittu vahingonkorvauksen tekniikkojen ja rahan välistä suhdetta. Lähimmäs asian suoranaista käsittelyä päästään 1800-luvun saksalaisessa kirjallisuudessa, jossa kiistakysymys vahinkojen korvaamisen peruspiirteistä oli avoin ja lähtökohtien oikeuttamiseen jouduttiin vielä kiinnittämään huomiota. Huomiota herättävässä katkelmassa Savigny kirjoitti rahan ja varallisuuden suhteesta seuraavaa:

”Der Begriff des Geldes ist anzuknüpfen an den schon anderwärts von mir entwickelten Begriff des Vermögens, als der privatrechtlichen Macht oder Herrschaft der einzelnen Person über der äußeren Welt (Eigenthum und dessen Modificationen; Recht auf fremde Handlungen). Diese Macht erscheint zunächst als ein Mannichfaltiges, ein Verschiedenartiges; sie lässt sich aber auch auffassen als ein Gleichartiges, und als reine Quantität, die dann den abstrakten Begriff des Vermögens überhaupt darstellt. Diese künstliche Behandlung des Vermögens wird begründet und bewirkt durch das Geld, als allgemeinen Werthmesser, welches dabei in einer doppelten Funktion erscheint.”¹⁷¹⁷

Sivua myöhemmin Savigny jatkaa:

”Das Geld also gewährt seinem Eigenthümer eine allgemeine, auf alle Gegenstände des freien privatrechtlichen Verkehrs anwendbare, Vermögensmacht, und es erscheint in seiner zweiten Function als selbstständiger Träger dieser Macht, allen Besonderen Bestandtheilen des Vermögens zur Seite stehend, und mit denselben gleich berechtigt und gleich wirksam. Diese dem Gelde einwohnende Vermögensmacht hat daher auch das Eigenthümliche, daß sie von individuellen Fähigkeiten und Bedürfnissen unabhängig ist, also für Jeden und unter allen Umständen, gleiche Brauchbarkeit hat.”

Savigny ajatteli, että rahalla oli *kaksi funktiota*. Yhtäältä se oli vaihdon *taloudellisen arvon* eli *varallisuusarvon* mitta ja toisaalta varallisuusarvoa – abstraktia, kaikista partikulariteeteista vapaata *valtaa* ulkoisen maailman suhteen – itsessään. Raha oli *arvon mitta* ja *vaihdon väline*.¹⁷¹⁸ Vaihdon välineenä se oli abstraktia valtaa. Sillä voitiin hankkia mikä tahansa hyödyke ja siihen voitiin vaihtaa

¹⁷¹⁶ Zelizer 1997 s. 11–12.

¹⁷¹⁷ Savigny 1851 s. 404–405.

¹⁷¹⁸ Ks. esim. Virtanen 2007 s. 99–100. Ks. laajemmin Foucault 2002b s. 175–176.

mikä tahansa hyödyke. 1800-luvun saksalainen kirjallisuus on täynnään vastavia määritelmiä.¹⁷¹⁹

Yhteydet rahakäsityksen ja vahingonkorvausoikeuden välillä ovat ilmeiset. Rahan käyttäminen ja vahinkojen korvaaminen ovat taloudellisella arvolla ope- roimista. Raha on taloudellisen arvon mitta, jolla vahingon taloudellinen arvo mitataan. Viimeinen, kaikki tai ei mitään -periaatteen kautta hahmottunut vahin- kien korvaamisen ominaisuus, moraalinen neutraalisuus, jää selitystä vaille. Tietysti sama ilmiö olisi helppo selittää sillä seikalla, että vahingonkorvausoikeu- den hyväksyttäväksi tavoitteeksi hahmottuu juuri taloudellisen arvon siirtäminen, koska taloudellisen arvon määrä saatettiin mitata ja se olisi tosi. Samaan johto- päätökseen voidaan päätyä myös toisesta suunnasta. Moraalinen vaikuttamisen kielto syntyy siviilioikeuden sääntelylogiikan suunnasta, mutta myös talouden rajojen näkökulmasta. Talouden ulkopuolella on ihmisten henkinen elämä, näi- den tunteet, *yksilölliset* ja *intiimit* kokemukset. Nämä seikat eivät ole talouden piirissä. Mikä tärkeintä, ne tulee myös pitää talouden ja rahan ulkopuolella.

2 HAAVE VAHINKOJEN KORVAAMISESTA

Esitin tutkimuksen toisessa osassa, että vahinkojen korvaamista voidaan hah- mottaa neljän kompleksin läpi. Kussakin kompleksissa vahinkoja käsitteelliste- tään eri tavoin, niitä korvataan erilaisilla tekniikoilla ja lopulta myös vahinkojen korvaamisen tavoitteet ovat toisistaan poikkeavia. Mitä tämä merkitsee vahinko- jen korvaamisen kannalta? Ajattelen, että sen myötä syntyy eräänlainen haave- kuva, idea siitä, mitä vahinkojen korvaaminen voisi tulevaisuudessa olla.

Haavekuvan tärkein ominaisuus on sen *moniäänisyys*: vahinkojen korvaami- sessa voivat rinnakkain vaikuttaa lukuisat mahdolliset käsitteellistykset, korvaa- misen tekniikat ja tavoitteet.¹⁷²⁰ Modernille ja (h)aavekuvalle ominaista yksioi- koisuutta ja yksiselitteisyyttä ei enää ole. Tämä ei ole nähdäkseni heikkous, pi- kemminkin se mahdollistaa joustavan suhtautumisen erilaisiin tilanteisiin ja niissä ilmaantuviin sosiaalisiin vaatimuksiin.

Haavekuvassa on neljä päämallia, joilla kaikilla on omat edellytyksensä ja luontaisimmat käyttöympäristönsä mutta myös katvealueensa, joista välttämättä

¹⁷¹⁹ Ks. esim. Keller 1867 s. 113–114; Hartmann 1868 s. 9–12; Hahn 1869-1875 s. 266–267; Bek- ker 1886 s. 314–318; Wendt 1888 s. 78–70; Goldschmidt 1892 s. 154–155; Unger 1892 s. 372–374; Regelsberger 1893 s. 396–397; Endemann 1899 s. 518–520; Heilfron 1904 s. 394–395; Gierke 1905 s. 88; Dernburg 1909 s. 38.

¹⁷²⁰ Ks. vastaavasta havainnoista sopimusvahingonkorvauksen erityistapauksessa esim. Kreitner 2005 s. 34–35.

millään päämallilla ei voida saada otetta. On syytä pitää mielessä, että kaikki neljä mallia perustuvat radikaalisti erilaisille lähtökohdille. Suurta taustakertomusta ei ole: ei kertomusta taloudesta, ei yleismatematiikkaa, ei lukittuja lähtökohtia. Malleilla ei ole muuta yhteistä toistensa kanssa kuin se, että niitä käytetään vahingonkorvauksen laskemisessa eli nimi ja sen myötä osallisuus eräässä oikeudellisessa oppirakennelmassa – puheen dispositiivissa, kuten Foucault voisi sanoa.

Haluan korostaa vahingolle muodon antavien mallien *ontologista ulottuvuutta*. Mallien taustalla vaikuttavat ja niiden mahdollisuuden avaavat *ontologiat* eli käsitykset maailmasta ovat tyystin toisistaan poikkeavia. Yhdessä mallissa liikutaan esineiden ja kehojen hyvin konkreettisesti ja käsin kosketeltavassa maailmassa. Toisessa maailma hahmottuu monimutkaisten liiketaloudellisten laskentamenetelmien avulla, tietokonesimulaatioissa, kustannuslaskelmissa, laskenta-toimen ammattilaisten mielikuvituksessa. Kolmas perustuu vakuutukselliselle järjestelylle, neljäs – toivon mukaan – aidoille moraalisisille neuvotteluille ja keskusteluille. Vahingonkorvauksen määrän laskemiselle ei ole olemassa yhtä yhteistä viitekehystä. Tämä tarkoittaa myös, että vahingolla ei ole yhtä ontologiaa. Niitä on monta. Ja ne ovat aidosti erilaisia ontologioita, kokonaisia maailmanseilyksiä ja -kuvia, joita ei voi eikä saa typistää johonkin taustalla vaikuttavaan metamalliin.

Tärkeitä seikkoja on kolme. Ensiksi, kaikki neljä mallia ovat olemassa vahingonkorvausoikeudessa rinnakkain, toistensa kanssa *limittäin*. Ne eivät lopulta muodosta minkäänlaista hierarkiaa, jossa voitaisiin kulloistakin vahinkotilannetta tarkastelematta etukäteen määrittää, mikä malleista olisi ensisijainen. Emme voi ennalta lukita jokaisessa tilanteessa ensisijaiseksi korvaamisen tavoitteeksi vahingotapahtumaa edeltäneen fyysisten kappaleiden tilan palauttamista. Useimmissa tapauksissa näin varmasti on, mutta joskus on syytä päätyä toisenlaiseen lähtökohtaan. *Tilanne* määrää, miten vahinko käsitteellistetään. Sen perusteella on päätettävä, minkälainen tekniikka valitaan ja mikä on korvaamisen tavoite.

Toiseksi neljä malliani eivät missään nimessä muodosta tyhjentävää luetteloa. Päämallien lisäksi vahingonkorvausoikeudessa on muitakin menetelmiä, joiden ominaispiirteitä en ole pystynyt neljän päämallin tavoin kuvaamaan yksityiskohtaisesti. Mallien yksityiskohtia ei ole edes mieltä yrittää lukita loppuun asti, sillä kukin korvaustilanne edellyttää tapauskohtaista harkintaa. Mikä tärkeintä, vahingonkorvauksen määrän laskentamenetelmiä on jokaisessa yksittäistapauksessa aina koeteltava, testattava ja arvioitava kriittisesti. Jokaisella menetelmällä on vahvuutensa ja heikkoutensa. Ne ovat paikallisia, fragmentaarisia ja hauraita. Vahinkojen laskemisessa ei ole *yleisiä* oppeja – etenkin siinä mielessä, että vahingon korvaamisen sääntöjä voisi lähestyä jonkin yleisen, koherentin kokonaiskäsitteityksen avulla, josta voitaisiin tehdä sittemmin poikkeuksia. Oikeus – siinä kuin vahingonkorvausoikeuskin – on ristiriitaista ja monimutkaista, täynnään

yhteen sovittamattomia lähtökohtia, sääntelystrategioita, käsitteellistyskiä ja ontologioita.¹⁷²¹ Vahinkojen laskemisen – ja ehkä oikeudenkin – teoreettinen tausta olisikin ehkä parempi käsitteellistää huokoisen, hauraan, jatkuvasti rekombinoituvan rihmaston avulla. *Rihmastossa* olennaista eivät ole hierarkkiset suhteet vaan yhteydet eri osien välillä, kaiken yhteys kaikkeen.¹⁷²² Kulloinkin sovellettavaa lähestymistapaa etsittäessä eri päämallien ominaisuuksia voidaan yhdistellä, jotta sopiva, kulloiseenkin tilanteeseen soveltuva ja kulloisenkin tilanteen edellyttämää vahinkojen korvaamisen tavoiteasetelmaa tukeva tapa laskea vahingonkorvauksen määrä voidaan muotoilla.

Esimerkiksi kun käyttöhyödyn menetyksen määrää lasketaan, mikään malleista ei tuota toimivaa vastausta, vaan tarvitaan jokin muu lähestymistapa. Vaikka symbolisia painotuksia sisältäneellä mallilla, jota esitin käytettäväksi, on tiettyä yhtäläisyyttä niin ikään symbolisiksi hahmotuvien tilapäisen haitan ja kärsimyksen korvaamisen kanssa, symbolisuus on nyt toisenlaista. Se rakentuu eri suunnasta. Tilapäisen haitan ja käyttöhyödyn menetyksen ontologia on toinen kuin käyttöhyödyn korvaamisessa. Niillä ei ole juurikaan tekemistä toistensa kanssa. Siksi kumpaakaan symbolisia painotuksia sisältävistä päämalleista ei voi suoraan siirtää ratkaisuksi käyttöhyödyn menetyksen ongelmaan.

Kolmas ontologiaulottuvuuteen liittyvä tärkeä seikka on, että haavekuvassa on täysin ilmiselvää, että kaikkiin oikeudellisiin ratkaisuihin – oli kyse sitten tutkijan tulkintasuosituksesta, asianajajan oikeutta koskevasta väitteestä tai tuomarin päätöksestä – liittyy aina todellisuuteen suuntautuva ulottuvuus. Oikeus muokkaa ja määrittelee todellisuutta.

Tästä syystä puhun ns. oikeuden *ontologiapolitiikasta*. Käsite, jossa *ontologia*-sana esiintyy tavanomaisesta poikkeavassa merkityksessä, on peräisin Anne-marie Moliilta.¹⁷²³ Hän viittaa sillä laajempaan todellisuuden muotoutumista koskevaan ajattelutapaan, joka on ominainen ns. toimijaverkkoteorian (*actor-network theory*) nimellä kulkevalle tutkimussuuntaukselle. Erään määritelmän mukaan ANT:n piirissä ajatellaan, että

¹⁷²¹ Pierre Schlagin tapa hahmottaa oikeusjärjestelmää artikkelissa *The Aesthetics of American Law* (Schlag 2002) on eräs viime aikojen mielenkiintoisimmista. Schlag esittää, että oikeusjärjestelmässä on sisäänrakennettuna lukuisia keskenään ristiriitaisia *estetiikkoja*, jotka samalla tuovat mukanaan kiteytyneitä poliittisia valintoja. Estetiikan sijasta Schlag olisi voinut yhtä hyvin puhua erilaisista oikeuskäsityksistä. Schlagin ajattelutavan soveltamisesta vahingonkorvausoikeuteen ks. Blomquist 2005.

¹⁷²² Rihmasto-ideasta (*rhizome*) ks. esim. Deleuze – Guattari 2000 s. 3–22.

¹⁷²³ Saman kielenkäytöllisen ratkaisun ovat omaksuneet myös John Law ja John Urry mielenkiintoisessa yhteiskuntatieteellisen tutkimuksen metodien ja todellisuuden välistä suhdetta tarkastelevassa artikkelissaan Law – Urry 2004 erityisesti s. 399.

”everything in the social and natural worlds [could be treated] as a continuously generated effect of the webs of relations within which they are located. [...]Nothing has reality or form outside the enactment of those relations.”¹⁷²⁴

Molin mukaan jokainen käsitteen tai ilmiön määrittely-yritys tuottaa aidosti ympärilleen kokonaisen todellisuuden, tarkasteltavasta asiasta riippuen joko pienen mikro- tai vaihtoehtoisesti gigantisen *ontologian*. Keskenään rinnakkaiset määritelmät puolestaan eivät ole saman ilmiön erilaisia kuvauksia, vaan – aidosti – saman tai hieman toisen ilmiön erilaisia versioita. Poliitiikka on tässä prosessissa aina välttämättä läsnä. Kun jokin määrittelyvaihtoehdoista valitaan johonkin käyttöön, tehdään todellisuutta koskeva valinta, joka on aina välttämättä ainakin osaksi poliittinen. Valinnassa ei ole pelissä enempää eikä vähempää kuin se, millaiseksi todellisuus muodostuu.¹⁷²⁵

Molin todellisuutta koskeva ajattelutapa on oikeuden kannalta erittäin mielenkiintoinen. Jos ajattelemme, että oikeudelliset ilmiöiden käsitteellistystavat eivät vain kuvasta tai epätäydellisesti jäljittele jotakin olemassa olevaa yhteiskunnallista todellisuutta, oikeus muuttaa muotoaan.¹⁷²⁶ Käyttäytymisen sääntelemisen lisäksi oikeus saa uuden funktion. Se luo ja määrittelee, mitä todellisuus on, osallistuu omalla panoksellaan siihen eittämättä kaoottiseen prosessiin, jonka tuloksena syntyy maailma, jossa elämme. Kun oikeudellisissa käytännöissä todetaan, että esimerkiksi kipu ja särky ovat jotakin ja taloudellinen arvo jotakin muuta, nämä määritelmät on otettava tosissaan. Ne ovat puheenvuoroja siitä, mitä on olemassa ja mitä olemassa oleva on.

Taloudellisen arvon käsite on hyvä esimerkki oikeudellisten käytäntöjen todellisuutta luovasta – tai tässä tapauksessa ylläpitävästä – vaikutuksesta. Klassinen poliittinen taloustiede tekee objektiivisen taloudellisen arvon idean mielekkääksi. Koko käsitteestä ei ole mieltä puhua ilman juuri klassiselle poliittiselle taloustieteelle ominaisten markkina-, hinta- ja rahakäsitysten verkostoa. Ongelma on siinä, että marginalistinen vallankumous tuhosi klassisen poliittisen taloustieteen arvoteoriat. Marginalistien hahmottama todellisuus ei vastannut teorioita ja vanhat arvoteoriat hylättiin – taloustieteen piirissä. Marginalistit siirsivät taloustieteellisen todellisuuden uuteen aikaan, rekonfiguroivat miellekuvien verkoston siten, että objektiivisen taloudellisen arvon tila poistui. Sitä ylläpitävää teoreettisten käsitysten verkostoa ei enää ollut, eikä käsite tuottanut mielekästä vastausta mihinkään taloustieteelliseen ongelmaan.

¹⁷²⁴ Law 2003 s. 1.

¹⁷²⁵ Mol 1999 s. 79.

¹⁷²⁶ Tavallisesti näin ei ehkä ajatella. Ks. käsitteiden ja oikeuden välisestä suhteesta esim. Helin 1998; Tuori 2004 s. 1216.

Vahingonkorvausoikeuden 1900-luvun alkuvuosikymmenien historia on elävä osoitus oikeuden härkäpäisyydestä, sen kyvystä ja voimasta ylläpitää todellisuutta, joka on jo muuttunut. Kukaan ei ilman oikeutta muistaisi poliittisen taloustieteen arvoteorian hullutusta muuna kuin yhtenä historiallisena kuriositeettina. Oikeus on kuitenkin lukittamalla tuon käsitteen osaksi todellisuuttaan pitänyt ideaa hengissä. Objektiivinen taloudellinen arvo on edelleen olemassa. Tuomioistuimissa sen etsimiseen kulutetaan varmasti melkoinen kasa euroja vuosittain.

Miksi korostan oikeuden ontologiapoliittista ulottuvuutta? Mitä poliittista on siinä, puhummeko taloudellisen arvon sijasta laskentainformaatiosta? Ei mitään ja kaikki. KytKentä ei ole ehkä tässä esimerkissä ilmiselvimmillään. Valinta taloudellisen arvon ja laskentainformaation välillä on tehty muualla. Laskentainformaatiolla on toimiva mielikuvaverkosto takanaan. Sitä ylläpidetään oikeuden ulkopuolella. Se on olemassa sielläkin. Se selviää sellaisista tehtävistä, joihin taloudellinen arvo – oikeuden ulkopuolella olematon entiteetti – ei pysty.¹⁷²⁷

Otetaan tarkastelun kohteeksi taloudellista arvoa ilmiselvästi poliittisempi vaihtoehto. Ajatellaan kärsimystä. Kärsimyksessä tiivistyvät ihmisyyden perimmäiset kysymykset, siitä voimme kaikki olla yhtä mieltä. Mitä ihmiselle tapahtuu, kun hänen ihmisarvoaan loukataan? Miten meidän pitäisi *muokata* ihmisarvon loukkauksen ideaa siten, että siitä saataisiin rahan avulla ote? Entä miten halumme käsittää sen, mitä rahalla tehdään, kun kärsimystä korvataan? Kaikki ovat avoimen poliittisia kysymyksiä, joissa lopulta kuvastuvat perustavimmat arvomme – tai pikemminkin käsityksemme siitä, mitä haluamme ihmisyyden, ihmisarvon ja rahan olevan, mitä haluamme noilla asioilla tarkoittaa. Paljon riippuu siitä, minkälaiset verkostot noiden käsitteiden taakse kerätään, mihin päätökset siirretään ja millä niitä perustellaan.

Kyse ei ole vain käsitemäärittelyistä. Kiperissä tapauksissa, niissä kohdin kun osutaan systematiikan saumoihin tai jokin yllättävä argumentti tuodaan peliin, ongelmat juontuvat usein siitä, että emme tiedä, minkä oikeudellisen sääntökoelman ympärilleen luomaan todellisuuteen sijoittaisimme tapauksen. Jos Saksassa maahanmuuttaja haluaa asentaa vuokraamansa asunnon parvekkeelle lautasantennin voidakseen seurata kotimaansa tapahtumia, mutta vuokranantaja kieltää sen vedoten oikeuteensa päättää, mitä muutostöitä hänen omistamaansa asuntoon saa tehdä, syntyy ongelma. Oikeusjärjestys antaa ratkaisjille kaksi ristiriitaista säännöstöä: Onko satelliittiantennin seinään kiinnittämisessä kysymys sanan- ja mielipiteenvapausperusoikeuden vai omistusoikeuden käyttämisestä? Ratkaisussa ei ole välttämättä kysymys yksilöiden (perus)oikeuksien välisestä punninnasta, vaan brutaalista poliittisesta valinnasta, joka ei kohdistu sääntöihin

¹⁷²⁷ Ks. esim. Mol 1999 s. 86.

vaan yhteiskuntaan. Haluammeko (tai haluavatko saksalaiset) elää sellaisessa yhteiskunnassa, jossa maahanmuuttaja voi seurata kotimaansa tapahtumia? Vai haluammeko (tai haluavatko saksalaiset), että vuokranantaja saa päättää seinänsä kohtalosta, vaikka vuokralaisella olisi jokin hyvä syy porata siihen reikiä?

3 ... JA RAHOISTA

Bruno Latour varoitti tekniikkojen käyttämisestä:

”If you want to keep your intentions straight, your plans inflexible, your programmes of action rigid, then do not pass through any form of technological life. The detour will translate, will betray, your most imperious desires.”¹⁷²⁸

Raha on väitöskirjassani juuri tekninen väline Latourin tarkoittamassa mielessä. Se mahdollistaa tavoitteeseen pyrkimisen, tarjoaa reitin alkutilasta lopputilaan, joka on kirkkaana mielessäni. Mutta kuten sekä Timo Airaksinen että Latour varoittavat, tekninen väline pettää aina käyttäjänsä toiveet. Se muokkaa tavoitetta, ei viedäkään sinne minne piti, vaan luotettavasti ja varmasti jonnekin muualla. Olen paradoksin jäljillä. Jos raha on tekninen väline, miten voin kirkkain silmin väittää, että voisin päästä sinne, minne haluan? Eikö raha aina ohjaakaan kiertoille? Onko raha jotenkin erilainen väline kuin muut tekniset välineet?

Kaikki vastaväitteet ovat täysin tosia. Uskon Latouria ja Airaksista. Tekniikat ohjaavat aina kiertoteille, mutta kun tekniikkaa muokkaa, saattaa päätyä eri paikkaan kuin jos mitään ei olisi tehty. Tämä on olennaista nytkin. Jos raha on erilainen kuin oletettiin, vahinkojen korvaamisen tekniikkoja tulee muuttaa.

Esimerkiksi otan vasaran. Sen perusidea on yksinkertainen. Se on tekninen väline, joka mahdollistaa ihmisen rajallisen lihasvoiman kohdistamisen yhteen paikkaan. Se vieläpä vahventaa jollakin maagisella tavalla voimaa. Se muuttaa siihen hitaasti kerättävän potentiaalienergian ja liike-energian raa’aksi voimaksi, jolla voi tehdä erilaisia asioita. Kaikki vasarat eivät kuitenkaan sovi kaikkiin vasaroille kuviteltavissa oleviin käyttötarkoituksiin. Isolla vasaralla on vaikea lyödä kuparinauloja jalkalistoihin. Voimaa ei pysty kohdistamaan ja sitä on liikaa. Naulat vääntyilevät, parketti naarmuuntuu. Kuuden tuuman naulat eivät taas tottele pientä vasaraa, jolla pieniä kuparinauloja naputtelisi ilokseen. Lekatkin ovat eräänlaisia vasaroita, monen tonnin pajavasaroista puhumattakaan. Voi vaikuttaa siltä, että käytettävä tekniikka on kaikissa vasaroissa sama. Mekanismit voivat olla periaatteessa identtisiä, mutta silti vasarat vaihtelevat siinä kuin käy-

¹⁷²⁸ Latour 2002 s. 252.

tötkin. Vaikka vasarat ovat toistensa kanssa erilaisia, voimme tunnistaa niiden yhteiset piirteet ja kuvata niitä kaikkia vasaroiksi.

Esimerkki laajenee tässä yhteydessä käyttökelpoiseksi rahan hahmottamisessa, kahdessakin suunnassa. Ensinnäkin, vasaran määritelmä kerätään vasaroiden käytöistä. Määritelmään valitaan jokin käyttötapoja määrittävä olennainen seikka, kuvaus vasaran oikeasta olemuksesta. Jos kokoaisimme pajavasaran havaittujen erikoispiirteiden perusteella käsityksemme vasaroista ja niiden olemuksesta, lopputulos olisi varmasti toinen kuin jos sama operaatio rakennettaisiin kultasepän pienempien vasaran varaan. Sama koskee rahakäsitystä. Rahakäsityksemme rakentuu rahaan kiinnittyvien käytäntöjen, rahan käyttötapojen perusteella. Kun määrittelemme rahaa, valitsemme käytännön, jonka perusteella muotoamme käsityksen siitä, mitä raha on.¹⁷²⁹ Jos rahan luontevimmalta – ja tärkeimmältä (tai ideologisesti tai hallinnan mentaliteetin kannalta sopivimmalta) – käytöltä näyttää tavaravaihto, rahasta tulee tavaravaihdon väline, arvon mittari ja sen säilyttäjä.

Toinen suunta on ehkä vaikeammin ymmärrettävissä. On luontevaa ajatella, että vasaroita on monenlaisia, vaikka onkin olemassa yksi sellainen idea, jolla periaatteessa kaikki vasarat voidaan tunnistaa vasaroiksi. Jos vasarat ovat ja voivat olla toistensa kanssa yhtä aikaa jossakin suhteessa erilaisia ja samanlaisia, miksi raha – samanlainen tekninen väline – ei voisi olla yhtä aikaa jollakin – ehkä pienimmän yhteisen nimittäjän tasolla – samanlainen, mutta myös aidosti eri käytöissä ja eri ympäristössä myös monikollinen? Miksi emme voisi etsiä vasaroiden tapaan rahalle tai oikeammin rahoille useita vaihtoehtoisia määritelmiä rahan tosiasiallisten käyttötapojen kirjosta. Väitteeni on, että kaikki käytöjen perusteella koottavat yksittäiset rahakäsitykset voivat olla legitimejä rahakäsityksiä, tarinoita yhdestä monista rahoista. Rahakäsityksillä voi olla joitakin yhtenäisiä piirteitä, mutta kuten pajavasaran ja kultasepän vasarankin tapauksessa, emme voi kertoa, mikä on aito tai oikea – saati ainoa ja luonnollinen – rahakäsitys.

Viviana Zelizer onkin oikeassa. Rahoja on monenlaisia, niitä erotellaan ja pidetään erillään toisistaan. Zelizer kuvaa tilannetta edellä lainaamaani markkina-rahatyypologian kanssa vastakkaisella viisikohtaisella listalla:

”Despite its transferability, people make every effort to embed money in particular times, places, and social relations. Thus I propose an alternative, dif-

¹⁷²⁹ Tästä syystä olen tutkimuksessa käsitellyt rahankäyttötapa- ja rahakäsitys-termejä synonyymisinä. Ajattelen, että rahakäsitys – käsitys siitä, mitä raha on – rakennetaan rahankäyttötapojen pohjalta. Ilman rahaan liittyviä käytäntöjä ei voi olla rahaa eikä myöskään käsitystä siitä, mitä raha on. Huomionarvoista on, että tavallisesti rahakäsitys on saanut muotonsa, kun on valittu *yksi* käytötapa ja selitetty, että juuri tuo valittu käyttötapa on rahan ainoa oikea käyttö.

ferentiated model of model as shaped and reshaped by particular networks of social relations and varying systems of meanings:

- 1) While money does serve as a key rational tool of the modern economic market, it also exists outside the sphere of the market and is profoundly influenced by cultural and social structures.
- 2) There is no single, uniform, generalized money, but multiple monies: people earmark different currencies for perhaps all types of social interactions, much as they create distinctive languages for different social contexts. And people will in fact respond with anger, shock, or ridicule to the 'misuse' of monies for the wrong circumstances or social relations [...]. Money used for rational instrumental exchanges is not 'free' from social constraints but is another type of socially created currency, subject to particular networks of social relations and its own set of values and norms.
- 3) The classic economic inventory of money's functions and attributes, based on the assumption of a single general-purpose type of money, is unsuitably narrow. By focusing exclusively on money as a market phenomenon, it fails to capture the very complex range characteristics of money as a social medium. A different, more inclusive coding is necessary, for certain monies can be divisible (or divisible but not in mathematically predictable portions), nonfungible, nonportable, deeply subjective and therefore qualitatively heterogeneous.
- 4) The assumed dichotomy between utilitarian money and nonpecuniary values is false, for money under certain circumstances may be as singular and unexchangeable as the most personal and unique object.
- 5) Given these assumptions, the alleged freedom and unchecked power of money become improbable. Cultural and social structures set inevitable limits to the monetization process by introducing profound controls and restriction on the flow and liquidity of monies."¹⁷³⁰

Zelizerin ajatukset ovat tietysti kiistanalaisia. Tämä saattaa johtua siitä, että rahan filosofia ja sosiologia ovat tutkimuskohteina "alikehittyneitä", kuten Geofrey Ingham asian ilmaisee.¹⁷³¹ Sosiologia ja filosofia ovat jättäneet rahan ekonomistien vastuulle.¹⁷³² Tästä on seurannut, että raha on sosiologisessa ja filosofisessa tutkimuksessa otettu pitkälti annettuna.¹⁷³³ Perinteisiä Karl Marxiin, Georg Simmeliin, Max Weberiin ja Talcott Parsonsiin¹⁷³⁴ kiinnittyviä käsityksiä ei ole

¹⁷³⁰ Zelizer 1997 s. 18–19.

¹⁷³¹ Ks. esim. Ingham 1999 s. 3–4.

¹⁷³² Oikeustieteessä tilanne on todennäköisesti vielä yhteiskuntatieteitäkin huonompi. Rahan luonnetta pohtivaa oikeustieteellistä tutkimusta ei viime vuosilta yksinkertaisesti ole. Muutama poikkeus on, joista ensimmäisenä on mainittava Hannu Tolosen hieno tutkimus *Korko, raha ja sopimus*. Muina poikkeuksina voi nostaa esille Tom Bakerin vakuutusjärjestelmien sisäisiä rahan merkityseroja luotaavan artikkelin (Baker 2001), Christine Desanin rahan ja valtiösäännön historiaa peilaavan artikkelin (Desan 2005) ja Christoph Beat Graberin ja Gunther Teubnerin rahan ja taiteen välejä perkaavan artikkelin (Graber – Teubner 1998).

¹⁷³³ Näin esim. Gilbert – Helleiner 1999 s. 1–3; Ingham 1999 s. 3.

¹⁷³⁴ Ks. tiivistysty Gilbert 2005 s. 363–367.

kyseenalaistettu. Jürgen Habermasillekin raha on sama evolutionaarisen kehityksen tulos, homogeeninen, loputtomiin jaettava, rationalisoiva ja kaikki muut reaaliot omaan koodiinsa pakottava kommunikaatioväline kuin edellä mainituille sosiologian klassikoillekin.¹⁷³⁵ Vasta hiljattain sosiologit ovat ryhtyneet peräämään takaisin omaa puhevaltaansa. Christoffer Deutschmann on kuvannut tilannetta seuraavasti:

”The question of money falls between the boundaries of economics and sociology. Money is a medium that has material as well as communicative properties. It has to do with the economic world of individual maximization of material utility as well as with the social world of media, norms and institutions. At the same time, it is something that cannot simply be attributed fully to either of the two sides. It is therefore no wonder that with the historical separation of the academic disciplines of sociology and economics, the issue of money literally fell into a ‘black hole’.”¹⁷³⁶

Taloussosiologit¹⁷³⁷, marxilaisen poliittisen taloustieteen kannattajat¹⁷³⁸, kulutus-tutkijat¹⁷³⁹, antropologit¹⁷⁴⁰ ja jokunen kirjallisuustieteilijäkin¹⁷⁴¹ ovat viime aikoina puhuneet paljon rahasta. Eri lähestymistapoja laajalti tarkastellut Emily Gilbert esittää eräässä artikkelissaan, että viimeaikaisissa rahaa koskevissa yhteiskuntatieteellisissä tutkimuksissa rahaa on lähestytty ennen kaikkea sosiaalisena ilmiönä, jonka ihmisten toiminta synnyttää ja jota ylläpitävät erilaiset verkostot.¹⁷⁴² Gilbert esittääkin, että viimeaikaisessa ei-taloustieteellisessä tutkimuksessa on käynyt selväksi, että kun viitataan ainoastaan rahan abstraktisuuteen, homogeenisyyteen ja kykyyn kolonisoida kaikki muut elämänalueet ja ylittää fyysisiä etäisyyksiä sekä kuroa koko maailma ja aika yhteen, syntyy liian yksipuolinen kuva rahasta. Gilbertin mukaan raha on ennen kaikkea materiaalista, paikallista, sillä on lukuisia rationaliteetteja, eikä sillä ole ennalta määrättyä luontoa.

Gilbertin rahan ja moderniteetin yhteyksiä luotaavassa artikkelissa päähuomio on aika-paikkarelaatiossa ja rahan väitetyssä immateriaalisuudessa ja abstraktisuudessa. Gilbert huomauttaakin, että esimerkiksi David Harvey on kiistänyt vakuuttavasti sen, että raha olisi paikasta riippumaton. Harvey väittää, että raha

¹⁷³⁵ Ks. Habermas 1987 s. 264–265.

¹⁷³⁶ Deutschmann 2001 s. 36.

¹⁷³⁷ Ks. esim. Dodd 1994; Ingham 1999.

¹⁷³⁸ Ks. Fine – Lapavitsas 2000.

¹⁷³⁹ Ks. Suomessa esim. Lehtonen 1999; Ilmonen 2007 s. 141–166. Ks. myös Siltala 2004 s. 94–97.

¹⁷⁴⁰ Ks. esim. Zelizer 1997; Zelizer 1998; Zelizer 2005.

¹⁷⁴¹ Ks. esim. Shell 1993. Kaye 1998 on mielenkiintoinen matematiikan historiasta ponnistava esitys.

¹⁷⁴² Ks. rahan konventionaalisuudesta esim. Lagerspetz 1995 s. 80–81.

tarvitsee paikattomaksi muuttuakseen juuri konkreettisia paikkoja.¹⁷⁴³ Se tarvitsee keskuksia, jotka hallitsevat globaalia rahajärjestelmää.

Gilbertin huomio on rahan *kierrossa*, kansallisten rahojen synnyssä ja rahajärjestelmässä itsessään. Raha näyttäytyy rahakappaleina, fyysisinä esineinä, bitteinä, informaatioina, mutta Gilbertille rahassa on olennaista raha itsessään. Hän korostaa, että rahan kierron ymmärtäminen edellyttää rahaan liittyvien käsitysten, sen konkreettisten käyttötapojen ymmärtämistä. Jotta ymmärtäisimme, mitä raha on, meidän on hahmotettava ja tutkittava niitä käytäntöjä, jotka ylläpitävät rahaa.

Oma kiinnostukseni kohdistuu rahan ympärilleen kuromien käytäntöjen ontologioihin, niihin sosiaalisiin tiloihin ja tekniikkoihin, joiden avulla rahalla operoidaan ja hahmotetaan maailmaa. En halua tietää, mitä raha on kierrossa. Sen sijaan halua tietää, mitä raha merkitsee vahinkojen korvaamisen tekniikkojen kannalta. Mitä raha on, kun vahinkoja korvataan? Tässä suhteessa Gilbertin tiedonintressi on nykyisiin tarkoituseriini nähden liian tekninen ja ”taloudellinen”. Se keskittyy rahan taloudelliseen eli perinteiseen käyttöön. Zelizerin versio on jo lähempänä. Zelizerin tavoin kiinnostukseni kohdistuu niihin sosiaalisiin distinktioihin, konventioihin, uskomuksiin ja rajalinjoihin, joiden varassa rahaa käytetään. Raha määrittänyt sosiaalisen merkityksenannon ja kommunikaation välineeksi.

Palaan tässä kohtaa Hannu Toloseen ja hänen tutkimukseensa *Korko, raha ja sopimus*, johon olen ajoittain tutkimuksessani viitannut. Tolonen osoitti tutkimuksessaan, että raha ja sitä koskevat käsitykset syntyvät ja määrittyvät niissä sosiaalisissa konteksteissa, joissa rahaa käytetään. Tolosen tutkimuksessa muodon saa kolme erilaista rahakäsitystä: feodaalisen aarrerahan, varhaismodernin vaihtorahan ja modernin tuotantorahan. Kullakin rahatyypillä oli vastaavasti omaleimainen sosiaalinen kontekstinsa, johon se sijoittui ja jossa se saattoi toimia. Tolosen kertomus rahasta oli moderniin tapaan evolutiivinen. Raha kehittyi kohti täydellistä muotoaan. Feodaalista aarrerahaa seurasi varhaismodernin ajan kauppiaiden vaihtoraha. Vaihtorahaa, jossa rahan pääomafunktio oli vielä Tolosen terminologian mukaan epätäydellisessä käytössä, seurasi kapitalistien täydellinen tuotantoraha. Myöhempi rahakäsitys syrjäytti aikaisemman.¹⁷⁴⁴ Lopussa häämötti läpimarkkinaistuminen.¹⁷⁴⁵

¹⁷⁴³ Ks. Gilbert 2005.

¹⁷⁴⁴ Ks. Tolonen 1992 s. 286–290. Tolosta ei ole helppo tulkita. Hänen kielenkäyttönsä antaa yhtäältä ymmärtää, että raha on yksi, että sillä on vain yksi olemus. Toisaalta koko asetelma, erilaisine sosiaalityypillisine tilanteineen, puoltaisi moniäänisen ja moninaisen rahakäsityksen omaksumista.

¹⁷⁴⁵ Ks. Tolonen 1992 s. 291–299.

Parhaiten Tolosen käsitystä rahan sosiaalisista puitteista voisi kuvata sanomalla, että kullakin rahakäsityksellä oli oma rationaliteettinsa tai logiikkansa. Kukin rahakäsitys toimi tietyissä tiedollisissa ja sosiaalisissa puitteissaan ja mahdollisti tietynlaisen sosiaalisen toiminnan. Tolosen omaksuma evolutiivinen käsitys on kuitenkin tarpeettoman rajoittava. On täysin mahdollista ja itse asiassa varsin hyödyllistä ajatella, että erilaiset rahakäsitykset voivat ”elää” rinnakkain. Voimme ajatella, että vaikka ensin kauppiaiden vaihtoraha syrjäytti dominanttina rahamuotona feodaalisen aarrerahan ja sittemmin tuotantoraha vaihtorahan, syrjäytyneet rahakäsitykset jäivät edelleen kertomaan omaa kertomustaan rahasta tiettyihin sosiaalisten tilanteiden ”taskuihin”. Ne eivät olleet enää dominanteja ja hallitsevia, mutta vaikuttaa kovin epäloogiselta ajatella, että käsitykset olisivat kokonaan hävinneet. Erityisen selvästi tämä käy ilmi vaihtorahan tapauksessa. Kaupankäynti, kaukokauppa ja sille ominaisen rahankäytön sosiaalinen tila ei hävinnyt mihinkään tuotantorahan tulon myötä. Vaihtoraha on edelleen olemassa, siinä kuin se sosiaalinen konteksti, jonka puitteista se saatettiin koota. Joissakin suhteissa saatamme elää edelleenkin feodaaliyhteiskunnan oloissa.

Siinä missä Emily Gilbert toteaa rahan aika-paikkarelaatioiden moniulotteisuudesta, että ”what are needed then are ways of thinking more carefully about the multiple places and times through which it moves”¹⁷⁴⁶, sama moninaisuuden ja -ulotteisuuden idea voidaan ulottaa myös rahan logiikkoihin. Jotta rahaa voitaisiin ymmärtää, täytyy ymmärtää, että se näyttäytyy erilaisissa sosiaalisissa konteksteissa. Sillä on erilaisia ominaisuuksia ja funktioita riippumatta siitä, että *kierrossa* raha voisikin olla yksi yli- tai kansallisen valuuttatilan puitteissa.

Sosiaaliset käytännöt eli ne tavat, asenteet, käsitteet, raja-aidat ja määritelmät, joita ihmiset luovat käyttäessään rahaa, ja myös ne instituutiot, joissa rahaa käytetään, muotoavat kulloinkin käytettävän rahan, määrittelevät mitä se on. Raha ei tuo mukanaan valmista ja täydellistä logiikkaa, vaan tämä logiikka muotoutuu vasta konkreettisissa käytöissä, niissä ympäristöissä ja käytännöissä, joihin raha kiinnittyy. Kyse on yhtä aikaa hyvin yksinkertaisesta ja monimutkaisesta ideasta. Raha on (yli)kansallisen valuuttatilan sisällä aina yksi ja ainoa. Euro on euro on euro, sitä en kiistä. Erot syntyvät toisesta suunnasta. Jos: ostan eurolla maitoa kaupasta; maksan sillä asunovelkaani; annan sen fyysiseksi lahjaksi muuttuneena ystävälleni; maksan sillä vaimoni kampaamolaskua; saan sen palkkana; pohdin sitä osana määräämilleni edunsaajille kuolemani jälkeen maksettavaa henkivakuutuskorvausta; maksan sillä korvausta humalapäissäni nakkikioskijonossa rikkomistani ennen tappelua minulle tuntemattoman ihmisen silmälaseista; saan tuomioistuimelta tuomion, jossa joku velvoitetaan maksamaan euro (yhtenä monista) minulle korvauksena pahoinpitelyn aiheuttamasta kivusta ja särystä; tai

¹⁷⁴⁶ Gilbert 2005 s. 380.

sijoitan saman euron johdannaisinstrumenttiin toimintani kontekstit ovat kaikki erilaisia. Samalla yksi ja ainoa raha – se sama euro – saa erilaisia ja kustakin toimintakontekstista riippuvaisia merkityksiä. Raha ei ole maitokaupassa samaa rahaa kuin johdannaismarkkinoilla¹⁷⁴⁷, kampaaja ei saa lahjaa. Siksi euro ei ole vain euro, vaikka se onkin euro. Raha on tiettyssä suhteessa aina yhtä kuin se tekniikoiden, ideoiden ja miellelyhtymien ympäristö, johon se sijoittuu. Ilman ideoiden verkostoa rahaakaan ei voi ymmärtää.¹⁷⁴⁸

Tähän ideaan tiivistyvät väitöskirjan kaksi tärkeintä rahaa koskevaa väitettä:

- 1) rahoja voi olla ja on monia, koska rahalle merkityksen kussakin tilanteessa antavia miellelyhtymien verkostoja on monia ja;
- 2) raha muotoutuu vasta kulloisessakin käytössä. Vahingonkorvausoikeudessa tämän idean omaksumisella voi olla laajakantoisia seurauksia.

Aiemmasta essentialistisesta ja ennaltamäärätystä rahakäsityksestä luopuminen avartaa vahingonkorvauksen normatiivista horisonttia. Jos rahalla ei ole ennalta määrättyä luontoa, rahaa on vaikeaa käyttää väärin. Kun rahaa ei voi käyttää väärin, sen ortodoksia ei enää rajoita vahinkojen korvaamiselle asetettavia tavoitteita. Teknologinen determinismi heikkenee. Raha ei pakota niin pitkille ja kiemurteleville kiertoteille kuin aikaisemmin. Voimme korvata legitimiä ai-neettomia vahinkoja, vaikka niillä ei ole taloudellista arvoa. Voimme liittää vahingonkorvaukseen symbolisia merkityksiä. Molemmat ovat sallittuja tekoja. Lopputulos on, että raha ei määrity enää oikeuden ulkopuolella, vaan sen sisällä. Oikeudessakin, kun rahaa käytetään, luodaan käytäntöjä, jotka määrittävät aidosti ja täysivaltaisina, mitä raha on ja mitä se voi olla.

Toinen tärkeä seikka on, että rahakäsityksen ”sosiaalistuminen” pakottaa kiinnittämään huomiota itse korvaamisen tekniikkojen ja ontologioiden sommitte-luun. Kun luonnollisia rahankäyttötapoja ei ole, joudumme miettimään, miten muotoilimme oikeudelliset rahankäyttötavat – siitä emme kaiketi pääse mihin-kään, että vahinkoja korvataan pääasiassa tuomitsemalla rahaa suoritettavaksi – siten, että ne toteuttaisivat mahdollisimman hyvin ja koherentisti vahinkojen korvaamiselle asetettuja normatiivisia tavoitteita. Ja päinvastoin. Kun raha ei enää kerro, mitä voimme tehdä, joudumme miettimään, mitä vahinkojen korvaamisella *halutaan* tavoitella. Kun raha ei enää kerro, mitä sillä voidaan tehdä,

¹⁷⁴⁷ Ks. rahasta johdannaismarkkinoilla esim. Macintosh et al. 2000; Arnoldi 2004; Lipuma – Lee 2005; Arnoldi 2006; Bryan – Rafferty 2007; MacKenzie 2007.

¹⁷⁴⁸ Ks. esim. Baker 2001 s. 277. Baker erottaa vakuutus oikeudenkäynneissä rahan lähteen perusteella kolme rahaa: verirahan, vakuutusrahan ja ns. uuden rahan ja kirjoittaa: ”The common denominator among blood money, insurance money, and other forms of money in play in tort litigation is that they have both a moral and, for lack of a better word, *practical* valence that makes them only imperfect substitutes for one another.”

H A A V E

joudumme miettimään, mitä rahalla *halutaan* tehdä. Vahinko ei työnny rahan voimasta minnekään. Raha ei työnny rahan voimasta minnekään. Molemmat menevät – ainakin melkein – sinne, minne niiden halutaan menevän. Voitettavana on taasen koko maailma.

Summary

Mika Viljanen

THE QUANTUM OF DAMAGES – A STUDY IN MONIES AND LOSSES

1 Theme and structure of the study

How do we compensate losses? What do we do when we attempt to right a wrong? The study seeks to answer these questions by analyzing the monetary techniques deployed to facilitate compensation, i.e. to calculate the amount of damages.

The starting point for discussion is the observation that the *Allgemeine Lehren* of at least Nordic law on damages are in a state of bewilderment. On a theoretical level, the traditional principles such as full compensation, no compensation for non-pecuniary damage, and all-or-nothing are held in high esteem, but on the level of actual norms, their explanatory and justificatory power is in decline. Damages are customarily adjusted to a reasonable amount on various grounds. The result is that traditional maxims are increasingly set aside in pursuit of justice. A new law of damages is slowly emerging. The existing rules and their interpretations contradict the old theoretical structures, but only the old structures are available. Thus, there is a dire need of a new set of theories that could give a normative direction to the norms.

The study comprises of two main parts and an introduction and a conclusion. In the first part, I attempt to reconstruct a *traditional understanding*, coined with a Finnish neologism (*h)aavekuva* (a word referring to either a dream (if the *h* is read) or a nightmare (if the *h* is ignored)), of what compensation means. In the first part, the emphasis rests on nineteenth and early twentieth Nordic and German damages law, which I hold to manifest the basic convictions of a *modern* law of damages. The traditional modern understanding constitutes a source of troubles, but at the same time an ideal deemed worthy of aspiring towards. The reconstruction, contained in chapters 2–4 of the study (Chapter 1 is an introduction), builds on three principles deemed the basic tenets of a traditional, modern law of damages. These principles, first, that only pecuniary damage can be compensated, second, that the amount of damages must be equal to the pecuniary

value of the loss, and third, that either the entire loss or no loss must be compensated, carve out the shape of a particular historical apparatus of compensation.

In chapters 5–8 I abandon the *(h)aavekuva* because of its non-functionality and ethical bankruptcy and sketch out a new theoretical framework for the rules on calculating the quantum of damages. I describe four distinct conception of compensation, each with its own ends and monetary technologies. The fifth chapter concern goods and human bodies and posits physical reinstatement as the primary aim of compensation. The sixth chapter pertains to business losses within an accounting framework. The eighth and ninth chapters discuss pain and suffering.

Money is a theme that runs the entire course of the study. It might remain under the surface at times but resurfaces at constant intervals. The basic idea is that compensation is only possible if *monetary technologies* are used. The loss must be transformed into a pecuniary expression. As for any technology, the networks of associations, established facts, and fixed ontologies, i.e. the black boxes, open up an avenue for the analysis of these techniques. Further, an analysis of the monetary technologies tells us how we in fact compensate losses. The opposite might be true as well. An inquiry into compensation might tell us what money is and what monetary technologies are.

2 The traditional apparatus of compensation

The apparatus of compensation – as a part of civil law – structures and necessitates that an entire world exists around it. The second chapter of the study, *Only economic damage is recoverable*, analyzes one aspect of the apparatus and the tacit theories of the society it contains and performs. In the chapter, the platform for analysis is provided by three Nordic theories on pecuniary damages. The theories supply only a platform for an attempt to sketch out a world where a sphere of something called the *economic* is a fact of life, the very intellectual epicenter of the theories. All three theories build – in some form or another – on an idea that the *economic* is distinct and separable from other spheres of life and that compensation should be confined to the economic. What is the economic? I argue that the economic is, first, a quarter of the world where full-grown, adult men – proprietors of goods – exchange commodities for other commodities and money, where the circulation of goods is effectuated. As such it is separate from e.g. the sphere of the family, the state, and the public. It is a part of a political ontology of a world, i.e. a part of the imagination distinct to eighteenth and nineteenth century bourgeois thought. Second, the idea of an *economic* sphere, is an important building block for both damages law and civil law. The economic constituted – in the liberal art of government that was dominant at the time traditional conception of compensation stabilized – the justified venue for civil law.

Civil law had to concern and to govern the free interplay of agents only. It had to facilitate it. Thus, private law – including damages – was to be structured accordingly. In damages law, the traditional constraint that only pecuniary could be compensated is an extension of these two convictions. It enacts in law the bourgeois imagination and the corresponding art of government.

The third chapter, *The amount of damages must be equal to the value of loss*, deals with an idea parallel to and derivative of the notion of the economic sphere. In the traditional conception, *economic value* is the definitive measure of both loss and compensation. Compensation should equal the value of the goods. The notion opens up to multiple locations. First, economic value culminates in the market or exchange value. The market together with the price mechanism creates an account of the true and objective value of goods in exchange. The market value of a good is the real and objective account of a thing. Market value serves as the intellectual platform for all compensation. Market value is extended, first, to quantify use value, and second, to arrange the calculation of the value of the interest. The tool is the *Differenzhypothese* first introduced into the literature by the German scholar *Friedrich Mommsen* in 1854. The main idea in *Differenzhypothese* is to conceptualize losses as a diminution of the value of the claimant's net property. An amount is arrived at as a result of simple calculation. The value of the claimant's property after the loss is subtracted from the value of the property that the claimant would have had had the loss not occurred. A mere reference to *Differenzhypothese* does not, however, reflect the true nature of calculating the amount of loss. The value of net property is a derivative application of simple nineteenth century book-keeping techniques. The *Differenzhypothese* connects – on both conceptual and practical levels – a loss in damages law to a change in the balance of a merchant's books. Whatever can be given a shape in the framework of simple accounting, is a loss. And if book-keeping techniques cannot identify a loss, the thing is not a loss.

An important question is thus far left unanswered. The world is still lifeless and vague. In order to deploy the *Differenzhypothese* the judge must know what would have happened had the loss not taken place. The *Differenzhypothese* does not provide a solution to this conundrum. How is the world that is to be quantified with the tools of book-keeping put together, imagined? The laws of the world must be known. The solution offered in nineteenth century literature and case law builds on normality. An illustration of this approach may be found in *Hadley v. Baxendale* ((1854) 9 Ex Ch 341), where Baron Alderson submitted his (in)famous dictum that the damages payable should be such "as may fairly and reasonably be considered [...] arising naturally, i.e., according to the usual course of things, from such breach of contract itself". The search for normality culminates in the examples provided in textbooks and cases on what is normal. An analysis of the examples reveals a live economy of a distinct kind. Normality

serves well as a standard in an economy, where the emphasis is on distribution and small-scale manufacture of material goods.

The fourth chapter, *All-or-Nothing*, focuses on the maxim bearing the same name. The chapter augments the discussion of the liberal art of government ingrained in traditional private law by introducing the theme of amorality. I argue that the requirements set for nineteenth century private law make it impossible to incorporate moral elements into damages deliberation. All-or-Nothing is an integral part of the liberal law. Damages must be equal to the (seemingly) objective – in a Latourian sense of scientific *objectivity* – economic value of losses calculable with the help of book-keeping techniques. Either one compensates the loss in its totality or leaves it uncompensated. No adjustments should be made. Law should remain a strictly binary code, where white is white and black is black. The only modalities of law are the permitted and the forbidden, lawful and unlawful. All-or-Nothing secures that damages law does not guide individuals in their pursuit of private interests. Such damages law does not seek to reform grown men.

3 The four conceptions of compensation

The three maxims briefly discussed above make up my understanding of the pillars of traditional modern damages quantification. I argue that this conception is simultaneously a nightmare and a dream. It constitutes an ideal towards which we still aspire. It is the conventional truth about compensation, the easy, unproblematic shape of damages, which – once adhered to – requires very little work to justify the normative conclusions based on it. The problem is that this conception has in fact ceased to explain and order the rules. It should no more be an ideal. Instead it should be replaced. The second part of the study both aims at validating this assertion and providing a new theoretical framework for calculating the amount of damages. The second part comprises of four chapters, in which I sketch out for an equal number distinct conceptualizations of how the amount of damages is calculated.

The fifth chapter, *Physical reinstatement*, discusses the simplest of losses, i.e. damage and destruction of goods, and physical injuries to human bodies. Both types of losses are characterized by the very same basic technique of calculating the amount of damages: the end of awarding damages is to reinstate the physical state of the world that existed prior to the loss. Thus, my contention is that the framework in damages law – in these cases – is not on ascertaining the value of the loss as the traditional doctrine prescribes. Instead, value is sidelined – or totally absent as in the case of personal injuries. The monetary technologies gravitate towards a much more rudimentary idea: pay for putting the world together. The only thing money does is reimburse the actual or fictitious reasonable costs of either the cure or replacement of goods or healing of human bodies.

The approach illustrated above is, however, not the received wisdom in the literature. In the chapter I try to demonstrate that physical reinstatement – pure, brute, and simple – is in fact the basic target for recovery in many cases. Examples abound. Goods can be repaired – to a limit, of course – even if the repair costs more than their replacement. Actual replacement costs are recoverable even if they are higher than the market value of the goods provided that they are reasonable. Human bodies are always made whole if possible. The discussion of positive law rules leads to a theoretical observation: the choices made do not relate to value. The limits of reasonable repair, reasonable replacement, and reasonable medical treatment are the real normative concerns in case law, all clearly topics relevant only if the law favors the physical world over the monetary. The result of the observation is a visible fracture in the cathedral of established theories. The traditional idea of compensation loses its foothold in two of the core loss types.

The fractures spread and multiply in the sixth chapter, *Accounting compensation*. The emphasis is now on business losses, the very archetype of loss in the *Differenzhypothese*. A factory is at a standstill, there is nothing to sell in a store, or the next *Google* fails to launch its service and instead joins the hoard of e-failures. Business losses are distinct from the losses discussed in the fifth chapter in the sense that they manifest when expectations fail. Here, one must turn back time and restore chances lost. The techniques that reinstate the physical *status ex ante* are useless. The losses discussed simply defy remedy by buying or repairing goods or dressing wounds and lesions. A new framework is needed. The framework is found in accounting technologies. In business losses the ultimate goal of compensation is to put the plaintiff to the position he would have been if there had been no loss – as far as reasonable accounting techniques can do. The focus is again not on value, but on *reasonable* monetary representations of business outcomes.

Certain pockets of lost time and chances are, however, beyond the reach of accounting techniques. The prime example is consumption. If I can't drive around in my car, because the police revoked my driver's license without due cause; dive into my perfect seven foot pool (as per contract specifications) because the constructor dug to only six feet's depth, or the perfect millennium holiday is ruined by subpar accommodation and an incompetent resort staff, no accounting representations give a meaningful account of the losses suffered. The emerging situation is complex. All established monetary techniques – even with only whiff of objectivity – fall short. Traditionally these losses have been pushed aside and relegated to insignificance, but social pressures increasingly make this approach untenable. The losses crave recognition, and they have to be recognized. The scope of available tools must widen: a new range of methods augments the traditional market-value-derivative damages calculation. Sometimes these new

SUMMARY

methods border on shameless discretionary sense-making as courts make summary quantum assessments – as happened in real life e.g. in the pool (Ruxley Electronics and Construction Ltd. v. Forsyth, [1996] A.C. 344) and driving licence cases (KKO 2005:66). The most visible manifestations of these are those cases where courts award damages even if the plaintiff has failed to articulate a possible calculation technique. The emphasis is on sense-making. The loss must be identified and recognized, and the money's traditional uses must make way in favor of this new prerogative.

A similar development undermining the basic traditional tenets of damages law takes place in three other places as well. First, the traditional *foreseeability* or *remoteness* doctrines are on the verge of losing their grip on the scope of recovery. The homogenous world where foreseeability could still be used effectively to restrict recovery is gaining a new level of complexity. As branches multiply, production networks become ubiquitous, and expectations pile up, losses become unforeseeable. The law has already adapted. Decisions on the scope of recovery are already based on a reasonable allocation of risks between parties. My contention is that yet another layer of deliberation is currently emerging. In order to define the scope of recovery, the courts must proactively manage and shape the structures within which businesses operate, partake in the articulation of reasonable expectations and agent identities. Second, the problem of how the fictitious world is assembled does not disappear. Models have to be built and simulations must be run in order to determine what would have happened. Every assumption in the models adds to the uncertainty. Even the most sophisticated forecasting techniques cannot provide the necessary results for damages purposes. A single figure, the monetary truth of the world that never materialized is needed. If the expectations involved are complex, forecasting techniques may only produce probability distributions of the quantum of damage. The uncertainty runs so thick that all imaginable objective techniques to dissolve it fail. Third, the *new economy* – and production networks in particular – defy the basic structures of damages law. Binary solutions based on the idea that all or nothing is compensated if there is even a slightest breach of contract or duty run counter to the very core of the inherent logic of production networks. In networks responsibility must be allocated not to the faulty network node as the traditional approach would prescribe, but rather distributed to the entire network to be shared according to the networks' own internal logic. All three issues mentioned above have one point in common. There is no neutral way to solve these issues. Normative choices must be made, and the choices open towards the management of the real. Law must – even in the old core of the *Differenzhypothese* – articulate and reproduce ontologies, and not just feed on them.

The seventh chapter, *Insurantial compensation*, deals primarily with pain. The year 2006 saw the reformation of the *Finnish Tort Liability Law*. Its rules on non-

pecuniary damages were comprehensively updated. An overhaul of the rules on *tilapäinen haitta* – a head of damage comparable to that of *pain, suffering and loss of amenities* in English law – was one of the more important moves in the reform and the government bill that preceded it. In Finland the levels of court awards for *tilapäinen haitta* have followed closely the recommendations drafted by the Traffic Accident Board. The first set that is still largely unchanged stems from 1968. With the reform, a new organ, the Personal Injuries Commission was founded. Its task was to produce another set of recommendations, this time on the basis of practice in the courts of first instance. The focus of the chapter is on these two sets of recommendations and the underlying logic of monetary signification that makes them legitimate.

The chapter commences with a short excursus into the contours of *tilapäinen haitta*. A familiar theme, i.e. that of objectivity, emerges. In order to render pain "real", the bill creates a medical ontology for *tilapäinen haitta*. Doctors are the experts on pain, and their knowledge – in the first place – determines when an experience is a recoverable loss. In short, a "legal" medical laboratory is founded. Pain must be medically diagnosed to be real within law. A variation of the same theme arises in the assessment of the quantum of damage. The Traffic Accident Board recommendations reflect an *insurantal imaginary* of pain. In the recommendations pain is not an experience but another kind of phenomenon. Pain materializes first and foremost as defined by medical expertise. The Board drew up a comprehensive table of various traumas common in traffic accidents. The traumas were ordered into six groups based on how serious or painful they were deemed – what the actual criteria were is uncertain since no records have survived. The levels of compensation in turn seem to crystallize from thin air. No inquiry into case law was conducted. The levels were confirmed one day in 1968, that is all the records say. The essential question is: how is it possible that these recommendations of dubious pedigree turned into legitimate and nigh to objective tools of quantum assessment. The answer can be found in a specific insurantal mode of monetary signification and communication. That mode of communication is distinct from the normal uses of money. When the level of an indemnity is agreed upon, the insured does not buy the thing she is insured against, nor does it make sense to say that the value of the insured object is equal to the indemnity. The whole transaction is structured by insurantal technologies: risks, insurance mathematics, the law of large number, the solidarity that materializes within the pool of the insured, to name a few. The peculiarities and the legitimacy of insurantal monetary signification have borrowed a gravitas to the recommendations, and made them – finally – to pass for objective measures of pain. Now, contrary to an intuitive understanding, the situation does not change radically with the introduction of the Commission and its work. The Commission retained much of the technological arrangements that sur-

SUMMARY

round pain. Doctors are still present, and the basic contours of quantum assessment remain. The most significant change is the feed-back mechanism that the Commission created. As the Commission aims to systematically follow the development of court practice, a delayed action, statistics-mediated *group intelligence* arrangement is put into place. The court cases are transformed from single decisions in particular cases into speech acts in a collective debate on the compensation of *tilapäinen haitta*. How effective this arrangement is remains to be seen. The technology, however, seems destined to be counteractive to its purposes.

The insurantal imaginary and monetary technologies of the compensation of *tilapäinen haitta* must be taken into account when the function, i.e. the aim of compensation is discussed. A number of alternatives have been suggested. Canceling out, compensation, prevention, and retribution are prime examples of such proposals. The idea of insurantal compensation brings forth the suggestion by Margaret Jane Radin in a 1993 article. Radin argues that when pain is compensated, one is actually not doing any of things referred to above but identifying and recognizing its significance as a part of the human condition. The Finnish rules seem compatible with Radin's non-compensatory conception. This finding has certain consequences. It reinforces the idea that pain awards are conventional and that no extra-legal, neutral measures exist. Thus, a new dimension is added to the picture. When assessing the quantum of damages for pain, one is constantly renegotiating what pain is.

The final substantive chapter, *Ethical and moral compensation*, is a study in suffering, *kärsimys*. *Kärsimys* is a novel head of damages in Finnish law, a product of the 2006 reform. Suffering resembles pain in the sense that it is a head of non-pecuniary damage. The difference is that medical expertise must here yield. In the Tort Liability Act suffering is said to be feelings of anger, frustration, grief, and loss of self-esteem. It is recoverable if a person's freedom, peace, honor, equality, or integrity is infringed, or if her human value is otherwise seriously infringed. The quantum of damages is to be assessed objectively, based primarily on the nature of the injurious act. A tension is forged. There is no direct, self-explanatory link between the nature of the injurious act and the victim's feelings. The two seem incompatible, parts of two distinct narratives of suffering. The question is which account of suffering should be chosen.

Since the rules on suffering are novel, I start by briefly discussing their details. The rules appear somewhat problematic. The Act requires that the injurious act be grave in only two of the six possible causes for a suffering award. Transgressions on personal integrity and other transgressions on the human value of a person are, thus, relegated to an inferior position compared to other basic human rights. A peculiar hierarchy with serious practical consequences arises. Bodily integrity enjoys lesser protection than e.g. honor or peace. A victim of a brutal

act of violence might go uncompensated for suffering, whereas few poorly chosen words may establish a right to damages.

The tension is repeated in the quantum rules. According to the Act, the quantum of damages should be assessed with regard to the nature of the injurious act, the victim's position, the relationship of the victim and the injurer, and the possible public nature of the injury. To interpolate the victim's actual feelings and experience based on these four criteria is virtually impossible. The Act attempts to circumvent the problem by stipulating that the emphasis should be placed on the suffering that the injury is *prone* to cause, not on the actual suffering inflicted upon the victim. A replacement process is visible. The experience of a victim is taken out of the equation and substituted with the indignation the moral majority feels when confronted with an injurious act. There is nothing wrong with the assemblage as such, but the replacing of experience with moral judgment affects the normative orientation of suffering damages. The real loss becomes more and more distant as suffering is disembodied and immaterialized, pushed further away from the mainstream of compensation – again a neutral occurrence. As with pain, the traditional functional explanations of recovery for suffering seem to lack power to order the rules. Compensation, prevention, and retribution all fall short. Again, the pattern that emerges is that of identification and recognition. Suffering damages should be tuned to identify a loss and to give it a reasonable meaning. The awards are and must be interpreted as parts of a highly decentralized and unstructured, statistically mediated communication process where – in this case – the moral and ethical order of the society is explicated. An odd use for money, but so it seems.

4 Money and law's ontologies

The final chapter, *The end*, ties up the loose ends. There are three focal points. First, I attempt to sketch out the conception of money that was characteristic to the traditional understanding of damages law. It must be remembered that money played a significant role in aligning damages law with the bourgeois worldview and political agenda. Money was a single phenomenon; an instrument of and within the economy; an objective measure of economic value devoid of any material characteristics; cold, senseless, and heartless; demystified and purged of magical properties; an infinitely divisible platform for exchanges and calculations; a perfect tool for the neutral management of a rational society.

The findings of the study call all these established facts into question. Compensation no more builds on the old, established conception of money. Its basic outlines have changed. If my line of argument is accepted, compensation has ceased to gravitate towards value. Instead, the framework of sense-making has seen a dramatic change. Value is nowadays only a limiting concept, a nightmare

SUMMARY

that haunts us and tells us to forget our normative aspirations and projects, because they lead to forbidden places. Other monetary technologies, however, are abundant in damages. The result might be that the once fixed – and singular – basic ontology of loss as diminution of economic value has finally dissolved and is ready to be swapped for other conceptualizations and ideas. The most important finding in the study is that loss is in fact a plural concept, and thus, damages law contains multiple ontologies for losses. Losses are diverse and innumerable. I discerned four conceptions of compensation, each with its own ontology, but in no way should the four point list be thought exhaustive. It is not. There are numerous occasions when my models fail. The new normative prerogative in damages law is to make sense of all this diversity, not to clamp it down and suffocate it but to articulate and shape its contours.

If losses multiply, so does money. Multiplication of money has been a recent international sociological trend. This study further extends it. I have found at least four monies in damages law. The first one, the one found when things are put back together, is a passive tool that does not have sense-making capabilities of its own. Money just buys things, rents expertise, labor, and obtains services, arranges and coordinates them and makes them bear on a single project, the physical reinstatement of a damaged world. Here money does not constrain anything, it does not impose a discipline, or force its own ontology on goods and bodies. It just facilitates true physical work. The second conception mobilizes the accountants and their professional expertise. It creates another space for monetary signification, now defined by conventional practices of how business results are reasonably represented. The game and the playing field are entirely different. The same applies to pain and suffering and concomitant monies. Pain is set in a medical framework of traumas and functional handicaps. Suffering has the vaguest reference points of all. Here money mediates ethical and moral ideas, articulates how offensive various acts are.

Even though these monetary spaces are imagined and enacted within the law, they have a general significance. Our understanding of money could and should be updated to reflect these monetary technologies, narratives of what money is. Law's accounts of money are real. They should be taken for real. In the end, money just might not prove as fixed and motionless, cold and heartless as we have thought. And perhaps we can make sense of our losses.

Oikeustapaushakemisto

Englanti

Algeiba v. Australind (1921) 8 Lloyd's Rep. 210	137, 197
Chaplin v. Hicks 2 K.B. 786.	369
Darbishire v. Warran [1963] W.L.R. 1067.	196
Farley v. Skinner, [2002] 2 A.C. 732.	280
Hadley v. Baxendale, (1854) 9 ExCh 341.	123, 124, 131, 140, 251
Harris v. Brights Asphalt Contractors Ltd. [1993] PIQR Q104.	237
Heil v. Rankin and another [2001] Q.B. 272.	445
Italian State Railways v. Minnehaha (1921) 6 Lloyd's Rep. 12.	196
Livingstone v. Rawyards Coal Co. (1880) 5 App.Cas. 25.	203
O'Grady v. Westminster Scaffolding [1962] Lloyd's Rep. 238.	196
Overseas Tankship (U.K.) Ltd v. Miller Steamship Co. Pty (The Wagon Mound No. 2), [1967] 2 A.C. 617.	251, 282
Ratcliffe v. Evans [1892] 2 Q.B. 524 CA.	365
Ruxley Electronics and Construction Ltd. v. Forsyth, [1996] A.C. 344.	280
Skelton v. Collins (1966) 115 C.L.R. 94.	451
Warren v. King [1964] W.L.R 1.	451
West v. Shephard [1964] A.C. 326.	451

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin

Karhuvaara and Iltalehti v. Finland, tuomio annettu 16.11.2004.	547

Högsta domstolen, Ruotsi

NJA 1936 s. 693	200, 223	NJA 1999 s. 725	526
NJA 1940 s. 719	223	NJA 2001 s. 627	217
NJA 1941 s. 719	223	NJA 2001 s. 65 I	199, 200
NJA 1950 s. 610	217	NJA 2001 s. 65 II	199, 200
NJA 1964 s. 62	237	NJA 2004 s. 566	206, 217
NJA 1965 s. 165	327	NJA 2005 s. 405	408
NJA 1967 s. 497	237	NJA 2005 s. 462	505, 511
NJA 1968 s. 23	237	NJA 2005 s. 726	505
NJA 1971 s. 126	199	NJA 2007 s. 295	505
NJA 1992 s. 213	276	NJA 2007 s. 461	306
NJA 1994 s. 395	526	NJA 2007 s. 540	514
NJA 1995 s. 249	279	NJA 2007 s. 747	505
NJA 1995 s. 269	495	NJA 2008 s. 100	217

Bundesgerichtshof, Saksa

BGH II ZR 355/00	326
BGH JZ 1976, 559	452
BGHZ – GS 1955 18	452

Korkein oikeus, Suomi

KKO 1944 II 162	211
KKO 1949 II 333	211
KKO 1950 II 201	484
KKO 1950 II 419	337
KKO 1953 II 15	487
KKO 1955 II 78	221, 223
KKO 1957 II 39	487
KKO 1969 I 5	223
KKO 1975 II 37	487
KKO 1975 II 38	487
KKO 1977 II 104	487
KKO 1977 II 70	487
KKO 1978 II 105	357
KKO 1978 II 43	277
KKO 1979 II 137	325
KKO 1980 II 3	487
KKO 1980 II 94	487
KKO 1980 II 98	486
KKO 1981 II 33	500
KKO 1982 II 117	214
KKO 1982 II 121	294
KKO 1982 II 34	367
KKO 1982 II 57	367
KKO 1982 II 6	486
KKO 1982 II 64	491
KKO 1983 II 159	214, 217
KKO 1983 II 8	487”
KKO 1984 II 122	487
KKO 1984 II 16	214, 217
KKO 1984 II 28	367
KKO 1985 II 85	367
KKO 1989:141	501
KKO 1990:1	367
KKO 1990:10	294, 296, 367
KKO 1990:107	214, 216, 217
KKO 1990:150	367
KKO 1991:146	537
KKO 1991:154	245
KKO 1991:42	326

KKO 1992: 138	367
KKO 1992:127	357
KKO 1992:15	356
KKO 1992:46	357
KKO 1994:42	206, 214
KKO 1994:62	457, 458, 491
KKO 1995:96	368
KKO 1996:25	367
KKO 1997:179	326
KKO 1997:181	367
KKO 1997:48	367
KKO 1998:53	367
KKO 1998:67	486, 487
KKO 1998:79	395, 486
KKO 1998:80	367, 395, 486
KKO 1998:82	368
KKO 1999:102	486, 501
KKO 1999:121	216, 217
KKO 2000:45	367
KKO 2001:28	259, 262, 270, 272, 387
KKO 2002:110	395, 486
KKO 2002:56	510, 511
KKO 2002:69	357
KKO 2003:123	489
KKO 2003:39	306, 309
KKO 2003:76	486, 501
KKO 2003:85	357
KKO 2004:2	429, 488
KKO 2004:23	540
KKO 2004:3	429, 488
KKO 2004:87	277
KKO 2005:54	486
KKO 2005:55	486
KKO 2005:66	42, 272, 277, 280, 367
KKO 2006:75	304, 310
KKO 2007:33	357
KKO 2007:52	305
KKO 2008:1	265
KKO 2008:10	511, 512
KKO 2008:18	395

Yhdysvallat

California

Grimshaw v. Ford Motor Co., 174 Cal. Rptr. 348 (Ct. App. 1981) 536

Kansas

Burgess v. Shampooch Pet Industries, Inc., 131 P.3d 1248
(Kan. Ct. App. 2006) 203

Liittovaltion tuomioistuimet

American Soc’y of Composers, Authors and Publishers v. Showtime/
The Movie Channel, Inc., 912 F.2d 563 (2d Cir.1990) 184
Daubert v. Merrell Dow Pharms., Inc. (509 U.S. 579 (1993) BMW
of North America, Inc. v. Gore, 517 U.S. 559 (1996) 348
General Electric Co. v. Joiner (522 U.S. 136 (1997) 348
Kumho Tire Co. v. Carmichael (526 U.S. 137 (1999) 348
Kwasny vs. United States, 823 F.2d 194 (7th Cir. 1987) 465
Philip Morris v. Williams, 127 S. Ct. 1057 (2007) 459
State Farm Mutual Automobile Insurance Company v. Campbell,
538 U.S. 408. 533, 536
United States v. Carrol Towing Co., 159 F.2d, 159 (2d Cir. 1949). 465

New York

Bagley v. Smith (How. Pr. 1, 1853 WL 5957 (1853) 260
Schonfeld v. Hilliard, 218 F.3d 164 C.A.2 (N.Y.) 2000. 184

Ohio

Daughetee v. Ohio Oil Co., 263 Ill. 518, 105 N.E. 308 (1914). 261

Oklahoma

Groendyke Transport, Inc. v. Merchant (1962 OK 32,
380 P.2d 682 (Okla. 1962). 260

Asiahakemisto

- Abstrakti vapaus 57
 Actor-network theory 558
 Amoraalisuus 142–143, 172
 Arvio korjaus- tai uudelleenhankinta-
 kustannuksesta 210–213
 Arvonlennus 226–228
 Arvonkorvaus 181, 183, 193
 Arvoteoria 33–38
Ausgleich-funktio 153, 156, 452

Besänftigung-funktio 452
 Biopolitiikka 63–64
 Brusiin, Otto 397, 485
 Bürgerliches Gesetzbuch 25, 28, 64, 153, 158,
 174

 Callon, Michel 89
 Civil recourse -teoria 534–535

 Damnum emergens 100–101
 DCF, ks. Discounted Cash Flow
 Deterrence-funktio 463–465
 Differenssioppi
 aineettoman vahingon korvaamisessa
 470–472
 asema 3–4, 7, 11, 75, 101, 104–122,
 126–127
 historia 100–102, 104–105
 kritiikki 121–123
 liikevahinkojen korvaamisessa 252–253
 matemaattinen representaatio 107
 tekniikkana 105–107, 110–122
 Discounted Cash Flow 360–361, 363
 Diskonttaus korkokanta 355–357
 Doux commerce-teesi 102

 Ekspressiivinen vahingonkorvaus 535
 Ennustusmenetelmät 358–364
 Esineiden identtisyys esinvahingon
 korvaamisessa 208–210

 Etiikka liikevahingon korvaamisessa 381–382
 Euroopan ihmisoikeussopimus 511–512
 Ewald, François 65–66, 424–427

 Fischer, Hans Albert 30, 72, 83, 92, 133
 Foucault, Michel 63–65, 168–170

 Geld muß man haben -periaate 325
 Genugtuung-funktio 452–453
 Governmentality-tutkimussuuntaus 59–60
 Group intelligence, ks. joukkoäly

 Habermas, Jürgen 49–54
 Hadley v. Baxendale 124–125, 140–141
 Hagerup Bull, E. 33–38, 53, 49–50
 Hallinnan mentaliteetti 59–60, 63–68
 Harrastusten korvaaminen 242–243
 Hemmo, Mika 181, 234, 282–289
 Henkilökohtainen koskemattomuus 501–507
 Henkilövahinko
 lääketieteellisen tiedon merkitys, 231–232
 määritelmä, 231–232
 Henkilövahinkoasiain neuvottelukunta
 404–406, 433–438, 489–490, 540–542
 Hintateoria 206–207
 Hirschman, Albert O. 102–103
 Hypoteettinen tapahtumakulku 122–123,
 126–131, 253, 256, 336–337, 342
 Hyvittävä oikeussuojakeino 512

 Id quod interest 100–101
 Ihmisarvo 491, 504–509, 515–518, 560
 Ihmiskäsitys 172, 477
 Inkommensurabiliteetti 388–389, 454–455,
 472–474
 Insurantal imaginary, ks. vakuutusvisio
 Intressi 34–36, 39, 93, 96–103, 141–146,
 266–268
 Intressipunninta 338–340

- Joukkoöly 443, 544–545
 Joukkotiedotusvälineissä syntyvät vahingot
 490, 522, 547–548
 Juridinen koodi 64–65
- Kampf gegen das Unrecht 156–157
 Karhu, Juha 56, 321–322, 341
 Kärsimyskorvaus
 arviointitekijät 519–521
 kärsimyskorvaus, eettinen ja moraalinen
 arviointi 514, 524–525
 kokemuksellisuus 514, 522, 538, 528
 perusoikeusloukkaus korvausaiheena 503,
 510, 512
 rangaistuksellisuus 516–517, 530–531
 rikosoikeudellisen arvioinnin merkitys 541
 vakavuusedellytys 501–504
 yhteisön vastuu 509–511
- Kauppiastoiminta 103
 Käyttöarvo 181–182, 204, 266–268
 Käyttöhyödyn korvaaminen 268–280
 Kipuun ja särkyyn vertautuva kärsimys
 395–396, 496–487, 489
 Kirjanpito 55, 110–122, 257–258, 263–264,
 296
 Kommodifikaatio 45, 278, 472
 Kontrafaktuaali
 negatiivinen 127
 positiivinen 127
 Korjauskustannukset
 korvattavat erät 206
 korvaustavan valinta 92–205
 Kuluttajajäljäämä 208–209
- Läheinen hoitajana 234, 239, 244
 Läheiskärsimys 486, 488
 Läpimarkkinaistuminen 565
 Laskentatoimi
 sisäinen 255, 262–266
 ulkoinen 263–264
 Latour, Bruno 7, 79–81, 106–107, 561
 Leesio 484–485
 Liikennevahinkolautakunta, 270–271, 386,
 402–407, 433–436
 Loss of a chance 369–371
 Loukkauksen vakavuus 502–507
 Lucrum cessans 100–101
 Lundstedt, V. A 151–157
- Maksukyvyttömyys 324–326
 Mataja, Victor 30, 84, 123, 133, 207
 Mielipahan korvaaminen 277–278
 Mol, Marianne 559–560
 Mommsen, Friedrich 83, 87, 97, 99–100,
 108–109, 133–134
 Myötävaikutus 382–384
- Normatiiviset valinnat 338–341, 372,
 567–568, 544–545
- Objektiiviset mittapuut
 aineeton vahinko 391
 käyttöhyöty 271, 279
 oman työn korvaaminen 213
 Ussingin teoria 38–43
 Objektisuus 11, 79–80, 141, 215, 393, 400,
 408
- Oikeusjärjestyksen kerrostuneisuus 557
 Oikeustaloustiede 164, 417, 447, 463,
 466–467, 469, 473, 532
 Oman työn korvaaminen 213–217
 Ontologiapolitiikka 219, 382, 479, 533, 558,
 560
- Pain, suffering and loss of amenities, ks.
 PSLA
- Paremmuusvähennys 221–226
 Perhe-elämän piiri 50–52
 Persson, Ulf 76, 108, 130, 139, 209, 267
 Perusoikeudet 310, 456, 503–505, 508–511
 Ponteva, Eero 412–414
 Porvarillinen talous 49–54
 Porvarillinen yhteiskuntakäsitys 50–55
 Presumptiivinen kontekstualismi 341–342
 Preventio
 aineettoman vahingonkorvaamisen
 justifikaationa 460–469
 vahingonkorvauksen justifikaatioperustana
 150–155
- Priorisointi 238–239
 PSLA 445
 Psykkinen henkilövahinko 398–399
 Puhdas varallisuusvahinko 24–25
 punitiiviset vahingonkorvaukset 168, 459,
 531–536
 Puuttumattomuusperiaate 61

Radin, Margaret Jane 454–455, 472–476

Raha

funktiot 555

käyttötavat 32, 149, 248, 409, 419, 425,
436, 478, 562

mittavälineenä 32, 85, 555

tekniikat, ks. rahan käyttötavat

Rajahyötyteoria, 48

Real Options -menetelmä 362–363

Retributiivinen vahingonkorvaus 535

Rihmasto 557–558

Sääntelylogiikka 56, 61–62, 67–68, 161–163

Sairaanhoitokulut, korvattavat erät 53, 199,
230–231, 237

Savigny, Friedrich Carl von 56, 70, 71, 555

Scheel, Hermann 22–33, 449

Schmerzengeld 451, 453, 462

Seksuaalinen itsemääräämisoikeus 483–484,
495–496

Serlachius, Allan 165–171

Sosiaalinen oikeus 65–66

Stang, Fredrik 105, 109, 128, 135–139

Subjektiviteetti 90

Symbolinen hyvitys 228, 475, 489, 540, 554

Taloudellinen elämänalue 49–55

Talouden verkostot 317–318, 320, 323–324,
373–379

Taloustiede talouden määrittelyssä 45–46

Täysi korvaus 3–4, 7, 77–78, 100, 135, 146,
233, 372

Terapeuttinen vahingonkorvaus 447

Teubner, Gunther 338, 374–378

Tilapäinen haitta

lääketieteellisen tiedon merkitys 393–407

määritelmä 393–410, 471–472

Toimijaidenteetti 62, 382

Tolonen, Hannu 565–566

Törkeä tuottamus 492, 501, 510–512

Tunnearvo 43, 92, 209, 218–220

Tunnistaminen ja tunnustaminen 6, 277,
280–281, 470–479, 538–539

UNIDROIT-periaatteet 364–365, 369

Ussing, Henry 23, 38–44, 154

Utiliteetti 417, 447, 475

Uudelleenhankintakustannukset

korvattavat erät 206–207

korvaustavan valinta 192–205

Vahingon siirtäminen 158–159

Vahingonkorvaus siviilioikeudellisena
instituuttina 159–160

Vahingon määritelmä 5–6

Vaihtoarvo

mitattavuus 78–82, 83–84

rajoitukset 90–91, 184

suhde ennallistamiseen 246–247

tekniikkana 85–89

totuutena 84–85

Vakuutusargumentti 417, 468

Vakuutusvisio 425–428

Vapaa-ajan korvaaminen 277–278

Vapaus, perinteisessä siviilioikeudessa 52–56

Varaushinta 185, 186, 218

Vastuunrajoitusehdot 278, 287, 357–358, 378

Vermögen 25, 71–72, 100, 555

Weber, Max 54–55, 257–258

Wergeld 74

Wilhelmsson, Thomas 245, 278, 380

Willing to accept 447, 467

Willing to pay 447, 466–468

Wirtschaft 71

WTA, ks. willing to accept

WTP, ks. willing to pay

Yhteensovittamattomuus-teesi, ks.

inkommensurabilititeetti

Zelizer, Viviana A. 410–420, 554, 562–566

Ökonomie 71

Väitöstutkimus on kattava selvitys vahingonkorvauksen määrän laskemisesta. Tutkimuksessa selvitetään, miten vahingonkorvauksen määrä lasketaan ja minkälaisia tekniikkoja vahingonkorvauksen määrän laskemisessa käytetään.

Tutkimuksen ensimmäisessä osassa tarkastellaan vahingonkorvausoikeuden perinteisiä lähtökohtia ja niille ominaisia rahan käyttämisen tapoja. Keskiöön nousevat ”vain taloudellinen vahinko on korvattava” ja ”kaikki tai ei mitään” -periaatteet ja perinteinen vaatimus siitä, että vahingonkorvauksen tulee olla moraalisesti neutraalia. Tarkastelun lopputuloksena on käsitys vahinkojen korvaamisen perinteisistä lähtökohdista. Vahingon korvauksessa etsitään vahingon objektista arvoa. Merkityksenanto perustuu markkinoiden metaforaan. Vahinko voidaan tunnistaa ja sen määrä laskea vain silloin, kun vahinko asettuu taloudellisen alueelle ja kun sille on lasketavissa neutraali ja luonnollinen määrä.

Tutkimuksen toinen osa on käytännönläheinen. Siinä käsitellään neljää päätilannetta: esineiden ja kehojen, liiketoiminnan häiriintymisen, tilapäisen haitan ja kärsimyksen korvaamista. Lähtökohtaoletuksena on, että täyden korvauksen, differenssiopin ja taloudellisen arvon varaan rakentuva perinteinen tapa hahmottaa vahingonkorvauksen määrän laskemista ei ole toimiva. Sen avulla ei voida vastata vahingonkorvauksen laskemisen käytännön ongelmiin. Tutkimuksessa teoreettinen lähtökohtakehys avataan. Normistoa tarkastellaan ilman tiukkoja, etukäteisiä sitoumuksia, joiden avulla normiston yksityiskohtia selitettäisiin.

Tulokset ovat osin yllättäviä. Esineiden ja kehojen kohtaamisissa vahingoissa korvaamisen tavoite on vahinkoa edeltäneen fyysisen olotilan palauttaminen. Vahingonkorvausta tuomitaan määrä, jolla esine tai keho voidaan korjata. Liikevahingossa korvauksen laskeminen rakentuu liiketoiminnan laskentainformaatiotulosten simuloimisen varaan. Vahingonkorvauksena tuomitaan määrä, jolla yritys voidaan saattaa laskentainformaation valossa arvioituna siihen asemaan, jossa se olisi ollut, jos vahinkotapahtumaa ei olisi koskaan sattunut. Tilapäistä haittaa ja kärsimystä korvatesa korvauksen tavoitteena on tunnistaa ja tunnustaa vahinkotapahtuma ja sen merkitys. Tilapäisessä haitassa viitekehys on ensi sijassa vakuutuksellinen ja lääketieteellinen. Kärsimyksessä viitekehys on yhteisön eettinen järjestys.

Tutkimus laajenee koskemaan myös rahaa. Kaikki neljä vahinkojen korvaamisen tekniikkamuodostelmaa edellyttävät taustalleen erilaisia rahakäsityksiä.

