

Timo Saranpää

NÄYTTÖENEMMYYSPERIAATE RIITA-ASIASSA

NÄYTTÖENEMMYYSPERIAATE RIITA-ASIASSA



SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 299

T i m o S a r a n p ä ä

Näyttöenenemmysperiaate riita-asiassa

Yliopistollinen väitöskirja, joka Lapin yliopiston oikeustieteiden tiedekunnan suostumuksella esitetään julkisesti tarkastettavaksi Lapin yliopiston luentosalissa 2, perjantaina 15.10.2010 klo 12.

WITH AN ENGLISH ABSTRACT

Tilausosoite

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki

p. (09) 6120 300

f. (09) 604 668

toimisto@lakimiesyhdistys.fi

www.lakimiesyhdistys.fi

Verkkokirjan ISBN 978-951-855-487-8

© 2010 Suomalainen Lakimiesyhdistys ja Timo Saranpää

ISSN-L 0356-7206

ISSN 0356-7206

ISBN 978-951-855-300-0

Taitto: Lapine Oy

Oy Nord Print Ab, Helsinki 2010

Esipuhe

Väitöskirjojen esipuheet laaditaan erään näkemyksen mukaan usein ”euforiaa lähentelevässä tilassa”. Oma olotilani on euforinen, mutta myös jossakin määrin hölmistynyt. Miten tässä näin pääsi käymään? Ketä on kiittäminen – tai syyttäminen?

Ensimmäisen kerran minua väitöskirjan tekoon kehotti äitini setä *Reino*. Lyhyt keskustelu käytiin lapsuudenkodissani Kauhajoella Rovaniemelle muuttoni aattona. Kuultuaan saamastani opiskelupaikasta Reino ilmoitti, että minun pitää pyrkiä sitten ”lakitieteen tohtoriksi”. Vastasin, jos oikein muistan, pitäväni tätä ”ilman muuta” tavoitteenani. Näin jälkikäteen voin tunnustaa, että vastaukseen vaikutti pikemminkin huumori, kuin vakaa aikomus jatkaa opintoja väitöskirjaan asti. Opintojen alussa suhtauduin juridiikan opiskelun mielekkyyteen ylipäänsä skeptisesti – mutta pian vauhtiin päästyäni tunsin, että olin tehnyt oikean valinnan lähtiessäni lukemaan oikeustiedettä. Siltä tuntuu vielä tässäkin vaiheessa.

Kiinnostuin jo valintakoevaiheessa prosessioikeudesta, jota koskevan artikkelin pääsykoekirjaan oli kirjoittanut professori *Jyrki Virolainen*. Pääsykoekäsiin valmistautuessani olin sattunut tutustumaan teokseen, jossa katsottiin, että hän on ”juristikunnan parhaita sanankäyttäjiä”. Vaikka en ollut juuri tutustunut muun juristikunnan tuotoksiin, saatoin helposti uskoa määritelmän paikkansa-pitävyyteen. Asia oli kiinnostavaa, ja artikkeli oli kirjoitettu ihailtavan selkeällä ja mielenkiintoisella tavalla. Koska pääsykoevaiheessa syttynyt kipinä säilyi ja jopa roihahti liekkiin perustutkintovaiheessa, oli luonnollista, että laadin aikanaan tutkielman juuri prosessioikeudesta.

Sitä vastoin väitöskirjan laatiminen prosessioikeudesta ei ollut yhtä luonnollista: päädyin lainkäytön assistentiksi sattumalta, kun po. virkaan viisivuotiskaudeksi valittu henkilö jätti viran pian valituksi tulemisensa jälkeen. Sattuma osoittautui onnekkaaksi, sillä kandidaattitutkielman, lisensiaattityön ja väitöskirjan kirjoittaminen Jyrkin ohjauksessa on ollut suuri etuoikeus. Olen saanut erinomaista opastusta ja neuvoja juridiseen tutkimustyöhön ja kirjoittamiseen, ja epätoivon hetkinäni myös rohkaisua ja kannustusta. Näiden asioiden merkitystä erityisesti väitöskirjaprosessissa ei voida yliarvioida, kuten ei sitäkään, että työnohjaaja on ohjattavansa ajatuksia kohtaan tarvittaessa myös terveen kriittinen. ”Joka vitsaa säästää, se oppilastaan vihaa”, voidaan sanoa. Jyrki on ollut ehdottoman tinkimätön ja rehellinen, eikä hän kelpo *Doktorvaterina* ole kainostellut ohjata tutkijaa myös kritiikin keinoin täsmentämään sumeaa ajattelua silloin, kun hän on nähnyt siihen aihetta. Kiitos, Jyrki, ystävydestäsi, kai-

kesta väitöskirjatyöni eteen näkemästäsi vaivasta sekä siitä, että olet suostunut väitöstilaisuuteni kustokseksi!

Myös professori *Juha Karhun* myötävaikutus väitöskirjan valmistumiseen on ollut merkittävä. Syystä, jota en vieläkään osaa täysin selittää, olin jo perustutkintovaiheessa keksinyt haluavani suorittaa jatkotutkimnon. Kun olin kertonut aikeistani Juhalle hänen vastaanotollaan, Juha ilmoitti seuraavan kerran tavatessamme, että minulla olisi ”aihetta valmistua”, sillä työ hänen johtamassaan tutkimusprojektissa alkaisi muutaman kuukauden päästä. No, mikäs siinä auttoi. Tein viimeiset puuttuvat tentit, ja valmistuin sovituksi päiväksi. Lisen-siaattityön kirjoittaminen immateriaalioikeudesta sittemmin jäi, kun siirryin lainkäytön assistentiksi, mutta keskusteluyhteys Juhan kanssa on pysynyt ja parantunut. Juha on neuvonut ja opastanut minua paitsi oikeustieteellisessä tutkimuksessa, myös monessa muussa asiassa. Juhan oikeudellinen ja muu yleisivistys on suorastaan hämmästyttävän laaja. Sitä vastoin biljardin pelaajana Juha näyttää olevan tavallisen kuolevaisen tasolla; tosin ”sokea kana löytää jyviä” niin epäilyttävän usein, että uskon Juhalla olevan piiloteltuja kykyjä tuosakin lajissa. Kiitos, Juha!

Väitöskirjani esitarkastajina ovat toimineet professori *Antti Jokela* ja professori *Johanna Niemi*, jotka ovat suorittaneet työnsä ripeästi ja asiantuntevasti. Heidän käsikirjoituksestani tekemänsä huomautukset ovat olleet tarkkanäköisiä ja hyödyllisiä – jos kohta myös työläitä. Molemmille esitarkastajille tahdon lausua suuret ja nöyrät kiitokset vaivannäöstä sekä käsikirjoitusta koskeneista kommenteista, ja professori Jokelalle vielä erikseen siitä, että hän on ystävällisesti suostunut toimimaan vastaväittäjänä.

Tutkimustyö on varsin yksinäistä puuhaa. Se näyttäisi muistuttavan joiltakin osin runoilijan työtä, ainakin jos on uskomisen *Pentti Saarikoskea*, joka on luonnehtinut työtään seuraavasti: ”juttelin kauan sitten kuolleiden miesten kanssa, se oli minun työni”. Tutkimustyötä tosin helpottaa olennaisesti, jos asioista voi keskustella myös elävien ihmisten kanssa – aivan erityisesti sellaisten, jotka ovat itse samassa jamassa. Tärkein keskustelukumppanini kohtalotovereiden joukossa on ollut OTK, VT *Mikko Marttila*, johon tutustuin jo opintojeni alkuvaiheessa. Huomasin pian, että meitä yhdisti moni asia, kuten kiinnostus oikeustieteeseen ja pakkomielteisen vimmainen taipumus hamstrata ammattikirjallisuutta. Eipä olekaan ihme, että olemme usein päätyneet vähän eri teitä samoilte laitureille: ensin prosessioikeuden tutkielmanprojektiin, ja myöhemmin lainkäytön assistenttuurin vuoroittaisen hoitamisen kautta tutkijakouluun. Vaikka Mikko on muuttanut Jyväskylään, yhteydenpito jatkuu. Mikon kanssa käytyjä keskusteluja, koskivatpa ne sitten oikeustiedettä tai mitä tahansa muuta asiaa, on usein sävyttänyt veikeä ”tutkijahuumori”. Nuoremmista tutkijakollegoista kiitän OTK, KM *Ilari Hovilaa*, joka on käynyt kanssani paitsi oikeustieteellisiä keskusteluja, myös kuntosalilla ja lenkillä. Kiitän myös OTK, VT *Henna Pajulammea*, joka on paitsi perehtynyt kriittisen oikeuspositivismiin

teoriaan ja käynyt siitä kanssani keskusteluita, myös eteläpohjalainen, mikä piirre on jo itsessään kiittämisen arvoinen.

Kiitän myös muuta Lapin yliopiston oikeustieteiden tiedekunnan henkilökuntaa. Erikseen on mainittava rikos- ja prosessioikeuden yliassistentti, OTT, VT *Minna Kimpimäki*, jonka kanssa yhteistyö on ollut aina joustavaa. Kaikki tiedekunnan dekaanit – joita ovat väitöskirjaprosessini aikana olleet professorit *Ahti Saarenpää*, *Ari Huhtamäki*, *Esko Linnakangas*, *Ilkka Saraviita* ja *Matti Niemivuo* –, samoin kuin tiedekunnan hallintopäällikkö *Markku Vartiainen*, ovat suhtautuneet tutkimustyöhöni myötämielisesti ja sitä eri tavoin tukeneet, mistä lausun kiitokseni. Kiitoksen ansaitsevat myös professorit *Kimmo Nuotio* ja *Veli-Pekka Viljanen*, jotka *Oikeus muuttuvassa maailmassa* -tutkijakoulun johtajana ja varajohtajana ovat olleet luomassa edellytyksiä tutkimustyöhön keskittymiselle; molemmat olivat myös valitsemassa minua tutkijakouluun. Kiitän myös Lapin yliopiston kirjaston henkilökuntaa erinomaisesta palvelusta näinä vuosina.

Muistan erityisellä kiitollisuudella *Ari Huhtamäen* viisasta neuvoa hakeutua yliopistotyön ohella käytännön työhön. Tämä neuvo on sittemmin avartanut paitsi maailmankatsomustani, myös ajatuksiani oikeustieteen harjoittamisesta. Kiitän asianajaja *Ilkka Ikäheimoa* siitä, että hän aikanaan otti minut sivutoimiseksi lakimieheksi asianajajatoimistoonsa. Kiitos, *Ilkka*, myös käymistämme keskusteluista! Myös Rovaniemen asianajajakunta ansaitsee kollektiivisen kiitoksen. Kiitän Lapin käräjäoikeuden Rovaniemen kanslian henkilökuntaa auskultointivuoden aikana saamistani kokemuksista. Olen erityisen kiitollinen siitä, miten lainkäyttöhenkilökunnan jäsenet omien kiireidensäkin keskellä kävivät kanssani keskusteluita erilaisista lainsoveltamiskysymyksistä ja myös muista asioista – tutkijaa viehätti tuomarikunnan korkeatasoisen juridisen osaamisen lisäksi kovasti myös se, miten mielenkiintoisia oikeusongelmia tuomarin työn arjessa näytti ajankohtaistuvan.

Työtäni ovat suopeasti apurahoin tukeneet *Oikeustieteen tutkimussäätiö*, *Inkeri Kanteleen säätiö*, *Suomen Kulttuurirahaston Lapin rahasto*, *Maaliskuun 25. päivän säätiö* sekä *Suomalainen Lakimiesyhdistys*, mistä lausun parhaimmat kiitokseni.

Suomalainen Lakimiesyhdistys on ottanut kirjani julkaistavakseen arvostetussa kirjasarjassaan. Kustannustoimittaja, FM *Pipsa Kostamo* on kesän helteisinä kuukausinakin toiminut tehokkaasti ja ammattitaitoisesti saattaakseen käsikirjoitukseni painokuntoon. Tutkimukseni tiivistelmän kääntämisestä englanniksi on huolehtinut lehtori, FM *Richard Foley*. Kaikille edellä mainituille esitän suuret kiitokseni!

Näin lopuksi on tärkeimpien kiitosten aika – ja sen välihuomautuksen, että edellä mainitusta avun runsaudesta huolimatta vastuun tekstinsä mahdollisista virheistä ja puutteista kantaa yksin kirjoittaja. Joten niistä on syyttämisen yksin minua. Kiitän vanhempiani *Sirkkaa* ja *Juhania*, jotka ovat aina kannustaneet

minua opin tiellä sekä kaikissa muissakin asioissa. Kiitos, Äiti ja Isä, aivan kaikesta! Tässä vaiheessa, kun väitöskirja on menossa painoon, olo on paitsi euforinen ja hölmistynyt, myös vähän haikea. Vuosien työ on pian takana – ja käsi- kirjoitus täytyy päästää käsistä. En olisi koskaan päässyt tähän vaiheeseen ilman *Annea*, joka on kärsivällisesti ja ymmärtäväisesti tukenut minua tällä matkalla, ja jakanut myötä- ja vastoinikäymiseni jo useita vuosia ennen kuin viime vuonna nimenomaisesti lupautui siihen. Tärkeämpää kuin tulla ”lakitieteen tohtoria” vastaavaksi oikeustieteen tohtoriksi, on sittenkin ollut tulla Annen ystävästä ensin poikaystäväksi, sitten kihlatuksi, ja lopulta aviomieheksi – ja pian myös lapsen isäksi. Haluan omistaa tämän työn perheelleni.

Rovaniemellä 23.8.2010

Timo Saranpää

Sisällys

ESIPUHE	V
SISÄLLYS	IX
LÄHTEET.....	XV
LYHENTEET	XXXIX
1 JOHDANTO	1
1.1 Tutkimuksen tavoite, metodi ja suhde aikaisempaan tutkimukseen	1
1.2 Tutkimuksen rajaukset ja rakenne	11
2 OIKEUS- JA TOSISEIKKAKYSYMYS TUOMIOSSA	17
2.1 Lähtökohtia.....	17
2.2 Todistusoikeudellisista normeista	22
2.3 Totuudesta oikeudenkäynnissä	24
2.4 Näytön arviointi – totuudesta todennäköisyyksiin.....	30
2.5 Todistusoikeudellisten ja aineellisoikeudellisten normien eroista.....	32
3 TODISTELUN TARPEELLISUUDESTA DISPOSITIIVISESSA RIITA-ASIASSA	39
3.1 Todistelun tarpeen yleisistä edellytyksistä	39
3.1.1 Yleinen notorisuus	40
3.1.2 Tuomioistuinnotorisuus.....	42
3.1.3 Tunnustamisesta ja myöntämisestä	46
3.2 Väittämistaakan merkityksestä.....	50
3.2.1 Johdatus aiheeseen	50
3.2.2 Väittämistaakan kohde oikeudenkäyntiaineistossa....	55
3.2.3 Väittämistaakan jakautuminen asianosaisten välillä..	60
3.2.3.1 Kantajan väittämistaakka	60
3.2.3.2 Vastaajan väittämistaakasta	72
3.2.3.3 Suksessiivisen relevanssin periaate ja väittämistaakan jako	77
3.2.4 Väittämistaakka ja tuomioistuimen aineellinen prosessinjohto	80
3.2.4.1 Johdatus aiheeseen	80
3.2.4.2 Liberalistinen ja sosiaalinen prosessikäsitys	82

3.2.4.3	Aineellisen prosessinjohton tyyppitapauksista	85
3.2.5	Väittämistaakka ja todistelu	91
3.2.5.1	Väittämistaakasta ja todistustaakasta	91
3.2.5.2	Väittämistaakka ja käännetty todistustaakka	92
3.2.5.3	Väittämistaakka ja todistusteema	99
3.2.5.4	Todistusteeman muotoilemisesta	103
4	NÄYTÖN RIITTÄVYYSARVIOINNISTA	109
4.1	Johdatus aiheeseen	109
4.1.1	Intuitiosta todistusharkinnassa	112
4.1.2	Näyttökynnys todistusharkintateorioissa: esimerkkinä hypoteesimetodi	113
4.2	Kriittinen oikeuspositivismi tutkimuksen teoreettisena viitekehyksenä	116
4.2.1	Johdatus kriittisen oikeuspositivismin teoriaan	116
4.2.2	Näyttökysymykset ja kriittinen oikeuspositivismi	120
4.3	Mielivaltaisen ratkaisutoiminnan kielto todistusoikeuden historiassa	122
4.3.1	Muodollinen todistusteoria	122
4.3.2	Legaalinen todistusteoria	123
4.3.3	Vapaa todistusteoria	125
4.4	Näytön arviointi prosessioikeudellisissa tutkimussuuntauksissa	128
4.4.1	Johdatus aiheeseen	128
4.4.2	Prosessioikeudelliset tutkimustraditiot pääpiirteissään	131
5	VAKUUTTUMISMALLI	135
5.1	Johdatus aiheeseen	135
5.2	Näyttökynnys ja todistustaakkanormit vakuuttumismallissa ...	137
5.3	Täyden näytön määritelmän kritiikki	139
6	TODENNÄKÖISYYSMALLI	143
6.1	Johdatus aiheeseen	143
6.2	Siviiliprosessin funktiot ja todistusharkintamenetelmät	145
6.3	Ohjausteoria ja skandinaavinen realismi	146
6.3.1	Karl Olivecronan todistustaakkaoppi	147
6.3.2	Per Olof Ekelöfin todistusoikeudellisesta ajattelusta ...	152
6.4	Ohjausteorian mukainen näyttökynnys	154

6.4.1	Näyttökynnyksen perusteleminen talouselämän toimivuudella	154
6.4.2	Ohjausteoria, näkökohtia pro & contra	156
6.4.3	Näyttökynnys näytön riittävyysarvioinnissa	158
6.4.3.1	Todistusarvometodi ohjausteorian sovellutuksena	158
6.4.3.2	Todistusaineiston kokonaisnäyttöarvo ja näytön riittävyys	161
6.4.3.3	Todistusarvometodin kritiikistä	165
6.5	Teemametodi ja konfliktinratkaisufunktio	170
6.5.1	Teemametodin ja todistusarvometodin yhtäläisyyksistä ja eroista	171
6.5.2	Teemametodi ja näyttöenemmyysperiaate	176
6.5.3	Näyttöenemmyysperiaate Ruotsissa	177
6.5.3.1	Näyttöenemmyysperiaate Ruotsin oikeuskirjallisuudessa	177
6.5.3.2	Näyttöenemmyysperiaate Ruotsin oikeuskäytännössä	179
6.5.4	Näyttöenemmyysperiaate Norjassa	184
6.5.4.1	Näyttöenemmyysperiaate Norjan oikeuskirjallisuudessa	184
6.5.4.2	Näyttöenemmyysperiaate Norjan oikeuskäytännössä	187
6.5.5	Näyttöenemmyysperiaate Ruotsissa ja Norjassa – yhteenveto	193
6.6	Todennäköisyysmallin ongelmat	196
6.6.1	Todistusharkintamenetelmät heuristisina apuvälineinä	196
6.6.2	Todistusharkintamenetelmät tuomion perustelemissa	201
7	TODENNÄKÖISYYSMALLIN VAIHTOEHDOSTA – KOLMAS AALTO	203
7.1	Henrik Zählen normatiiviteoria	203
7.2	Hannu Tapani Klamin tutkijaryhmän rationaalinen näyttökynnysteoria	207
7.3	Bengt Lindellin normisidonnainen todistusharkintateoria	210
7.4	Lars Heumanin todistustaakka- ja näyttökynnysteoria	214
7.5	Yhteenveto näytön arvioinnin teorioista	218
7.5.1	Näyttökynnys ja mielivaltaisen ratkaisutoiminnan kielto	218

7.5.2	Todistusoikeudelliset teorit ja prosessioikeustutkimuksen perinteet	220
8	NÄYTTÖENEMMYYS	
	NORMAALINÄYTTÖKYNNYKSENÄ?	227
8.1	Näyttöenemmyysperiaate – miten?	228
8.1.1	Todistustaakkanormit ja näyttöenemmyysperiaate	228
8.1.1.1	Todistustaakkanormit oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa	228
8.1.1.2	Näyttöenemmyysperiaate ei tarkoita todistustaakkanormeista luopumista	231
8.1.1.3	Todistustaakkanormeista näytön riittävyysarvioinnissa	233
8.1.1.4	Millaisesta ”todennäköisyydestä” näytön arvioinnissa on kysymys?	234
8.2	Asianajajan juttuteoriasta	238
8.3	Näyttöenemmyysperiaate tuomarin näkökulmasta	241
8.3.1	Kontestikertomukset näytön arvioinnissa	241
8.3.2	Näyttöenemmyysperiaate todistusaineiston selittämisenä	243
8.3.2.1	Yksittäisen todistustositseikan näyttöarvon määrittäminen	247
8.3.2.2	Todistusaineiston kokonaisnäyttöarvosta päättäminen	255
8.4	Miksi näyttöenemmyysperiaate?	260
8.4.1	Näyttöenemmyysperiaate lisää oikeusvarmuutta	260
8.4.2	Näyttöenemmyysperiaate ja lainsäädäntö	262
8.4.3	Näyttöenemmyysperiaate on asianosaisneutraali vaihtoehto	263
8.5	Näyttöenemmyysperiaatteen contra-argumenteista	265
8.5.1	Näyttöenemmyysperiaate johtaa todistustaakasta luopumiseen?	266
8.5.1.1	Näyttöenemmyysperiaate ja OK 17:1.1	266
8.5.1.2	Todistustaakkanormit ja ratkaisutoiminnan ennakoitavuus	269
8.5.2	Näyttöenemmyysperiaate johtaa tuomioiden perustumiseen ”heikoimpaan mahdolliseen näyttöön”	270
8.5.2.1	Näyttöenemmyysperiaate ja todistusaineiston kattavuus	272
8.5.2.2	Todistusaineiston kattavuus systeemiominaisuutena	274

8.5.2.3	Todistusaineiston kattavuus täystutkintaisessa riita-asiassa	275
8.5.3	Näyttöenemmyysperiaate johtaa tarpeettomiin muutoksenhakuihin	277
8.6	Milloin näyttöenemmyysperiaatetta ei voida soveltaa?	280
8.6.1	Näyttöenemmyysperiaate ja näyttökynnyksilmaukset	281
8.6.2	Näyttöenemmyysperiaate ja oikeusperiaatteiden punninta	286
9	TUTKIMUKSEN YHTEENVETO JA JOHTOPÄÄTÖKSET	291
	ABSTRACT	295
	OIKEUSTAPAUSHAKEMISTO	299
	ASIAHAKEMISTO	301

Lähteet

OIKEUSKIRJALLISUUS

- Aarnio, Aulis*: Laintulkinnan teoria. Lakimiesliiton kustannus. WSOY. Helsinki 1989. (*Aarnio 1989*)
- Aarnio, Aulis*: Oikeussäännösten systematisointi ja tulkinta, teoksessa Häyhä, Juha (toim.): Minun metodini, s. 35–56. WSLT. Helsinki 1997. (*Aarnio 1997*)
- Aarnio, Aulis*: Tulkinnan taito. Ajatuksia oikeudesta, oikeustieteestä ja yhteiskunnasta. WSOY. Helsinki 2006. (*Aarnio 2006*)
- Aarnio, Aulis – Kangas, Urpo*: Suomen jäämistöoikeus 2. Testamenttioikeus. 4. uud. l. Talentum. Helsinki 2008. (*Aarnio – Kangas 2008*)
- Aer, Janne*: Tuomioistuimen selvittämismäärä ja suullinen käsittely hallintoprosessissa. Defensor Legis 2009, s. 761–774. (*Aer DL 2009*)
- Agell, Anders*: Orsaksrekvisit och beviskrav i skadeståndsrätten, teoksessa Hessler, Henrik (red.): Festskrift till Per Olof Ekelöf, s. 1–37. Norstedt. Stockholm 1972. (*Agell FS Ekelöf*)
- Agell, Anders*: Om presumtionsansvar vid skada på omhänderthavd egendom, teoksessa Håstad, Torgny (red.): Festskrift till Henrik Hessler, s. 1–30. Norstedt. Stockholm 1985. (*Agell FS Hessler*)
- Ahtela, Karoliina – Bruun, Niklas – Koskinen, Pirkko K. – Nummijärvi, Anja – Saloheimo, Jorma*: Tasa-arvo ja yhdenvertaisuus. Talentum. Helsinki 2006. (*Ahtela – Bruun – Koskinen – Nummijärvi – Saloheimo 2006*)
- Alkio, Paavo*: Kirja-arvostelu teoksesta Tirkkonen, Tauno: Uusi todistuslainsäädäntö. Lakimies 1949, s. 557–562. (*Alkio LM 1949*)
- Anderson, Terence – Schum, David – Twining, William*: Analysis of Evidence. 2nd Edition. Cambridge University Press. Cambridge 2005. (*Anderson – Schum – Twining 2005*)
- Andström, Kristina*: Asiakirjan esittämismäärästä riita-asian oikeudenkäynnissä. Defensor Legis 1997, s. 241–252. (*Andström DL 1997*)
- Arti, Armas*: Vahingonkorvauslaki. Karisto. Hämeenlinna 1981. (*Arti 1981*)
- Aurejärvi, Erkki*: Takaos. Conductio. Helsinki 2001. (*Aurejärvi 2001*)
- Aurejärvi, Erkki – Hemmo, Mika*: Luotto-oikeuden perusteet. Talentum. Helsinki 2004. (*Aurejärvi – Hemmo 2004*)
- Aurejärvi, Erkki – Hemmo, Mika*: Velvoiteoikeuden oppikirja. 3. p. Editat. Helsinki 2007. (*Aurejärvi – Hemmo 2007*)
- Axberger, Hans-Gunnar – Menten, Feryal – Palmgren Goodhe, Karin – Västberg, Jens*: Felaktigt dömda. Juridisk Tidskrift vid Stockholms Universitet, nr 4/2006-07, s. 975–993. (*Axberger – Menten – Palmgren Goodhe – Västberg JT 2006/2007*)
- Backman, Eero*: Huomioita hätävarjelusta ja todistustaakan jaosta hätävarjeluasioissa, teoksessa Männistö, Jarkko (toim.): Prosessioikeudellisia erityiskysymyksiä. Juhlajulkaisu Antti Jokela 26.1.2005, s. 3–10. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja, A-sarja, N:o 14. Turku 2004. (*Backman JJ Jokela*)
- Baumgärtel, Gottfried*: Beweislastpraxis im Privatrecht. Die Schwierigkeiten der Beweislastverteilung und die Möglichkeiten ihrer Überwindung. Heymann. Köln 1996. (*Baumgärtel 1996*)
- Bayles, Michael D.*: Procedural Justice. Allocating to Individuals. Kluwer. Dordrecht 1990. (*Bayles 1990*)

- Bennett, W. Lance – Feldman, Martha S.: *Reconstructing Reality in the Courtroom*. Tavistock Publications. London 1981. (*Bennett – Feldman 1981*)
- Björk, Stefan: Högsta domstolen argumenterar. En analys av argument i domskälen i det så kallade Kontrast U-målet. Lund Monographs in Practical Philosophy 6. Stockholm 1988. (*Björk 1988*)
- Bolding, Per Olof: Bevisbördan och den juridiska tekniken. Uppsala 1951. (*Bolding 1951*)
- Bolding, Per Olof: Har försäkringsfallet inträffat? Några synpunkter på en bevisfråga. Försäkringsjuridiska Föreningens Publikation Nr 8. Försäkringsjuridiska föreningen. Stockholm 1952. (*Bolding 1952*)
- Bolding, Per Olof: Aspects of the Burden of Proof, teoksessa *Scandinavian Studies in Law*, 1960:4, s. 9–27, Stockholm Institute for Scandinavian Law. Stockholm 1960. (*Bolding SSL 1960*)
- Bolding, Per Olof: Bevisvärdering och domskäl. Tidskrift utgiven av den Juridiska Föreningen i Finland 1966, s. 63–77. (*Bolding JFT 1966*)
- Bolding, Per Olof: Bevisprövning utan sannolikhetsuppskattning? Tidskrift for Rettsvitenskap 1978, s. 530–539. (*Bolding TjR 1978*)
- Bolding, Per Olof: Bevisbörda och beviskrav. Skrifter utgivna av Juridiska Föreningen i Lund, Nr 61. Acta Societatis Juridicae Lundensis. Juridiska Föreningen i Lund. Lund 1983. (*Bolding 1983*)
- Bolding, Per Olof: Osannolikhet eller ovisshet? En fråga om behandlingen av alternativhypotesen vid bevisvärdering. Svensk Juristtidning 1988, s. 606–609. (*Bolding SvJT 1988*)
- Bolding, Per Olof: Går det att bevisa? Perspektiv på domstolsprocessen. Norstedt. Stockholm 1989. (*Bolding 1989*)
- Bolding, Per Olof: Beviskravet, teoksessa Klami, Hannu Tapani (red.): Rätt och sanning. Ett bevis-teoretiskt symposium i Uppsala 26–27 maj 1989, s. 106–112. Skrifter från Juridiska Fakulteten i Uppsala 30. Iustus Förlag. Uppsala 1990. (*Bolding RS 1990*)
- Boman, Robert: Åberopsbörda i bilmål. Svensk Juristtidning 1960, s. 387–419. (*Boman SvJT 1960*)
- Boman, Robert: Om åberopande och åberopsbörda i dispositiva tvistemål. Norstedt. Stockholm 1964. (*Boman 1964*)
- Boman, Robert: Om mellandom och omröstning om omständigheter, teoksessa Höglund, Olle et al. (red.): Festskrift till Lars Welamson, s. 79–99. Norstedt. Stockholm 1988. (*Boman FS Welamson*)
- Boman, Robert: Om sakfrågor och rättsfrågor. Tidskrift for Retsvitenskap 1988, s. 411–433. (*Boman TjR 1988*)
- Boman, Robert: Bevisbördan, teoksessa Klami, Hannu Tapani (red.): Rätt och sanning. Ett bevis-teoretiskt symposium i Uppsala 26–27 maj 1989, s. 113–117. Skrifter från Juridiska Fakulteten i Uppsala 30. Iustus Förlag. Uppsala 1990. (*Boman RS 1990*)
- Boman, Robert: Ett rättsfall om bevisbördan (NJA 1976 s. 667), teoksessa Heuman, Lars (red.): Festskrift till Per Olof Bolding, s. 49–56. Juristförlaget. Stockholm 1992. (*Boman FS Bolding*)
- Boman, Robert: Bevisbörda och civilrätt, teoksessa Agell, Anders et al. (red.): Festskrift till Bertil Bengtsson, s. 63–72. Nerenius & Santérus. Stockholm 1993. (*Boman FS Bengtsson*)
- Brun, Hans – Diesen, Christian – Olsson, Thomas: Bevispraxis. Bevis 5. Svensk bevispraxis 1948–1999. Norstedts Juridik. Stockholm 2000. (*Brun – Diesen – Olsson 2000*)
- Carlson, Bror Clas: Eduskunnan lakivaliokunnalle osoitettu asiantuntijalausunto, joka liittyy asiaan LaVM 12/1947 vp. Päivätty Helsingissä maaliskuussa 1946. (*Carlson 1946*)
- Carlson, Bror Clas: En bevisbördelära. Anmärkningar i andledning av dr Jouko Halilas bok To-distustaakan jaosta Tidskrift utgiven av den Juridiska Föreningen i Finland 1956, s. 299–313. (*Carlson JFT 1956*)

- Cars, Thorsten*: Aktuella spörsmål. Åberopsbördan i bilmål. Svensk Juristtidning 1960, s. 697–698. (*Cars SvJT 1960*)
- Cohen, L. Jonathan*: The Probable and the Provable. Clarendon Press. Oxford 1977. (*Cohen 1977*)
- Cohen, L. Jonathan*: Freedom of Proof, teoksessa Twining, William (ed.): Facts in Law, s. 1–21. Association for Legal and Social Philosophy. Ninth annual conference at Hatfield College, University of Durham, 2nd–4th April 1982. Franz Steiner. Wiesbaden 1983. (*Cohen 1983*)
- Dahlman, Christian*: Konkurrerande culpakriterier. Studentlitteratur. Lund 2000. (*Dahlman 2000*)
- Diesen, Christian*: Utevarohandläggning och bevisprövning i brottmål. Juristförlaget. Stockholm 1993. (*Diesen 1993*)
- Diesen, Christian*: Lekmän som domare. Norstedts Juridik. Stockholm 1996. (*Diesen 1996*)
- Diesen, Christian*: Grunderna för bevisvärdering, teoksessa Björkman, Johanna – Diesen, Christian – Forssman, Fredrik – Jonsson, Peter: Bevis. Värdering av erkännande, konfrontationer, DNA och andra enstaka bevis, s. 13–81. Norstedts Juridik. Stockholm 1997. (*Diesen 1997*)
- Diesen, Christian*: Beviskravet i dispositiva tvistemål, teoksessa Diesen, Christian – Karanikas, Mikael – Nelker, Louise – Wastesson, Mathias: Bevis 4. Prövning av skadestånd, s. 79–125. Norstedts Juridik. Stockholm 1999. (*Diesen 1999*)
- Diesen, Christian*: Beyond Reasonable Doubt. Standard of Proof and Evaluation of Evidence in Criminal Cases, teoksessa Scandinavian Studies of Law, 2000:40, s. 169–180. Stockholm Institute for Scandinavian Law. Stockholm 2000. (*Diesen SSL 2000*)
- Diesen, Christian*: Bevisprövning i brottmål. 3. uppl. Norstedts Juridik. Stockholm 2002. (*Diesen 2002*)
- Diesen, Christian*: Ledande frågor – processens essens eller gissel?, teoksessa Andersson, Torbjörn – Lindell, Bengt (red.): Festskrift till Per Henrik Lindblom, s. 93–107. Iustus. Uppsala 2004. (*Diesen FS Lindblom*)
- Dige, Palle Hvass*: Bevis i kontraktsforhold. En undersøgelse og kritisk vurdering af de bevisbyreregler, som dansk ret anvender i kontraktsforhold. Ejnar Munksgaard. København 1945. (*Dige 1945*)
- Ebervall, Lena*: Försvarens roll. Ideologier och gällande rätt. Norstedts Juridik. Stockholm 2002. (*Ebervall 2002*)
- Eckhoff, Torstein*: Tvilsrisikoen (Bevisbyrden). Johan Grundt Tanum. Oslo 1943. (*Eckhoff 1943*)
- Eckhoff, Torstein*: Noen ord om bevisbyrde og bevisbyrde teorier. Tidsskrift for Rettsvitenskap 1949, s. 298–320. (*Eckhoff TjR 1949*)
- Eckhoff, Torstein*: En bok om bevisbyrden – og noen refleksjoner om rettsanvendelse, bevisbedømmelse og gestaltpsykologi. Tidsskrift for Rettsvitenskap 1952, s. 28–37. (*Eckhoff TjR 1952*)
- Eckhoff, Torstein*: Sivilprosess. Oslo 1962. (*Eckhoff SP*)
- Eckhoff, Torstein*: Treholt-saken. Kritisk Juss 1987:3, s. 3–18. (*Eckhoff KJ 1987*)
- Eckhoff, Torstein*: Bevisbedømmelsen i Treholt-saken. Lov og Rett 1988, s. 619–638. (*Eckhoff LoR 1988*)
- Eckhoff, Torstein*: Temametode eller verdimetode i bevisvurdering. Svensk Juristtidning 1988, s. 321–339. (*Eckhoff SvJT 1988*)
- Eckhoff, Torstein*: Temametode og bevisverdimetode på ny, teoksessa Heuman, Lars (red.): Festskrift till Per Olof Bolding, s. 85–103. Juristförlaget. Stockholm 1992. (*Eckhoff FS Bolding*)
- Edelstam, Henrik*: Sakkunnigbeviset. En studie rörande användningen av experter inom rättsväsendet. Skrifter från Juridiska Fakulteten i Uppsala, 37. Iustus. Uppsala 1991. (*Edelstam 1991*)
- Ekelöf, Per Olof*: Samhällsåskådning och civilprocess. Svensk Juristtidning 1941, s. 106–141. (*Ekelöf SvJT 1941*)
- Ekelöf, Per Olof*: Bevisvärde, tillräckligt bevis och bevisbörla, teoksessa Festskrift tillägnad Vilhelm Lundstedt, s. 1–17. Uppsala universitets årsskrift; 1947:6. Uppsala 1947. (*Ekelöf FS Lundstedt*)

- Ekelöf, Per Olof*: Anmälan av Per Olof Bolding: Bevisbördan och den juridiska tekniken. Svensk Juristtidning 1952, s. 216–231. (*Ekelöf SvJT 1952*)
- Ekelöf, Per Olof*: Kompendium över civilprocessen. Del 2. 2. omarb. uppl. Juridiska Föreningen. Uppsala 1952. (*Ekelöf CP II*)
- Ekelöf, Per Olof*: Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper. Några problem inom den allmänna processrättsläran. Norstedt & Söners. Stockholm 1956. (*Ekelöf 1956*)
- Ekelöf, Per Olof*: Free Evaluation of Evidence, teoksessa Scandinavian Studies in Law, 1964:8, s. 45–66, Stockholm Institute for Scandinavian Law. (*Ekelöf SSL 1964*)
- Ekelöf, Per Olof*: Materiell processledning och medling. Svensk Juristtidning 1979, s. 546–567. (*Ekelöf SvJT 1979*)
- Ekelöf, Per Olof*: Beweiswert, teoksessa Grunsky, Wolfgang et al. (hrsg.): Festschrift für Fritz Baur, s. 343–363. Tübingen. Mohr 1981. (*Ekelöf FS Baur*)
- Ekelöf, Per Olof*: Civilrätt och civilrättskipning, teoksessa Bernitz, Ulf et al. (red.): Festschrift till Jan Hellner, s. 229–252. P. A. Norstedt & Söners. Stockholm 1984. (*Ekelöf FS Hellner*)
- Ekelöf, Per Olof*: Bevisvärde. Filosofisk Tidskrift 1988:3, s. 1–19. (*Ekelöf FT 1988*)
- Ekelöf, Per Olof*: Samhällsaskådning och civilprocess – än en gång, teoksessa Höglund, Olle et al. (red.): Festschrift till Lars Welamson, s. 119–135. Norstedts Förlag. Malmö 1988. (*Ekelöf FS Welamson*)
- Ekelöf, Per Olof*: Bevisvärdemodellen kontra bevistemamodellen. Svensk Juristtidning 1989, s. 26–38. (*Ekelöf SvJT 1989*)
- Ekelöf, Per Olof*: Kommentarer till diskussionen kring bevisvärdemodellen och temamodellen, teoksessa Klami, Hannu Tapani (red.): Rätt och sanning. Ett bevisteteorietiskt symposium i Uppsala 26–27 maj 1989, s. 55–66. Skrifter från Juridiska Fakulteten i Uppsala 30. Iustus Förlag. Uppsala 1990. (*Ekelöf RS 1990a*)
- Ekelöf, Per Olof*: Om värdering av strukturala bevis, teoksessa Klami, Hannu Tapani (red.): Rätt och sanning. Ett bevisteteorietiskt symposium i Uppsala 26–27 maj 1989, s. 22–30. Skrifter från Juridiska Fakulteten i Uppsala 30. Iustus Förlag. Uppsala 1990. (*Ekelöf RS 1990b*)
- Ekelöf, Per Olof – Edelstam, Henrik*: Rättegång. Första häftet. 8 uppl. Norstedts Juridik. Stockholm 2002. (*Ekelöf – Edelstam I*)
- Ekelöf, Per Olof – Boman, Robert*: Rättegång. Andra häftet. 8. bearb. uppl. Norstedts Juridik. Stockholm 2007. (*Ekelöf – Boman II*)
- Ekelöf, Per Olof – Bylund, Torleif – Edelstam, Henrik*: Rättegång. Tredje häftet. 7. uppl. Norstedts Juridik. Stockholm 2006. (*Ekelöf – Bylund – Edelstam III*)
- Ekelöf, Per Olof – Boman, Robert*: Rättegång. Fjärde häftet. 6. uppl. Norstedts Juridik. Stockholm 1992. (*Ekelöf – Boman IV*)
- Ekelöf, Per Olof – Edelstam, Henrik – Heuman, Lars*: Rättegång. Fjärde häftet. 7. uppl. Norstedts Juridik. Stockholm 2009. (*Ekelöf – Edelstam – Heuman IV*)
- Ekelöf, Per Olof – Edelstam, Henrik – Boman, Robert*: Rättegång. Femte häftet. 7. bearb. uppl. Norstedts Juridik. Stockholm 2007. (*Ekelöf – Edelstam – Boman V*)
- Ellilä, Tauno*: Sivullisen oikeussuojan takeista ulosotossa. Erityisesti silmälläpitäen ulosmittausmenettelyä. Prosessioikeudellinen tutkimus. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja, N:o 27. Helsinki 1947. (*Ellilä 1947*)
- Ellilä, Tauno*: Todistelusta rikosasioissa. Suomen Poliisi-lehti 1949, s. 171–177, 205–212. (*Ellilä 1949*)
- Ellilä, Tauno*: Oikeudenkäynti ja täytäntöönpano. Prosessioikeutta oikeustapausten valossa. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, B-sarja, N:o 57. 3. uud. p. Helsinki 1976. (*Ellilä 1976*)
- Engströmer, Thore*: Vittnesbeviset. Reglerna för dess värdering i svensk ordinär process. Skrifter utgifna af K. Humanistiska Vetenskaps-Samfundet i Uppsala. XIV. Akademiska bokhandeln. Uppsala 1911. (*Engströmer 1911*)

- Ervasti, Kaijus*: Eräitä näkökohtia empiirisen tiedon hyväksikäyttämisestä oikeustieteessä. Lakimies 1998, s. 364–388. (*Ervasti LM 1998*)
- Ervasti, Kaijus*: Empirisk forskning, rättsvetenskap och rättens dynamiska element. Tidskrift utgiven av den Juridiska Föreningen i Finland 2000, s. 567–586. (*Ervasti JFT 2000*)
- Ervasti, Kaijus*: Näkökohtia vaihtoehtoihin konfliktinratkaisumenetelmiin. Lakimies 2000, s. 1237–1263. (*Ervasti LM 2000*)
- Ervasti, Kaijus*: Lainkäytön funktiot. Lakimies 2002, s. 47–72. (*Ervasti LM 2002*)
- Ervasti, Kaijus*: Käräjäoikeuksien sovintomenettely. Empiirinen tutkimus sovinnon edistämistä riitaprosessissa. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen julkaisuja 207. Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos. Helsinki 2004. (*Ervasti 2004*)
- Ervasti, Kaijus*: Riidat käräjäoikeuksissa. Empiirinen tutkimus riita-asioista ja oikeudenkäyntikuluista. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen julkaisuja 217. Helsinki 2005. (*Ervasti 2005a*)
- Ervasti, Kaijus*: Vaihtoehtoinen konfliktinratkaisu ja tuomioistuinsovittelu, teoksessa Turunen, Santtu (toim.): Conflict Management – Riidanratkaisun uusi maailma, s. 231–267. Edita. Helsinki 2005. (*Ervasti 2005b*)
- Ervasti, Kaijus*: Käräjäoikeuksien riita-asiat 2008. OPTL:n tutkimustiedoksiantoja 93. Helsinki 2009. (*Ervasti 2009*)
- Ervasti, Kaijus – Kallioinen, Herta*: Oikeudenkäyntimenettelyiden ongelmat ja prosessisäännösten soveltaminen. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen julkaisuja, 202. Helsinki 2003. (*Ervasti – Kallioinen 2003*)
- Ervo, Laura*: Oikeudenmukainen oikeudenkäynti. WSOY. Helsinki 2005. (*Ervo 2005*)
- Esko, Timo*: Överensstämmer en advokats skyldighet att vittna med reglerna om en advokats tystnadsplikt? Tidskrift utgiven av den Juridiska Föreningen i Finland 2008, s. 56–74. (*Esko JFT 2008*)
- Esko, Timo – Könkkölä, Justus*: Asianajajan salassapito- ja vaitiolovelvollisuuden viimeaikaisesta kehitymisestä. Defensor Legis 2004, s. 355–371. (*Esko – Könkkölä DL 2004*)
- von Eyben, W. E.*: Bevis. G. E. C. Gads Forlag. København 1986. (*von Eyben 1986*)
- Forssman, Fredrik*: Prövning av erkännande, teoksessa Björkman, Johanna – Diesen, Christian – Forssman, Fredrik – Jonsson, Peter: Bevis. Värdering av erkännande, konfrontationer, DNA och andra enstaka bevis, s. 85–140. Norstedts Juridik. Stockholm 1997. (*Forssman 1997*)
- Frände, Dan*: Tuomitsemiskynnyksestä suomalaisessa rikosprosessioikeudessa. Lakimies 1998, s. 1247–1254. (*Frände LM 1998*)
- Frände, Dan*: Finsk straffprocessrätt. Edita. Helsingfors 2009. (*Frände 2009*)
- Gadamer, Hans-Georg*: Hermeneutiikka. Ymmärtäminen tieteissä ja filosofiassa. Valikoinut ja suomentanut Ismo Nikander. 2. p. Vastapaino. Tampere 2004. (*Gadamer 2004*)
- Goldsmith, Robert W. – Andersson, Sven Ingemar*: Bevisvärderingens metod versus temamethoden vid juridisk bevisvärdering. Tidskrift for Rettsvitenskap 1978, s. 68–102. (*Goldsmith – Andersson TjR 1978*)
- Gomard, Bernhard*: Civilprocessen. Under medvirken av Michael Kistrup. 5. revid. udg. Forlaget Thomson. København 2000. (*Gomard 2000*)
- Greger, Reinhard*: Beweis und Wahrscheinlichkeit. Das Beweiskriterium im allgemeinen und bei den sogenannten Beweiserleichterungen. Erlanger juristische Abhandlungen. Heymann. Köln 1978. (*Greger 1978*)
- Graver, Hans Petter*: Treholt-dommen – logikk og juridisk argumentasjon. Lov og Rett 1990, s. 364–368. (*Graver LoR 1990*)
- Graver, Hans Petter*: Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten. Tidsskrift for Rettsvitenskap 2004, s. 465–498. (*Graver TjR 2004*)
- Graver, Hans Petter*: **Bevisbedømmelse – utvitenskaplige mægefølelse eller rasjonell helhetsvurdering.** Tidsskrift for Rettsvitenskap 2009, s. 191–233. (*Graver TjR 2009*)

- Gräns, Minna:* Onko hyvä kertomus puoli näyttöä? Teoksessa Nuutila, Ari-Matti (toim.): Oikeuden tavoitteet ja menettelyt. Muistokirja Hannu Tapani Klamille, s. 187–214. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja, A-sarja, N:o 12. Turku 2003. (*Gräns 2003*)
- Grönqvist, Henrik:* Anmälan av Jouko Halila: Todistustaakan jaosta. *Tidskrift utgiven av den Juridiska Föreningen i Finland* 1956, s. 165–170. (*Grönqvist JFT 1956*)
- Guttorm, Aimo:* Norjan laki sovittelusta ja riita-asioiden oikeudenkäyntimenettelystä (tvisteloven av 2005) – alioikeusmenettely riita-asioissa. – [Http://www.edilex.fi](http://www.edilex.fi) (1.6.2009). (*Guttorm 2007*)
- Haapasalo, Jaana:* Todistajanpsykologia, teoksessa Haapasalo, Jaana – Kiesiläinen, Kari – Niemi-Kiesiläinen, Johanna: Todistajanpsykologia ja todistajankuulustelu, s. 11–145. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 2000. (*Haapasalo 2000*)
- Haapio, Helena:* Jäikö jotain sopimatta? Teoksessa Pohjonen, Soile (toim.): Ennakoiva sopiminen. Liiketoimien suunnittelu, toteuttaminen ja riskien hallinta, s. 3–82. WSOY lakitieto. Helsinki 2002. (*Haapio 2002*)
- Hahto, Vilja:* Tuottamus vahingonkorvausoikeudessa. WSOYpro. Helsinki 2008. (*Hahto 2008*)
- Halijoki, Juha:* Vastaajan tunnustus rikosprosessissa. *Defensor Legis* 2004, s. 791–817. (*Halijoki DL 2004*)
- Halila, Jouko:* Tunnustamisesta. Siviiliprosessioikeudellinen tutkimus. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja, N:o 39. Helsinki 1950. (*Halila 1950*)
- Halila, Jouko:* Todistustaakan jaosta. Silmällä pitäen erityisesti varallisuus- ja oikeudellisia oikeussuhteita. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, B-sarja, N:o 74. Helsinki 1955. (*Halila 1955*)
- Halila, Jouko:* Saamisoikeuksien kuittauksesta. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja, N:o 64. Helsinki 1961. (*Halila 1961*)
- Halila, Jouko:* Vahingonkorvauksen suuruuden todistelusta. *Lakimies* 1961, s. 291–303. (*Halila LM 1961*)
- Halila, Jouko:* Vahingonkorvausasioissa esille tulevia prosessuaalisia kysymyksiä. *Defensor Legis* 1975, s. 253–265. (*Halila DL 1975*)
- Hassler, Åke:* Bevisrätten och de extraordinära rättsmedlen. 6. uppl. Stockholms högskolas juridiska förenings kompendier. Stockholm 1960. (*Hassler 1960*)
- Hassler, Åke:* Svensk civilprocess. En lärobok. Nordiska Bokhandeln. Lund 1963. (*Hassler 1963*)
- Hatakka, Minna:* Das Risiko der fehlerhaften Entscheidungen. Uppsala Universitet. Uppsala 1995. (*Hatakka 1995*)
- Havansi, Erkki:* Uusi turvaamistoiminlainsäädäntö selityksineen. Oikeudenkäymiskaaren uusi 7 luku sekä ulosottolain 7 luvun uusitut säännökset kommentoituna. 2. uud. p. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1994. (*Havansi 1994a*)
- Havansi, Erkki:* Taakkaa kerrakseen, teoksessa Alankoja, Pauli (toim.): Asianajajan työkentältä, s. 90–99. Suomen Asianajajaliitto. Helsinki 1994. (*Havansi 1994b*)
- Havansi, Erkki:* Jouko Halila 90 vuotta. *Lakimies* 2006, s. 906–907. (*Havansi LM 2006*)
- Havansi, Erkki:* Oikeudenkäynti ja pakkotäytäntö. Prosessioikeuden oikeusdogmaattiset perusteet. 3. uud. p. Helsinki 2007. (*Havansi 2007*)
- Heinonen, Olavi:* Prosessipetoksesta. *Lakimies* 1965, s. 719–732. (*Heinonen LM 1965*)
- Heinonen, Olavi:* Täysi näyttö ja tuomitsemiskynnys rikosasioissa. *Lakimies* 1980, s. 321–336. (*Heinonen LM 1980*)
- Helin, Markku:* Käsitteistä päättelämisestä, teoksessa Kartio, Leena et al. (toim.): Juhlajulkaisu Simo Zitting 1915–14/2–1985, s. 82–92. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, C-sarja, N:o 19. Helsinki 1985. (*Helin JJ Zitting*)
- Helin, Markku:* Lainoppi ja metafysiikka. Tutkimus skandinaavisen realismin tieteenkuvasta ja sen vaikutuksista Suomen siviilioikeuden tutkimuksessa vuosina 1920–1960. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja, N:o 178. Helsinki 1988. (*Helin 1988*)

- Helin, Markku:* Oikeustositseikoista siviilioikeudessa, teoksessa Tepora, Jarno et al. (toim.): Juhlajulkaisu Juhani Wirilander 1935–30/11–2005, s. 47–57. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, C-sarja, N:o 37. Helsinki 2005. (*Helin JJ Wirilander*)
- Helin, Markku:* Esineoikeus ja sopimusoikeuden lumo, teoksessa Vihervuori, Pekka et al. (toim.): Juhlajulkaisu Leena Kartio 1938–30/8–2008, s. 25–34. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, C-sarja, N:o 39. Helsinki 2008. (*Helin JJ Kartio*)
- Hellner, Jan – Radetzki, Marcus:* Skadeståndsrätt. 7. uppl. Norstedts Juridik. Stockholm 2006. (*Hellner – Radetzki 2006*)
- Hellners, Trygve:* Några ord om omedelbarhetsprincipen och domstolsnotoritet. Juridisk Tidskrift vid Stockholms Universitet. 1998–99, s. 567–573. (*Hellners JT 1998–99*)
- Helminen, Klaus – Lehtola, Kari – Virolainen, Pertti:* Esitutkinta ja pakkokeinot. 2. uud. p. Talentum. Helsinki 2005. (*Helminen – Lehtola – Virolainen 2005*)
- Hemmo, Mika:* Vahingonkorvauksen sovittelu ja moderni korvausoikeus. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja, N:o 209. Helsinki 1996. (*Hemmo 1996*)
- Hemmo, Mika:* Sopimus ja delikti. Tutkimus vahingonkorvausoikeuden vastuumuodoista. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1998. (*Hemmo 1998*)
- Hemmo, Mika:* Sopimusoikeus 2. 2. uud. p. Talentum. Helsinki 2003. (*Hemmo II*)
- Hemmo, Mika:* Vahingonkorvausoikeus. WSOYpro. Porvoo 2005. (*Hemmo 2005*)
- Hemmo, Mika:* Sopimusoikeus 1. 2. uud. p. Talentum. Helsinki 2007. (*Hemmo I*)
- Hepola, Matti:* Oikeusvoimaopin transformaatio. Siviiliprosessioikeudellisen oikeusvoimaopin muuttuminen ja siirtyminen hallinto- ja ympäristöoikeuteen ympäristöluvan pysyvyyden kanalta. Edita. Helsinki 2005. (*Hepola 2005*)
- Heuman, Lars:* Bevisupptagning under förberedelsen i syfte att främja förlikningsverksamheten, teoksessa Agell, Anders et al. (red.): Process och exekution. Vänbok till Robert Boman, s. 137–153. Iustus Förlag. Uppsala 1990. (*Heuman FS Boman*)
- Heuman, Lars:* Bevisbörda och beviskrav i tvistemål. Norstedts Juridik. Stockholm 2005. (*Heuman 2005*)
- Heuman, Lars:* Skyldigheten enligt RB 17:3 att göra förnekanden och kontradiktoriska och konträrå återopande. Juridisk Tidskrift vid Stockholms Universitet, nr 4/2007-08, s. 909–919. (*Heuman JT 2007-08*)
- Hirvelä, Päivi:* Rikosprosessi lapsiin kohdistuvissa seksuaalirikoksissa. WSOYPro. Helsinki 2006. (*Hirvelä 2006*)
- Hoffrén, Mia – Vuorenperä, Mikko:* Vahingonkorvaus, hinnanalennus ja vaatimistaakka. Lakimies 2009, s. 779–798. (*Hoffrén – Vuorenperä LM 2009*)
- Hoppu, Esko – Hemmo, Mika:* Vakuutusosoikeus. WSOYPro. Porvoo 2006. (*Hoppu – Hemmo 2006*)
- Hormia, Lauri:* Todistamiskielloista rikosprosessissa I. Oikeudellinen tutkimus. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja, N:o 125. Helsinki 1978. (*Hormia I*)
- Hormia, Lauri:* Todistamiskielloista rikosprosessissa II. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja, N:o 135. Helsinki 1979. (*Hormia II*)
- Hormia, Lauri:* Asianosaisen poissaolosta siviiliprosessissa. Tutkimus yksipuolisesta eli ns. kontumasiaalimenettelystä erityisesti ns. dispositiivisia riita-asioita silmällä pitäen. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja, N:o 182. Helsinki 1988. (*Hormia 1988*)
- Hov, Jo:* Rettergang i sivile saker. Papinian. Oslo 1994. (*Hov 1994*)
- Hov, Jo:* Rettergang. 1, Sivil- og straffeprosess. Papinian. Oslo 1999. (*Hov 1999*)
- Huovila, Mika:* Todistelun välittömyys prosessuaalisten oikeusperiaatteiden valossa tarkasteltuna. Lakimies 1999, s. 1159–1187. (*Huovila LM 1999*)
- Huovila, Mika:* Periaatteet ja perustelut. Tutkimus käräjäoikeuden tuomion faktaperusteluista prosessuaalisten periaatteiden valossa arvioituna. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja, N:o 242. Helsinki 2003. (*Huovila 2003*)

- Huovila, Mika*: Perustelemisen peukalosäännöt. Lakimies 2004, s. 791–815. (*Huovila LM 2004*)
- Hupli, Tuomas*: Konkurssitakaisinsaanti oikeudenkäyntinä. WSOYPro. Helsinki 2006. (*Hupli 2006*)
- Häyhä, Juha*: Sopimus, laki ja vakuutustoiminta. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja, N:o 208. Helsinki 1996. (*Häyhä 1996*)
- Häyhä, Juha*: Ankara vastuu ja vahingonkorvausoikeuden järjestelmä, teoksessa Timonen, Pekka (toim.): Oikeustiede–Jurisprudentia XXXII:1999, s. 81–149. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen vuosikirja. Helsinki 1999. (*Häyhä OTJP 1999*)
- Jokela, Antti*: Vesioikeuden ja yleisen alioikeuden asiallisesta toimivallasta. Oikeudellinen tutkimus toimivallan jakautumisesta vesioikeuden ja yleisen alioikeuden välillä. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja, N:o 162. Helsinki 1983. (*Jokela 1983*)
- Jokela, Antti*: Yleisen alioikeusmenettelyn suullisuudesta, välittömyydestä ja keskityksestä, teoksessa Aarnio, Aulis – Kangas, Urpo (toim.): Oikeustiede–Jurisprudentia XXI:1988, s. 53–157. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen vuosikirja. Vammala 1988. (*Jokela OTJP 1988*)
- Jokela, Antti*: Aineellinen prosessinjohto ja asianosaisen tehtävät riita-asian valmistelussa. Lakimies 1994, s. 139–158. (*Jokela LM 1994*)
- Jokela, Antti*: Oikeudenkäyntikulut ja maksuton oikeusapu. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1995. (*Jokela 1995*)
- Jokela, Antti*: Oikeudenkäyntikulujen kohtuullistamisesta ja kuittaamisesta, teoksessa Koulu, Risto et al. (toim.): Velka, vakuus ja prosessi. Juhlajulkaisu Erkki Havansi 1941–11/7–2001, s. 30–50. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 2001. (*Jokela JJ Havansi*)
- Jokela, Antti*: Oikeudenkäynti II. Talentum. Helsinki 2002. (*Jokela II*)
- Jokela, Antti*: Oikeudenkäynti III. Talentum. Helsinki 2004. (*Jokela III*)
- Jokela, Antti*: Oikeudenkäynnin perusteet. Oikeudenkäynti I. 2. uud. p. Talentum. Helsinki 2005. (*Jokela I*)
- Jokela, Antti*: Rikosprosessi. 4. uud. p. Talentum. Helsinki 2008. (*Jokela 2008*)
- Jokila, Helena*: Uskottava raiskauksen uhri todistusharkinnassa, teoksessa Näre, Sari – Ronkainen, Suvi (toim.): Paljastettu intiimi. Sukupuolistuneen väkivallan dynamiikkaa, s. 405–446. Lapin yliopistokustannus. Rovaniemi 2008. (*Jokila 2008*)
- Jokila, Helena*: Tahdonvastainen suostumus ja liiallisen luottamuksen hinta. Raiskauksen ja muiden seksuaalirikosten oikeudellisen tiedon konstruktiot. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja, N:o 298. Helsinki 2010. (*Jokila 2010*)
- Jonkka, Jaakko*: ”Oikeus ja totuus” – keskustelua näyttökysymyksistä. Oikeus-lehti 1989, s. 258–259. (*Jonkka Oikeus 1989*)
- Jonkka, Jaakko*: Syytekyynyksestä, teoksessa Lahti, Raimo (toim.): Rikosoikeudellisia kirjoitelmia VI rikosoikeuden juhlavuonna 1989. Rikoslaki 1889–19/12–1989, Jaakko Forsman (1839–1899), Brynolf Honkasalo (1889–1973), s. 129–147. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja, N:o 185. Helsinki 1989. (*Jonkka 1989*)
- Jonkka, Jaakko*: Empirisk och teoretisk forskning inom bevisteorin, teoksessa Klami, Hannu Tapani (red.): Rätt och sanning. Ett bevisteoretiskt symposium i Uppsala 26–27 maj 1989, s. 85–90. Skrifter från Juridiska Fakulteten i Uppsala 30. Iustus Förlag. Uppsala 1990. (*Jonkka RS 1990*)
- Jonkka, Jaakko*: Syytekyynys. Tutkimus syytteen nostamiseen vaadittavan näytön arvioinnista. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja, N:o 187. Helsinki 1991. (*Jonkka 1991*)
- Jonkka, Jaakko*: Rikosprosessioikeuden yleisistä opeista. Helsingin yliopiston rikos- ja prosessioikeuden laitoksen julkaisuja A:6. Helsinki 1992. (*Jonkka 1992*)
- Jonkka, Jaakko*: Syyttäjän päätöksenteon empiiristä ja normatiivista tarkastelua. Defensor Legis 1992, s. 55–69. (*Jonkka DL 1992*)
- Jonkka, Jaakko*: Todistusharkinnasta. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1993. (*Jonkka 1993*)

- Jonkka, Jaakko*: Pääosa OTT Jaakko Jonkan arvostelulautakunnan jäsenen ominaisuudessa Upsalan yliopistolle antamasta lausunnosta teoksesta Hatakka, Minna: Das Risiko der fehlerhaften Entscheidungen. Lakimies 1995, s. 150–156. (*Jonkka LM 1995*)
- Jonkka, Jaakko*: Näkökohtia näyttökynnyksistä, teoksessa Haavisto, Risto (toim.): Matkalla pohjoiseen. Professori Jyrki Virolaisen juhlaKirja. 26.2.2003, s. 141–156. Lapin yliopiston oikeustieteiden tiedekunta. Rovaniemi 2003. (*Jonkka JJ Virolainen*)
- Jonkka, Jaakko*: Syyttäjänrooli ja syytekyynys. Defensor Legis 2003, s. 976–992. (*Jonkka DL 2003*)
- Josephson, John. R.*: On the Proof Dynamics of Inference to the Best Explanation. Cardozo Law Review 2001, s. 1621–1643. (*Josephson Cardozo L. Rev.*)
- Kaisto, Janne*: Lainoppi ja oikeusteoria. Edita. Helsinki 2005. (*Kaisto 2005*)
- Kaisto, Janne*: Tuomioistuin ja aineellinen varallisuus oikeus, teoksessa Kolehmainen, Esa (toim.): Business Law Forum 2005. Edita. Helsinki 2005. (*Kaisto BLF 2005*)
- Kaisto, Janne*: Virallisen vastaväittäjän, dosentti Janne Kaiston Helsingin yliopiston oikeustieteelliselle tiedekunnalle osoittama, 4.2.2005 päivätty lausunto teoksesta Kärkkäinen, Mikko: Kanne ja panttivastuu. Lakimies 2005, s. 664–674. (*Kaisto LM 2005*)
- Kaisto, Janne*: Pätemättömyys ja sovittelu prosessuaaliselta kannalta, teoksessa Kolehmainen, Esa (toim.): Business Law Forum 2007, s. 45–128. Edita. Helsinki 2007. (*Kaisto BLF 2007*)
- Kaisto, Janne*: Takausta ja väittämistäakka. Ratkaisun KKO 2006:54 kriittistä arviointia. Defensor Legis 2007, s. 191–215. (*Kaisto DL 2007*)
- Kaisto, Janne – Nybergh, Frey*: Pysäköijän maksuvelvollisuudesta. Velvoitteiden synty eräissä arakisissa tilanteissa. Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisut. Forum Iuris. Helsinki 2008. (*Kaisto – Nybergh 2008*)
- Kallenberg, Ernst*: Om qualificeradt erkännande i civilprocessen. Gleerupska universitets-bokhandeln. Lund 1896. (*Kallenberg 1896*)
- Kallenberg, Ernst*: Svensk civprocessrätt. Andra bandet. Omfattar bevisrättens allmänna del. Gleerupska universitetsbokhandeln. Lund 1931. (*Kallenberg II*)
- Kallenberg, Ernst*: Bevisrätten i processlagsberedningens förslag till rättegångsbalk. Svensk Juristtidning 1940, s. 497–515 (I-osa), 593–617 (II-osa). (*Kallenberg SvJT 1940*)
- Kallioinen, Hertta*: Muutoksenhakijoiden kokemuksia siviiliprosessista. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimustiedoksiantoja 62. Helsinki 2004. (*Kallioinen 2004*)
- Karhu, Juha*: Perusoikeudet ja oikeuslähteoppi. Lakimies 2003, s. 789–807. (*Karhu LM 2003*)
- Karhu, Juha*: Liikevahingon määrä varallisuus oikeudellisenä ongelmana. Defensor Legis 2009, s. 554–564. (*Karhu DL 2009*)
- Karma, Helena*: Tuomioistuinten tapahtumatulkinnat, tieto ja totuus, teoksessa Niemi-Kiesiläinen, Johanna et al. (toim.): Oikeuden tekstit diskursseina, s. 61–88. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, E-sarja, N:o 13. Helsinki 2006. (*Karma 2006*)
- Kegel, Gerhard*: Der Individualanscheinsbeweis und die Verteilung der Beweislast nach überwiegender Wahrscheinlichkeit, teoksessa Biedenkopf, Kurt H. (hrsg.): Das Unternehmen in der Rechtsordnung. Festgabe für Heinrich Kronstein, s. 322–344. Karlsruhe 1967 (*Kegel FS Kronstein*)
- Kiesiläinen, Kari – Niemi-Kiesiläinen, Johanna*: Todistajankuulustelu oikeudenkäynnissä, teoksessa Haapasalo, Jaana – Kiesiläinen, Kari – Niemi-Kiesiläinen, Johanna: Todistajanpsykologia ja todistajankuulustelu, s. 173–245. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 2000. (*Kiesiläinen – Niemi-Kiesiläinen 2000*)
- Kjus, Audun*: Sakens fakta. Fortellingsstrategier i straffesaker. Unipub. Oslo 2008. (*Kjus 2008*)
- Klami, Hannu Tapani*: Ihmisen säännöt. Tutkimus oikeuden olemuksesta, synnystä ja toiminnasta. Turun yliopiston julkaisuja, sarja C, osa 42. Turun yliopisto. Turku 1983. (*Klami 1983*)
- Klami, Hannu Tapani*: Law, Environment and Evidence. Studies on Legal Methodology. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. Yksityisoikeuden sarja A; 58. Turku 1986. (*Klami 1986a*)

- Klami, Hannu Tapani*: On Truth and Evidence. A preliminary survey. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. Yksityisoikeuden sarja A; 59. Turku 1986. (*Klami 1986b*)
- Klami, Hannu Tapani*: Något om Ekelöfs teleologiska metod. Svensk Juristtidning 1990, s. 226–232. (*Klami SvJT 1990*)
- Klami, Hannu Tapani*: Todistajanpsykologiaa juristeille. Defensor Legis 1991, s. 361–402. (*Klami DL 1991*)
- Klami, Hannu Tapani*: Juridisten argumenttien punnintamalli. Lakimies 1995, s. 1066–1081. (*Klami LM 1995*)
- Klami, Hannu Tapani* (toim.): Todistelun ongelmia. Oikeus ja totuus -projektin kirjoituksia. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1995. (*Klami 1995a*)
- Klami, Hannu Tapani*: Skrifter om bevisning. Yleisen oikeustieteen laitoksen julkaisuja 11. Helsingfors 1995. (*Klami 1995b*)
- Klami, Hannu Tapani*: Päättöteoria juridisen argumentaation punninnassa, teoksessa Häyhä, Juha (toim.): Minun metodini, s. 151–172. WSLT. Helsinki 1997. (*Klami 1997*)
- Klami, Hannu Tapani*: Todistusratkaisu. Kauppakaari. Helsinki 2000. (*Klami 2000*)
- Klami, Hannu Tapani – Hatakka, Minna*: Förståelse och bevisvärde. Holistisk eller analytisk syn på indicier rörande mänskligt beteende? Lov og Rett 1989, s. 361–372. (*Klami – Hatakka LoR 1989*)
- Klami, Hannu Tapani – Hatakka, Minna – Kastinen, Johanna*: Asianajaja ja totuus, teoksessa Alankoja, Pauli (toim.): Asianajajan työkentältä, s. 161–172. Suomen Asianajajaliitto. Helsinki 1994. (*Klami – Hatakka – Kastinen 1994*)
- Klami, Hannu Tapani – Gräns, Minna – Sorvettula, Johanna*: Law and Truth. A Theory of Evidence. Commentationes Scientiarum Socialium 56. Helsinki 2000. (*Klami – Gräns – Sorvettula 2000*)
- Klami, Hannu Tapani – Rahikainen, Marja – Sorvettula, Johanna*: Todistusharkinta ja todistustaakka. Johdatus todistusoikeuden perusteisiin. Lakimiesliiton kustannus. Mänttä 1987. (*Klami – Rahikainen – Sorvettula 1987*)
- Knuts, Gisela*: Förfarandegarantier vid domstolsanknuten medling. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja, N:o 270. Helsinki 2006. (*Knuts 2006*)
- Kokott, Juliane*: The Burden of Proof in Comparative and International Human Rights Law. Civil and Common Law Approaches with Special Reference to the American and German Legal System. Kluwer. The Hague 1998. (*Kokott 1998*)
- Kolehmainen, Esa*: Ankaraa vastuuta koskevasta ajattelutavasta korvausoikeudessa, teoksessa Kolehmainen, Esa (toim.): Business Law Forum 2006, s. 337–397. Edita Publishing Oy. Helsinki 2006. (*Kolehmainen BLF 2006*)
- Kolflaath, Eivind*: Bevisbedømmelse – sannsynlighet eller fortellinger? Jussens Venner 2004/5–6, s. 279–304. (*Kolflaath JV 2004*)
- Kolflaath, Eivind*: Bevisbedømmelse som slutning til beste forklaring. Tidsskrift for Retsvitenskap 2007, s. 171–219. (*Kolflaath TjR 2007*)
- Kolflaath, Eivind*: Sannsynlighetsovervekt og kumulering av tvil. Lov og Rett 2008, s. 149–165. (*Kolflaath LoR 2008*)
- Koulu, Risto*: KKO 2005:69. Todistustaakka etumaksun kohdentamisesta, teoksessa Timonen, Pekka (toim.): KKO:n ratkaisut kommentein 2005:I, s. 513–521. Talentum. Helsinki 2005. (*Koulu 2005*)
- Kunnas, Matti*: Jaakko Jonkan punnintamalli asianajajaoikeudessa. Defensor Legis 2005, s. 1292–1313. (*Kunnas DL 2005*)
- Kunnas, Matti*: Onko asianajajan näkökulma oikeuteen Alf Rossin ennusteteorian mukainen? Defensor Legis 2007, s. 756–771. (*Kunnas DL 2007*)
- Kuusimäki, Matti*: Oikeustustosiseikat ja todistustosiseikat – ystäviä vai vihollisia? Defensor Legis 1994, s. 429–440. (*Kuusimäki DL 1994*)

- Kärkkäinen, Mikko:* Kanne ja panttivastuu. Tutkimus maksun vaatimisesta kiinnityspanttivakuudesta. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja, N:o 260. Helsinki 2004. (*Kärkkäinen 2004*)
- Könkkölä, Justus:* Vastuuvakuutus vahingonkorvausriidassa. Talentum. Helsinki 2009. (*Könkkölä 2009*)
- Lagerspetz, Eerik:* Karl Olivecrona ja oikeuden illuusio, teoksessa Oikeusajattelun vuosisata, s. 11–34. Areopagus. Turku 2009. (*Lagerspetz 2009*)
- Lahti, Matti:* Syytetyn tunnustus todistelukeinona, teoksessa Lappalainen, Juha – Ojala, Timo (toim.): Kirjoituksia todistusoikeudesta, s. 99–116. Helsingin hovioikeus. Helsinki 2006. (*Lahti 2006*)
- Lambertz, Göran:* Kvalitetssäkring av bevisprövningen i brottmål. Svensk Juristtidning 2009, s. 1–14. (*Lambertz SvJT 2009*)
- Lappalainen, Juha:* Oikeustositseikka ja todistustositseikka prosessioikeudellisina peruskäsitteinä. Lakimies 1986, s. 756–770. (*Lappalainen LM 1986*)
- Lappalainen, Juha:* Vahingonkorvausvaatimuksesta rikosjutussa. Prosessioikeudellinen tutkimus. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja, N:o 169. Helsinki 1986. (*Lappalainen 1986*)
- Lappalainen, Juha:* Todistajan esteellisyydestä. Prosessioikeudellinen tutkimus oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 18 §:n tulkinnasta. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1988. (*Lappalainen 1988*)
- Lappalainen, Juha:* Eräs vastaajan väittämistaakkaa koskeva oikeustapaus. Lakimies 1990, s. 247–258. (*Lappalainen LM 1990*)
- Lappalainen, Juha:* Principen jura novit curia och domarens processledning. Tidskrift utgiven av den Juridiska Föreningen i Finland 1993, s. 36–43. (*Lappalainen JFT 1993*)
- Lappalainen, Juha:* Alioikeusuudistus 1987–1993. Alioikeuksien yhtenäistäminen ja uusi oikeudenkäyntimenettely riita-asioissa. 3. uud. p. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1994. (*Lappalainen 1994*)
- Lappalainen, Juha:* Siviiliprosessioikeus I. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1995. (*Lappalainen SP I*)
- Lappalainen, Juha:* Virallisen vastaväittäjän, professori Juha Lappalaisen Lapin yliopiston oikeustieteiden tiedekunnalle antama 20.10.1995 päivätty lausunto Sakari Laukkasen väitöskirjasta Tuomarin rooli. Lakimies 1996, s. 136–180. (*Lappalainen LM 1996*)
- Lappalainen, Juha:* Milloin hovioikeudessa on kysymys käräjäoikeudessa vastaanotetun suullisen todistelun uskottavuudesta? – OK 26:15,1:n tulkintaa, teoksessa Ruokonen, Pekka et al. (toim.): Jukka Peltonen 60 vuotta, s. 181–194. Peltonen, Ruokonen & Itäinen. Helsinki 1999. (*Lappalainen JJ Peltonen*)
- Lappalainen, Juha:* KKO 1999:82. Pääkäsittely hovioikeudessa, teoksessa Timonen, Pekka (toim.): KKO:n ratkaisut kommentein 1999:II, s. 23–26. Kauppakaari Oyj. Helsinki 2000. (*Lappalainen 2000*)
- Lappalainen, Juha:* Asianosaisen totuusvelvollisuudesta siviiliprosessissa. Defensor Legis 2001, s. 993–1003. (*Lappalainen DL 2001*)
- Lappalainen, Juha:* Siviiliprosessioikeus II. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 2001. (*Lappalainen SP II*)
- Lappalainen, Juha:* Siviilijutun käsittely käräjäoikeudessa vuoden 2002 uudistuksen mukaan. Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisut. Helsinki 2002. (*Lappalainen 2002*)
- Lappalainen, Juha:* Kirjoitukset teoksessa Lappalainen, Juha (toim.): Prosessioikeus. 2. uud. p. WSOYpro. Helsinki 2007. (*Lappalainen 2007*)
- Lappi-Seppälä, Tapio:* Rikosten seuraamukset. WSOY. Helsinki 2000. (*Lappi-Seppälä 2000*)

- Laukkanen, Sakari*: Tuomarin rooli. Prosessioikeudellinen tutkimus tuomarin roolista dispositiivisen riita-asian valmistelussa silmällä pitäen riidan kohteen selvittämistä. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja, N:o 204. Helsinki 1995. (*Laukkanen 1995*)
- Laukkanen, Sakari*: Näytön selostaminen alioikeuden tuomiossa hovioikeuden tarpeita silmällä pitäen. Lakimies 2000, s. 1112–1123. (*Laukkanen LM 2000*)
- Laukkanen, Sakari*: Asialegitimaation ja kanteenmuutoskiellon tarkastelua perimissiirtoa koskevassa asiassa, teoksessa Männistö, Jarkko (toim.): Prosessioikeudellisia erityiskysymyksiä. Juhlajulkaisu Antti Jokela 26.1.2005, s. 169–178. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja, A-sarja, N:o 14. Turku. (*Laukkanen JJ Jokela*)
- Lehtimaja, Lauri*: Aineellinen totuus ja järkevä epäily. Lakimies 1981, s. 170–174. (*Lehtimaja LM 1981*)
- Lehtonen, Asko*: Todistustaakka ja verorikokset, teoksessa Nuutila, Ari-Matti (toim.): Oikeuden tavoitteet ja menettelyt. Muistokirja Hannu Tapani Klamille, s. 257–275. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja, A-sarja, N:o 12. Turku 2003. (*Lehtonen 2003*)
- Lehtonen, Kirsti – Ljungberg, Vuokko – Himberg, Kimmo*: Oikeudellinen käsialavertailu. Defensor Legis 1992, s. 875–888. (*Lehtonen – Ljungberg – Himberg DL 1992*)
- Leipold, Dieter*: Beweismass und Beweislast im Zivilprozess. Vortrag gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 27. Juni 1984. Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, Heft 93. de Gruyter. Berlin 1985. (*Leipold 1985*)
- Leppänen, Tatu*: Riita-asian valmistelu todistusaineiston osalta. Prosessioikeudellinen tutkimus. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja, N:o 217. Helsinki 1998. (*Leppänen 1998*)
- Leppänen, Tatu*: Siviiliprosessin tehtävistä muuttuvassa yhteiskunnassa. Lakimies 1998, s. 828–831. (*Leppänen LM 1998*)
- Leppänen, Tatu – Välimaa, Asko*: Muutoksenhaun pääpiirteet. Prosessioikeuden julkaisuja 2. Helsingin yliopisto. Rikos- ja prosessioikeuden sekä oikeuden yleistieteiden laitos. 4. uud. p. Helsinki 1998. (*Leppänen – Välimaa 1998*)
- Liljenfeldt, Robert*: Lasten seksuaalinen hyväksikäyttö ja oikeusturva. Defensor Legis 1997, s. 253–263. (*Liljenfeldt DL 1997*)
- Lindblom, Per Henrik*: Processhinder. Om skillnaden mellan formell och materiell rätt i civilprocessen, särskilt vid bristande talerätt. Norstedts. Stockholm 1974. (*Lindblom 1974*)
- Lindblom, Per Henrik*: Tradition, precision och schablon – om förenklad beräkning av skadestånd i process, teoksessa Agell, Anders et al. (red.): Festskrift till Bertil Bengtsson, s. 319–349. Nerenius & Santérus. Göteborg 1993. (*Lindblom FS Bengtsson*)
- Lindblom, Per Henrik*: Processens funktioner – en resa i gränslandet, teoksessa Frändberg, Åke et al. (red.): Festskrift till Stig Strömholm, Del 2, s. 593–632. Iustus. Uppsala 1997. (*Lindblom FS Strömholm*)
- Lindblom, Per Henrik*: Progressiv process. Spridda uppsatser om domstolsprocessen och samhällsutvecklingen. Iustus. Uppsala 2000. (*Lindblom 2000*)
- Lindblom, Per Henrik*: Processens arkitektur. Jakten på det slutliga beviset i ett funkishus med flera våningar, teoksessa Andersson, Torbjörn – Lindell, Bengt (red.): Vänbok till Torleif Bylund, s. 171–260. Iustus. Uppsala 2003. (*Lindblom FS Bylund*)
- Lindblom, Per Henrik*: Sena uppsatser. Om domstolsprocessen, processmaterialet och den alternativa tvistlösningen. Norstedts Juridik. Stockholm 2006. (*Lindblom 2006*)
- Lindell, Bengt*: Sakfrågor och rättsfrågor. En studie av gränser, skillnader och förhållanden mellan faktum och rätt. Skrifter från Juridiska Fakulteten i Uppsala 11. Iustus. Uppsala 1987. (*Lindell 1987*)
- Lindell, Bengt*: Partsautonomins gränser – i dispositiva tvistemål och med särskilt inriktning på rättsanvändningen. Skrifter från Juridiska Fakulteten i Uppsala 20. Iustus. Uppsala 1988. (*Lindell 1988*)

- Lindell, Bengt*: Temametoden och värdemetoden vid juridisk bevisvärdering, teoksessa Klami, Hannu Tapani (red.): Rätt och sanning. Ett bevisteoretiskt symposium i Uppsala 26–27 maj 1989, s. 9–21. Skrifter från Juridiska Fakulteten i Uppsala 30. Iustus Förlag. Uppsala 1990. (*Lindell RS 1990*)
- Lindell, Bengt*: Bevisbördan i försäkringsmål. Nordisk Försäkringstidskrift 1992, s. 213–217. (*Lindell NFT 1992*)
- Lindell, Bengt*: Civilprocessen. 2. uppl. Iustus. Uppsala 2003. (*Lindell CP*)
- Lindell, Bengt*: Det svåra lyftet – bevisbörda och beviskrav på skivstängan. Svensk Juristtidning 2007, s. 341–366. (*Lindell SvJT 2007*)
- Lindell, Bengt*: Notorietet och kontradiktion. Iustus Förlag. Uppsala 2007. (*Lindell 2007*)
- Lindfors, Heidi*: Sivullisen asema ulosotossa – erityisesti omistusolettaman ja keinotekoisien järjestelyn näkökulmasta. Edita. Helsinki 2008. (*Lindfors 2008*)
- Linna, Tuula*: Ulosottorealisoinnista de lege ferenda. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisu, A-sarja, N:o 175. Helsinki 1987. (*Linna 1987*)
- Lipton, Peter*: Inference to the Best Explanation. Routledge. London 1993. (*Lipton 1993*)
- Lundqvist, Ulf*: Bevisförbud. En undersökning av möjligheterna att avvisa oegentligt åtkommen bevisning i brottmålsrättegång. Skrifter från Juridiska Fakulteten i Uppsala 64. Iustus. Uppsala 1998. (*Lundqvist 1998*)
- Lødrup, Peter*: Lærebok i erstatningsrett. Institut for privatrett. Oslo 1999. (*Lødrup 1999*)
- Maassen, Bernhard M.*: Beweisprobleme im Schadenersatzrecht. 1975. (*Maassen 1975*)
- Makkonen, Kaarle*: Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia. Rakennanalyttinen tutkimus. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, B-sarja, N:o 191. Helsinki 1981. (*Makkonen 1981*)
- Makkonen, Kaarle*: Luentoja yleisestä oikeustieteestä. Yleisen oikeustieteen laitoksen julkaisuja, 16. 3. p. (toim. Urpo Kangas). Helsinki 1998. (*Makkonen 1998*)
- Malmberg, Jonas*: Bevisning i diskrimineringsstvister. Juridisk Tidskrift vid Stockholms Universitet, nr 4/2001–02, s. 804–814. (*Malmberg JT 2001-02*)
- Melander, Lauri*: Asianajajan etiikasta vihreän veran toiselta puolelta. Defensor Legis 2000, s. 557–566. (*Melander DL 2000*)
- Mellqvist, Mikael*: Telefonförhöret – fågel, fisk eller mitemellan? teoksessa Heckscher, Sten – Eka, Anders (red.): Festskrift till Johan Hirschfeldt. Iustus. Uppsala 2008. (*Mellqvist FS Hirschfeldt*)
- Mellqvist, Mikael*: Vad får man fråga? Några reflexioner rörande bevismats betydelse för vilka frågor man får ställas vid ett vittnesförhör, teoksessa Nilsson, Mattias (red.): Till minnet av Södra Roslags tingsrätt, s. 80–97. En minnesskrift utgiven av Notarieföreningen vid Södra Roslags tingsrätt. Jure. Stockholm 2007. (*Mellqvist 2007*)
- Michelsen, Hans M.*: Sivilprosess. Ad Notam Gyldendal. Oslo 1999. (*Michelsen 1999*)
- Mielityinen, Sampo*: Vahingonkorvausoikeuden periaatteet. Edita. Helsinki 2006. (*Mielityinen 2006*)
- Mononen, Marko*: Onko sopimusoikeudessamme yhtenäistä vastuuperustetta? Lakimies 2004, s. 1379–1397. (*Mononen LM 2004*)
- Musielak, Hans-Joachim*: Das Övervikstprincip. Zum Verhältnis von richterlicher Überzeugung und Wahrscheinlichkeit, teoksessa Lüderitz, Alexander – Schröder, Jochen (hrsg.): Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts. Bewahrung oder Wende? s. 451–471. Frankfurt am Main 1977. (*Musielak FS Kegel*)
- Musielak, Hans-Joachim*: Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess. Berlin 1975. (*Musielak 1975*)
- Muukkonen, Pertti Juhani*: Sopimusvapauden käsitteestä. Lakimies 1956, s. 601–612. (*Muukkonen LM 1956*)
- Myrsky, Matti*: Ohjaavatko tunteet oikeudellista päätöksentekoa? Oikeus-lehti 2004, s. 337–340. (*Myrsky 2004*)

- Mäenpää, Olli*: Hallintoprosessioikeus. 2. uud. p. WSOYPro. Helsinki 2007. (*Mäenpää 2007*)
- Mäki-Petäjä-Leinonen, Anna*: Dementoituvan henkilön oikeudellinen asema. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja, N:o 241. Helsinki 2003. (*Mäki-Petäjä-Leinonen 2003*)
- Mäki-Petäjä-Leinonen, Anna – Juva, Kati – Pirttilä, Tuula*: Dementoituvan ihmisen oikeudellinen toimintakyky ja sen lääketieteellinen arviointi. Lakimies 2006, s. 942–970. (*Mäki-Petäjä-Leinonen – Juva – Pirttilä LM 2006*)
- Männistö, Jarkko*: Siviiliprosessuaalisen oikeusvoimaopin muutoksesta, sen perusteista ja vaikutuksesta. Lakimies 2004, s. 37–48. (*Männistö LM 2004*)
- Männistö, Jarkko*: Lainvoimaisesti tuomitun vahingonkorvauksen muuttamisesta. Lakimies 2008, s. 410–432. (*Männistö LM 2008*)
- Määttä, Pekka*: Tuomarin rikosoikeudellinen vastuu rikosasian käsittelyn viipymisestä erityisesti silmällä pitäen eräitä rikoslain 40 luvun 9 ja 10 §:ien tunnusmerkitötekijöitä. Defensor Legis 2008, s. 372–389. (*Määttä DL 2008*)
- Möller, Gustaf*: Domstolen och icke åberopade omständigheten. Tidskrift utgiven av den Juridiska Föreningen i Finland 1984, s. 332–349. (*Möller JFT 1984*)
- Nial, Håkan*: Änmalan av Minneskrift utgiven av Juridiska Fakulteten i Uppsala, s. 355–357 (Karl Olivecronan kirjoituksen osuus). Svensk Juristtidning 1930. (*Nial SvJT 1930*)
- Niemi-Kiesiläinen, Johanna*: Rikosprosessin malleista ja funktioista, teoksessa Haavisto, Risto (toim.): Matkalla pohjoiseen. Professori Jyrki Virolaisen juhla-kirja. 26.2.2003, s. 337–348. Lapin yliopiston oikeustieteiden tiedekunta. Rovaniemi 2003. (*Niemi-Kiesiläinen JJ Virolainen*)
- Niemi-Kiesiläinen, Johanna*: Rikosprosessi ja parisuhdeväkivalta. WSOY. Helsinki 2004. (*Niemi-Kiesiläinen 2004*)
- Niemi-Kiesiläinen, Johanna – Honkatukia, Päivi – Ruuskanen, Minna*: Diskurssianalyysi ja oikeuden tekstit, teoksessa Niemi-Kiesiläinen, Johanna et al. (toim.): Oikeuden tekstit diskursseina, s. 21–41. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, E-sarja, N:o 13. Helsinki 2006. (*Niemi-Kiesiläinen – Honkatukia – Ruuskanen 2006*)
- Niemi-Kiesiläinen, Johanna – Honkatukia, Päivi – Karma, Helena – Ruuskanen, Minna*: Johdanto: diskurssianalyysiä juristeille, teoksessa Niemi-Kiesiläinen, Johanna et al. (toim.): Oikeuden tekstit diskursseina, s. 9–20. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, E-sarja, N:o 13. Helsinki 2006. (*Niemi-Kiesiläinen – Honkatukia – Karma – Ruuskanen 2006*)
- Niiniluoto, Ilkka*: Johdatus tieteenfilosofiaan. Käsitteen- ja teorianmuodostus. Otava. Helsinki 1980. (*Niiniluoto 1980*)
- Niskanen, Hannu – Ahonen, Timo – Laitinen, Ahti*: Suomalaisten luottamus tuomioistuimiin. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. Rikos- ja prosessioikeuden sarja A N:o 25. Turku 1999. (*Niskanen – Ahonen – Laitinen 1999*)
- Nordh, Roberth*: 35:5 rättegångsbalken. En rättsfråga om vad? Svensk Juristtidning 1994, s. 81–93. (*Nordh SvJT 1994*)
- Nordh, Roberth*: Rättegångshinder. Om forum, talerätt, åtalsrätt m. m. Iustus Förlag. Uppsala 2008. (*Nordh 2008a*)
- Nordh, Roberth*: Spridda tankar. Reflektioner kring talerätt, rättskraft, bevisfrågor m.m. Iustus Förlag. Uppsala 2008. (*Nordh 2008b*)
- Norrgård, Marcus*: Civilprocessens funktioner – tolkningshjälp eller läroboksutfyllnad. Tidskrift utgiven av den Juridiska Föreningen i Finland 2001, s. 140–163. (*Norrgård JFT 2001*)
- Norrgård, Marcus*: Interimistiska förbud i immaterialrätten. Kauppakaari. Helsingfors 2002. (*Norrgård 2002*)
- Norrgård, Marcus*: Förhållandet mellan materiell rätt och processuell rätt i rättsvetenskaplig forskning. Tidskrift utgiven av den Juridiska Föreningen i Finland 2002, s. 730–733. (*Norrgård JFT 2002*)

- Norrgård, Marcus*: Avtalsingrepp. Om otillbörliga ingripanden i kommersiella avtalsförhållanden. Forskningsrapporter från Svenska Handelshögskolan, 61. Helsingfors 2006. (*Norrgård 2006*)
- Nousiainen, Kevät*: Prosessin herruus. Länsimaisen oikeudenkäytön ”modernille” ominaisten piirteiden tarkastelua ja ajallista vertailua. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja, N:o 191. Helsinki 1993. (*Nousiainen 1993*)
- Nuotio, Kimmo*: Syyte rikosoikeutta ja rikosprosessioikeutta yhdistävänä tekijänä. Lakimies 2001, s. 679–697. (*Nuotio LM 2001*)
- Nurmi, Mirja-Leena*: Teemälähtöinen todisteiden kartoitus, teoksessa Lappalainen, Juha – Ojala, Timo (toim.): Kirjoituksia todistusoikeudesta, s. 135–151. Helsingin hovioikeuden laatuhanke-keen julkaisuja. Helsinki 2006. (*Nurmi 2006*)
- Nuutila, Ari-Matti*: Rikosoikeudellinen huolimattomuus. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1996. (*Nuutila 1996*)
- Nuutila, Ari-Matti*: Rikoslain yleinen osa. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1997. (*Nuutila 1997*)
- Nybergh, Gunnar*: Änmalan av Per Olof Bolding: Bevisbördan och den juridiska tekniken. Tidsskrift utgiven av den Juridiska Föreningen i Finland 1951, s. 308–309. (*Nybergh JFT 1951*)
- Nygaard, Nils*: Overvektsprinsippet ved bevis for faktisk årsakssammenheng, teoksessa Bratholm, Anders et al. (red.): Samfunn, rett, rettferdighet. Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag, s. 479–491. Tano. Oslo 1986. (*Nygaard FS Eckhoff*)
- Nygaard, Nils*: Frekvens-omgrep som juridiske normer, teoksessa Grönfors, Kurt et al. (red.): Lov, dom og bok. Festskrift til Sjur Brækhus 19. juni 1988, s. 399–409. Universitetsforlag. Oslo 1988. (*Nygaard FS Brækhus*)
- Nygaard, Nils*: Plassering av tvilsrisiko for hypotetisk årsak. Lov og Rett 2000, s. 515–542. (*Nygaard LoR 2000*)
- Nygaard, Nils*: Skade og ansvar. 5. utg. Universitetsforlaget. Bergen 2000. (*Nygaard 2000*)
- Nygaard, Nils*: Placing the Burden of Proof of a Hypothetical Cause, teoksessa Scandinavian Studies in Law, 2001:41, s. 421–452, Stockholm Institute for Scandinavian Law. (*Nygaard SSL 2001*)
- Nygaard, Nils*: Faktum og jus, rettskjeldelära og bevisreglane. Tidsskrift for Rettsvitenskap 2002, s. 33–61. (*Nygaard TjR 2002*)
- Nygaard, Nils*: Bevisvurdering ved nakkeskade, Prolaps-dommen og Lie-dommen. Tidsskrift for Erstatningsrett 2008, s. 294–313. (*Nygaard TjE 2008*)
- Nygaard, Nils – Hagen, Ole – Nome, Siri*: Årsak og bevis ved ansvar for skade. Universitetsforlaget. Oslo 1986. (*Nygaard – Hagen – Nome 1986*)
- Nylund, Anna*: Tillgången till den andra instansen i tvistemål. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja, N:o 274. Helsinki 2006. (*Nylund 2006*)
- Ojanperä, Jenni*: Todisteiden hyödyntämiskielto, teoksessa Lappalainen, Juha – Ojala, Timo (toim.): Kirjoituksia todistusoikeudesta, s. 153–168. Helsingin hovioikeuden laatuhanke-keen julkaisuja. Helsinki 2006. (*Ojanperä 2006*)
- Olivecrona, (Knut Hans) Karl*: En teori om bevisbördan, teoksessa Minnesskrift utgiven av Juridiska fakulteten i Uppsala 1929 till hågkomst av dess första doktorspromotion 1629. Juridiska Fakultetens i Uppsala Minnesskrift 1929, 11. Uppsala 1929. (*Olivecrona 1929*)
- Olivecrona, Karl*: Bevisskyldigheten och den materiella rätten. Almqvist & Wiksell. Uppsala 1930. (*Olivecrona 1930*)
- Olivecrona, Karl*: Anmälan av Odin Augdahl: Om bevisbyrden i tvistemål. Svensk Juristtidning 1930, s. 460–461. (*Olivecrona SvJT 1930*)
- Olivecrona, Karl*: Grunden och saken. Tidsskrift utgiven av den Juridiska Föreningen i Finland 1954, s. 312–346. (*Olivecrona JFT 1954*)
- Olivecrona, Karl*: Rätt och dom. Institutet för rättsvetenskaplig forskning, XXIV. Norstedt. Stockholm 1966. (*Olivecrona 1966*)

- Ovaskainen, Seppo*: Vääntämistaakasta siviiliprosessissa. Helsingin yliopiston rikos- ja prosessi-oikeuden laitoksen julkaisuja A:2. Helsinki 1989. (*Ovaskainen 1989*)
- Palmgren, Bo*: David Nehrman-Ehrenståhle inför nutiden, teoksessa Palmgren, Bo: För individen och rätten, s. 92–106. Juridiska Föreningens Publikationsserie nr 38. Helsingfors 1969. (*Palmgren 1969a*)
- Palmgren, Bo*: David Nehrman-Ehrenstråles bibliotek, teoksessa Palmgren, Bo: För individen och rätten, s. 107–134. Juridiska Föreningens Publikationsserie nr 38. Helsingfors 1969. (*Palmgren 1969b*)
- Pardo, Michael S. – Allen, Ronald J.*: Juridical Proof and the Best Explanation. *Law and Philosophy* 2008, s. 223–268. (*Pardo – Allen 2008*)
- Peltonen, Jukka*: Asianajajan totuusvelvollisuudesta oikeudenkäynnissä I. Johdatus kysymysten äärelle. Defensor Legis 2001, s. 967–992. (*Peltonen DL 2001*)
- Peltonen, Jukka*: Asianajajan ammatillinen bona fides, teoksessa Esko, Timo et al. (toim.): Näkökulmia asianajajaoikeuteen, s. 427–514. Asianajajaliiton julkaisuja 3/2004. Edita. Helsinki 2004. (*Peltonen 2004*)
- Peltonen, Jukka*: Oikeustositseikoista oheisineen, teoksessa Havansi, Erkki et al. (toim.): Oikeudenkäyntejä ja tuomioistuuja. Juhlakirja Juha Lappalainen 60 vuotta, s. 421–441. Edita. Helsinki 2007. (*Peltonen JJ Lappalainen*)
- Pennington, Nancy – Hastie, Reid*: The Story Model for Juror Decision Making, teoksessa Hastie, Reid (ed.): Inside The Juror. *The Psychology of Juror Decision Making*. Cambridge University Press. Cambridge 2004. (*Pennington – Hastie 2004*)
- Pihlajamäki, Heikki*: Legaalinen todistusteoria Suomessa: mitä se oli? *Lakimies* 1994, s. 607–626. (*Pihlajamäki LM 1994*)
- Pihlajamäki, Heikki*: Kirjoitukset teoksessa Pihlajamäki, Heikki – Pylkkänen, Anu: Suomalainen oikeustiede eurooppalaisessa traditiossa. Luentoja oikeustieteen historiasta. Rikos- ja prosessioikeuden sekä Oikeuden yleistieteiden laitos. Helsinki 1996. (*Pihlajamäki 1996*)
- Pihlajamäki, Heikki*: Evidence, crime and the legal profession. The Emergence of Free Evaluation of Evidence in the Finnish Nineteenth-Century Criminal Procedure. Skrifter utgivna av Institutet för rätthistorisk forskning grundat av Gustav och Carin Olin. Serien I. Rätthistoriskt bibliotek. Femtiofjärde bandet. Nerenius & Santérus. Stockholm 1997. (*Pihlajamäki 1997*)
- Pihlajamäki, Heikki*: Todistusoikeuden syklinen liike – paluuta legaaliseen todisteluun? *Oikeus* 4/1997 s. 382–386. (*Pihlajamäki Oikeus 1997*)
- Pihlajamäki, Heikki*: Johdatus varhaismoderniin oikeushistoriaan. Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisut. Helsinki 2004. (*Pihlajamäki 2004*)
- Popper, Karl R.*: Arvauksia ja kumoamisia. Teos ilmestyi alkujaan englanniksi nimellä *Conjectures and Refutations* (1963). Suomentanut Eero Eerola. Vastapaino. Tampere 1995. (*Popper 1995*)
- Puonti, Anne*: Oikeudellinen käsialanvertailu. Käsialatutkimusten luotettavuudesta ja käsialalauseintojen johtopäätösten tulkitsemisesta. *Lakimies* 1997, s. 71–85. (*Puonti LM 1997*)
- Pölönen, Pasi*: Henkilötodistelu rikosprosessissa. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja, N:o 236. Helsinki 2003. (*Pölönen 2003*)
- Pölönen, Pasi*: Todistajankuulustelun valmistelusta ja suorittamisesta rikosasioissa. Defensor Legis 2004, s. 216–225. (*Pölönen DL 2004*)
- Pöyhönen, Juha*: Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja, N:o 179. Helsinki 1988. (*Pöyhönen 1988*)
- Pöyhönen, Juha*: Uusi varallisuus-oikeus. 2. p. Talentum. Helsinki 2003. (*Pöyhönen 2003*)
- Rasilainen, Aki*: Muutoksenhakukäsitys ja suullisen todistelun uskottavuus. *Lakimies* 2006, s. 971–989. (*Rasilainen LM 2006*)

- Rautio, Ilkka*: Kirjoitukset teoksessa Lappi-Seppälä, Tapio (toim.): Rikosoikeus. 3. uud. p. WSOYpro. Helsinki 2009. (*Rautio 2009*)
- Rautio, Jaakko*: Hyötykonfiskaatiokanne. WSOYpro. Helsinki 2006. (*Rautio 2006*)
- Rautio, Jaakko*: KKO 2006:54. Hovioikeuspreklusio, teoksessa Timonen, Pekka (toim.): KKO:n ratkaisut kommentein 2006:I, s. 385–387. Talentum. Helsinki 2006. (*Rautio KKO 2006*)
- Reinikainen, Veikko*: Prosessinedellytysten puuttumisen oikeusseuraamuksista. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja, N:o 54. Helsinki 1958. (*Reinikainen 1958*)
- Robberstad, Anne*: “Änden som går.” Om strafferettens sannhetsmonopol, teoksessa Fauchald, Ole Kristian et al. (red.): Festskrift til Carl August Fleischer på hans 70-årsdag 26. august 2006, s. 465–480. Dog fred er ej det bedste... Universitetsforlaget. Oslo 2006. (*Robberstad FS Fleischer*)
- Rosenberg, Leo*: Die Beweislast. Auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung. 5. Auflage. Beck. München 1965. (*Rosenberg 1965*)
- Ross, Alf*: Om ret og retfærdighed. En indførelse i den analytiske retsfilosofi. Nyt Nordisk Forlag Arnold Busck. København 1953. (*Ross 1953*)
- Routamo, Eero – Ståhlberg, Pauli – Karhu, Juha*: Suomen vahingonkorvusoikeus. Talentum. Helsinki 2006. (*Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006*)
- Rudanko, Jorma*: Några praktiska synpunkter på den så kallade tilltrosparagrafen. Tidskrift utgiven av den Juridiska Föreningen i Finland 2006, s. 113–124. (*Rudanko JFT 2006*)
- Russell, Bertrand*: Länsimaisen filosofian historia: poliittisten ja sosiaalisten olosuhteiden yhteydessä varhaisimmista ajoista nykyaikaan asti. 1. Vanhan ajan filosofia, katolinen filosofia. Porvoo 1948. (*Russell 1948*)
- Russell, Bertrand*: Human Knowledge. Its Scope and Limits. Fifth impression. George Allen and Unwin. London 1966. (*Russell 1966*)
- Ryynänen, Juha*: Asianosaisvalmistelu riita-asioissa, teoksessa Savela, Antti (toim.): Rovaniemen hovioikeuspiirin tuomioistuinten laatuhankeen työryhmäraportteja VIII, s. 123–135. Gummerus Kirjapaino Oy. Saarijärvi 2007. (*Ryynänen 2007*)
- Ryynänen, Olli*: Bevisning i inkomstbeskattningen. Skrifter utgivna vid Svenska Handelshögskolan, Nr 87. Helsingfors 2000. (*Ryynänen 2000*)
- Saarikoski, Michael*: Syy-yhteys ja vahingonkorvauksen määrän arviointi henkilövahingoissa, erityisesti tuotevastuussa. Lakimies 2001, s. 227–247. (*Saarikoski LM 2001*)
- Saarnilehto, Ari*: Pääasiat velvoitteesta. WSOY. Helsinki 2005. (*Saarnilehto 2005*)
- Sahavirta, Ritva*: Käännetty todistustaakka rikosprosessioikeudessa, teoksessa Lappalainen, Juha – Ojala, Timo (toim.): Kirjoituksia todistusoikeudesta, s. 225–242. Helsingin hovioikeuden laatuhankeen julkaisuja. Helsinki 2006. (*Sahavirta 2006*)
- Salmiala, Bruno A.*: Oikeusvarmuus ja vapaa todistusten harkinta nykyisessä prosessimenettelysämme erittäinkin rikosasioita silmällä pitäen, teoksessa Rekola, Aarne et al. (toim.): Toivo Mikael Kivimäki 70 vuotta. Juhlajulkaisu. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, C-sarja, N:o 4, s. 276–299. Helsinki 1956. (*Salmiala JJ Kivimäki*)
- Samuelson, Per E.*: Att förhöra ett vittne. En handbok i förhörsteknik. 2. uppl. Thomson. Stockholm 2005. (*Samuelson 2005*)
- Saranpää, Timo*: Oikeustapauskommentti ennakkoratkaisusta KKO 2006:54. Defensor Legis 2006, s. 767–771. (*Saranpää DL 2006a*)
- Saranpää, Timo*: Whiplash-vammat vahingonkorvaus- ja todistusoikeudellisenä ongelmana. Defensor Legis 2006, s. 811–830. (*Saranpää DL 2006b*)
- Saranpää, Timo*: Oikeustapauskommentti ennakkoratkaisusta KKO 2008:68. Defensor Legis 2008, s. 694–707. (*Saranpää DL 2008*)
- Saxén, Hans*: Skadeståndsrätt. Acta Academiae Aboensis. Serie A, Humaniora. Åbo 1975. (*Saxén 1975*)

- Schelin, Lena*: Bevisvärdering av utsagor i brottmål. Norstedts Juridik. Stockholm 2007. (Teos on muokattu versio Schelinin vuonna 2006 ilmestyneestä väitöskirjasta.) (*Schelin 2007*)
- Schultz, Mårten*: Ersättningsrättens hypotetiska prov, teoksessa Schultz, Mårten (red.): Stockholm Centre for Commercial Law, Årsbok 1, s. 181–194. Stockholm 2008. (*Schultz 2008*)
- Schultz, Mårten*: Orsakssamband och bevisbörda, teoksessa Kleineman, Jan et al. (red.): Festschrift till Lars Heuman, s. 425–445. Jure. Stockholm 2008. (*Schultz FS Heuman*)
- Siltala, Raimo*: Oikeustieteen tieteenteoria. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja, N:o 234. Helsinki 2003. (*Siltala 2003*)
- Siltala, Raimo*: Oikeudellinen tulkintateoria. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja, N:o 261. Helsinki 2004. (*Siltala 2004*)
- Skjerdal, Nicolai Vogt*: Samvirkende årsaker ved yrkesskader og yrkessykdommer. To høyesterettsdommer om passiv røyking og betydningen av skadelidtes medvirkning. Tidsskrift for Erstatningsrett 2005, s. 268–278. (*Skjerdal TJE 2005*)
- Skoghøy, Jens Edvin A.*: Tvistemål. 2. utg. Universitetsforlag. Oslo 2001. (*Skoghøy 2001*)
- Smith, Eva*: Civilproces. Grundlæggende regler og principper. 4. udg. Thomson/GadJura. København 2000. (*Smith 2000*)
- Spåre, John-Henrik*: Käännetty todistustaakka ympäristövahinkolain (737/1994) mukaisten vahinkojen syy-yhteysarviointiin. Defensor Legis 1999, s. 524–535. (*Spåre DL 1999*)
- Stening, Anders*: Bevisvärde. Studia Iuridica Upsaliensia; 6. Acta Universitatis Upsaliensis. Juristförlaget. Uppsala 1975. (*Stening 1975*)
- Strandberg, Magne*: Skadelidtes hypotetiske inntekt. Om erstatningsutmåling og bevis. Fagbokforlaget. Bergen 2005. (*Stranberg 2005*)
- Ståhlberg, Pauli*: Ydinvaustusta. Vahingonkorvausoikeudellinen tutkimus erityisesti ydinvoimalaonnettomuudesta aiheutuvien vahinkojen kannalta. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja, N:o 195. Helsinki 1993. (*Ståhlberg 1993*)
- Ståhlberg, Pauli*: Irtaimiin liittyvien tunnearvojen korvaamisesta. Defensor Legis 2009, s. 579–586. (*Ståhlberg DL 2009*)
- Stub, Magnus*: Er forvaltningen kjent med beviskravene i forvaltningsretten? Lov og Rett 2006, s. 628–632. (*Stub LoR 2006*)
- Tala, Jyrki*: Luottamus tuomioistuimiin – mitä se on ja tarvitaanko sitä lisää? Lakimies 2002, s. 3–33. (*Tala LM 2002*)
- Tapanila, Antti*: Syytetyn oikeus syyttäjän todistajien kuulemiseen. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 2004. (*Tapanila 2004*)
- Tapanila, Antti*: Tuomarin esteellisyys. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja, N:o 282. Helsinki 2007. (*Tapanila 2007*)
- Tapanila, Antti*: Oikeustapauskommentti ennakkoratkaisusta KKO 2009:62. Defensor Legis 2009, s. 724–732. (*Tapanila DL 2009*)
- Taruffo, Michele*: Rethinking the Standards of Proof. American Journal of Comparative Law 2003, s. 659–677. (*Taruffo 2003*)
- Taxell, Lars-Erik*: Avtal och rättsskydd. Acta Academiae Aboensis. Series A. Humaniora 43. Åbo Akademi. Åbo 1972. (*Taxell 1972*)
- Taxell, Lars Erik*: Skadestånd vid avtalsbrott. Åbo Akademis förlag. Åbo 1993. (*Taxell 1993*)
- Telaranta, Kaarlo Armas*: Sopimusoikeus. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1990. (*Telaranta 1990*)
- Tirkkonen, Tauno*: Oikeusvoimasta. Sen luonne ja subjektiivinen ulottuvaisuus Suomen siviili-prosessissa. Helsingin Uusi Kirjapaino Oy. Helsinki 1933. (*Tirkkonen 1933*)
- Tirkkonen, Tauno*: Uusi todistuslainsäädäntö. Laki oikeudenkäymiskaaren 17 luvun muuttamisesta. Annettu 29 päivänä helmikuuta 1948. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, B-sarja, N:o 36. Helsinki 1949. (*Tirkkonen 1949*)

- Tirkkonen, Tauno*: Arvostelu Per Olof Boldingin teoksesta Bevisbördan och den juridiska tekniken. Lakimies 1951, s. 646–647. (*Tirkkonen LM 1951*)
- Tirkkonen, Tauno*: ”Der Ewigkeitswerte bar”, teoksessa Rekola, Aarne et al. (toim.): Toivo Mikael Kivimäki 70 vuotta. Juhlajulkaisu. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, C-sarja, N:o 4, s. 412–428. Vammala 1956. (*Tirkkonen JJ Kivimäki*)
- Tirkkonen, Tauno*: Kanteenmuutoskielto siviiliprosessissa. Lakimies 1960, s. 630–645. (*Tirkkonen LM 1960*)
- Tirkkonen, Tauno*: Totuus oikeudenkäynnissä, teoksessa Suomalaisen tiedeakatemian esitelmiä ja pöytäkirjoja, s. 164–178. Helsinki 1961. (*Tirkkonen 1961*)
- Tirkkonen, Tauno*: Suomen rikosprosessioikeus I. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, B-sarja, N:o 25. 2. uud. p. Porvoo 1969. (*Tirkkonen RP I*)
- Tirkkonen, Tauno*: Suomen rikosprosessioikeus II. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, B-sarja, N:o 56. 2. uud. p. Porvoo 1972. (*Tirkkonen RP II*)
- Tirkkonen, Tauno*: Suomen siviiliprosessioikeus I. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, B-sarja, N:o 105. 2. uud. p. Porvoo 1974. (*Tirkkonen SP I*)
- Tirkkonen, Tauno*: Suomen siviiliprosessioikeus II. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, B-sarja, N:o 128. 2. uud. p. Toimittanut Jouko Halila. Porvoo 1977. (*Tirkkonen SP II*)
- Tolvanen, Matti*: Asianosaisten määräämistoimista rikosprosessissa. Defensor Legis 2003, s. 1009–1027. (*Tolvanen DL 2003*)
- Tolvanen, Matti*: Tosiseikat rikosprosessissa, teoksessa Nuutila, Ari-Matti – Pirjatanniemi, Elina (toim.): Rikos, rangaistus ja prosessi. Juhlajulkaisu Eero Backman 1945–14/5–2005. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja, A-sarja, N:o 15. Turku 2005. (*Tolvanen JJ Backman*)
- Tolvanen, Matti*: Asianosaisten ja tuomioistuimen roolit todistelussa. Lakimies 2006, s. 1325–1343. (*Tolvanen LM 2006*)
- Träskman, Per Ole*: Rimligt eller inget rimligt tvivel, teoksessa Kleineman, Jan et al. (red.): Festschrift till Lars Heuman, s. 501–513. Jure. Stockholm 2008. (*Träskman FS Heuman*)
- Tulokas, Mikko*: Ongelman hahmottaminen ja ratkaisujen perusteleminen. Puhe korkeimman oikeuden Asianajajapäivässä 13.3.2006. – [Http://www.kko.fi/35250.htm](http://www.kko.fi/35250.htm) (4.6.2010). (*Tulokas 2006*)
- Tuori, Kaarlo*: Kriittinen oikeuspositivismi. WSLT. Helsinki 2000. (*Tuori 2000*)
- Tuori, Kaarlo*: Käsitelainopin itsepuolustus. Lakimies 2002, s. 1295–1320. (*Tuori LM 2002*)
- Tuori, Kaarlo*: Oikeusjärjestys ja oikeudelliset käytännöt. Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisut. Helsinki 2003. (*Tuori 2003*)
- Tuori, Kaarlo*: Oikeudenalajaotus – strategista valtapeliä ja normatiivista argumentaatiota. Lakimies 2004, s. 1196–1224. (*Tuori LM 2004*)
- Tuori, Kaarlo*: Oikeuden ratio ja voluntas. WSOYpro. Helsinki 2007. (*Tuori 2007*)
- Turunen, Santtu*: Oikeudenkäyntiasiamiehen ja -avustajan totuusvelvollisuus oikeudenkäynnissä. Defensor Legis 1999, s. 468–499. (*Turunen DL 1999*)
- Turunen, Santtu*: Täytyykö prosessioikeudellisessa väitöskirjassa hyödyntää empiiristä menetelmää? Teoksessa Lindfors, Heidi (toim.): Empiirinen tutkimus oikeustieteessä, s. 67–76. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimustiedoksiantoja 64. Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos. Helsinki 2004. (*Turunen 2004*)
- Twining, William*: Narrative and Generalisations in Argumentation About Questions of Fact, teoksessa Frändberg, Åke et al. (red.): Festschrift till Stig Strömholm, Del 2, s. 821–833. Iustus. Uppsala 1997. (*Twining FS Strömholm*)
- Twining, William*: Rethinking Evidence. Explatory Essays. 2nd ed. Cambridge University Press. Cambridge 2006. (*Twining 2006*)
- Tybjerg, Erland*: Om Bevisbyrden. Jacob Lund. København 1904. (*Tybjerg 1904*)

- Vaitoja, Jari:* Voidaanko oikeustieteellisen asiantuntijalausannon laatinut velvoittaa oikeudenkäynnin aikana suullisesti kuultavaksi? teoksessa Erkki Havansi et al. (toim.): Oikeudenkäynnejä ja tuomioistuimia. Juhlakirja Juha Lappalainen 60 vuotta, s. 537–560. Edita. Helsinki 2007. (*Vaitoja JJ Lappalainen*)
- Vedenkannas, Matti:* Tukikirje vakuutena. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja, N:o 279. Helsinki 2007. (*Vedenkannas 2007*)
- Vihriälä, Helena:* Diesenin metodin kritiikki, teoksessa Huovila, Mika et al. (toim.): Rikostuomion perustelevminen, s. 367–384. Helsingin hovioikeuden laatuhankeen julkaisuja. Helsinki 2005. (*Vihriälä 2005*)
- Vihriälä, Helena:* Diesenin metodin soveltamisesta tuomioistuinten ratkaisutoiminnassa talousrikosasioissa, teoksessa Koponen, Pekka et al. (toim.): Kirjoituksia talousrikosoikeudesta, s. 281–300. Helsingin hovioikeuden laatuhankeen julkaisuja. Helsinki 2007. (*Vihriälä 2007*)
- Viljanen, Mika:* Ihmisen identiteetti ja tuottamusarviointi. Lakimies 2005, s. 426–451. (*Viljanen LM 2005*)
- Viljanen, Mika:* Vahingonkorvauksen määrä. Tutkimus vahingoista ja rahoista. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja, N:o 287. Helsinki 2008. (*Viljanen 2008*)
- Viljanen, Mika:* Oikeudenkäymiskaaren 17:6 liikevahingon korvaamisessa – kätevä mutta kömpelö instrumentti? Defensor Legis 2009, s. 565–578. (*Viljanen DL 2009*)
- Viljanen, Pekka:* Oikeustieteellisen asiantuntijalausannon ja sen antajan statuksesta. Defensor Legis 1997, s. 546–552. (*Viljanen DL 1997*)
- Viljanen, Pekka:* Asianosaisen totuusvelvollisuudesta rikosasiassa. Defensor Legis 2001, s. 1004–1025. (*Viljanen DL 2001*)
- Viljanen, Pekka:* Rikokset oikeudenkäyttöä vastaan, teoksessa Frände, Dan – Matikkala, Jussi – Tapani, Jussi – Tolvanen, Matti – Viljanen, Pekka – Wahlberg, Markus: Keskeiset rikokset, s. 1 – 75. Edita Publishing Oy. Helsinki 2006. (*Viljanen 2006*)
- Virolainen, Jyrki:* Ne eat judex ultra petita partium. Näkökohtia syytteen ja tuomion välisestä suhteesta oikeuskäytännön valossa. Lakimies 1974, s. 25–43. (*Virolainen LM 1974*)
- Virolainen, Jyrki:* Reformatio in pejus-kiellosta. Tutkimus tuomioistuimen tutkimisvallan laajuudesta yksipuolisessa muutoksenhaussa erityisesti rikosprosessia silmällä pitäen. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja, N:o 120. Helsinki 1977. (*Virolainen 1977*)
- Virolainen, Jyrki:* Materiaalisesta prosessinjohtosta. Lakimies 1983, s. 148–173. (*Virolainen LM 1983*)
- Virolainen, Jyrki:* Väittämistaakasta vähäsen. Lakimies 1985, s. 973–1006. (*Virolainen LM 1985*)
- Virolainen, Jyrki:* Tuomion perustelevmisesta. Lakimies 1986, s. 889–917. (*Virolainen LM 1986*)
- Virolainen, Jyrki:* Materiaalinen prosessinjohto. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1988. (*Virolainen 1988*)
- Virolainen, Jyrki:* Kanteen muuttamisesta ja ennakkopäätösten perustelevmisestä – teoriaa, käytäntöä, kritiikkiä. Defensor Legis 1990, s. 563–586. (*Virolainen DL 1990*)
- Virolainen, Jyrki:* Väittämistaakasta ja eräistä metodologisista kysymyksistä. Lakimies 1991, s. 366–386. (*Virolainen LM 1991*)
- Virolainen, Jyrki:* Alioikeusudistus. Käräjäoikeus ja siviiliprosessin muutokset. Lapin yliopiston oikeustieteellisiä julkaisuja. Sarja B, 19. 4. uud. p. Rovaniemi 1994. (*Virolainen 1994*)
- Virolainen, Jyrki:* Lainkäyttö. Oikeudenkäynnin perusteet ja lainkäyttöelimet siviili- ja rikosprosessissa. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1995. (*Virolainen 1995*)
- Virolainen, Jyrki:* Kirja-arvostelu teoksesta Lappalainen, Juha: Siviiliprosessioikeus I. Lakimies 1996, s. 523–528. (*Virolainen LM 1996*)
- Virolainen, Jyrki:* Rikosprosessioikeus 1. Pandecta. 2. p. Rovaniemi 1999. (*Virolainen 1998*)

- Virolainen, Jyrki*: Pääosa virallisen vastaväittäjän, professori Jyrki Virolaisen Helsingin yliopiston oikeustieteelliselle tiedekunnalle antamasta 16.9.1998 päivätyistä lausunnosta teoksesta Leppänen, Tatu: Riita-asian valmistelu todistusaineiston osalta. Lakimies 1999, s. 115–141. (*Virolainen LM 1999*)
- Virolainen, Jyrki*: Oikeustapauskommentti ennakkoratkaisusta KKO 2000:71. Defensor Legis 2000, s. 669–678. (*Virolainen DL 2000*)
- Virolainen, Jyrki*: Väittämistaakasta vieläkin vähäsen. Lakimies 2000, s. 1156–1169. (*Virolainen LM 2000*)
- Virolainen, Jyrki*: Kirjoitukset teoksessa Lappalainen, Juha (toim.): Prosessioikeus. WSOY Lakitieto. Juva 2003. (*Virolainen 2003*)
- Virolainen, Jyrki*: Rasilaisten ”uusi luottamusperiaate” lainvastainen. Defensor Legis 2004, s. 942–943. (*Virolainen DL 2004*)
- Virolainen, Jyrki*: Prosessin pitkittymisen syistä, seurauksista ja ehkäisykeinoista. Defensor Legis 2006, s. 567–587. (*Virolainen DL 2006*)
- Virolainen, Jyrki*: Åberopsbörda och jämkning av avtalsvillkor. Tidskrift utgiven av den Juridiska Föreningen i Finland 2006, s. 187–206. (*Virolainen JFT 2006*)
- Virolainen, Jyrki*: Kirjoitukset teoksessa Lappalainen, Juha (toim.): Prosessioikeus. 2. uud. p. WSOY Lakitieto. Juva 2007. (*Virolainen 2007a*)
- Virolainen, Jyrki*: Tuomioistuimen velvollisuus informoida asianosaisia todistustaakan jaosta, teoksessa Timonen, Pekka (toim.): KKO:n ratkaisut kommenttein 2007:I, s. 342–354. Talentum. Helsinki 2007. (*Virolainen 2007b*)
- Virolainen, Jyrki*: Aihetodistelun riittävyys (näyttökynnys) varkausjutussa, teoksessa Timonen, Pekka (toim.): KKO:n ratkaisut kommenttein 2007:II, s. 175–184. Talentum. Helsinki 2007. (*Virolainen 2007c*)
- Virolainen, Jyrki*: Väittämistaakasta välimiesmenettelyssä, teoksessa Havansi, Erkki et al. (toim.): Oikeudenkäyntejä ja tuomioistuimia. Juhlakirja Juha Lappalainen 60 vuotta, s. 563–582. Edita. Helsinki 2007. (*Virolainen JJ Lappalainen*)
- Virolainen, Jyrki*: Väittämistaakan keventäminen välimiesmenettelyssä ei ole perusteltua. Ratkaisun KKO 2008:77 kriittistä tarkastelua, teoksessa Lindfors, Heidi et al. (toim.): Kovia aikoja: riitoja ja maksukyvyttömyyttä. Juhlakirja Risto Koulu 60 vuotta, s. 691–705. Edita. Helsinki 2009. (*Virolainen JJ Koulu*)
- Virolainen, Jyrki – Pölönen, Pasi*: Rikosprosessin perusteet. Rikosprosessioikeus I. WSOY Lakitieto. Jyväskylä 2003. (*Virolainen – Pölönen RP I*)
- Vuorenpää, Mikko*: Syyttäjän tehtävät. Erityisesti silmällä pitäen rikoslain yleisestävää vaikutusta. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja, N:o 277. Helsinki 2007. (*Vuorenpää 2007*)
- Vuorenpää, Mikko*: Väittämistaakka. Oikeustieto 3/2007, s. 5–7. (*Vuorenpää Oikeustieto 2007*)
- Vuorenpää, Mikko*: Yksi huomio kanteenmuutoskiellosta. Defensor Legis 2010, s. 211–213. (*Vuorenpää DL 2010*)
- Välimäki, Pertti*: Osituksen sovittelu avioeroon perustuvassa toimitusosituksessa. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1995. (*Välimäki 1995*)
- Wagenaar, Willem A. – van Koppen, Peter J. – Crombag, Hans F. M.*: Anchored Narratives. The Psychology of Criminal Evidence. St. Martin’s Press. New York 1993. (*Wagenaar – van Koppen – Crombag 1993*)
- Walton, Douglas*: Legal Argumentation and Evidence. Pennsylvania State University. Pennsylvania 2002. (*Walton 2002*)
- Walton, Douglas*: Abductive Reasoning. The University of Alabama Press. Tuscaloosa 2004. (*Walton 2004*)

- Walton, Douglas*: Witness Testimony Evidence. Argumentation, Artificial Intelligence and Law. Pennsylvania 2008. (*Walton 2008*)
- Westberg, Peter*: Förfalskade inköpsnotor – kritiska funderingar kring ett HD-fall om bevisbördan i tvistemål. Juridisk Tidskrift vid Stockholms Universitet, nr 1/1992–93, s. 155–168. (*Westberg JT 1992-93*)
- Westberg, Peter*: Taktisk rättegångsdribbling i tvistemål – en s.k. ”lindskogare”, teoksessa Ekstedt, Olle (red.): Från grundlag till vardagsjuridik. En vänbok till Bo Broomé, s. 219–232. Stockholm 2000. (*Westberg FS Broomé*)
- Westberg, Peter*: Det provisoriska rättsskyddet i tvistemål. Bok 4. Skrifter utgivna vid Juridiska Fakulteten i Lund, nr 156. Acta Societatis Juridicae Lundensis. Juristförlaget i Lund. Lund 2004. (*Westberg 2004*)
- Westberg, Peter*: Processtaktik och bevisbörda i dispositiva tvistemål, teoksessa Andersson, Torbjörn – Lindell, Bengt (red.): Festskrift till Per Henrik Lindblom, s. 731–754. Iustus. Uppsala 2004. (*Westberg FS Lindblom*)
- Wilhelmsson, Thomas*: Om tro och heder i finsk avtalsrätt. Avtalslagen 33 § i rättstillämpningen, teoksessa Aarnio, Aulis – Kangas, Urpo (toim.): Oikeustiede–Jurisprudentia XI:1978, s. 34–88. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen vuosikirja. Vammala 1978. (*Wilhelmsson OTJP 1978*)
- Wilhelmsson, Thomas*: Vakiosopimus ja kohtuuttomat sopimusehdot. 3. uud. p. Talentum. Helsinki 2008. (*Wilhelmsson 2008*)
- Wilhelmsson, Thomas – Sevón, Leif – Koskelo, Pauliine*: Kauppalain pääkohdat. 5. uud. p. Talentum. Helsinki 2006. (*Wilhelmsson – Sevón – Koskelo 2006*)
- Wrede, R(abbe) A(xel)*: Grunddragen af bevisrätten enligt gällande lag. Söderström & C:o Förlagsaktiebolag. Helsingfors 1894. (*Wrede 1894*)
- Wrede, R. A.*: Todistusoikeuden pääpiirteet voimassaolevan lain mukaan. Suomentanut Ernesti Forsman. Suomalaisen Kirjallisuuden Seuran toimituksia 124. osa. Helsinki 1910. (*Wrede 1910*)
- Wrede, R. A.*: Finlands gällande civilprocessrätt. Andra bandet. 3. omarb. uppl. Helsingfors 1923. (*Wrede CP II*)
- Wrede, R. A.*: Laki varallisuus oikeudellisista oikeustoimista 13. päivästä kesäkuuta 1929 sekä sen yhteydessä julkaistut lait selityksillä varustanut R. A. Wrede. Suomentanut Onni Heinonkoski. Söderström. Helsinki 1932. (*Wrede 1932*)
- Ylikangas, Heikki*: Romahtaako rintama? Suomi Puna-armeijan puristuksessa kesällä 1944. Ota-va. Helsinki 2007. (*Ylikangas 2007*)
- Ylöstalo, Matti – Tarkka, Olli*: Asianajajan käsikirja. 6. uud. 1. WSLT. Helsinki 2001. (*Ylöstalo – Tarkka 2001*)
- Zahle, Henrik*: Evidence, probability and tactics in proceedings, teoksessa Scandinavian Studies in Law, 1979:23, s. 257–293. Stockholm Institute for Scandinavian Law. (*Zahle SSL 1979*)
- Zahle, Henrik*: Om det juridiske bevis. Juristforbundets Forlag. København 1976. (*Zahle 1976*)
- Zahle, Henrik*: Bevisret. Oversigt. Jurist- og økonomiforbundets forlag. 1. udg. 3. opl. København 2004. (*Zahle 2004*)
- Zöller, Richard*: Zivilprozessordnung: mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozessrecht, EG-Verordnungen, Kostenanmerkungen. 25., neubearb. Aufl. Otto Schmidt. Köln 2005. (*Zöller 2005*)
- Ämmälä, Tuula*: Sopimuksen pätemättömyyden korjaantumisesta. Oikeustoimilain pätemättömyysperusteita koskeva tutkimus. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1993. (*Ämmälä 1993*)

VIRALLISLÄHTEET

SUOMI

HE 137/1945 vp laeiksi oikeudenkäymiskaaren 17, 21 ja 24 luvun, korvauksesta todistajille valtion varoista annetun lain, maakaaren 1 luvun, ulosottolain 3 luvun sekä rikoslain 17 luvun muuttamisesta.

HE 247/1981 vp oikeustoimen kohtuullistamista koskevaksi lainsäädännöksi.

HE 14/1985 vp esitutkintaa ja pakkokeinoja rikosasioissa koskevaksi lainsäädännöksi.

HE 15/1990 vp riita-asiaiden oikeudenkäyntimenettelyn uudistamista alioikeuksissa koskevaksi lainsäädännöksi.

HE 22/1990 vp ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen ja siihen liittyvien lisäpöytäkirjojen eräiden määräysten hyväksymisestä.

HE 154/1990 vp oikeudenkäymiskaaren pöytäkirjaa ja tuomiota koskevien säännösten uudistamisesta riita-asioissa.

HE 82/1995 vp rikosasioiden oikeudenkäyntimenettelyn uudistamista alioikeuksissa koskevaksi lainsäädännöksi.

HE 217/1995 vp laiksi hallintolainkäytöstä ja siihen liittyväksi lainsäädännöksi.

HE 6/1997 vp oikeudenkäyttöä, viranomaisia ja yleistä järjestystä vastaan kohdistuvia rikoksia sekä seksuaalirikoksia koskevien säännösten uudistamiseksi.

HE 33/1997 vp oikeudenkäymiskaaren muutoksenhakua hovioikeuteen ja asian käsittelyä hovioikeudessa koskevien säännösten ja eräiden niihin liittyvien lakien muuttamisesta.

HE 275/1998 vp laiksi ulosottolain muuttamisesta.

HE 80/2000 vp menettämisseuraamuksia koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.

HE 32/2001 vp laiksi oikeudenkäymiskaaren ja eräiden muiden lakien riita-asian valmistelua, pääkäsittelyä sekä hakemusasioiden käsittelyä koskevien säännösten muuttamisesta.

HE 44/2003 vp laiksi yhdenvertaisuuden turvaamisesta sekä eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta.

HE 167/2003 vp laiksi vahingonkorvauslain muuttamisesta ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.

HE 2006/154 vp ryhmäkannelaiksi ja laiksi Kuluttajavirastosta annetun lain muuttamiseksi.

HE 70/2008 vp riita-asioiden oikeuspaikkaa koskevien säännösten muuttamiseksi.

HE 85/2008 vp käräjäoikeuksien kokoonpanoa koskevien säännösten uudistamiseksi.

HE 105/2009 vp muutoksenhakua käräjäoikeudesta koskevaksi lainsäädännöksi.

KM 2003:3. Tuomioistuinelaitoksen kehittämiskomitean mietintö.

KM 2007:19. Käräjäoikeuksien kokoonpanosäännösten uudistaminen. Komiteamietintö.

KM 2008:3. Jatkokäsittelylupa hovioikeudessa. Komiteamietintö.

OLJ 4/2000. Riita-asiaiden oikeudenkäyntimenettelyn kehittäminen. Työryhmän mietintö.

RUOTSI

Statens offentliga utredningar

Processkommissionens betänkande angående rättegångsväsendets ombildning (SOU 1926:32)
Om förslag till ny rättegångsbalk. (SOU 1938:44)

LÄHTEET

Regeringens propositioner

Om godtrosförvärv av lösöre (Prop. 1985/86:123)

Ny konkurrenslagstiftning. (Prop. 1992/93:56)

Lyhenteet

AAL	laki asianajajista (1958/496)
DL	Defensor Legis
EIS	Euroopan ihmisoikeussopimus (Suomen osalta hyväksytty 1990/438 ja saatettu lisäpöytäkirjoineen voimaan asetuksella 1990/439)
EIT	Euroopan ihmisoikeustuomioistuin
EläinlääkintävahinkoL	laki eläinlääkintävahinkojen arviointilautakunnasta (13.12.2001/1205)
HD	högsta domstolen (Ruotsi)
HE	hallituksen esitys
HLL	hallintolainkäyttölaki (26.7.1996/586)
HomO	Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning (Ruotsi)
HR	Høyesterett (Norja)
JFT	Tidskrift utgiven av den Juridiska Föreningen i Finland
JV	Jussens Venner (Norja)
KJ	Kritisk Juss (Norja)
KKO	korkein oikeus
KL	kauppalaki (1987/355)
KorkeakoulueksintöL	laki oikeudesta korkeakouluissa tehtäviin keksintöihin (2006/369)
KSL	kuluttajansuojalaki (1978/38)
KuluttajariitalautakuntaL	laki kuluttajariitalautakunnasta (2007/8)
KunViranhaltijaL	laki kunnallisesta viranhaltijasta (2003/304)
LiikennevahinkolautakuntaL	laki liikennevahinkolautakunnasta (2002/441)
LM	Lakimies
LoR	Lov og Rett (Norja)
MaksupalveluL	maksupalvelulaki (2010/290)
MerimiesL	merimieslaki (1978/423)
OikN	oikeusneuvos
OK	oikeudenkäymiskaari (1734/4)
NimilautakuntaA	asetus nimilautakunnasta (1985/804)
NOU	Norges offentlige utredninger (Norja)
PatenttiL	patenttilaki (1967/550)
PeL	perustuslaki (1999/731)
PK	perintökaari (1965/40)
PotilasVahL	potilasvahinkolaki (1986/585)
RB	rättegångsbalken (Ruotsi)
RikosVahL	rikosvahinkolaki (2005/1204)
RL	rikoslaki (1889/39)
SOU	Statens offentliga utredningar (Ruotsi)
SSL	Scandinavian Studies of Law (Ruotsi)
TakausL	laki takauksesta ja vierasvelkapanttauksista (1999/361)
Tasa-arvoL	laki miesten ja naisten välisestä tasa-arvosta (1986/609)
Tasa-arvovaltuutettuL	laki tasa-arvovaltuutetusta ja tasa-arvolautakunnasta (1986/610)
TekijänoikeusL	tekijänoikeuslaki (1961/404)

LYHENTEET

TfE	Tidskrift for Erstatningsrett (Norja)
TfR	Tidskrift for Rettsvitenskap (Norja)
TNL	laki työneuvostosta ja eräistä työsuojelun poikkeusluvista (2004/400)
TO	hyvää asianajajatapaa koskevat ohjeet (15.1.2009)
TSL	työsopimuslaki (26.1.2001/55)
TTL	laki työtuomioistuimesta (1974/646)
Tvisteloven	Lov om mekling og rettergang i sivile saker (Norja)
TyökeksintöL	laki oikeudesta työntekijän tekemiin keksintöihin (1967/656)
VahL	vahingonkorvauslaki (1974/412)
VirkamiesL	valtion virkamieslaki (1994/750)
VOK	vuoden 1734 oikeudenkäymiskaaren 17 luku
VähemmistövaltuutettuL	laki vähemmistövaltuutetusta ja syrjintälautakunnasta (2001/660)
YhdenvertaisuusL	yhdenvertaisuuslaki (2004/21)
YTJulkL	laki oikeudenkäynnin julkisuudesta yleisissä tuomioistuimissa (2007/370)
YVL	laki ympäristövahinkojen korvaamisesta (1994/737)

1 Johdanto

1.1 TUTKIMUKSEN TAVOITE, METODI JA SUHDE AIKAISEMPAAN TUTKIMUKSEEN

Tuomioistuin joutuu ottamaan oikeudenkäynnin päätteeksi antamassaan tuomiossa kantaa näyttökysymykseen ja oikeuskysymykseen, joiden erottelu on länsimaiselle oikeudelle keskeinen.¹ Näyttökysymyksellä tarkoitetaan sen ratkaisemista, mitkä asianosaisten tapahtumainkulkua koskevista väitteistä pitävät paikkansa, oikeuskysymyksellä sitä, mitä näytetyksi tulleesta tapahtumainkultusta oikeusjärjestyksen mukaan seuraa. Oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa siis määritellään, mitä seuraamuksia oikeussäännökset määräävät tosiasiaväitteistä, jotka voidaan jonkinasteisella todennäköisyydellä määrittää tosiksi.

Näyttökysymykset ovat tuomioistuimen juridisen tiedonintressin vuoksi alisteisia oikeuskysymykselle, mikä ilmenee myös oikeustieteellisessä tutkimuksessa, erityisesti lainopissa, jossa oikeussäännöksiä systematisoidaan ja tulkitaan. Oikeussäännöksistä pyritään muodostamaan johdonmukainen järjestelmä, johon tarkasteltavana olevat ilmiöt voidaan sijoittaa. Systemaattinen sijainti ohjaa ongelmanratkaisua: paikallistamalla ongelman tietyille oikeudenalalle lakimiehet kykenevät oikeudenalan yleisten oppien avulla määrittelemään sovellettaviksi tulevia säännöksiä ja kysymykseen tulevia ratkaisuvaihtoehtoja. Oikeustieteellisessä tutkimuksessa näyttökysymykset eivät esiinny tosiasiallisen tapahtumainkulun kuvauksina, vaan tyyppitapauksina, esimerkkeinä tyyppillisistä ongelmista, joihin haetaan tyyppillistä ratkaisua.

Tuomioistuimen päätöksenteossa oikeuskysymys ja näyttökysymys ratkaistaan eri tavoilla. Oikeuskysymyksen ratkaisussa tuomioistuin tukeutuu oikeuslähteisiin sekä erilaisiin laintulkintamenetelmiin ja -standardeihin. Oikeuskysymyksiin ei ole yhtä ainoaa oikeaa ratkaisua, vaan ratkaisuvaihtoehtoja voidaan arvottaa oikeuslähteiden perusteella enemmän tai vähemmän perustelluiksi; jotta arvottaminen olisi mahdollista, tuomion perusteluissa tulee avoimesti ilmoittaa, miksi tuomioistuin on ratkaissut oikeuskysymyksen juuri tuomiossa tarkoitetulla tavalla.

Näyttökysymyksen tuomioistuin ratkaisee, eräitä poikkeustilanteita lukuun ottamatta, todistelun perusteella. Tuomioistuimelle esitetään tapahtumainkulkua koskevista väitteistä, oikeustositseikoista, todistelua, jonka perusteella ja johon rajoittuen tuomioistuin päätelee väitteiden oikeellisuuden. Näyttökysy-

¹ Bengt Lindellin mukaan oikeus- ja tosiseikkakysymyksen erottelu on ”metatason perustavaa laatua oleva erottelu” (Lindell 2007, s. 23); Kaarlo Tuorin mukaan erottelu kuuluu ”oikeudellisille toimijoille yhteiseen oikeuskulttuuriseen esiymmärrykseen” (Tuori 2007, s. 26).

mykseen, toisin kuin oikeuskysymykseen, voidaan liittää totuusominaisuus: tuomiossa vahvistettu tapahtumainkulku joko on totta tai sitten ei. Eri asia on, että tuomioistuin ei useinkaan tiedä, mikä tapahtumainkulkua koskevista väitteistä on totta – jos mikään. Oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa suurimmat ongelmat kohdistuvatkin useimmiten näyttökysymysten ratkaisemiseen.

Tämän tutkimuksen painopiste on näyttökysymyksessä. Suomen lainsäädännössä noudatetaan vapaan todistusharkinnan periaatetta: ”[O]ikeuden tulee, harkittuaan huolellisesti kaikkia esiintulleita seikkoja, päättää, mitä asiassa on pidettävä totena” (OK 17:2.1, L:ssa 29.7.1948/571). Vapaan todistusharkinnan periaatteen noudattaminen merkitsee, että laissa ei ole haluttu määritellä yksityiskohtaisesti, miten näytön arviointi tulisi suorittaa. Näytön arviointi ei kuitenkaan saa perustua vain oikeuden jäsenten henkilökohtaiseen vakuuttuneisuuteen, vaan tuomioistuimen päättelyn tulee olla perusteltavissa ja ulkopuolisten kontrolloitavissa. Tuomiossa on siksi ”selostettava, millä perusteella riitainen seikka on tullut näytetyksi tai jäänyt näyttämättä” (OK 24:4).

Tuomioistuimen tulee silloin, kun jonkin oikeustositseikkäväitteen oikeellisuudesta vallitsee epävarmuus, ratkaista näyttökysymys todistustaakkanormia soveltamalla. Todistustaakkanormin soveltaminen merkitsee, että tuomioistuin katsoo seikan ”jääneen näyttämättä” ja perustaa tuomionsa sen vastakohtaan. Todistustaakkanormeihin liittyy näyttökynnys, konkreettisen jutun todistusaineistosta riippumaton todennäköisyysvaatimus, joka todistelun kohteena olevan väitteen on ylitettävä, jotta tuomioistuin voi panna sen tuomion perusteeksi.²

Oikeuskirjallisuudessa on kehitetty erilaisia teorioita siitä, miten näytön arviointi pitäisi suorittaa: näitä ovat esimerkiksi todistusarvometodi, teemametodi ja hypoteesimetodi. Millään teorialla ei kuitenkaan ole hallitsevaa asemaa oikeuskirjallisuudessa, eikä tuomioiden perusteella voida sanoa, mitä teoriaa tuomioistuimet kulloinkin ovat seuranneet. Näyttäisi jopa siltä, että tuomioistuimet eivät usein edes tunne todistusteorioita ja niiden eroja.³

Tässä tutkimuksessa perustellaan uudenlaisen näytön arviointia koskevan teorian käyttöön ottamista. Dispositiivisissa riita-asioissa näyttöratkaisun johdava periaate tulisi olla *näyttöenenmyysperiaate*. Näyttöenenmyysperiaatteen soveltaminen tarkoittaa, että tuomioistuimen pitää lähtökohtaisesti perustaa tuomio sellaiseen seikkaan, joka on jutussa esitetyn näytön perusteella vasta-

² Ks. näyttökynnyksen käsitteestä esim. *Bolding* 1951, s. 15, *Ekelöf CP II*, s. 58–62, *Jonkka* 1993, s. 20–21, *Virolainen* 1995, s. 44–45, *Klami* 2000, s. 75–77, *Diesen* 2002, s. 74, *Lappalainen SP II*, s. 294–298, *Jokela III*, s. 254, *Heuman* 2005, s. 16, *Lindell SvJT* 2007, s. 341 ja *Ekelöf – Edelstam – Heuman IV*, s. 86.

³ Tällaiseen lopputulokseen voidaan päätyä *Antti Jokelan* tuomioistuinjuristeille suuntaaman kyselyn perusteella (ks. siitä *Jokela III*, s. 250–251). Ruotsissa *Mikael Mellqvist* (2007, s. 79–81), oikeustieteellisiä julkaisuja laatinut tuomari, toteaa, että tuomarit eivät joko tunne teorioita lainkaan tai parhaimmassakin tapauksessa tietävät vain päällisin puolin, mistä niissä on kysymys.

kohtaansa todennäköisempi. Tuomioistuimen tulisi siis ratkaista näyttökysymys konkreettisen todennäköisyyden perusteella. Näyttöenemmyysperiaatteen soveltaminen johtaa, näin väitetään, aineellisen totuuden mukaisiin ratkaisuihin: siihen, että tuomion faktapremissi vastaa todellisuutta.⁴ Tämä näkemys on kuitenkin kovin kiistanalainen, kuten jäljempänä huomataan.

Näyttöenemmyysperiaatteen kehittäjänä pidetään norjalaista *Torstein Eckhoffia*, joka esitti ajatuksensa teoksessa *Tvilsrisikoen* (1943).⁵ Näyttöenemmyysperiaatteen teoriaa kehitti ruotsalainen *Per Olof Bolding*, jonka väitöskirja *Bevisbördan och den juridiska tekniken* (1951) on toinen näyttöenemmyysperiaatteen pohjoismainen perusteos. Juuri Bolding on kirjoittanut pohjoismaisista prosessioikeustutkijoista eniten näyttöenemmyysperiaatteesta, ja myös ottanut käyttöön termin ”näyttöenemmyysperiaate” (ruots. ”*övertviksprincipen*”).⁶ Ruotsin prosessioikeudessa periaatteesta käytettiin sitä ennen nimitystä ”todennäköisyysperiaate” (ruots. ”*sannolikhetsprincipen*”).⁷ Boldingin mukaan ”todennäköisyysperiaate” ei ole tarkoituksenmukainen termi, koska se viittaa korkeamman asteisen todennäköisyyden vaatimukseen kuin yksinkertaiseen näyttöenemmyyteen, joka lähtökohtaisesti riittää seikan ottamiseksi tuomion perusteeksi.⁸

Miten näyttöenemmyysperiaatteeseen on Suomessa suhtauduttu? Suomessa yksityiskohtaisimmin periaatetta tarkastellut *Jouko Halila* pitää sitä todistustaakanormien vaihtoehtona, ja kritisoi sitä usealla perusteella. Halilan mukaan Bolding ja Eckhoff ovat esittäneet näkemyksensä lähinnä *de lege ferenda*, saamatta tukea maidensa oikeuskäytännöstäkään. Suomessa siviiliprosessuaalisen todistustaakan jaon yleissäännös (OK 17:1.1) ilmentää, vaikka siitä ei todistustaakan jakoperusteeksi konkreettisesti yksittäistapauksessa olekaan, että lainsäätäjä ei ole jättänyt todistustaakan jakoa tuomioistuinten *in casu* -harkintaan. Näytön riittävyysrajan tällainen madaltaminen johtaisi oikeusvarmuuden kanalta kielteisiin lopputuloksiin: luottamus tuomioistuihin vähenisi ja turvattomuuden tunne leviäisi kansalaisten keskuuteen. Lisäksi kiinteitä normeja, kuten todistustaakanormeja, pitää soveltaa, vaikka se johtaisikin kohtuuttomuuksiin; ”yhtä hyvin olisi sitten kaikki kiinteät normit poistettava ja annettava tuomioistuimille kertakaikkinen vallan täydellisyys”.⁹

⁴ Ks. esim. *Eckhoff* 1943, s. 64, *Dige* 1945, s. 20, 32, *Bolding* 1951, s. 27 ja 94, *Eckhoff SP*, s. 157, *Lindell* 1987, s. 287, *Hov* 1994, s. 436, *Skoghøy* 2001, s. 656, *Graver TjR* 2004, s. 467, *Robberstad FS Fleischer*, s. 468 ja *Stub LoR* 2006, s. 629.

⁵ Ks. myös *Eckhoff TjR* 1949, *Eckhoff TjR* 1952 ja *Eckhoff SP*.

⁶ Ks. Boldingin näyttöenemmyysperiaatetta koskevista kirjoituksista *Bolding* 1951, *Bolding* 1952, *Bolding SSL* 1960, *Bolding* 1983, *Bolding* 1989, *Bolding RS* 1990.

⁷ Ks. *Ekelöf FS Lundstedt*, s. 15. Mainittakoon, että myös Eckhoff käytti periaatteesta nimitystä todennäköisyysperiaate (norj. ”*sannsynnighetsprinsipper*”); ks. esim. *Eckhoff TjR* 1949, s. 305. Suomessa *Jouko Halila* (1955, s. 61) kirjoittaa niin ikään todennäköisyysperiaatteesta.

⁸ *Bolding* 1951, s. 28 alaviite 36.

⁹ Ks. kritiikistä *Halila* 1955, s. 58–69. Sitaatti s. 67.

Suomen vanhemmassa prosessioikeustutkimuksessa Jouko Halilan näkemykset hyväksyi *Tauno Tirkkonen*.¹⁰ *Tauno Ellilä* vaikuttaa suhtautuneen näyttöenemmyysperiaatteeseen (”*suurimman todennäköisyyden laki*”) varovaisen myönteisesti.¹¹ Suomen uudemmassa prosessioikeustutkimuksessa näyttöenemmyysperiaatteen asema on epäselvä. Sitä ei ole tutkittu yksityiskohtaisesti, mutta kukaan tutkija ei ole katsonut sen tulevan kysymykseen ainakaan täysitutkin- taisten riita-asoiden näyttöratkaisun pääperiaatteena.¹² Näyttöenemmyys- periaatteen epämääräistä asemaa kuvaa hyvin, että sillä on monta nimeä, kuten ”rakkailla lapsilla” yleensä on.

Näyttöenemmyysperiaate-termiä käyttävät *Hannu Tapani Klami* ja *Aulis Aarnio* (Klami 1995a, s. 42, Aarnio 2006, s. 250), ylipainoperiaate-termiä *Tauno Tirkkonen* ja *Antti Jokela* (Tirkkonen SP II, s. 117, Jokela III, s. 257–258), näyttöyliäämäperiaate-termiä Klami ja *Jyrki Virolainen* (Klami 1995a, s. 42, Virolainen 1995, s. 88) ja todennäköisyysperiaatetta *Jouko Halila* (Halila 1955, s. 61). *Juha Lappalainen* käyttää näyttöenemmyys- ja ylipainope- riaatetta synonyymeina (Lappalainen SP II, s. 329, Lappalainen JJ Peltonen, s. 193 alaviite 21). *Pasi Pölönen* kirjoittaa vahvemmuusperiaatteesta (Pölönen 2003, s. 141). *Tatu Leppänen* ja *Mika Huovila* käyttävät näyttöenem- myysperiaatteesta ruotsinkielistä väännöstä övervikt-periaate (Leppänen 1998, s. 144–145, Huovila 2003, s. 60). Klami kirjoittaa myös övervikt-teo- riasta tai -ajattelusta (Klami – Rahikainen – Sorvettula 1987, s. 81, Klami 2000, s. 81). *Bruno A. Salmiala*, *Jaakko Jonkka* ja ruotsinkielinen *Marcus Norrgård* puhuvat överviktsprincipenistä (Salmiala JJ Kivimäki, s. 279, Jonkka 1989, s. 142 ja 1991, s. 92, Norrgård 2002, erit. s. 218–222). *Tauno Ellilä* käyttää, kuten todettua, nimitystä suurimman todennäköisyyden laki.

Oikeuskirjallisuuden verraten nihkeästä suhtautumisesta huolimatta tuomiois- tuimet näyttävät olevan siviilijuttujen näyttöratkaisuisaan lähellä näyttöenem- myysperiaatteen soveltamista. Vaikka toinen asianosainen katsotaan näyttövel- volliseksi, jonkinlainen ”järkevä näyttöenemmyys” riittää todistustaakasta suo-

¹⁰ *Tirkkonen SP II*, s. 117–118. Ks. kuitenkin *Tirkkonen LM 1951*, s. 346–347. *Tirkkonen* ke- huu tohtori Boldingia ”lupaavaksi nuoreksi tutkijaksi, joka ilmeisesti pystyy syvälliseen tieteelli- seen ajatustyöhön ja jolla samalla on voimakas pyrkimys itsenäisiin kannanottoihin”. Suurta käy- tännön merkitystä *Tirkkonen* ei kuitenkaan Boldingin tutkimuksella nähnyt olevan, kuten ei myöskään *OikN Gunnar Nybergh (JFT 1951)*, s. 309. Sitä vastoin *Per Olof Ekelöf (SvJT 1952)*, s. 231) uskoi, että tutkimus kiinnostaisi tuomioistuinjuristeja merkittävästi enemmän kuin väitös- kirjat yleensä.

¹¹ *Ellilä 1976*, s. 172, alaviite 3.

¹² Ks. kuitenkin *Norrgård 2002*, s. 178–222, jossa näyttöenemmyysperiaate asetetaan lähtö- kohdaksi arvioitaessa OK 7:3.1:n mukaisen väliaikaisen turvaamistoimen yhtenä edellytyksenä olevaa vaatimusta siitä, että hakija ”saattaa todennäköiseksi”, että hänellä on vastapuolta vastaan ”muu kuin OK 7:1–2:ssä tarkoitettu oikeus”. *Norrgårdin* mukaan näyttökynnys on kuitenkin joustava (ks. *2002*, s. 222–227). Ks. väliaikaisen turvaamistoimen näyttökynnyksestä samansi- sältöisesti myös *Jokela II*, s. 122–124, *Westberg 2004*, s. 86–139. Ks. myös *Havansi 1994a*, s. 15–18, 43–44 ja *Ekelöf – Bylund – Edelstam III*, s. 27–28.

riutumiseen. *Juha Lappalainen* käyttää esimerkkinä KKO:n ennakkopäätöstä 1993:80, jonka ratkaisuosituksen mukaan ”rakennukselle oli aiheutunut vaurioita routimisesta. Rakennuksen omistajan katsottiin saattaneen vesilaitoksen lähellä rakennusta avo-ojaan suorittaman veden juoksutuksen syy-yhteyden routimiseen niin todennäköiseksi, että kunta vesilaitoksen omistajana veloitettiin korvaamaan vauriot, kun se ei ollut näyttänyt, ettei juoksutus voinut olla routimisen syy”.¹³ *Antti Jokela* toteaa ratkaisuun viitaten, että tuomioistuinkäytännössä näyttökysymys ratkaistaan usein *todennäköisyssharkinnan* perusteella.¹⁴ Ruotsissa *Per Olof Bolding* on todennut, että tuomioistuimet voivat hyvinkin soveltaa näyttöenemmyysperiaatetta, vaikka tämä ei kävisikään ilmi tuomioiden perusteluista.¹⁵

Näistä lausumista on pääteltävissä, että näyttöenemmyysperiaate vastaa, ainakin jossakin määrin, tuomioistuinten tapaa harkita näyttöä. Tätä ei voida sanoa kaikista näytön arvioinnin teorioista. Lausumat johtavat myös kysymään, onko näyttöenemmyysperiaate todella niin kelvoton teoria kuin oikeuskirjallisuudessa on väitetty?

Kun asiaa ei ole tutkittu, on vaikea perustellusti sanoa, pitäisikö näyttöenemmyysperiaate hyväksyä vai hylätä; se vaikuttaa joka tapauksessa tutkimisen arvoiselta teorialta. Oman näkemykseni mukaan näyttöenemmyysperiaate ei ole kelvoton teoria. Tässä tutkimuksessa se pyritään systematisoimaan näyttöratkaisun johtavaksi periaatteeksi dispositiivisissa riita-asioissa. Tutkimuksessa on siksi kyettävä osoittamaan, että näyttöenemmyysperiaate ei ole ristiriidassa oikeudenkäymiskaaren 17 luvun säännösten eikä erityislainsäädännön todistustaakka- ja näyttökynnyssäännösten kanssa. Lisäksi on osoitettava, että näyttöenemmyysperiaatteen edut ovat painavammat kuin muiden teorioiden edut. Myös näyttöenemmyysperiaatetta vastaan esitetty kritiikki on pyrittävä kumoamaan.

Tutkimus on oikeusdogmaattinen eli pyrin osoittamaan, että näyttöenemmyysperiaatteen systematisoiminen näytön arvioinnin johtavaksi periaatteeksi on voimassa olevan oikeuden kannalta perusteltua. Tutkimusmenetelmä on tosin oikeuspoliittisesti latautunut, koska tarkoituksena on myös perustella sitä,

¹³ *Lappalainen SP II*, s. 333. Lappalaisen mukaan myös rikosprosessuaalisissa ennakkopäätöksessä KKO 1999:82 käytetty perustelemistapa muistuttaa näyttöenemmyysperiaatelle tyypillistä argumentointitapaa, vaikka kysymys oli ollut henkilötodistelun uskottavuusarvioinnista. Lappalainen pitää perusteluja ongelmallisina, koska rikosprosessissa heikkokin vastaanäyttö voi johtaa tuomitsemiskynnyksen ylittymättä jäämiseen (*Lappalainen 2000* s. 25). Näyttöenemmyysperiaatelle tyypillisellä tavalla on ennakkopäätöksessä KKO 1996:102 argumentoinut eriväessä mielipiteessään OikN *Per Lindholm*.

¹⁴ *Jokela III*, s. 258. Ks. tapauksen johdosta myös *Spåre DL 1999*, s. 533. *Erkki Havansi (1994b*, s. 97, alaviite 23) pitää ratkaisua esimerkkinä väärästä todistustaakasta.

¹⁵ *Bolding SSL 1960*, s. 19–20. Ks. myös *Jonkka 1991*, s. 80–81 ja *Ståhlberg 1993*, s. 271, joiden mukaan näyttöratkaisu voi perustua väitettyä normaalinäyttökynnystä (”täysi näyttö”) pienempäänkin näyttöön ilman, että sitä välttämättä kirjattaisiin ylös.

miksi näyttöenemmyysperiaatetta tulisi soveltaa johtavana periaatteena. Kysymys ei kuitenkaan ole sellaisesta *de lege ferenda* -tutkimuksesta, jossa ”kartoitettaisiin, systematisoitaisiin tai justifioitaisiin tarkoituksenmukaisia tapoja ratkaista tietty epäkohta tai ongelma lainsäädännöllistä tietä”, vaan pyrin osoittamaan, että näyttöenemmyysperiaate näytön arvioinnin johtavana periaatteena on mahdollinen *de lege lata*.¹⁶

Tutkimusmenetelmällä on oikeuspoliittisen latautuneisuuden vuoksi yhteys ns. *de sententia ferenda* -tutkimukseen.¹⁷ Tulkintasuosituksella *de sententia ferenda* tarkoitetaan tuomioistuimelle tai muulle viranomaiselle suunnattua ehdotusta siitä, miten tietty asia tulee ratkaista. Sellaisen tulkintasuosituksen katsotaan tulevan kysymykseen erityisesti silloin, kun normiaineisto on huomattavan aukollista. *De sententia ferenda* -tulkintasuositusten ei kuitenkaan tarvitse rajoittua vain lainsäädännön aukkotilanteisiin, vaan ne tulevat kysymykseen myös silloin, kun oikeustila on muusta syystä epäselvä.¹⁸ Alf Rossin tarkoittamassa mielessä *de sententia ferenda* -käsitteellä ei kuitenkaan ymmärtääkseni viitattu lainsäädännön aukkotilanteisiin tai epäselvään oikeustilaan, vaan kysymys oli oikeusrealistisesti ja oikeusinstrumentalistisesti suuntautuneen juridiikan perustehtävästä:

Alf Ross on pitänyt eräiden oman aikansa pohjoismaisten juristitutkijoiden kutsumuksena *de sententia ferenda* -kannanottojen esittämistä; *de sententia ferenda* -kannanottojen esittäminen on suorastaan heidän työnsä ”käyttövoima”.¹⁹ Tällaisesta tutkijasta esimerkkinä Ross mainitsee Phillips Hultin, joka luonnehtii työtään jopa runollisesti seuraavasti: ”minulla olisi vaikeuksia olla kyllin kiinnostunut työstäni oikeustieteilijänä, jos rajoittuisin vain rekisteröimään, mitä lainsäätäjät ja nimenomaisesti ja yksiselitteisesti lausunut, ja miten tuomioistuimet ovat erilaisia riitakysymyksiä ratkaisseet, ja jos sen lisäksi ehkä huomauttaisin epäselvistä ja sisällöltään epävarmoista asioista. Juridiikan elinvoima on sen tutkimisessa, miltä oikeussäännökset ja tuomioistuinratkaisut vaikuttavat yleisestä sosiaalisesta näkökulmasta, ja mi-

¹⁶ Näin *de lege ferenda* -tutkimuksen määrittelee Tuula Linna (1987, s. 9)

¹⁷ Ks. *de sententia ferenda* -tutkimuksesta Norrgård 2006, s. 23–26, Vedenkannas 2007, s. 6–13 ja Könnkölä 2009, s. 5–8. Ks. ilmauksesta *de sententia ferenda* myös Ross 1953, s. 60, 119, 170, 183, 421–422.

¹⁸ Norrgård 2006, s. 23, Vedenkannas 2007, s. 7 ja Könnkölä 2009, s. 5. *De sententia ferenda* -tutkimuksella on tältä osin liittynyt myös Mika Hemmon (1998, s. 10–11) argumentteja kehittyvään dogmatiikkaan, jossa lainopin tehtäväksi asetetaan kysymykseen tulevien argumentaatiomallien kehittäminen, ja jossa argumenttien viimekätinen punninta jää tuomioistuimen tehtäväksi. Norrgårdin (2006, s. 24–25) mukaan Hemmo näyttää korostavan oikeustieteen objektiivisuusvaatimusta. Kuitenkin oikeustieteelliseen tutkimukseen pitää kuulua myös kritiikki, jota ilman tutkimus on apologiaa. Norrgård itse toteaa tarkoitaneensa vaikuttaa oikeuskäytäntöön, ja koska sopimushäirinnästä ei aiemmin ole tehty kansallista tutkimusta, hän ”ottaa askeleen eteen” ja esittää tulkintasuosituksia.

¹⁹ Ross 1953, s. 60.

ten erilaiset ratkaisut suhtautuvat niihin erityisiin tarkoituseriin, jotka lainsäätäjän (tai lainsäätäjistä riippumatta kehittyneillä) säännöksillä on”.²⁰

De sententia ferenda -tutkimus ei nähdäkseen edellytä sitä, että tutkija sitoutuisi skandinaavisen realismin mukaiseen käsitykseen oikeuden voimassaolosta, vaan positiiviseen oikeuteen ja tavanomaiseen oikeuslähdeoppiin sitoutuva tutkijakin voi tehdä *de sententia ferenda* -tutkimusta. *De sententia ferenda* -tutkimus edellä kuvatulla tavalla ymmärrettynä ei tavoitteidensa puolesta vaikuta eroavan olennaisesti tavanomaisesta lainopillisesta tutkimuksesta, jolla myös pyritään antamaan tuomioistuimelle eväitä ratkaisutoimintaan. *De sententia ferenda* -tutkimuksessa oikeussäännösten teleologinen tulkinta voinee kuitenkin painottua enemmän kuin lainsäätäjän tahtoa painottava subjektiivinen tulkinta. Tässä tutkimuksessa näyttöenemmyysperiaatteen soveltamista perustellaan, kuten todettua, myös teleologisella argumentaatiolla: miksi näyttöenemmyysperiaatetta pitää soveltaa.

Näytön arvioinnin kysymyksiä ei tutkimuksessa selvitetä tuomioistuinjuristeille suunnatun kyselyn tai muun empiirisen aineiston avulla, jollei tuomioistuinratkaisuja pidetä sellaisina. Empiirisen menetelmän hyödyntämättä jättäminen ei johdu siitä, etten pitäisi sitä hyödyllisenä – päinvastoin: juuri prosessioikeudessa tarvitaan tietoa oikeuskäytännön realiteeteista.²¹ Empiirinen tieto on tarpeen, jotta tutkimus kohdistuisi käytännöllisesti relevantteihin teemoihin – jollainen näyttöratkaisu aivan ilmeisesti on. Ilman kosketuspintaa prosessitodellisuuteen tutkimus jää helposti abstraktiseksi oppirakennelmaksi. Empiiristä tietoa voidaan hyödyntää myös systematisoinnissa, periaatteiden muodostamisessa ja oikeussäännöksiä koskevien tulkintasuositusten laatimisessa.²²

Eräissä todistusoikeudellisissa tutkimuksissa onkin tukeuduttu empiiriseen aineistoon. Esimerkiksi *Jaakko Jonkan* syyteharkintaa koskevaan väitöskirjaan sisältyy ”eräänlaisena sivujuonteena”, kuten kirjoittaja ilmoittaa, syyttämiskäytäntöä kuvaava jakso.²³ *Santhu Turunen* ei pidä jaksoa välttämättömänä, koska

²⁰ Ross 1953, s. 60 (alkuperäinen teksti julkaistu SvJT 1952, s. 580). Ross (1953, s. 170) itse vaikuttaa katsovan että oikeuspoliittisella argumentaatiolla *de lege ferenda* ja *de sententia ferenda* ei ole periaatteellista eroa.

²¹ Ks. empiirisestä menetelmästä prosessioikeustutkimuksessa erit. Turunen 2004. Myös Jyrki Virolainen kirjoittaa empiirisen menetelmän hyödyllisyydestä (ks. erit. Virolainen LM 1999, erit. s. 118–120) sekä tarpeesta erottaa ideaaliprosessi ja reaali prosessi, joista ensin mainittu on oikeudenkäynti sellaisena kuin sen ”kaikkien taiteen sääntöjen” mukaan, prosessin moninaisten arvojen ja tavoitteiden toteutuessa, tulisi olla; viimeksi mainitulla tarkoitetaan prosessia ”sellaisena kuin se on” (ks. ideaali- ja reaali prosessista Virolainen 1995, s. 112–124, Virolainen 1998, s. 48–58, Virolainen – Pölönen RP I, s. 179–184 sekä Virolainen LM 1999, s. 119–120.)

²² Tutkimuksen yliabstraktisuuden vaarasta ilman empiiristä elementtiä ks. *Ervasti LM 1998*, s. 373, *Ervasti 2004*, s. 19–20. Ks. empiirisen tutkimuksen hyödyntämistavoista *Ervasti JFT 2000*, s. 581, *Ervasti 2004*, s. 19 sekä todistusoikeuden osalta *Jonkka RS 1990* ja *Jonkka DL 1992*, s. 56–61.

²³ Ks. *Jonkka 1991*, s. 297–342. Ks. empiirisestä tutkimuksesta todistusoikeudessa myös

työn suurimmat ansiot ovat teoreettisen lainopin saralla. Jonkan tutkimuksesta on peräisin punnintamalli, jonka mukaan syyttäjän tulee tehdä syyttämiskäytös punnitsemalla vastakkain rikosvastuun toteuttamisvaatimusta ja yksilön oikeusturvavaatimusta.²⁴ Turunen ei kiistä ”tukevampaa todellisuuskuvan” hyödyllisyyttä, vaan katsoo, että kysymys on panos-hyöty-suhteesta: empiiristä tutkimusta ei kannata tehdä, jos siihen käytetyt resurssit tuottaisivat paremmin johonkin toiseen menetelmään tai tutkimuksen osa-alueeseen sijoitettuna.²⁵

Tämäkin tutkimus on teoreettista lainoppia, jos sillä tarkoitetaan, kuten yleensä, yleisiin oppeihin keskittynyttä tutkimusta. Tutkimuksella on kuitenkin myös käytännöllinen puolensa: tavoitteena on kehittää näytön arvioinnin apuvälineeksi teoria, joka olisi yhdenmukainen todistuslainsäädännön kanssa ja hyödynnettävissä tuomioistuimen ratkaisutoiminnassa.²⁶ Näytön arvioinnin teorioiden kehittäminen on Pohjoismaissa ollut todistusoikeustutkimuksen perinteinen tavoite – jota on myös kritisoitu.²⁷ Koska tutkimuksen ensisijainen tavoite on kehittää näyttöratkaisua koskeva teoria, en pidä empiirisen menetelmän soveltamista ehdottoman välttämättömänä.

Suomen prosessioikeudessa näytön arvioinnin tutkimusta on, ainakin Ruotsiin ja Norjaan verrattuna, harjoitettu vähän. Siviiliprosessuaalinen näytön arvioinnin klassikkoteoksia ovat *Jouko Halilan* väitöskirja Tunnustamisesta (1950) ja monografia Todistustaakan jaosta (1955), jotka ovat säilyttäneet arvonsa jopa poikkeuksellisesti.²⁸ Näytön arvioinnin problematiikkaa on tutkinut myös *Hannu Tapani Klamin* johtama Oikeus ja totuus -projekti, jonka julkaisuista voidaan mainita ainakin *Klami: Law, Environment and Uncertainty* (1986), *Klami: On Truth and Evidence* (1986), *Klami – Marja Rahikainen – Johanna Sorvettula: Todistusharkinta ja todistustaakan jako* (1987), *Klami: Todistelun ongelmia* (1995), *Klami: Skrifter om bevisning* (1995), *Minna Hatakka* (nyk. *Gräns*): Das Risiko der fehlerhaften Entscheidungen (1995, väitöskirja),

Jonkka 1993, s. 123–185, *Klami* 1995a, s. 39–61 (kirjoitus on julkaistu myös Lakimiehessä vuonna 1988, s. 467–489). Todistusoikeudessa on tukeuduttu voimakkaasti myös tuomioistuinpraksikseen. Ks. *Tybjerg* 1904 (n. 1000 tanskalaista ja norjalaista sekä 250 saksalaista oikeustapausta) ja *Dige* 1945 (n. 1200 oikeustapausta). Ks. uudemmassa tutkimuksesta *Heuman* 2005, s. 36, alaviite 57, jossa Heuman toteaa tutkimuksensa lähdeaineiston sisältävän n. 300 ruotsalaista oikeustapausta).

²⁴ Ks. Jonkan punnintamallista esim. *Jonkka* 1991, s. 248–296 (muodollinen punnintamalli s. 249–254), *Jonkka DL* 1992, s. 61–69, *Jonkka DL* 2003, s. 983–992 sekä sen soveltamisesta asianajajaoikeuteen *Kunnas DL* 2005, erit. s. 1301–1309.

²⁵ *Turunen* 2004, s. 75–76.

²⁶ Tarkkarajaista erottelua teoreettisen ja käytännöllisen lainopin välillä ei ole pidetty mielekkäänä esimerkiksi Suomen analyttisessä siviilioikeustutkimuksessa (ks. tästä esim. *Pöyhönen* 1988, s. 12, *Aarnio* 1997, s. 40–44).

²⁷ *Per Olof Bolding* (1983, s. 24) pitää ylenpalttista teorioiden kehittämistä ”todistusoikeustutkijoiden helmasyntinä”.

²⁸ Samoin *Havansi LM* 2006, s. 906.

Klami – Minna Gräns – Johanna Sorvettula: Law and Truth – a Theory on Evidence (2000) sekä *Klami: Todistusratkaisu* (2000).

Siviiliprosessuaalisen näytön arvioinnin kysymyksiä käsitellään myös prosessioikeuden oppikirjoissa sekä eräissä monografioissa. *Tauno Tirkkosen, Tauno Ellilän, Jyrki Virolaisen, Juha Lappalaisen* ja *Antti Jokelan* yleisesitysten lisäksi voidaan mainita *Tauno Tirkkosen* teos *Uusi todistuslainsäädäntö* (1949), joka on vuoden 1949 todistuslainsäädännön uudistuksen kommentaariteos – vaikka kommentaariteosta ei varsinaisena tutkimuksena voida pitääkään. Näytön arvioinnin kannalta osin relevantteja ovat *Tatu Leppäsen* väitöskirja *Riitaasian valmistelu todistusaineiston osalta* (1998)²⁹ ja *Mika Huovilan* väitöskirja *Periaatteet ja perustelut* (2003).³⁰ Todistelumenettelyn kannalta relevantteja mainittujen teosten lisäksi ovat *Juha Lappalaisen* monografia *Todistajan esteellisyydestä* (1988) sekä *Laura Ervon* väitöskirja, johon sisältyy todistelun avoimuutta koskeva jakso.³¹

Rikosprosessuaalinen todistusoikeustutkimus on ollut siviiliprosessuaalista todistusoikeustutkimusta vireämpää. Klamin tutkijaryhmän teoksissa sekä lukuisissa rikosprosessioikeuden yleisesityksissä käsitellään rikosprosessuaalista näytön arviointia. Siitä on kirjoittanut *Jaakko Jonkka* väitöskirjassaan *Syytekynnys* (1991), oppikirjassaan *Rikosprosessioikeuden yleisistä opeista* (1992)³² ja monografiassaan *Todistusharkinnasta* (1993). Myös *Pasi Pölösen* väitöskirja *Henkilötodistelu rikosprosessissa* (2003)³³ sekä *Päivi Hirvelän* väitöskirja *Rikosprosessi lapsiin kohdistuvissa seksuaalirikoksissa* (2007) ovat näytön arvioinnin kannalta huomionarvoisia töitä.³⁴

Rikosprosessuaalista todistelumenettelyä käsitellään *Lauri Hormian* väitöskirjassa *Todistamiskielloista rikosprosessissa I* (1978) ja monografiassa *Todistamiskielloista rikosprosessissa II* (1979). *Pasi Pölösen* ja *Päivi Hirvelän* edellä mainitut väitöskirjat ovat keskeisiä myös todistelumenettelyn kannalta. *Mikko Vuorenpään* väitöskirjassa *Syyttäjän tehtävät* (2007) todistelukysymyksiä käsitellään rikosprosessin sanktiovarmuutta toteuttavan tehtävän kautta.³⁵ Lisäksi voidaan mainita *Antti Tapanilan* lisensiaattityö *Syytetyn oikeus syyttäjän todistajien kuulemiseen* (2004).

Todistusoikeus on keskeisessä asemassa myös *Heidi Lindforsin* insolvenssioikeuden alaan luettavassa väitöskirjassa *Sivullisen asema ulosotossa* (2008). Hallintoprosessin puolelta maininnan todistusoikeudellisena teoksena ansaitsee *Olli Ryynäsen* veroprosessiin keskittyvä, tosin kauppatieteiden alalta hyväksyt-

²⁹ Ks. s. 137–146.

³⁰ Ks. s. 134–140, 202–215.

³¹ Ks. s. 311–394.

³² Ks. s. 77 ss.

³³ Ks. s. 99–179.

³⁴ Ks. s. 237–316, 493–524.

³⁵ Ks. s. 133–176.

ty väitöskirja Bevisning i inkomstbeskattningen (2000). Todistusoikeudellisesti relevantti on myös *Jaana Haapasalon, Kari Kiesiläisen ja Johanna Niemi-Kiesiläisen* todistajanpsykologian oppikirja Todistajanpsykologia ja todistajankuulustelu (2000).

Koska siviiliprosessuaalisen todistelun tutkimus on ollut, ainakin aiheen käytännölliseen merkitykseen nähden, verraten vähäistä Suomessa, lähdeaineistossa painottuvat ulkomaiset, erityisesti ruotsalaiset ja norjalaiset lähteet. Tämä tutkimus ei kuitenkaan ole siten oikeusvertaileva, että tutkisin, miten jokin oikeusongelma on muissa oikeusjärjestyksissä säännöstasolla ratkaistu. Prosessi-oikeustutkimusta ei yleensä harjoiteta oikeusvertailevalla menetelmällä, vaan muiden valtioiden oikeuslähteet ja oikeuskirjallisuuden kannanotot sisällytetään tekstiin sellaisenaan, pohtimatta enemmälti oikeusvertailun metodikysymyksiä.³⁶ Tämä pätee erityisesti todistusoikeustutkimukseen.

Eri valtioiden säännösten tarkasteleminen ei olisi tarkoituksenmukaista, koska Pohjoismaissa noudatetaan vapaata todistusharkintaa, mikä merkitsee juuri sitä, että tuomioistuimen näyttöratkaisua ei kahlehdita oikeussäännöksiin.³⁷ Ruotsin ja Suomen prosessilainsäädännön vertailu ei muutenkaan olisi mielekästä, koska Suomen prosessilainsäädännön vaikutteet on tunnetusti haettu Ruotsista. Suomen ja Norjan prosessilainsäädäntö sitä vastoin eroavat toisistaan olennaisesti. Norjan siviiliprosessi on uudistettu 1.1.2008 voimaan tulleella lailla riita-asioiden sovittelusta ja oikeudenkäyntimenettelystä (*tvisteloven*).³⁸ Uudistuksella ei kuitenkaan ole muutettu näytön arvioinnin sääntelyä, jolta osin Norjan lainsäädäntö on melko samanlainen kuin Suomessa.³⁹

Ruotsin ja Norjan oikeuskirjallisuuden kannanottojen tarkasteleminen on tarpeen, koska Suomen oikeuskirjallisuudessa näyttöenemmysperiaatteesta esitetyt näkemykset ovat peräisin näistä maista, etupäässä Ruotsista. Suhtautuminen näyttöenemmysperiaatteeseen vaihtelee ylipäänsä niin voimakkaasti Suomen, Ruotsin ja Norjan prosessioikeustutkimuksessa, että tutkijoiden näkemykset vaikuttavat jopa yhteismitattomilta. Tietyssä mielessä ne ovatkin sitä. Tämä yhteismitattomuus ei kuitenkaan selity maiden lainsäädännön, vaan prosessioikeudellisten tutkimusperinteiden eroilla. Kuten tullaan huomaamaan, nämä tutkimusperinteet heijastuvat oikeuskäytäntöönkin.

Tässä tutkimuksessa erilaiset tutkimustraditiot sekä niihin liittyvät näytön arvioinnin teoriat pyritään saattamaan vertailukelpoisiksi *Kaarlo Tuorin* kriittisen oikeuspositivismin avulla. Kriittinen oikeuspositivismi ei ole metodi, jolla

³⁶ Harvoja poikkeuksia on *Anna Nylundin* riita-asioiden muutoksenhakumenettelyä koskeva tutkimus. Ks. Nylundin tutkimusmetodista *Nylund 2006*, s. 27–35; oikeusvertailun metodikysymyksistä ks. erit. 29–37.

³⁷ Ks. vapaan todistusharkinnan säännöksistä RB 35:1 (Ruotsi), *Tvisteloven*, femte del, 21:2 (Norja).

³⁸ Ks. siitä *NOU 2001:32A* ja *B* sekä suomenkielisenä yleisesityksenä *Guttorm 2007*.

³⁹ *NOU 2001:32A*, s. 459–460.

tuotettaisiin tulkintakannanottoja, vaan tapa ymmärtää modernia oikeutta historiallisena oikeustyyppinä.⁴⁰ Kriittisen oikeuspositivismin teoria on valittu apuvälineeksi, koska näyttöenemmyysperiaatteeseen ei ole näkökulmaa ”ei-mistään”.⁴¹ Näyttöenemmyysperiaatetta ei voida arvottaa ”hyväksi” tai ”huonoksi”, eikä siitä voida välttämättä keskustella mielekkäästi, ellei samalla tiedosteta, että näyttöenemmyysperiaate saa erilaisten systemaattisten lähtökoh- tien varaan rakentuvissa teorioissa erilaisen merkityksen.

Kriittisen oikeuspositivismin avulla voidaan paljastaa traditiosidonnaiset kyt- kökset ja avata näkökulma tutkimustraditioiden historiaan, oikeuskulttuuriin. Kriittisen oikeuspositivismin mukaan oikeuden pintatason ilmiöt ohjautuvat oi- keuden alemmista kerrostumista käsin. Samalla pintataso asettaa edellytyksiä oi- keuskulttuurin tasolle sijoittuville yleisille opeille: ennen muuta vaatimuksen nii- den käytännöllisestä hyödynnettävyydestä. Näyttöratkaisun tulisi ohjautua näyt- tökynnyksen kautta; pyrin osoittamaan, että näyttöenemmyysperiaate vastaa eri- laisista näyttökynnysvaihtoehtoista parhaiten tähän vaatimukseen, ja että se on yhdenmukainen todistuslainsäädännön määräysten kanssa. Kriittisen oikeusposi- tivismin avulla näyttöenemmyysperiaatteen vasta-argumenttien sidonnaisuus eri- laisiin traditioihin voidaan paljastaa, ja niitä voidaan siten myös kritisoida.

1.2 TUTKIMUKSEN RAJAUKSET JA RAKENNE

Tutkimus on siviiliprosessuaalinen, eikä tutkimuksessa tarkastella muita pro- sessinlajeja. Hallintolainkäytössä sovelletaan virallisperiaatetta, joten tuo- mioistuvin selvittää tosiseikastoa ja hankkii näyttöä viran puolesta; hallintopro- sessissa noudatetaan vapaata todistusharkintaa, mutta näytön arvioinnin kysy- mykset eroavat siviiliprosessuaalisista näyttökysymyksistä.⁴² Rikosprosessissa todistustaakka rasittaa OK 17:1.2:n ja EIS 6 artiklan 2 kappaleessa säädetyn syyttömyysolettaman nojalla syyttäjää, jonka tulee esittää näyttöä rangaista- vuuden edellytyksistä sekä tietyin edellytyksin siitä, että käsillä ei ole anteeksi- anto- tai oikeuttamisperusteita.⁴³ Näiden peruserojen vuoksi tutkimuksen ulot-

⁴⁰ Tuori 2000, s. 32.

⁴¹ Raimo Siltala (ks. 2003, s. 30–31, 731–732 ja 2004, esim. s. 18, 22) käyttää tätä, alun pe- rin filosofi Thomas Nagelin ilmausta todetessaan, että oikeuteen ei ole ”näkökulmaa ei-mistään”: ”mielekäs ja ymmärrettävä puhe oikeudesta edellyttää sitoutumista johonkin kieli- ja oikeusyh- teisön tunnistamaan tapaan kohteellistaa ja käsitteellistaa oikeudelliset ilmiöt”.

⁴² Ks. selvittämisvastuun määräytymisestä hallintolainkäytössä esim. Mäenpää 2007, s. 367 ss. sekä Aer DL 2009, s. 762–769.

⁴³ Euroopan ihmisoikeussopimuksen hyväksymistä koskevassa lainvalmisteluaineistossa syyttömyysolettaman todetaan merkitsevän sitä, että syyttäjän on pystyttävä näyttämään rikos- syyte toteen (HE 22/1990, s. 7). Ks. todistustaakasta rikosasioissa esim. Tirkkonen RP II, s. 149–154, Jonkka 1992, s. 97–98, Klami 2000, s. 91–94, Lehtonen 2003, s. 260–266, Jokela III, s. 261–264, Sahavirta 2006, s. 225–226, Jokela 2008, s. 563–566 ja Frände 2009, s. 366. Oikeuskäytän-

taminen muihin prosessilajeihin ei olisi tutkimusekonomisesti mielekästä; tosin rikosprosessuaalisten teorioiden käsittelyltä ei täysin voida välttyä.

Tutkimuksen painopiste on käräjäoikeusvaiheessa. Muutoksenhakuvaiheen näyttökysymykset eivät tosin eroa olennaisesti alioikeusvaiheen näyttökysymyksistä silloin, kun jutussa järjestetään suullinen pääkäsittely. Eri asia on, että muutoksenhakuvaiheessa ylioikeuksien tutkintavalta kohdistuu vain valituksessa vedottuihin seikkoihin, ja esimerkiksi uuden näytön esittäminen on rajoitettua kuin alioikeudessa. Koska oikeudenkäynnin painopisteen tulee olla alioikeudessa, ja ylempien instanssien roolit eroavat alioikeuden roolista, muutoksenhaun näyttökysymysten tarkasteleminen ei toisi tutkimukseen mitään uutta, vaan paisuttaisi tutkimusta tarpeettomasti. Asiaa ei liene syytä arvioida toisin, vaikka ylioikeudet joutuvatkin arvioimaan samaa näyttöä, joka on otettu vastaan jo alioikeudessa.

Tutkimus on rajattu dispositiivisten eli sopimuksenvaraisten riita-asioiden oikeudenkäyntiin. Niistä käytetään laissa nimitystä ”asia, jossa sovinto on sallittu”; indispositiivinen on ”asia, jossa sovinto ei ole sallittu”. Asian määrittäminen dispositiiviseksi perustuu asianosaisten oikeudenkäynnin aikana vallitsevaan sopimusvapauteen, joka on jonkin verran ulkoprosessuaalista sopimusvapautta laajempi. Oikeusseuraamuksen aikaansaaminen ei dispositiivissa asioissa edellytä tuomioistuimen tai muun viranomaisen myötävaikutusta. Indispositiivisiin riita-asioihin sitä vastoin liittyy asianosaisten sopimusvapauden ulkopuolelle kuuluva julkinen intressi, jonka vuoksi tuomioistuimen pitää pyrkiä aineellisesti oikeisiin ratkaisuihin; tuomioistuimella on indispositiivisissa riita-asioissa jonkin verran laajemmat toimivaltuudet kuin dispositiivisissa riita-asioissa.⁴⁴

Asioiden kuuluminen sopimusvapauden piiriin heijastuu dispositiivisten riita-asioiden oikeudenkäyntiin siten, että määräävinä rooliperiaatteina noudatetaan määräämisperiaatetta ja käsittelymenetelmää. Määräämisperiaate on varallisuus oikeudellisen yksityisautonomian prosessioikeudellinen vastinpari, jota nimitetään myös asianosaisautonomian periaatteeksi.⁴⁵ Määräämisperiaate ilmenee dispositiivisten riita-asioiden oikeudenkäynnissä seuraavilla tavoilla:

nöstä ks. esim. KKO 2001:65. Eräät tutkijat ovat katsoleet, että vastaajan tulisi esittää hätävarjelusta jonkinlaista perusnäyttöä, jotta todistustaakka kääntyisi: näin *Tirkkonen* (RP II, s. 150, jossa tämä nimitetään oikeuskäytännön kannaksi), *Jonkka* (1992, s. 98), *Klami* (2000, s. 94) ja *Backman* (JJ Jokela, s. 9–10), ks. myös KKO 1999:20 (HO:n tuomio). Ruotsin oikeudessa syyttäjän näyttökynnystä oikeuttamisperusteiden poissaolosta on alennettu: ks. *Träskman FS Heuman*, s. 503–504 ja *Ekelöf–Edelstam – Heuman IV*, s. 155.

⁴⁴ Jutun kvalifioimisesta dispositiiviseksi tai indispositiiviseksi ks. esim. *Virolainen 1995*, s. 267–268, *Leppänen 1998*, s. 7–13, *Jokela I*, s. 180, *Virolainen 2007a*, s. 60. Riita-asiat ja hakemusasiat voivat olla *sekatyyppisiä* eli sisältää sekä indispositiivisia että dispositiivisia piirteitä.

⁴⁵ Ks. määräämisperiaatteesta esim. *Tirkkonen SP I*, s. 77–78, *Lappalainen SP I*, s. 85–90, *Virolainen 1995*, s. 262–267, *Ekelöf–Edelstam I*, s. 58–68. Ks. yksityisautonomiasta sopimus-oikeudessa *Pöyhönen 1988*, s. 118 ss., *Telaranta 1990*, passim. ja *Wilhelmsson 2008*, s. 2–3. *Bengt Lindell* (1988, s. 11) käyttää nimitystä ”partsautonomi” prosessitoimista, jotka asianosainen voi tehdä omasta aloitteestaan ja jotka sitovat tuomioistuinta. Suomessa ”asianosaisautono-

1. kantajan vaatimuksen määrä ja laatu sitovat tuomioistuinta (vaatimistaakka) (OK 24:3.1)
2. asianosaisten vetoamat oikeustositseikat sitovat tuomioistuinta (väittämistaakka) (OK 24:3.2)
3. asianosaisten tunnustus sitoo tuomioistuinta ja korvaa seikkaa koskevan todistelun (OK 17:4.1)
4. dispositiivisissa riita-asioissa asia voidaan ratkaista yksipuolisella tuomiolla (OK 5:13–14:t, OK 10:12–17:t)
5. asianosaiset voivat vapaasti tehdä jutussa sovinnon.

Käsittelymenetelmän mukaan vaatimuksen perusteena olevien tosiseikkojen ja todisteiden hankkiminen kuuluu ensi sijassa asianosaisille.⁴⁶ Selvittämisvas-
tuun uskomisen asianosaisille on perusteltua, koska nämä tietävät parhaiten,
mitä näyttöä jutussa voidaan esittää, ja vastaavat todistelukustannuksista. Tu-
omioistuimen todistusaineistoa rikastavaan prosessinjohtoon on vastaavasti syy-
tä suhtautua varauksella. Vaikka tuomioistuimella on OK 17:8:n rajoissa oikeus
määrätä uusi todistaja kuultavaksi tai uusi asiakirja esitettäväksi, sen ei tule
omasta aloitteestaan selvittää asiassa mahdollisesti esitettävää todistelua, vaan
rikastamisoikeuden käyttäminen tulee kysymykseen, kun uusien todisteiden
tarpeellisuus ja olemassaolo jo ilmenevät oikeudenkäyntiaineistosta.⁴⁷

Tutkimuksen aloittaa todistusoikeuden peruskäsitteitä ja todistusoikeuden
oikeussystemaattista asemaa koskeva jakso. Tämän jälkeen käsitellään tosiseik-
kakysymystä säänteleviä normeja. Tosiseikkakysymyksellä tarkoitetaan sen rat-
kaisemista, mitkä seikat tuomion perusteeksi on pantava. Kun tämä tapahtuu
todistelun perusteella, käytetään tosiseikkakysymyksestä nimitystä näyttökysy-
mys. Näyttökysymys on tosiseikkakysymyksen osa-alue, koska kaikkia seikko-
ja ei tarvitse näyttää toteen; lisäksi tosiseikkakysymykseen voidaan lukea kuu-
luvaksi väittämistaakasäännös (OK 24:3.2) ja siihen liittyvät määräykset.⁴⁸

mian periaatteesta” puhuu *Virolainen* (1994, s. 93 ja 1995, s. 263, joka käyttää myös nimitystä
”prosessiautonomia”, ks. *JJ Lappalainen*, s. 568), ”asianosaisautonomiasta” *Lappalainen* (SP I,
s. 85) ja ”asianosaisautonomiasta” sekä ”asianosaisten yksityisautonomiasta” *Jokela* (I, s. 177).

⁴⁶ Käsittelymenetelmästä ks. esim. *Lappalainen* SP I, s. 91, *Virolainen* 1995, s. 263 ja *Jokela*
I, s. 176–177, jossa käsittelymenetelmän sijasta ehdotetaan käytettäväksi termiä ”asianosaisten
esittämis- tai esiintuomisoikeus” ja *Jokela* III, s. 154–155. Ruotsin oikeuskirjallisuudesta ks. *Lind-
dell CP*, s. 53 ja *Ekelöf – Edeltam I*, s. 69–74.

⁴⁷ Ks. HE 15/1990, s. 107–108, *Lappalainen* SP II, s. 160–161 ja *Jokela* III, s. 155. Ks. sään-
nöksen johdosta myös *Tolvanen LM* 2006, s. 1338–1340.

⁴⁸ Ks. tällaisesta terminologiasta *Leppänen* 1998, s. 123–124 ja *Virolainen – Martikainen*
2003, s. 30. Oikeuskirjallisuudessa ”oikeuskysymyksen” vastinparina puhutaan myös ”näyttöky-
symyksestä” (*Lappalainen* SP I, s. 50 ja *Jokela* III, s. 140) ja ”tosiasiakysymyksestä” (*Virolainen*
1995, s. 46–47); *Vuorenpää* (2007, s. 134) samaistaa näyttökysymyksen ja tosiasiakysymyksen.
Myös Ruotsissa ”oikeuskysymyksen” vastinparina käytetään termiä ”asiakysymys” (*sakfrågan*)
tai ”näyttökysymys” (*bevisfrågan*), ks. *Ekelöf – Edeltam I*, s. 44, *Ekelöf – Edeltam – Heuman*
IV, s. 14, *Lindell* 1987, s. 16–26, *Lindell CP*, s. 32 ja *Lindblom* 2006, s. 167–171.

Tosiseikkakysymyksen jälkeen tarkastellaan näytön arvioinnin perustilanteita. ”Näytön arviointi” on yläkäsite, joka kattaa todistusharkinnan ja näytön riittävyysarvioinnin ongelmat. Todistusharkinnassa ratkaistaan todistusaineiston näyttöarvo eli se, miten todennäköisenä todistusteemaa voidaan siitä esitetyn todistelun perusteella pitää. Tämä ei ole oikeuskysymys, vaan ”empiirinen ja looginen” kysymys, osa yleisempää tiedon hankkimisen ja arvioimisen problematiikkaa.⁴⁹ Miten on arvioitava todistajien lausumia ja muuta näyttöä, ja millainen kokonaisnäyttöarvo annetaan todistusaineistolle, joka muodostuu useammasta saman- tai erisuuntaisesta todisteesta? Skandinaavisen prosessioikeustutkimuksen näytön arvioinnin teorioissa on keskitytty erityisesti näihin kysymyksiin.

Näytön arvioinnissa on otettava kantaa todistusaineiston kokonaisnäyttöarvon lisäksi siihen, riittääkö se tuomion perustamiseksi todistelun kohteena olevaan oikeustositseikkaan. Millainen epävarmuus sallitaan, jotta todistelun kohteena oleva oikeustositseikka voidaan ottaa tuomion perusteeksi? Tähän kysymykseen vastaa näyttökynnys, joka Suomessa ja Ruotsissa omaksutun näkemysmukaan ”täsmentää” todistustaakkanormia.⁵⁰ Näyttöarvoa tulee verrata näyttökynnsilmaukseen, ja jollei kokonaisnäyttöarvo ylitä näyttökynnstä, seikan katsotaan ”jääneen näyttämättä”, ja asia ratkaistaan todistustaakan avulla.⁵¹ Todistustaakkaan turvaudutaan silloinkin, kun oikeustositseikasta ei ole esitetty lainkaan näyttöä. Todistustaakka on keino ratkaisupakosta suoriutumiseksi: oikeus ei voi, kuten muinoin roomalaisessa oikeudessa, sanoa ”*non liquet*” (suom. ”ei selviä”) ja jättää asiaa ratkaisematta näyttöepäselvyystilanteissa.⁵²

Näyttökynnys ja todistustaakan jako ovat oikeuskysymyksiä. Ontologinen jako olemisen maailmaan (*Sein*) kuuluvaan näyttökysymykseen ja pitämisen maailmaan (*Sollen*) kuuluvaan oikeuskysymykseen ei ole täydellinen, vaan ”näyttökysymykseenkin sisältyy oikeuskysymys”.⁵³ Oikeuskirjallisuudessa tosin painotetaan, että todistusharkintaa ja näyttöratkaisun riittävyyttä sääntelevää normatiivista elementtiä voi olla mahdotonta erottaa ratkaistavana olevassa

⁴⁹ Ks. esim. *Jonkka* 1993, s. 22 sekä *Lindell* 1987, s. 16–17, 101, *Ekelöf – Edelstam – Heuman IV*, s. 14 ja *Lindell CP*, s. 459.

⁵⁰ Ks. Ruotsin oikeuskirjallisuudesta esim. *Bolding* 1951, s. 148–176, *Ekelöf – Boman IV*, s. 55–59, *Heuman* 2005, s. 16. Näkemys on omaksuttu Ruotsista Suomeen, ks. sen johdosta esim. *Virolainen* 1995, s. 45.

⁵¹ Näyttökynnsilmaukset sijoitetaan usein *Per Olof Ekelöfin* kehittämälle todennäköisyysasteikolle viiden näyttökynnsilmauksen edellyttämän todennäköisyysvaatimuksen mukaisesti. Ks. asteikosta esim. *Ekelöf – Boman IV*, s. 56, *Ekelöf – Edelstam – Heuman IV*, s. 85, *Klami* 2000, s. 76–77 ja *Lappalainen SP II*, s. 311. Alun perin Ekelöf käytti neljää todennäköisyysilmausta (ks. *Ekelöf CP II*, s. 57, jossa ilmaukset ovat ”oletettava”, ”todennäköinen”, ”täysi näyttö” ja ”ilmeinen”; ks. niistä myös s. 64–66). Ks. vastaavanlaisesta todennäköisyysasteikosta *Bolding* 1951, s. 95, 156, 159, 170 ja 180 ja *Bolding* 1952, s. 13.

⁵² Ks. *non liquet*-kiellosta esim. *Halila* 1955, s. 2, *Rosenberg* 1965, s. 2–3, *Musielak* 1975, s. 1–2, *Greger* 1978, s. 11, *Baumgärtel* 1996, s. 100–101, *Kokott* 1998, s. 36.

⁵³ Näin asian ilmaisee *Lindell* 1987, s. 19.

yksittäistapauksessa. Tuomari ottaa samalla kantaa sekä näytön todistusvoimaan että näytön riittävyteen.⁵⁴

Tutkimuksessa tarkastellaan, millaisia näytön arvioinnin teorioita skandinaavisissa prosessioikeustutkimuksessa on kehitetty sekä erityisesti sitä, millainen käsitys näyttökynnyksen konkretisoimisesta ratkaistavana olevassa yksittäistapauksessa näihin teorioihin sisältyy. Milloin ja millä edellytyksillä tuomioistuin voi katsoa, että näyttö riittää tuomion perustamiseksi todistelun kohteena olevaan oikeustositseikkaan? Skandinaavisten teorioiden tarkastelu on tarpeen, koska ne muodostavat näyttöenemmyysperiaatteelle vertailukohdan. Myös näyttöenemmyysperiaatteen *pro-* ja *contra*-argumentit juontavat juurensa niihin.

Näyttöenemmyysperiaate sellaisena, kuin mitä sillä tutkimuksessa tarkoitetaan, eroaa tietyiltä osin *Torstein Eckhoffin* ja *Per Olof Boldingin* näkemyksistä. Erot liittyvät ennen muuta näyttöratkaisun rakennetta koskeviin käsityksiin. Skandinaavisten frekvenssiteorioiden ja niiden kritiikiksi kehitettyjen teorioiden tarkastelemisen jälkeen pyritään osoittamaan, miten näyttöenemmyysperiaate eroaa näistä teorioista. Ensin konkretisoidaan, mitä näyttöenemmyysperiaatteen soveltaminen tarkoittaa, ja tämän jälkeen perustellaan, miksi näyttöenemmyysperiaatteelle tulee antaa asema normaalinäyttökynnyksenä. Näyttöenemmyysperiaatteen traditiosidonnaiset vasta-argumentit pyritään kumoamaan tämän jälkeen. Vaikka näyttöenemmyysperiaate on näytön arvioinnin johtava periaate, sitä ei voida kaikissa tilanteissa soveltaa. Tutkimuksessa tarkastellaan myös poikkeustilanteita ja esitetään niitä koskevia näkökohtia. Tutkimuksen päättää yhteenveto-osio.

Todistustaakan jakoproblematiikka rajautuu lähes kokonaan tutkimuskohteen ulkopuolelle. Näyttöenemmyysperiaate vaikuttaa näytön riittävyysarvioinnissa, kun taas todistustaakan jako määrää, kumman asianosaisen vahingoksi seikan jääminen vaille riittävää näyttöä koituu. Näyttöenemmyysperiaatteen soveltaminen ei merkitse todistustaakkanormeista luopumista – tämä tutkimuksessa tullaan selvästi osoittamaan. Todistustaakan jaon tyyppitilanteiden yksityiskohtainen selvittäminen ei kuitenkaan liity näyttöenemmyysperiaatteen soveltamiseen, vaan muodostaa siitä olennaisestikin poikkeavan ongelmakokonaisuuden, jonka käsitteleminen ei palvele edellä asetettua tutkimustehtävää, vaan paisuttaisi tutkimusta liiaksi.

⁵⁴ Ks. *Virolainen 1995*, s. 47, *Lappalainen SP II*, s. 294, *Lappalainen JJ Peltonen*, s. 188, *Huovila 2003*, s. 8.

2 Oikeus- ja tosiseikkakysymys tuomiossa

2.1 LÄHTÖKOHTIA

Oikeussuojan antamiseksi tuomioistuimen on päätettävä, mitä kulloinkin on pidettävä oikeusjärjestyksen mukaisena ratkaisuna. Oikeudellista ratkaisua voidaan kuvata subsumptiologisen mallin (syllogismin) mukaisesti toimintana, jossa ylälauseena olevaa normipremissiä, aineellisoikeudellisen normin tunnusmerkistöä, verrataan alalauseena olevaan faktapremissiin. Jos premissit vastaavat toisiaan, on tuomittava oikeusseuraamus, joka normissa tunnusmerkistön täyttävästä toiminnasta seuraamukseksi säädetään. Esimerkkiä käyttääkseni:

Normipremissi: jos velaksianto on tapahtunut (saatava syntynyt) ja saatava on erääntynyt maksettavaksi, mutta sitä ei ole maksettu, on saatava tuomittava maksettavaksi

Faktapremissi: velaksianto on tapahtunut, saatava on erääntynyt maksettavaksi, mutta sitä ei ole maksettu

Johtopäätös: saatava on tuomittava maksettavaksi

Oikeudellisen ratkaisutoiminnan näkökulmasta syllogismimalli on jälkikäteen kuvaus, joka ei kykene tavoittamaan oikeus- ja näyttökysymyksen ratkaisemiseen liittyvää harkinnanvaraisuutta. Syllogismimalli on riittämätön myös tuomioiden perustelujen malliksi.⁵⁵ Perusteluissa ei voida tyytyä vain premisien ilmoittamiseen, vaan perusteluissa on avoimesti selostettava ja argumentoitava, miksi näyttö- ja oikeuskysymys on ratkaistu juuri tuomiossa tarkoitetulla tavalla, vaikka vaihtoehtoja olisi, asianosaisten prosessitoimista riippuen, ollut muitakin. Erityisesti kiperissä tapauksissa johtopäätöksen tekeminen edellyttää usein premissien täsmentämistä sekä perustelemisesta.

Vaikka syllogismimalli ei kykene tavoittamaan ratkaisuheuristiikan ongelmia, eikä siitä ole tuomioiden perustelemisenkaan apuvälineeksi, se ilmentää kuitenkin oikeudellisen ratkaisun vähimmäisvaatimusta. Kun ratkaisu kirjoitetaan syllogismin muotoon, sen voidaan havaita perustuvan yleiseen oikeusnormiin; ratkaisua voidaan siis pitää oikeusnormin soveltamisena ratkaistavana olevaan yksittäistapaukseen.⁵⁶ Asianmukaiselta ratkaisulta onkin aina edellytettävä sitä, että tuomiolauselma on yhdenmukainen perusteluissa ilmoitettujen oikeusnormien sekä siinä mainittujen oikeustositseikkojen kanssa.⁵⁷ Tämä on

⁵⁵ Ks. syllogismimallin kritiikistä erit. *Virolainen – Martikainen 2003*, s. 46–48.

⁵⁶ Ks. *Tuori 2003*, s. 20

⁵⁷ *Virolainen – Martikainen 2003*, s. 47.

päätöksen *sisäistä justifikaatiota*; ratkaisutoiminnan vaikeimmat ongelmat liittyvät edellä todetulla tavalla *ulkoiseen justifikaatioon* eli normi- ja faktapremis- sien valitsemiseen ja perusteleamiseen.⁵⁸

Syllogisimimalli ilmentää myös, että oikeusseuraamukset liittyvät jonkin nor- min tunnusmerkitötekijöitä vastaavaan konkreettiseen tapahtumainkulkuun. Oikeudenkäynnin kohteena on aina konkreettinen oikeussuhde. Esimerkiksi vahvistuskannetta ei voida ajaa abstraktisen laintulkintakysymyksen tai sellais- ten faktojen vahvistamisesta, joihin ei edes väitetä liittyvän oikeusseuraamusta, vaan tuomio sisältää aina kannanoton normeihin sekä faktoihin.⁵⁹ Oikeusnor- mien ja oikeustositseikkojen kohtalonyhteyttä ilmentää myös OK 24:4, jonka mukaan tuomion ”perusteluissa on ilmoitettava, mihin seikkoihin ja oikeudelli- seen päättelyyn ratkaisu perustuu”.

Oikeus- ja näyttökysymyksen erotteluun liittyy eräissä oikeusjärjestyksissä oikeusvaikutuksia. Näyttökysymys on esimerkiksi *common law* -järjestelmässä uskottu valamiesten ratkaistavaksi ja revisiotyyppisessä muutoksenhaussa, jota noudatetaan esimerkiksi Saksassa, muutoksenhakuoikeus on rajoitettu koske- maan oikeuskysymystä.⁶⁰ Vaikka Suomessa oikeus- ja näyttökysymyksen erot- teluun ei liity vastaavanlaisia oikeusvaikutuksia, voidaan erityisesti tuomiois- tuimen ja asianosaisten toimivaltaa koskevan prosessioikeudellisen sääntelyn katsoa rakentuvan sen varaan.⁶¹

Suomessa on tosin vireillä muutoksenhakumenettelyä koskeva uudistus, jos- sa OK 25 lukua ehdotetaan muutettavaksi siten, että nykyinen seulontajärjes- telmä korvattaisiin soveltamisalaltaan rajoitetulla jatkokäsittelylupajärjestel- mällä. Yksinomaan näytön arviointia varten jatkokäsittelylupaa ei tarvitsisi myöntää, mutta muutoksenhaussa noudatettaisiin yhä pääsääntönä sitä, että todistelu olisi tarpeellisilta osin otettava uudestaan vastaan hovioikeudessa.⁶² Tämä velvollisuus ei kuitenkaan olisi yhtä ehdoton kuin nykyään. Ehdotuk- sen mukaan todistelua ei tarvitsisi ottaa vastaan, jos kärjäoikeuden vastaan- ottaman näytön arvioinnin oikeellisuudesta ei jäisi, kärjäoikeuden ratkaisua

⁵⁸ Tuori 2003, s. 20–21 ja Virolainen – Martikainen 2003, s. 58–60.

⁵⁹ Tästä vallitsee oikeuskirjallisuudessa laaja yksimielisyys. Ks. Tirkkonen SP I, s. 395, Lap- palainen SP I, s. 369, Leppänen 1998, s. 124, Jokela II, s. 192 sekä Ekelöf – Boman II, s. 11 ja Lindell CP, s. 211.

⁶⁰ Muutoksenhakumenettelyt jaetaan oikeuskirjallisuudessa usein kassaatio-, revisio- ja ap- pellityyppiseen muutoksenhakuun. Ks. näistä esim. Huovila 2003, s. 5. Suomessa noudatetaan appellityyppistä muutoksenhakua, jossa muutoksenhakutuomioistuin käsittelee uudestaan alioi- keudessa käsitellyn asian, tutkien myös todistelun; tätä tarkoittaen muutoksenhakutuomioistui- mesta puhutaan ”toisena ensimmäisenä asteena” (ks. ilmauksesta Laukkanen LM 2000, s. 1115). Kassaatiomuutoksenhaussa muutoksenhakutuomioistuin tutkii tuomion lainmukaisuuden, ja voi vain kumota tuomion.

⁶¹ Näin Leppänen 1998, s. 123–124.

⁶² Ks. luvan myöntämisen perusteista HE 105/2009, s. 33–35,

ja muuta asiassa huomioon otettavaa oikeudenkäyntiaineistoa kokonaisuutena arvioitaessa, ”mitään varteenotettavaa epäilystä”.⁶³

Oikeuskysymystä koskeva määräämisvalta kuuluu *iura novit curia* -periaatteen nojalla tuomioistuimelle (OK 17:3.1), joka yksin ratkaisee, minkä lainkohtien nojalla tosiseikastoa arvioidaan, ja miten lainkohtia tulkitaan ja sovelletaan. Vaikka asianosaisilla on oikeus lausua mielipiteensä näistä kysymyksistä, tuomioistuin tekee ratkaisunsa olematta sidottu asianosaisten mielipiteisiin.⁶⁴ Asianosaiset eivät voi edes yksimielisiä ollessaan sitoa tuomioistuinta oikeuskysymyksestä.⁶⁵

Iura novit curia -periaate oli alkujaan todistusoikeudellinen maksiimi, jonka tarkoituksena oli säästää asianosaiset oikeusnormien ilmoittamiselta; *iura novit curia* -periaatteesta käytetäänkin nimitystä *da mihi factum, dabo tibi ius*.⁶⁶ Periaatteen todistusoikeudellinen alkuperä näkyy OK 17:3.1:n sanamuodossa, jonka mukaan ”näyttö siitä, mitä laki säättää, ei ole tarpeen”. Entisaikoina asianosaiset eivät olisi välttämättä kyenneet lainkohtien yksilöimiseen, koska lainopillista asiantuntemusta ei aina ollut saatavilla, mutta periaate on nyttemmin menettänyt sosiaalista merkitystään, mikä johtuu asianajajalaitoksen sekä muun lainopillisia palveluita tarjoavan ammattikunnan kehittymisestä.

Iura novit curia -periaate on nykyään oikeuskysymysten ratkaisuvallan tuomioistuimelle antava kompetenssinormi, jolla turvataan oikeusjärjestyksen yhtenäisyyttä ja tuomioistuinten riippumattomuutta.⁶⁷ Sen katsotaan heijastavan oletusta oikeusjärjestyksestä suljettuna järjestelmänä, jossa jokaiseen oikeuskysymykseen on löydettävissä yksi oikea ratkaisu ja jossa tuomari kykenee aina löytämään tuon ratkaisun. Oikeudellistuvassa yhteiskunnassa, jossa on runsaasti erilaisia oikeuslähteitä, oletamus ja tuomioistuimelle asetettu vaatimus ovat epärealistisia.⁶⁸ Tuomioistuimelle onkin eräissä erityislaeissa uskottu oikeus hankkia oikeudellisia lausuntoja muilta viranomaisilta.

⁶³ HE 105/2009, s. 37.

⁶⁴ Ks. *iura novit curia* -periaatteesta esim. Tirkkonen *SP II*, s. 81–82, Lappalainen *JFT 1993*, passim., Virolainen 1995, s. 281, Lappalainen *SP I*, s. 88, Laukkanen 1995, s. 262–265, Jokela *I*, s. 184, Ekelöf – Edelstam *I*, s. 61 ja Ekelöf – Edelstam – Heuman *IV*, s. 302–305.

⁶⁵ Ruotsissa tätä on tosin ehdottanut Bengt Lindell. Ks. Lindell 1988, s. 77 ja 137–138; asianosaisten oikeuskysymykseen kohdistuvasta disponointivallasta pro & contra ks. Lindell 1988, s. 83–118.

⁶⁶ Ekelöf – Edelstam *I*, s. 61. Lausahdus tarkoittaa: ”*anna minulle seikka, annan sinulle oikeutesi*”.

⁶⁷ Lappalainen *SP I*, s. 88.

⁶⁸ Per Henrik Lindblom (2006, s. 173) luonnehtii oikeusjärjestelmän täydellisyyttä ”eriskummalliseksi fiktioksi”. Sitä, että tuomarin edellytetään tietävän kaikista oikeussäännöistä ja niiden tunnusmerkistöistä jo ennen oikeudenkäyntiä ja ilman asianosaisten opastusta, hän pitää (ironisesti) jopa ”fantastisena”. Ks. myös Laukkanen 1995, s. 156.

Tuomioistuin voi pyytää lausunnon esimerkiksi työneuvostolta (TNL 2:7), työtuomioistuimelta (TTL 39), eläinlääkintävahinkojen arviointilautakunnalta (EläinlääkintävahinkoL 3), kuluttajariitalautakunnalta (KuluttajariitalautakuntaL 5), liikennevahinkolautakunnalta (LiikennevahinkolautakuntaL 4), nimilautakunnalta (NimilautakuntaA 1), keksintölautakunnalta (TyökeksintöL 11a), potilasvahinkolautakunnalta (PotilasVahL 11a), tekijänoikeusneuvostolta (TekijänoikeusL 55), patenttiviranomaiselta (PatenttiL 69), tasa-arvovaltuutetulta (Tasa-arvovaltuutettuL 2) ja vähemmistövaltuutetulta (VähemmistövaltuutettuL 2).

Oikeuskysymyksistä ei ole kielletty esittämästä näyttöä, joten asianosainen voi erityisesti vaikeammissa jutuissa hankkia kotimaankin oikeuden sisällöstä oikeustieteellisen ”asiantuntijalausunnon”. Asiantuntijalausunnon antaja ei rinnastu OK:ssa tarkoitettuun yksityiseen tai julkiseen asiantuntijaan, jota kuullaan jutun ratkaisemisen kannalta relevanteista, arkikokemuksen ulkopuolisista kokemussäännöistä, vaan asianosaisen lainopilliseen avustajaan.⁶⁹ Oikeuskysymyksen selvittämisestä ja argumentoinnista ei pitäisi ylipäänsä puhua ”todisteluna”, joka ilmaus pitää varata faktaväitteiden selvittelyyn ja argumentointiin.⁷⁰

Tuomioistuimen laintuntemisvelvollisuus rajoittuu kansalliseen oikeuteen. Kansainvälisen yksityisoikeuden lainvalintasääntöjen nojalla tuomioistuin voi joutua ratkaisemaan jutun ulkomaan lakia soveltaen. Ulkomaan oikeuden sisältö, ellei tuomioistuin sitä tunne, on näyttökysymys: ”jos vieraan valtion lakia on sovellettava eikä oikeus tunne sen sisällystä, tulee oikeuden kehoittaa asianosaista esittämään siitä näyttöä” (OK 17:3.1). Eräissä tilanteissa tuomioistuimella voi olla velvollisuus hankkia viran puolesta selvitys ulkomaan oikeuden sisällöstä. Jollei ulkomaan oikeuden sisällöstä saada riittävää selvitystä, juttu on ratkaistava kansallisen lainsäädännön normeja soveltamalla.⁷¹

Tosiseikastoa koskeva määräämisvalta, oikeudelle monopolisoitua näytön arviointia lukuun ottamatta, kuuluu asianosaisille. Tuon määräämisvallan muodot vaihtelevat prosessilajeittain. Suurimmillaan määräämisvalta on dispositiivisessa riita-asiassa, jossa tuomioistuin on sidottu asianosaisten vaatimuksiin ja vaatimusten perusteisiin, ja jossa näytön hankkiminen kuuluu asianosaisille.

Dispositiivisia riita-asioita koskeva lainsäädäntö rakentuu siten, että kantajan tulee kanteessaan esittää kannevaatimus eli tuomioistuimelle suunnattu pyyntö jonkin oikeusseuraamuksen tuomitsemisesta. Kantajan tulee konkretisoida kannevaatimusta ilmoittamalla kanneperusteeksi menneisyyden tapahtumainkulku, joka on subsumoitavissa aineellisoikeudellisen oikeusnormin tunnusmer-

⁶⁹ Ks. oikeudellisen asiantuntijalausunnon sekä sen antajan juridisesta statuksesta *Viljanen DL 1997* sekä *Vaitoja JJ Lappalainen*.

⁷⁰ Ks. todistelun käsitteestä esim. *Tirkkonen SP II*, s. 70–71, *Tirkkonen RP II*, s. 81, *Lappalainen SP II*, s. 128, *Jokela III*, s. 141, ja *Ekelöf – Edelstam – Heuman IV*, s. 13–14.

⁷¹ Ks. siitä, millainen selvitys ulkomaan oikeudesta on katsottu riittäväksi, KKO 1999:98.

kistöön, ja jonka nojalla oikeusseuraamus on tuomittava, jos tuomioistuin pitää tapahtumainkulkua totena.

Aineellisoikeudellisen normin abstraktisen tunnusmerkistön jonkin momentin täyttävää menneisyyden tapahtumainkulkua nimitetään prosessioikeustutkimuksessa ”oikeustosisieikaksi”.⁷² Oikeustosisieikoilla tarkoitetaan asianosaisen vaatimuksen kannalta välittömästi relevantteja seikkoja, joihin oikeusjärjestys liittää vaaditun oikeusseuraamuksen. Oikeustosisieikkoja esimerkiksi sopimustenulkoisessa vahingonkorvausjutussa ovat VahL 2:1:n nojalla kantajan kuvaukset vahingosta, vastaajan tuottamuksellisesta menettelystä ja näiden välisestä syy-yhteydestä. Miten vastaaja on menetellyt, ja menettellyllään aiheuttanut kantajalle vahingon, josta nyt vaaditaan korvausta? Mikä on vahingonkorvausvaatimuksen peruste, ja miten vahingonkorvauksen määrä on laskettu?

Vaikka kanneperusteen konkretisoimisvelvollisuus kohdistuu historiallisen tapahtumainkulun ilmoittamiseen, kantajalla tulee toki olla käsitys aineellisoikeudellisen lainsäädännön määräyksistä sekä tunnusmerkistöä tämentävistä oikeuslähteistä, jotta hän osaisi yksilöidä kanneperusteen asianmukaisesti. Korvaukelpoinen vahinko (mikä ylipäänsä tulee korvattavaksi vahinkona ja mikä on korvauksen määrä) määrittyy vahingonkorvausoikeuden normien perusteella, samoin esimerkiksi se, millaista menettelyä pidetään tuottamuksellisena. Myös menettelyn ja vahingon välinen syy-yhteys on juridinen kysymys, johon liittyy faktinenkin puoli.

Aineellisoikeudellisessa tutkimuksessa normien tunnusmerkistöstä puhutaan toisinaan ”oikeustosisieikkoina”. Aineellisoikeudellista ja prosessioikeudellista oikeustosisieikka-käsitettä ei pidä sekoittaa. Aineellisoikeudellinen oikeustosisieikasto sisältää normatiivisia kriteerejä, jotka sijoittuvat ”pitämisen” (*Sollen*) maailmaan; oikeustosisieikat prosessioikeudellisessa mielessä ovat ”raakoja” tai ”puhtaita” faktaväitteitä, jotka sijoittuvat ”olemisen” (*Sein*) maailmaan, ja jotka ratkaisijan näkemyksen mukaan täyttävät jonkin abstraktisen tunnusmerkistön.⁷³

Aineellisoikeudellisten ja prosessioikeudellisten oikeustosisieikkojen vastavuus päätellään vasta tuomitsemisvaiheessa, jolloin tuomioistuin ratkaisee, voidaanko tapahtumainkulku subsumoida tunnusmerkistön alaisuuteen. Tämä on oikeuskysymys, joka riippuu normien tulkinnasta. Oikeuskysymystä edeltää kuitenkin näyttökysymys. On ratkaistava, millainen kokonaisnäyttöarvo todistusteemasta esitetyllä todistelulla on, ja riittääkö se seikan ottamiseen tuomion

⁷² Ks. oikeustosisieikan käsitteestä prosessioikeudessa esim. Ekelöf 1956, s. 57, Boman 1964, s. 8, Lappalainen 1986, s. 80–81, Lappalainen LM 1986, s. 756–770, Lindell 1987, s. 27, Lappalainen SP I, s. 56, Kuusimäki DL 1994, s. 429–441, Virolainen 1994, s. 96, Virolainen 1995, s. 30–31, Tolvanen JJ Backman, s. 303–325, Peltonen JJ Lappalainen, Ekelöf – Edelstam I, s. 40–41 ja Lindblom FS Bylund, s. 174.

⁷³ Ks. prosessioikeudellisten ja aineellisoikeudellisten oikeustosisieikkojen eroista kootusti Rautio 2006, s. 63–64.

perusteeksi – vai onko tuomioistuimen kukaties turvauttava todistustaakan jakosääntöön.

Oikeuskirjallisuudessa oikeudellista ratkaisua kuvataan myös ratkaisun keksimisen ja oikeuttamisen avulla; oikeuden tulee käydä läpi nämä kaksi vaihetta, ennen kuin ratkaisu on valmis. Keksimisen ja oikeuttamisen erottelun perusteella toisistaan erotetaan myös oikeudellinen ratkaisuheuristiikka ja ratkaisun oikeuttaminen. Ratkaisuheuristiikassa pyritään selittämään ratkaisun tekemistä, kun taas oikeuttamisessa kysymys on siitä, miten ratkaisu oikeutetaan oikeusjärjestyksen mukaiseksi.⁷⁴

Oikeustositseikkojen ottaminen tuomion perusteeksi dispositiivisessa riita-asiaassa tulee kysymykseen vain eräiden edellytysten täytyessä. Asianosaisen tulee ensinnäkin täyttää oikeustositseikkaan kohdistuva väittämistaakka (OK 24:3.2). Ellei väittämistaakkaa ole täytetty, oikeustositseikka ei ole tullut asianmukaisesti tutkinnan kohteeksi, eikä tuomioistuin voi ottaa sitä tuomionsa perusteeksi, vaikka seikka olisi tullut todistelulla toteennäytetyksi. Asianmukaisesti vedottu seikka voidaan ottaa tuomion perusteeksi silloin, kun se on yleisesti tunnettu (notorinen) (OK 17:3.1), tai asianosaisen vastapuoli nimenomaisesti tunnustaa sen (OK 17:4.1).⁷⁵ Ellei oikeustositseikka ole notorinen tai tunnustettu, se voidaan ottaa tuomion perusteeksi vain, kun siitä on esitetty riittävä näyttö.

2.2 TODISTUSOIKEUDELLISISTA NORMEISTA

Näytön riittävyyskysymys ratkaistaan todistus-oikeudellisten normien perusteella. Todistus-oikeuden perussäädös on OK 17 luku (Todistelusta), joka on yhteinen siviili- ja rikosprosessille ja jota sovelletaan osin myös hallintoprosessissa.⁷⁶ Luvun säännökset systematisoidaan näytön arviointia (OK 17:1–7:t) ja todistelumenettelyä (OK 17:8–65:t) koskeviin säännöksiin. Lisäksi eräisiin erityislakeihin sisältyy näytön arvioinnin kannalta relevantteja säännöksiä, joissa säädetään todistustaakan jaosta ja näyttökynnyksestä. Todistus-oikeudellinen problematiikka systematisoidaan todistelumenettely- ja näytön arviointinormeihin myös oikeuskirjallisuudessa.⁷⁷ Erottelu on muun muassa pedagogisesti hyödyllinen, sillä näiden osa-alueiden ongelmat eroavat toisistaan olennaisesti.

⁷⁴ Virolainen – Martikainen 2003, s. 40 ss., jotka lisäävät oikeudellisen ratkaisun tarkasteluun myös oikeudellisen argumentaation.

⁷⁵ Tunnustamista ja notorisuutta, samoin kuin väittämistaakkaa, tarkastellaan tutkimuksessa jäljempänä.

⁷⁶ Ks. HLL 39.3, HLL 40.1, HLL 42. Hallintolainkäytössä sovelletaan myös vapaata todistusharkintaa (OK 17:2.1).

⁷⁷ Ks. esim. Jonkka 1993, s. 20, Lappalainen SP II, s. 128, Pölönen 2003, s. 100 ja Jokela III, s. 140. Erottelu todistelun osa-alueiden välillä tunnettiin myös vanhemmassa prosessioikeustutkimuksessa, jossa todistelumenettelynormit luettiin muodolliseen todistus-oikeuteen ja jossa ja aineellisella todistus-oikeudella tarkoitettiin eri todistuskeinoja ja niiden vaikutuksia sekä todis-

Oikeudenalasytematiikassa prosessioikeudelliset normit määritellään tuomioistuimelle, asianosaisille tai muille oikeudenkäynnissä esiintyville henkilöille suunnatuiksi käyttäytymisnormeiksi tai toimintaohjeiksi, jotka määrittävät, miten oikeudenkäynnissä voidaan tai pitää toimia.⁷⁸ Todistelumenettelynormit sääntelevät todistelumenettelyä prosessuaalisena järjestelynä. Ne sisältävät määräyksiä esimerkiksi todistajien kuulemisesta, näihin kohdistettavista sanktioista ja kuulemisen käytännön toteuttamisesta. Todistelumenettelynormit kuuluvat oikeudenalasytematiikassa prosessioikeuteen. Niiden soveltaminen kuuluu tuomioistuimelle, mutta ne sisältävät myös asianosaisten ja todistelutarkoituksessa kuultujen henkilöiden kannalta relevanttia sääntelyä.

Näytön arviointiin luetaan todistusharkinnan, näytön riittävydestä päättämisen ja todistustaakan jaon ongelmat. Todistusharkinnan ja näytön riittävyysarvioinnin suorittaa tuomioistuin, jolle myös todistustaakkanormien soveltaminen kuuluu. Todistustaakkanormit ohjaavat toisaalta myös asianosaisten toimintaa määräämällä riskinjaosta sekä siitä, millaisista seikoista näyttöä tarvitaan. Todistustaakkanormien merkitys ei rajoitu oikeudenkäyntiin, vaan niiden vaikutuksen on katsottu olevan suurimmillaan oikeudenkäynnin ulkopuolella: ne ohjaavat asianosaisia varautumaan todisteluun ja harkitsemaan, kannattaako oikeusriitaa viedä tuomioistuimen ratkaistavaksi.⁷⁹

Näytön arvioinnin problematiikka ylittää oikeudenalasytemaattiset rajat, sillä sitä ei voida lukea yksin prosessioikeuteen. Näytön arviointinormien ja aineellisoikeudellisten normien yhteyttä tarkastellaan jäljempänä, mutta jo tässä vaiheessa voidaan sanoa, että näytön arviointi, yhdessä väittämistaakan kanssa, liittyy siviiliprosessioikeuden yhteen aineellisen oikeuden kanssa; näytön arvioinnin normit ja väittämistaakka sijaitsevat prosessuaalisen ja aineellisen oikeuden ”leikkauspisteessä”.⁸⁰ Nykyään todistustaakkanormeja pidetäänkin sekaluonteisena säännöstönä, johon liittyy piirteitä molemmista järjestelmistä.⁸¹ Tämä näkyy esimerkiksi siten, että todistustaakan jaosta voidaan säätää aineellisoikeudellisen oikeusohjeen kanssa samassa lainkohdassa.

Esimerkiksi KL 27.1:n mukaan ostajalla on oikeus korvaukseen myyjän viivästyksen vuoksi kärsimästään vahingosta, jollei myyjä osoita viivästyksen johduneen hänen vaikutusmahdollisuuksiensa ulkopuolella olevasta esteestä, jota

tustaakan jakoa koskevia määräyksiä (*Wrede* 1894, s. 2, *Tirkkonen* 1949, s. 14, *Tirkkonen RP II*, s. 87 ja *Tirkkonen SP II*, s. 76).

⁷⁸ Ks. prosessinormien määritelmistä *Virolainen* 1995, s. 1–8 sekä reaktiotapanormeista, jollaisia prosessinormitkin ovat, *Makkonen* 1981, s. 44 ja *Makkonen* 1998, s. 84–86.

⁷⁹ Ks. esim. *Boman RS* 1990, s. 114 ja *Boman FS Bengtsson*, s. 64.

⁸⁰ Ilmaus *Marcus Norrgårdin* (*JFT* 2002, s. 732), joka ei tosin mainitse väittämistaakkaa, vaan vain näyttökynnys- ja todistustaakan jakonormit.

⁸¹ Ks. todistustaakkanormien oikeussystemaattisesta sijoittamisesta vanhemmassa prosessioikeustutkimuksessa esim. *Kallenberg II*, s. 679–680, *Olivecrona* 1930, s. 1–5, *Halila* 1955, s. 310–317. Ks. myös *Ekelöf* 1956, s. 22, jossa katsotaan, että po. systemaattisella kysymyksellä ei ole suurtakaan merkitystä.

”hänen ei kohtuudella voida edellyttää ottaneen huomioon kaupantekohetkellä ja jonka seurauksia hän ei myöskään kohtuudella olisi voinut välttää eikä voittaa”. Säännöksessä säädetään myyjän vahingonkorvausvelvollisuuden aineellisoikeudellisista edellytyksistä sekä asetetaan tälle todistustaakka. Ellei myyjä kykene osoittamaan vahingon johtuneen säännöksessä tarkoitettusta esteestä, tämä on velvollinen korvaamaan ostajalle viivästyksestä johtuneen vahingon.

Todistusharkinnassa tuomioistuin päättää, ”harkittuaan huolellisesti kaikkia esiintulleita seikkoja”, ”mitä asiassa on pidettävä totena” (OK 17:2.1). Todistusharkinnassa arvioidaan, voidaanko todistusteemaa pitää jutussa esitetyn näytön perusteella ”totena”. Todistusharkinnassa tärkeässä asemassa ovat kokemussäännöt, yleisessä muodossa ilmaistut hypoteesit kahden ilmiön välisestä riippuvuussuhteesta.⁸² Esimerkiksi velkomusjutussa sopimusasiakirjan ja siihen sisältyvän allekirjoituksen merkitys näyttonä velallisen sitoumuksesta perustuu siihen, että kukaan ei sitoutune maksamaan olematonta velkaa. Asianosainen voi kuitenkin kiistää kanteen esimerkiksi väärennysväitteen esittämällä. Tällöin tuomioistuin ratkaisee, ”mitä asiassa on pidettävä totena”. Mutta millaista ”totuutta” oikeudenkäynnissä haetaan?

2.3 TOTUUDESTA OIKEUDENKÄYNNISSÄ

Oikeuskirjallisuudessa todistelun kohteena olevan faktaväitteen eli todistustee-
man totuudenmukaisuuden katsotaan tavallisesti määrittyvän totuuden korres-
pondenssiteorian mukaisesti. Totuuden korrespondenssiteorian mukaan totuus
on lauseen ja tosiasian välistä vastaavuutta: lause on tosi, jos sen ilmaisema
asiatila vallitsee todellisuudessa.⁸³ Määritelmän mukaan tuomion tosiseikasto
on totta, kun se vastaa ulkoprosessuaalista tapahtumainkulkua. Erityisesti van-
hemmassa oikeuskirjallisuudessa katsottiin, että tuomioistuimen tuomion fak-
tapremissin tulisi olla ”aineellisen totuuden” mukainen eli vastata täysin oikeu-
denkäyntiin johtanutta menneisyyden tapahtumainkulkua.⁸⁴

⁸² Ks. kokemussäännön käsitteestä esim. *Tirkkonen SP II*, s. 83–84, *Jonkka 1993*, s. 32, *Klami 2000*, s. 21, *Lappalainen SP II*, s. 131–132, 299–300, *Jokela III*, s. 143, *Anderson – Schum – Twining 2005*, s. 262 ja *Ekelöf – Edelstam – Heuman IV*, s. 281–282. Yksityiskohtaisimman määritelmän skandinaavisessa prosessioikeustutkimuksessa lienee esittänyt *Henrik Edelstam*: ”en hypotetisk sats av abstrakt karaktär innehållande ett påstående om att en företeelse med viss grad av sannolikhet skulle medföra en annan företeelse, där påståendets grund utgörs av ett visst erfarenhetsmaterial till vilka båda företeelser skulle kunna hänföras” (*Edelstam 1991*, s. 112).

⁸³ Totuuden korrespondenssiteoriasta ks. *Niiniluoto 1980*, s. 108–110. Totuusteorioista prosessioikeudessa ks. esim. *Jonkka 1991*, s. 14–15, *Leppänen 1998*, s. 137, *Huovila 2003*, s. 192–194, *Pölönen 2003*, s. 21–22 ja *Virolainen – Pölönen RP I*, s. 172–173.

⁸⁴ Ks. tästä, erityisesti vanhemmalle prosessioikeustutkimukselle ominaisesta aineellisen totuuden vaatimuksesta esim. *Tirkkonen 1933*, s. 14–18, *Tirkkonen 1961*, *Tirkkonen SP I*, s. 30, *Tirkkonen RP I*, s. 24 ja *Tirkkonen RP II*, s. 97, *Huovila LM 1999*, s. 1164. Vrt. *Virolainen (DL 2000*, s. 677), joka on todennut vierastavansa aineelliseen totuuteen vetoamista lainkäytössä, kos-

Oikeuskirjallisuudessa katsotaan melko yleisesti, että tuomion tosiseikaston vastaavuutta prosessinulkoisen tapahtumainkulun kanssa ei voitane koskaan varmasti tietää.⁸⁵ Oikeudenkäynnissä totuuden selvittäminen ei ole itseisarvoistakaan, koska tapahtumainkulku tulee tutkittavaksi vain oikeudellisesti relevantin osin. Dispositiivisissa riita-asioissa sovelletaan väittämistaakkaa eli asianosaiset määrittävät vetoamistahdonilmauksillaan sen tapahtumainkulun, johon tuomioistuimen tutkinta kohdistuu (OK 24:3.2). Tuomioistuimen on väittämistaakan sitomana rajoitettava arvioimaan vain vedottujen faktaväitteiden oikeellisuutta, eikä tuomiota voida perustaa muihin kuin asianmukaisesti vedottuihin oikeustositseikkoihin.

Aineellisen totuuden selvittämisen kannalta merkityksellinen on totuusvelvollisuus, josta riita-asian asianosaisen osalta säädetään OK 14:1:ssä: ”riita-asiaassa asianosaisen on tehdessään selkoa niistä seikoista, joihin hän vetoaa jutussa, ja lausueessaan mielensä vastapuolen esittämistä seikoista sekä vastatesaansa tehtyihin kysymyksiin pysyttävä totuudessa”; tässä käsitellään yksinomaan tosiseikkoihin liittyvää totuusvelvollisuutta.⁸⁶ Oikeuskirjallisuudessa katsotaan varsin yksimielisesti, että riita-asian asianosaisella on positiivinen totuusvelvollisuus eli hän on velvollinen tuomaan oma-aloitteisesti esiin tietämänsä seikat, vaikka ne vaikuttaisivat vastapuolen eduksi.⁸⁷

Vaikka oikeudenkäynnissä on pelattava ”avoimin kortein”, totuusvelvollisuuden kysymyksiä pohdittaessa ei voida sivuuttaa subjektiivista elementtiä, joka sävyttää asianosaisten suhtautumista asiaan. Asianosaisten intressit vaikuttavat heidän muistikuviansa tapahtumainkulusta, ja myös heidän tapahtumainkulkua koskevat tietonsa voivat olla puutteellisia tai virheellisiä. Oikeustositseikasto voi siksi jäädä riitaiseksi tai epäselväksi, vaikka asianosaiset katsoisivat vilpittömästi pysyneensä totuudessa.⁸⁸ Asianosaisen vetoamis- ja todistelulausumat, joista ensin mainituissa asianosainen vetoaa oikeustositseikkoihin ja lausuu vastapuolen väit-

ka käsitteen sisältöä ei ole missään määritelty. Myös *Tolvasen* (DL 2003, s. 1015 ja LM 2006, s. 1328) mukaan aineellisen totuuden puolestapuhujat eivät ole määritelleet, mitä aineellinen totuus voisi olla. *Viljanen* (DL 2001, s. 1021) toteaa, mielestäni perustellusti, että aineellisen totuuden käsite on ”harvinaisen selvä: aineellisen totuuden tavoittelu tarkoittaa sen selvittämistä, mitä todella on tapahtunut” – käytännön vaikeudet tapahtumainkulun selvittämisessä sitä vastoin voivat olla suuret, mutta sitä Viljanen pitää toisena asiana.

⁸⁵ Ks. myös *Karma* 2006, s. 65, jossa lausutun mukaan puhe aineellisesta totuudesta on vähitellen korvautunut Suomessa prosessuaalisen totuuden tavoittelun diskursseilla.

⁸⁶ Juridiseen argumentointiin kohdistuvasta ”totuusvelvollisuudesta” ks. esim. *Lappalainen* DL 2001, s. 998–999 sekä asianajajan osalta *Peltonen* 2004, s. 470–472.

⁸⁷ Ks. asianosaisen totuusvelvollisuudesta siviiliprosessissa *Tirkkonen SP II*, s. 458, *Lappalainen* DL 2001, passim., *Lappalainen SP II*, s. 275–276, *Jokela I*, s. 185 ja *Peltonen* 2004, s. 453–454. *Santtu Turusen* (DL 1999, s. 479 ja 496) mukaan riitajutun asianosaisen totuusvelvollisuus on negatiivinen.

⁸⁸ Ks. *Lappalainen* DL 2001, s. 994. *Klami* (1983, s. 247) muistuttaa, että osapuolilla on usein sängen voimakas oikeassa olemisen halu, ja heidän kohdallaan tapahtuu erittäin helposti aktiivista unohtamista, joka saattaa ulottua myös heidän kanssaan läheisissä ystävyys- tai liitto-laisuhteissa oleviin henkilöihin.

teiden johdosta, ja jälkimmäisessä esittää todisteluinformaatiota, on kysymyksenasettelun täsmentämiseksi syytä erottaa toisistaan.⁸⁹

Asianosainen määrää oikeustositseikkaan kohdistuvalla vetoamisella prosessin kohteesta, mutta samalla lausumaan sisältyy viesti seikan totuudenmukaisuudesta; vastaavasti kiistäminen viestii, että vedottu seikka ei pidä paikkaansa. Asianosaisen käsitys jonkin seikan paikkansapitävyydestä voi kuitenkin olla eriasteinen. Totuusvelvollisuus ei estä kantajaa vetoamasta seikkoihin, joiden totuudenmukaisuudesta hän ei ole varma; vastaaja taas voi kiistää jonkin seikan, vaikka hänen käsityksensä mukaan seikka voikin olla totta. Kantajan ei myöskään ole pakko vedota kaikkiin mahdollisiin seikkoihin kantansa tueksi – tämä olisi jopa määräämisperiaatteen vastaista.⁹⁰

Asianosaisella ei ole oikeutta manipuloida tosiseikastoa esittämällä se harhaanjohtavassa tai suorastaan valheellisessa muodossa. Kiellettyä on esimerkiksi kuvata totuudenmukaisesti velan syntyminen, määrä ja erääntyminen, mutta salata tehdyt lyhennykset, ja velkoa saatavaa täysimääräisenä.⁹¹ Kantajan ei kuitenkaan tarvitse vedota vastaajan väittämistaakan piiriin kuuluviin vastatositseikkoihin, kuten heikkoon taloudelliseen tilanteeseen, joka voi tulla kysymykseen vahingonkorvauksen sovitteluperusteena (VahL 2:1.2). Vastaaja taas ei saa kiistää todeksi tietämiään seikkoja, mutta hänenkään ei tarvitse vedota kantajan väittämistaakan piiriin kuuluviin seikkoihin. Vaikka totuusvelvollisuus on positiivinen, se ei murra väittämistaakkasääntöjä. Oikeuskirjallisuudessa katsotaan, että vetoamislausumien osalta voimassa on negatiivinen totuusvelvollisuus.⁹²

Asianosaisen totuusvelvollisuus häntä todistelutarkoituksessa kuultaessa on positiivinen, mutta perustellusti todetaan olevan inhimillistä ja ymmärrettävää, että asianosaisen kertomuksessa korostuvat hänelle edulliset seikat, kun taas vastapuolen hyväksi vaikuttavat asianhaarat jäävät sivummalle tai jopa ”unohduksiin”.⁹³ Asianosaiselta ei kuitenkaan voida hyväksyä suoranaista valehtelua omassakaan asiassa. Asianosaista totuusvakuutuksen nojalla OK 17:61.2:n mukaisesti kuultaessa ”väärän tiedon antaminen” asiassa tai ”siihen kuuluvan seikan” salaaminen ”ilman laillista syytä” rangaistaan perättömänä lausumana tuomioistuimessa (RL 15:1, 1-kohta).⁹⁴ Säännös ei sovellu asianosaista ilman totuusvakuutusta kuultaessa eli ns. vapaassa kuulemisessa, mitä

⁸⁹ Lappalainen DL 2001, s. 994.

⁹⁰ Lappalainen DL 2001, s. 996.

⁹¹ Jos asiaa ratkaiseva tuomioistuin harhaanjohtavien tietojen vuoksi erehtyisi asian laidasta, kantaja syyllistyisi tällöin yhteen petosrikoksen tyyppitapauksista, prosessipetokseen (RL 36:1). Ks. siitä Heinonen LM 1965, Viljanen DL 2001, s. 1017–1018 ja Peltonen 2004, s. 460–461.

⁹² Lappalainen DL 2001, s. 996 ja Peltonen 2004, s. 454.

⁹³ Lappalainen DL 2001, s. 997.

⁹⁴ Ks. säännöksen johdosta Viljanen 2006, s. 21–30. Törkeä perätön lausuma tuomioistuimessa on kriminalisoitu RL 15:3:ssä ja tuottamuksellinen perätön lausuma RL 15:4:ssä.

perustellaan tulkintavaikeuksilla: erityisen hankalana pidetään sitä, miten erotetaan hyväksyttävissä oleva tosiseikkojen painottaminen ja tulkitseminen omaksi eduksi kielletystä salaamisesta ja valehtelusta.⁹⁵

Asianosaiset eivät positiivisesta totuusvelvollisuudesta huolimatta ole velvollisia toimittamaan tuomioistuimeen omasta aloitteestaan itselleen vastaista näyttöä, joten todistusaineisto voi olla vaillinainen, mikä myös rajoittaa totuuden selvittämistä. Näytön oikeudenkäyntiin hankkivat ja valikoivat useimmiten asianosaisten asiamiehet ja avustajat, joiden totuusvelvollisuus on lähtökohtaisesti ainakin yhtä laaja kuin heidän päämiehillään.

Totuusvelvollisuuden kannalta erityisasemassa ovat asianajajat, joita sitoo toiminnassaan hyvä asianajajatapa (AAL 5).⁹⁶ Hyvän asianajajatavan katsotaan voivan asettaa asianajajille pidemmälle meneviä vaatimuksia kuin laki.⁹⁷ Asianajajien tulee olla lojaaleja päämiehelleen, mutta tätä lojaalisuusvelvollisuutta rajoittavat kuitenkin asianajajan *bona fides* -velvollisuudet yhteiskuntaa, sen viranomaisia sekä päämiehen vastapuolta kohtaan.⁹⁸ Nämä velvollisuudet voivat toisinaan joutua keskenään ristiriitaan. Tutkimuksessa kollisiotilanteiden yksityiskohtainen läpikäyminen ei ole välttämätöntä, vaan riittää, että asianajajan totuusvelvollisuus kuvataan pääpiirteissään.

Asianajajien tulee lähtökohtaisesti toimittaa tuomioistuimeen vain päämiehensä asiaa tukeva näyttö. Hyvää asianajajatapaa koskevien ohjeiden (TO) 8.2.3:n mukaan ”asianajajalla ei ole velvollisuutta, eikä vastoin asiakkaan tahtoa oikeutta esittää asiakkaan kannalta vahingollista todistetta tai tietoa, ellei tähän ole lakiin perustuvaa velvollisuutta”. Tämä säännös turvaa osaltaan asianajosuhteen luottamuksellisuutta, jota turvataan laajemmin AAL 5c:ssä tarkoitettulla asianajajalle sekä tämän apulaiselle suunnatulla kiellolla paljastaa luvottomasti sellaista ”yksityisen tai perheen salaisuutta taikka liike- tai ammatissalaisuutta, josta hän on tehtävässään saanut tiedon”.⁹⁹ Tämän velvoitteen rikkomisen voi tulla arvioitavaksi RL 38:1:ssä tarkoitettuna salassapitorikoksena.

⁹⁵ Ks. HE 6/1997, s. 23–24 ja *Viljanen 2006*, s. 27–29.

⁹⁶ Ks. asianajajan totuusvelvollisuudesta myös *Lappalainen SP I*, s. 312, *Jokela I*, erit. s. 186, *Ylöstalo – Tarkka 2001*, s. 236–238 sekä *Peltonen DL 2001*. Rikosprosessin osalta ks. erit. *Viljanen DL 2001*, s. 1004 ss.

⁹⁷ *Peltonen 2004*, s. 462.

⁹⁸ *Peltonen 2004*, s. 431.

⁹⁹ Asianajosuhteen luottamuksellisuutta turvataan myös OK 17:23.1:n 4-kohdassa tarkoitettulla todistamiskiellolla, jonka subjekti on ”asiamies tai oikeudenkäyntiavustaja”, ja objekti se, ”mitä päämies on hänelle asian ajamista varten uskonut”. Todistamiskielto murtuu päämiehen suostumuksella tai silloin, kun ”virallinen syyttäjä ajaa syytettyä rikoksesta, mistä saattaa seurata vankeutta kuusi vuotta tai ankarampi rangaistus, taikka sanotunlaisen rikoksen yrityksestä tai osallisuudesta siihen”; tällöinkään rikosasian vastaajan avustajaa ei voida velvoittaa todistamaan (OK 17:23.3). Ks. asianajajan todistamisvelvollisuuden sekä salassapitovelvollisuuden suhteesta *Esko JFT 2008*, passim. sekä todistamisvelvollisuuden vaikutuksesta asianajosalaisuuteen *Esko – Könkkölä DL 2004*, s. 362–366.

Ennakkopäätöksessä KKO 2006:61 oli kysymys siitä, oliko asianajaja syylistynyt salassapitorikokseen ilmaisemalla luvattomasti päämieheltään saamia, asianajosalaisuuden piiriin kuuluvia tietoja, kun hän oli kertonut tiedot esitutkinnassa puolustautukseen päämiehen menettelyn johdosta häneen mahdollisesti vastaisuudessa kohdistuvaa rikosepäilyä vastaan. Vaikka asianajajaa ei vielä epäilty rikoksesta, KKO katsoi EIT:n oikeuskäytäntöön viitaten, että salassapitovelvollisuuden väistymiselle oli tapauksen olosuhteissa EIS 8 artiklan 2 kappaleen (yksityiselämän suoja) mukainen välttämätön peruste, eikä menettely ollut rangaistava salassapitorikoksena.¹⁰⁰

Vaikka asianajaja ei saa luvatta paljastaa asianajosalaisuuden piiriin kuuluvia seikkoja, hän ei kuitenkaan saa myötävaikuttaa todisteiden vääristelemiseen tai salaamiseen (TO 8.2.3), eikä liioin antaa tuomioistuimelle lausumia, jotka hän tietää paikkansapitämättömiksi tai kiistää sitä, minkä hän tietää todeksi (TO 8.2.1). Vaikka hyvä asianajajatapa sitoo lain nojalla vain asianajajia, on perusteltua katsoa teleologiseen tulkinnan tai OK 15:10:n ”rehellisyysvaatimuksen” analogisen tulkinnan perusteella, että tapaohjeiden velvoitteet koskevat tältä osin muitakin oikeudenkäyntiavustajina ja -asiamiehinä toimivia lakimiehiä.¹⁰¹

Vaikka asianajaja ei saa kiistää asiaa, jonka tietää varmuudella olevan toisin, asianajaja voi tulkita näyttöepävarmuutta asiakasintressin suuntaisesti.¹⁰² Asianajaja ei ”ilman erityistä syytä” ole myöskään velvollinen tarkistamaan päämiehensä antamia tietoja (TO 8.2.2). Päämiehen pitää voida luottaa asianajajaansa – sama pätee toisinkin päin. Jos asianajaja ryhtyy omin päin tekemään selvityksiä, luottamussuhde on mennyt. Koska säännöksellä suojataan asianajajan ja päämiehen suhteen ydintä, luottamusta, ”erityisen syyn” kriteeriä on tulkittava suppeasti. Aiheellisesti on kuitenkin todettu, että päämiehen kertoman ”taakse meneminen” ei poista asianajajan vastuuta, kun kysymyksessä ovat päämiehen tuomioistuimesta tai vastapuolesta esittämät, laadultaan vakavat väitteet, joiden todenperäisyyttä on syytä epäillä.¹⁰³

Tuomioistuimen ratkaisua pidetään näiden erityispiirteiden vuoksi, erotukseksi aineellisesta totuudesta, ”prosessuaalisen” tai ”prosessuaalisehtoisen” totuuden mukaisena: tuomioistuimen vahvistama faktapremissi perustuu oikeu-

¹⁰⁰ Ks. salassapitorikoksista myös *Rautio 2009*, s. 1029–1033.

¹⁰¹ *Jokela (I, s. 186)* pitää tällaista tulkintaa perusteltuna.

¹⁰² Näin *Kunnas DL 2005*, s. 1298. *Peltonen (2004, s. 465)* katsoo, että asianajaja ei voi poiketa päämiehensä ilmoituksesta, vaikka epäilisi sitä ”pienemmällä tai suuremmalla todennäköisyydellä” vääräksi – hänellä tulee olla ilmoituksen totuudenvastaisuudesta varma käsitys. *In dubio* -tilanteessa asianajaja ei siis voi pitää päämiehen ilmoitusta vääränä. Ks. myös *Klami – Hatakka – Kastinen 1994*, s. 165–166, jossa lähtökohdaksi todetaan, että asianajajan tehtävänä ei ole ryhtyä jakamaan tai selvittämään näytön arviointiin liittyvää epävarmuutta, ”harmaata vyöhykettä”, päämiehensä vahingoksi; totuudenvastaisia seikkoja ei kuitenkaan saa tietoisesti esittää, kuten ei myöskään täysin perusteettomia huitauksia (kuten väite asiakirjan väärentämisestä).

¹⁰³ *Kunnas DL 2005*, s. 1299.

denkäyntiaineistoon ja voi siksi erota siitä, mitä ”todella on tapahtunut”.¹⁰⁴ Oikeudenkäynnissä tosin noudatetaan vapaata todistusteoriaa (OK 17:2) ja oikeudenkäyntimenettely on järjestetty suullisuus-, keskitys- ja välittömyysperiaatteiden mukaisesti. Vaikka tuomioistuimella on siksi hyvät edellytykset näytön arviointiin, aineellinen totuus lieene sittenkin ideaali, jota yksittäisen oikeudenkäynnin tasolla tuskin saavutetaan. Vaikka tuomioistuimen pitää pyrkiä selvittämään totuutta, oikeudenkäyntimenettelyssä totuus on normisidonnaisuuden vuoksi vääjäämättä prosessuaalista: totuuden tapahtumainkulusta tietävät asianosaiset, jos edes he.

Totuuden saavuttamattomuus ei tee aineellisen totuuden käsitettä tarpeettomaksi. Totuuden määritelmän tehtävänä on kertoa, mitä ”totuudella” tarkoitetaan. Se on pidettävä erossa totuuden saavuttamiskeinosta ja kriteereistä. Siitä, että tiedämme, miten ”totuus” määritellään, ei seuraa, että kykenisimme erottamaan todet lauseet epätosista. Tuomioistuimen pitää toki pyrkiä aineelliseen totuuteen eli vahvistaa tuomion faktapremissi sellaiseksi, kuin se arvioi prosessinulkaisen tapahtumainkulun olleen – mutta tämän tulee tapahtua prosessinormien rajoissa, väittämistaakanormia kunnioittaen ja lainmukaiseen todistusaineistoon rajoittuen.¹⁰⁵

Mielenkiintoinen ja oikeuskirjallisuudessa erittäin vähän käsitelty kysymys on se, onko ”aineellisesta totuudesta” totuuden korrespondenssiteorian tarkoitamassa mielessä puhuminen lainkaan perusteltua. *Helena Jokilan* (o.s. *Karma*) tuoreen, seksuaalirikosten näytön arviointia koskevan väitöskirjan mukaan nykyinen todistusteoria perustuu faktapositivismiin, jonka sisältö rakentuu brittiläisestä empirismistä, skottilaisesta common sense -ajattelusta ja realistisen romaanin tietoteoriasta.¹⁰⁶ Empirismi omaksuttiin Suomen todistus-oikeuteen melko puhtaassa muodossa, ja kuten Jokila toteaa, paradigmaa ja sen mahdollisia ongelmia ei ole vakavasti kyseenalaistettu.¹⁰⁷

¹⁰⁴ *Juha Lappalainen* tarkoittaa prosessuaalisella totuudella totuusarviointia, johon jutussa esitetty oikeudenkäyntiaineisto oikeuttaa tuomarin päättämään (DL 2001, s. 993). Ks. *Virolainen – Pölönen RP I*, s. 174, jossa lausutun mukaan oikeudenkäyntimenettelyssä saavutettavassa totuudessa kysymys on aina prosessisysteemin sisäisestä totuudesta, joka määritellään järjestelmän omin kriteerein. *Hannu Tapani Klami* puhuu samaa tarkoittaen prosessuaalisesta totuudesta (*Klami 1995a*, s. 15).

¹⁰⁵ Tätä tarkoittanevat esimerkiksi aineellisen totuuden merkitystä korostavat *Melander DL 2000*, s. 561 ja *Huovila LM 1999*, s. 1164, *Huovila 2003*, s. 165 ja *Jokela III*, s. 111. Oikeuskirjallisuudessa ”aineellisella totuudella” argumentoimista on erityisesti rikosprosessissa voitu viestittää siksi, että totuuden selvittämispyrkimysten voidaan katsoa tapahtuvan liiaksi vastaajan oikeusturvavaatimuksen kustannuksella. *Lauri Lehtimäki (LM 1981)*, s. 174) onkin tunnetusti todennut, että aineellisen totuuden etsiminen tulee jättää ”filosofeille, historiantutkijoille ja Bolivian salaiselle poliisille”.

¹⁰⁶ *Jokila 2010*, s. 101.

¹⁰⁷ *Jokilan (2010)*, s. 120) mukaan tämä ilmenee muun muassa totuuden korrespondenssiteoriaan sitoutumisena; myöskään kriittisellä tietoteoreettisella keskustelulla ei ole ollut vaikutusta suomalaisen todistusteoreettiseen keskusteluun. Ks. todistus-oikeuden tietoteoreettisesta taustasta laajemmin *Jokila 2010*, s. 101–113, jossa käsitellään etupäässä *common law* -järjestelmää sekä

Jokilan tutkimuksen taustateorianä on tiedonsosiologinen konstruktionismi.¹⁰⁸ Tiedonsosiologisessa konstruktionismissa ollaan kiinnostuneita siitä, miten ”oikeudelliset faktat” rakentuvat sosiaalisesti ja kielellisesti. Konstruktionistinen tutkimustapa korostaa ”totuuden” näkökulmasidonnaisuutta ja todellisuustulkintojen suhteellisuutta sekä sitä, että ”todellisuus” on kieleen sidottua.¹⁰⁹ Jokilan mukaan ”tieto” tulisi myös todistusoikeudessa ymmärtää subjektipositioiden ehdollistamana ja paikallisesti rakentuneena.¹¹⁰ Subjektipositioiden erot tuottavat erilaisia käyttäytymistä ohjaavia taustatulkintamalleja, rooliodotuksia ja tulkintarepertoareja, mikä on tärkeää ymmärtää näytön arvioinnista keskusteltaessa.¹¹¹ Erityisen tärkeänä Jokila pitää ”epistemologista herkkyyttä, nöyryyttä ja rohkeutta”, ratkaisijan kykyä sekä halua asettaa toisen henkilön asemaan, kun hän arvioi tämän tapahtumainkulusta antamaa kertomusta.¹¹²

2.4 NÄYTÖN ARVIOINTI – TOTUUDESTA TODENNÄKÖISYYKSIIN

Näytön arvioinnissa tuomioistuimet ovat ”totuuden” sijasta tekemisissä ”todennäköisyyksien” kanssa. Tuomioistuin voi näytön perusteella arvioida todistusteeman todennäköisyyden eriasteiseksi. Näyttöarvoa on verrattava näyttökynnykseen eli siihen yksittäisen jutun todistusaineistosta riippumattomaan todennäköisyysasteeseen, jota vastaavanlaisissa tapauksissa yleensä noudatetaan. Laki ei kuitenkaan sisällä säännöstä siitä, millaista näyttökynnystä dispositiivisten riita-asioiden oikeudenkäynnissä yleensä noudatetaan, ellei sellaisena pidetä OK 17:2.1:n määräystä ”totuudesta” tuomion faktapremissin vertailu-

todistusoikeuden kritiikistä s. 113–120. Ks. pohjoismaisen todistusteoreettisen tutkimuksen tietoteoreettisesta kritiikistä myös *Karma 2006*, s. 64–70 sekä *Jokila 2008*, s. 406–407.

¹⁰⁸ Ks. *Jokila 2010*, erit. s. 8–9 (konstruktionistisesta tutkimusmenetelmästä), 12–13 (feministisestä konstruktionistisesta tiedonsosiologiasta).

¹⁰⁹ Ks. todellisuuden ja kielen välisestä suhteesta konstruktionistisessa ajattelussa *Niemi-Kiesiläinen – Honkatukia – Ruuskanen 2006*, s. 28–30.

¹¹⁰ *Jokila 2010*, s. 294. Subjektipositioilla tarkoitetaan ymmärtääkseni erilaisista asioista rakentuvaa identiteettiä ja siihen liittyvää tapaa tulkinta ”todellisuutta”.

¹¹¹ Ks. *Jokila 2010*, 157 ss. jossa analysoidaan oikeustapausaaineistoon sisältyvää todistelua konstruktionistisen tietoteorian näkökulmasta. Jokila ”etsii, tunnistaa ja laskee” erilaisia diskursseja eli ”kielellisiä tiedonmuodostelmia eli kielellistä kudosta, joka rakentuu määrättyjen sosiaalisten ja oikeudellisten taustatulkintamallien ehdolla” (s. 16–17). Jokila toteaa, että hänen konstruktionistiseen tutkimusotteeseensa ovat vaikuttaneet diskurssianalyttiset tutkimukset (s. 6–7). Ks. esimerkkinä diskurssianalyttisestä luennasta myös *Karma 2006*, s. 78–84 sekä *Jokila 2008*, s. 408–440, jossa käsitellään KKO:n ennakkopäätöstä 2001:62 sekä diskurssianalyysistä yleisemmin *Niemi-Kiesiläinen – Honkatukia – Karma – Ruuskanen 2006*.

¹¹² *Jokila 2010*, s. 294. Ks. tällaisesta asenteesta Jokilan tutkimusaineistossa esimerkkinä s. 263–265.

vaihtoehtona. ”Totuuden” edellyttäminen ei kuitenkaan ole varteenotettavaa, koska tämä olisi aivan liian vaativa ja jopa mahdoton näyttökynnys.¹¹³

Eräisiin OK:n säännöksiin ja erityislakeihin sisältyy näyttökynnysmääräyksiä. Esimerkiksi preklusiosäännöksestä joustaminen oikeustositseikkojen osalta edellyttää, että asianosainen, joka vetoaa seikkaan vasta pääkäsittelyvaiheessa, ”saattaa todennäköiseksi” vetoamisen laiminlyönnin johtumisen pätevistä syistä (OK 6:9.1). Myös takuun tavaran käyttökelpoisuudesta tai muista ominaisuuksista antanut myyjä voi välttää KSL:n mukaisen virhevastuun, jos ”saattaa todennäköiseksi”, että huonontuminen johtuu tapaturmasta, tavaran vääranlaisesta käsittelystä tai muusta ostajan puolella olevasta seikasta (KSL 5:15a.1). Näistä varsin runsaslukuisista säännöksistä tehdyn vastakohtaispäätelmän mukaan dispositiivisten riita-asioiden normaalinäyttökynnyksen ylittyminen edellyttää korkea-asteista todennäköisyysnäyttöä. Tähän kysymykseen palataan tuonnempana.

Näyttökynnys liittyy myös todistustaakan jakoon. Ellei näyttökynnys ylity, tuomioistuimen on todistustaakkanormia soveltamalla määrättävä asianosaisten välisestä riskinjaosta ja perustettava tuomio todistusteemana olevan seikan vastakohtaan. Näyttökynnystä koskevat valinnat vaikuttavat siksi todistustaakkanormien soveltamisedellytyksiin. Oma kysymyksensä kuitenkin on, miten näyttökynnys voidaan ratkaistavana olevassa yksittäistapauksessa konkretisoida. Myös tällä kysymyksellä on selvästi merkitystä arvioitaessa sitä, milloin todistustaakkaan on turvauduttava.

Erityisesti rikosprosessioikeudessa on korostettu, että tuomitsemiskynnys ei voi perustua vain ratkaisijan subjektiiviseen harkintaan, vaan siihen sisältyy objektiivis-normatiivinenkin puoli eli sidonnaisuus todistusaineistoon.¹¹⁴ Dispositiivisten riita-asioiden näytön arviointia ei kuitenkaan voida rinnastaa täysin rikosprosessuaaliseen todisteluun, sillä vaikka vastakkain on kaksi asianosaista, jutussa ei hevin voida turvautua vain kahden oikeusperiaatteen punnintaan, kuten rikosprosessissa. Oikeuskirjallisuudessa usein toistetun ohjelmalauseen mukaan näyttökynnys- ja todistustaakkanormit tulisi asettaa siten, että ne toteuttaisivat aineellisen oikeuden tavoitteita – tai että niistä ei ainakaan muodostuisi oikeuksiin pääsemisen estettä.¹¹⁵

¹¹³ Ks. myös *Jonkka* 1992, s. 98, jossa todetaan, että ”totena pitäminen” ei (edes rikosprosessissa – TS) voi tarkoittaa ”täyden varmuuden” vaatimusta, koska sellaista ei olisi ylipäänsä mahdollista saavuttaa.

¹¹⁴ Ks. subjektiivis-kognitiivisesta ja objektiivis-normatiivisesta näyttökynnyksestä ja niiden eroista *Gräns* 2003, s. 187.

¹¹⁵ Ks. todistustaakka- ja näyttökynnysnormien perustelemista aineellisoikeudellisten normien tavoitteilla esim. *Kallenberg II*, s. 760, *Olivecrona* 1930, s. 130, *Halila* 1955, s. 291–293, *Tirkkonen SP II*, s. 126–127, *Ekelöf–Boman IV*, s. 86–91 ja *Klami* 2000, s. 80–85.

2.5 TODISTUSOIKEUDELLISTEN JA AINEELLISOIKEUDELLISTEN NORMIEN EROISTA

Todistustaakka- ja näyttökynnysnormeilla on tiettyjä yhtäläisyyksiä aineellisoikeudellisten normien kanssa, mutta ne eivät ole aineellisoikeudellisia normeja, jotka sääntelisivät oikeusasemien muodostumista. Oikeusseuraamukset liittyvät tosiasialliseen käyttäytymiseen, eikä esimerkiksi oikeus vahingonkorvaukseen edellytä tuomioistuimen vahvistus- ja suoritustuomiota, vaan oikeus vahingonkorvaukseen muodostuu silloin, kun joku aiheuttaa toiselle vahinkoa tavalla, joka täyttää vahingonkorvausta koskevien aineellisoikeudellisten normien tunnusmerkistön. Eri asia on, että ”oikeus” vahingonkorvaukseen voi olla vahingonkärsijälle arvoton, jos tällä on todistustaakka, eikä näyttö ylitä näyttökynnystä. Oikeuskirjallisuudessa onkin, kuten jäljempänä huomataan, voitu katsoa, että ”oikeudet”, joita ei voida toteuttaa viranomaiskoneiston avulla, eivät ole ”oikeuksia” lainkaan.¹¹⁶

Vaikka todistustaakka- ja näyttökynnysnormien tulisi olla aineellisoikeudellisten tavoitteiden kanssa yhdensuuntaiset, todistustaakkaa ja näyttökynnystä soveltamalla määrätään vain, millainen tosiseikasto tuomion faktapremissiksi vahvistetaan: mitkä seikat ovat tulleet näytetyiksi tai jääneet näyttämättä. Faktapremissin aineellisoikeudellinen arviointi jää näytön riittävyysarvioinnin ulkopuolelle. *Näyttöratkaisua koskevat normit, näyttökynnyksestä ja todistustaakan jaosta päättäminen, eivät siis ole samoja kuin näytetyksi tulleen tosiseikaston aineellisoikeudellista arvottamista koskevat normit.* Aineellisoikeudelliset normit soveltuvat lähtökohtaisesti vasta silloin, kun jokin tapahtumainkulku on tullut todistelulla näytetyksi.

Oikeudellisen ratkaisun tarkasteleminen syllogismina paljastaa tämän selvästi. Esimerkiksi yksinkertaisessa velkomusasiassa normipremissi voidaan muotoilla seuraavasti: ”joka on lainannut rahaa, on velvollinen maksamaan lainan takaisin” ja faktapremissi seuraavasti ”X on lainannut rahaa” – siispä oikeusseuraamukseksi tulee tuomita maksuvelvollisuus, ”X on velvollinen maksamaan lainan takaisin”. Aineellisoikeudellinen säännös ei esimerkkitapauksessa, eikä yleensä muutenkaan, sisällä määräystä näyttökynnyksestä tai asianosaisten välisestä todistustaakan jaosta. Suomen ja Ruotsin oikeuskirjallisuus-

¹¹⁶ Ks. myös *Zahle 2004*, s. 20–21, jossa nimitetään ”luonnonoikeudelliseksi oikeusteoriaksi” käsitystä siitä, että oikeudet ovat riippumattomia näytöstä; tällaisen asenteen vastakohtaa, jota oikeuskirjallisuudessa Zahlen mukaan ovat edustaneet esimerkiksi *Karl Olivecrona* ja *Alf Ross*, nimitetään ”anti-metafyysiseksi”. Suomessa tällaista skandinaaviselle realismille tyypillistä asennetta on edustanut vain *Viljo Sainio*, jonka ajatuksista sekä aineellisesta oikeudesta skandinaavisen realismin näkökulmasta ks. *Helin 1988*, s. 270–274 ja *Kaisto 2005*, s. 83–89.

nessa todistustaakka velan maksusta sekä maksuväitettä koskeva, korkeahko näyttökynnys on asetettu velalliselle.¹¹⁷

Koska näyttökysymystä koskevat normit kohdistuvat ”vain” tapahtumainkulkua koskevien väitteiden ratkaisemiseen, näyttökysymysten ratkaiseminen voidaan olettaa oikeuskysymysten ratkaisemista helpommaksi: joutuuhan tuomioistuimien punnitsemaan oikeuskysymystä kenties hyvinkin moninaisten oikeuslähteiden perusteella. Näyttöä sitä vastoin arvioidaan tarkoitussidonnaisesti sen selvittämiseksi, onko jokin vaatimus hyväksyttävä vai hylättävä. Kun oikeustositseikoista esitetään usein runsaasti näyttöä, tuomioistuimen voidaan olettaa saavan tapahtumainkulusta hyvän käsityksen. Jos taas tuomioistuin ei kykene muodostamaan käsitystä asian oikeasta laidasta, se voi aina ratkaista asian todistustaakkaa soveltamalla.

Näyttökysymysten helppous on kuitenkin näennäistä: monien hyvien lakimiesten väitetään epäonnistuneen juuri näyttökysymysten ratkaisijoina.¹¹⁸ Voidaan tietysti kysyä, voiko näyttökysymyksiä taitamaton lakimies ylipäänsä olla ”hyvä” lakimies. Näyttökysymyksiä lakimiesten ammatillisessa osaamisessa painotti jo legaalisen todistusteorian aikana vaikuttanut *David Nehrman-Ehrenstråle* (1695–1769), jonka mukaan oikeusoppinut ei voi olla vain teoriaa tunteva *Doctor Iuris*, vaan hänen täytyy olla myös teoriaa käytäntöön soveltamaan kykeneväinen *Doctor Facti*.¹¹⁹ Näyttökysymysten erityislaatuisuus ammattitaidon elementtinä näkyy myös siinä, että näyttökysymyksiä voi hallita sellainenkin lakimies, joka ei ole vahvimmillaan oikeuskysymysten ratkaisijana. Oikeuskirjallisuudessa näyttökysymysten ratkaisemista pidetäänkin tyyppiesimerkkinä toiminnasta, jonka tuomioistuinjuristit oppivat parhaiten kokemuksen – omien yrittysten ja erehdysten – kautta.¹²⁰

Huomattakoon, että yksi *lautamiesjärjestelmän* puoltoargumentti on erityisesti rikosasioissa ollut tuomioistuimen elämäkokemuksen lisääminen. Tätä on pidetty erityisenä etuna silloin, jos puheenjohtaja on ollut iäkäs, jolloin hän on voinut saada näytön arvioinnissa suurta hyötyä nuorten lautamiesten edustamista arvostuksista ja asenteista. Toisaalta tämä on pitänyt toisinkin päin: iäkään herastuomarin elämäkokemus on voinut auttaa nuorta ja kokematon, ja

¹¹⁷ Ks. esim. *Halila 1955*, s. 98–103, *Lindell 1988*, s. 59, *Ekelöf–Boman IV*, s. 91, *Lappalainen SP II*, s. 326, 328 ja *Jokela III*, s. 255.

¹¹⁸ Ks. *Ekelöf–Boman IV*, s. 123, viitattua Lord, Master of the Rolls *Wilfred Greenen* (1883–1952) lausumaa: ”*To be a good judge of facts sounds easy – it is in truth extremely difficult. Many good lawyers have failed completely as judges of facts*”.

¹¹⁹ Ks. tästä *Nousiainen 1993*, s. 382 ja *Virolainen 2003*, s. 158. Nehrman-Ehrenstrålen tutkijaprofilille ominainen piirre oli muutoinkin teorian ja oikeuskäytännön yhdistäminen. Ks. Nehrman-Ehrenstrålesta esim. *Palmgren 1969a* ja *1969b*, *Nousiainen 1993*, s. 376–382, *Virolainen 2003*, s. 158 ja *Aarnio 2006*, s. 341 ss.

¹²⁰ Asianajaja *Per E. Samuelson* kiteyttää todistajankuulemista koskevan oppikirjansa (*Samuelson 2005*) motoksi englanninkielisen lausahduksen ”*Experience is a brutal master, but my god it really makes you learn!*” (suom. ”kokemus on julma, mutta todella tehokas opettaja”).

kukaties vasta opintonsa päättäneitä puheenjohtajaa, jonka käsitykset tuomitsemistoiminnasta ja asianosaisten olosuhteista voivat olla kovin kliiniset.¹²¹ Erityisesti aikaisemmin merkitystä on ollut myös lautamiesten edustamalla paikallistuntumuksella; nytemmin argumenttien merkitys on käynyt jotakuinkin kyseenalaiseksi. Lautamiehet eivät enää 1.1.2009 voimaan tulleen uudistuksen myötä osallistu riita-asioiden ratkaisemiseen, vaan riita-asiat käsitellään yhden tai kolmen tuomarin kokoonpanossa (OK 2:3–5:t).¹²²

Vaikka näyttökysymysten merkitystä osana lakimiehen ammattitaitoa ei voida ylikorostaa, näyttökysymyksille on varottava antamasta itseisarvoista asemaa oikeudellisessa ratkaisussa. Niitä selvitetään ”vain”, jotta tiedettäisiin, millainen oikeusseuraamus jutussa on tuomittava – ratkaisutoiminnan on ohjaututtava oikeusnormien ehdoilla. Oikeustositseikkaa ja sen juridista luonnehdintaa ei tosin aina voida erottaa, vaan ne voivat ratkaisutoiminnassa olla vuorovaikutuksessa, jota prosessioikeustutkimuksessa kuvataan vuorovaikutusmallina tunnetun teorian avulla.¹²³ Teorian mukaan tosiseikat määrittävät sovellettavaa normistoa, ja normien tulkinnasta riippuu, mitkä seikat jutussa ovat oikeustositseikkoja, ja millä seikoilla on merkitystä todisteena.

Todistusoikeudellisen problematiikan kannalta vuorovaikutusmalli ilmentää kahta tärkeää seikkaa. Ensinnäkin malli osoittaa, että näyttö- ja oikeuskysymykset liukuvat jossakin määrin yhteen, eikä niiden erottaminen ole aina mahdollista. Toiseksi: ellei tuomioistuinjuristi rubrisoi juttua aineellisoikeudellisesti ”oikealla” tavalla, hän ei tunnista aineellisen oikeuden kannalta relevantteja seikkoja, tai on niiden merkityksestä parhaimmillaankin epävarma. Oikeuskysymykseen kohdistuva epävarmuus muuntuu tällöin helposti näyttöepävarmuudeksi.

Tämä käy ilmi ennakkopäätöksestä KKO 2005:69, jossa kysymys oli todistelusta ja todistustaakasta yritysten väliseen liikesuhteeseen perustuvaa saatavaa koskevassa asiassa sekä preklusiosta.¹²⁴ Tapauksessa kantaja vaati vas-

¹²¹ Ks. lausutun johdosta *Diesen* 1996, s. 31–33. *Diesen* (s. 33) toteaa, että dispositiivisissa riita-asioissa tosiseikaston vahvistaminen on harvemmin keskeinen ongelma – niissä ”dominoivat puhtaasti oikeuskysymykset”. Sitä vastoin esimerkiksi huoneenvuokra- ja lastenhuoltoasioissa lautakuntakokoonpanoon liittyvällä elämäkokemuksen kattavuudella on *Diesenin* mukaan merkitystä. Ks. lautakunnan elämäkokemuksesta järjestelmän puoltoargumenttina myös KM 2007:19, s. 11 ja HE 85/2008, s. 8 sekä maallikoiden osallistumisesta lainkäyttöön pro & contra *Diesen* 1996, s. 20–50 ja KM 2003:3, s. 176–179.

¹²² Ks. myös HE 85/2008, s. 4 ja 10, jossa todetaan, että lautakuntakokoonpano oli tilastojen mukaan ennen uudistustakin riita-asioissa hyvin harvinainen.

¹²³ Tämän mallin nimityksestä ei prosessioikeustutkimuksessa kuitenkaan vallitse yksimielisyyttä. Ks. mallin nimityksistä esim. *Lindell* 1987, s. 35–41, *Lindell CP*, s. 31, 413–415, *Lindell* 2007, s. 27–28 (”växvelverkanmekanismen”), *Laukkanen* 1995, s. 155–171 (”vuorovaikutussubsumptio”), *Leppänen* 1998, s. 130, 133 (”vuorovaikutusmalli”). Ks. myös *Viirolainen* 1995, s. 47 (”oikeuskysymys ja tosiasiakysymys esiintyvät vuorovaikutussuhteessa toisiinsa”) sekä *Tolvanen JJ Backman*, s. 306–313 tosiseikaston muotoutumisesta oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa.

¹²⁴ Ks. ratkaisusta myös *Koulu* 2005.

taajan velvoittamista suorittamaan varat, jotka se oli kantajan mukaan pidättänyt oikeudettomasti. Varat oli tarkoitettu käytettäväksi maksukorttitilin etumaksuksi vastaajan omistamassa tavaratalossa, mutta vastaaja oli pidättänyt osan hallussaan olleista varoista, vaikka kantaja ei ollut rikkonut maksukorttisopimusta. Vastaaja kiisti kanteen ja väitti, että kantajan tekemä suoritus kohdistui kokonaan toiseen asiaan kuin kanteessa väitettiin. Alioikeus katsoi, OK 17:1.1:ään viitaten, ettei kantaja ollut esittänyt mitään näyttöä siitä, että osaa sen tekemästä suorituksesta olisi sovittu tai tarkoitettu käytettäväksi maksukorttitilin etumaksuna. Hovioikeus ei muuttanut alioikeuden tuomiota.

KKO joutui joustamaan preklusiosta ja kumoamaan hovioikeuden ratkaisun, kun alemmat oikeudet olivat (OK 17:1.1:ää soveltaen) arvioineet todistustaakan jaon väärin ja sivuuttaneet eräitä keskeisiä todisteita. KKO:n perustelujen mukaan silloin, kun kanne koskee sitä, onko asiakas saanut kanteen etukäteen suorittamalleen maksulle vai onko maksunsaaja pidättänyt maksun itselleen perusteettomasti, todistustaakka ei lankea yksin maksajalle, vaan kuuluu pikemminkin maksun saajalle. ”Tähän päätelmään johtavat yleiset velkasuhteita koskevat periaatteet. Samaan päädytään, jos asiaa tarkastellaan tilinpitäjän ja asiakkaan välisen suhteen ja osapuolten siihen liittyvien velvollisuuksien kannalta”.

Oikeusneuvos *Mikko Tulokas*, joka osallistui jutun ratkaisuun KKO:ssa, toteaa, että alempien oikeuksien ”ratkaisut herättävät ihmetystä sikäli, ettei tapaukseen liittyvää juridiikkaa voida pitää kovin vaikeana”. ”Jos velkasuhteessa velallinen ja tilisuhteessa asiakas näyttää suorituksen tapahtuneen, velkojan ja vastaavasti tilinpitäjän on osoitettava, millä tavoin se on käytetty maksajan hyväksi”. Tulokas pitää tapausta edustavana esimerkkinä siitä, miten asian oikeudelliseen hahmottamiseen ei kiinnitetä riittävää huomiota, mistä seurauksena on, että ”oikeudenkäynnin painopiste tahtoo siirtyä todistelupuolelle silloinkin, kun ongelmat ovat todellisuudessa luonteeltaan oikeudellisia”.¹²⁵

Vaikka KKO argumentoi jutussa aineellisoikeudellisilla periaatteilla, ei liene tarkoitettu, että todistustaakan jakonormit olisivat aineellisoikeudellisia normeja. Näyttökysymysten ratkaisemista koskevat normit määrittelevät sitä, 1) miten esitettyä näyttöä arvioidaan, 2) milloin käsillä on jonkin prosessitoimen tekemiseen vaadittu näyttö ja 3) miten on toimittava, jos jostakin oikeustositseikasta ei ole esitetty riittävää näyttöä. KKO lienee pikemminkin tarkoittanut, että jutun aineellisoikeudellisella laadulla on merkitystä arvioitaessa asianosaisten välistä todistustaakan jakoa, koska todistustaakka jakautuu asianosaisten välillä eri tavalla erilaisissa aineellisoikeudellisissa tyyppitilanteissa.

Ennakkopäätöksessä KKO 2004:50 liikehuoneiston omistaja asetettiin vahingonkorvausvastuuseen elinkeinotoimintaa harjoittaneelle vuokralaisel-

¹²⁵ Tulokas 2006.

leen aiheutuneesta henkilövahingosta, jonka syynä oli ollut lasin rikkoutuminen. Lasin rikkoutumisen syy oli jäänyt epäselväksi. Alemmat oikeudet hylkäsivät kanteen, kun kantaja ei ollut kyennyt näyttämään, että lasin rikkoutuminen olisi johtunut yhtiön laiminlyönnistä. KKO:n mukaan liikekiinteistön omistaja on velvollinen huolehtimaan, että kiinteistön ja rakennuksen yleisessä käytössä olevat tilat, kuten piha-alueet ja käytävät, ovat sellaisessa kunnossa, että niissä voi vaaratta liikkua. Ellei vuokrasopimuksesta tai muista seikoista muuta johdu, liikekiinteistössä vuokralaisena toimivalla elinkeinonharjoittajalla ei ole velvollisuutta valvoa kiinteistössä yleisessä käytössä olevien tilojen kuntoa, eikä tätä pelkän vuokralaisasemansa vuoksi ole siksi perusteltua asettaa eri asemaan muihin kiinteistössä asioiviin ja liikkuviin nähden. Siispä: ”kun lasin rikkoutumisen syy on jäänyt epäselväksi ja kun yhtiö ei ole näyttänyt, että lasin rikkoutuminen olisi aiheutunut sellaisesta seikasta, josta se ei kiinteistön omistajana ole ollut velvollinen huolehtimaan, yhtiö on velvollinen korvaamaan kantajalle lasin rikkoutumisesta aiheutuneet vahingot”.

Ennakkopäätös osoittaa, miten todistustaakkanormisto kytkeytyy aineellisoikeudellisten tavoitteiden toteuttamiseen. Alemmat oikeudet eivät ulottaneet KKO:n aiemman oikeuskäytännön (KKO 2001:1)¹²⁶ oikeusohjetta koskemaan kiinteistöllä toimivaa elinkeinonharjoittajaa, vaan katsoivat, että tapauksessa sovelletaan tuottamusvastuuta. KKO jäsensi oikeuskysymyksen toisin, millä oli välitöntä merkitystä todistustaakan jaon kannalta. KKO katsoi, että oikeuskirjallisuudessa ”korostuneena huolellisuusvelvollisuutena” tunnettua vastuuperustetta tulee soveltaa kiinteistöllä toimiviin elinkeinonharjoittajiinkin nähden, ellei näillä ole vuokrasopimukseen perustuvaa tai muuta oikeudellista velvollisuutta valvoa tilojen kuntoa.¹²⁷

Tämä riskinjako on vahingonkorvaus- ja todistusoikeudellisesti perusteltu. Kiinteistön omistajalla on velvollisuus huolehtia, että kiinteistön tiloissa voidaan liikkua turvallisesti. Huolellisuusvelvollisuus jäisi merkityksettömäksi, jos vahingonkärsijä joutuisi todistamaan, että vahingon aiheutuminen on syyhteydessä kiinteistön omistajan laiminlyöntiin huolehtia tilojensa kunnosta. Vahingonkärsijällä ei usein ole mahdollisuutta selvittää sitä, mistä esimerkiksi rakennuksen lasin rikkoutuminen, josta tapauksessa KKO 2004:50 oli kysymys, johtuu. Lasin rikkoutuminen voi johtua valmistusvirheestä, seinässä tai

¹²⁶ Tuossa tapauksessa vastaaja tuomittiin korvausvelvolliseksi henkilövahingoista, jotka kantajalle olivat aiheutuneet hänen ollessaan asiakkaana vastaajan omistamassa liikekiinteistössä. Liikekiinteistössä sijainneen ravintolan seinärakenteeseen kuulunut, karkaistusta lasista valmistettu lasiruutu oli rikkoutunut ja pudonnut palasina kantajan päälle. Rikkoutumisen syy oli jäänyt epäselväksi. Kun rakenteen turvallisuudesta vastannut vastaaja ei ollut näyttänyt, että lasin rikkoutuminen olisi johtunut sellaisesta seikasta, josta se ei ollut velvollinen huolehtimaan, se velvoitettiin korvaamaan vahingot.

¹²⁷ Ks. korostuneesta huolellisuusvelvollisuudesta *Routamo – Ståhlberg – Karhu* 2006, s. 124–141, erit. s. 135–138 ja *Hemmo* 2005, s. 36–38 (Hemmo tosin kirjoittaa ”korkea-asteisesta huolellisuusvelvollisuudesta”).

ovessa olevasta jännitteestä tai siitä, että on käytetty käyttötarkoitukseen nähden liian heikkoa lasia. Nämä syyt, kuten *Vilja Hahto* toteaa, kuuluvat kiinteistönomistajan vastuupiiriin, kun taas lasin rikkoutuminen sellaista syistä, joista tämä ei vastaa, on epätodennäköisempää.¹²⁸

Kiinteistöllä aiheutuneen vahingon syitä koskeva selvittämisvelvollisuus on perusteltua asettaa kiinteistönomistajalle, jonka tulee vahingonkorvausvastuusta välttyäkseen osoittaa, että rikkoutuminen on johtunut sellaisesta syystä, joka ei kuulu kiinteistön omistajan vastuupiiriin. Kun liikekiinteistön rakenteen rikkoutuminen aiheuttaa henkilövahingon, kiinteistön omistajan korvausvastuu siis presumoidaan: tämä on korvausvelvollinen, jollei muuta näytä. Kiinteistön omistajan vahingonkorvausvastuun katsotaan aineellisoikeudellisesti lähenevän ankaraa vastuuta: omistaja voi välttyä vastuulta, jos näyttää rakenteen rikkoutumisen johtuneen sellaisesta ulkopuolisesta ilkvallasta tai poikkeuksellisesta luonnonilmiöstä, johon hänellä ei ole ollut velvollisuutta varautua.¹²⁹

¹²⁸ *Hahto 2008*, s. 205.

¹²⁹ *Mielityinen 2006*, s. 407. Alaviitteessä 210 Mielityinen toteaa harkinnan muistuttavan YVL:n mukaista ankaran vastuun soveltamisharkintaa, jossa toiminnan harjoittaja voi välttää YVL:n mukaisen vastuun, jos ulkopuolinen on ilkeästi aiheuttanut ympäristövahinkoa aiheuttaneen onnettomuuden ja toiminnanharjoittaja ei ole itse myötävaikuttanut vahinkoon. Omasta mielestäni harkinta muistuttaa aineellisoikeudellisessa katsannossa mm. KL:ssa ja KSL:ssa omaksuttua kontrollivastuuta, josta vapautuminen edellyttää, että virhe tai viivästys on johtunut velallisen kontrollipiirin ulkopuolella olevasta, poikkeuksellista laatua olevasta syystä (ks. kontrollivastuun vapautumisperusteista esim. *Mononen LM 2004*, s. 1391–1392).

3 Todistelun tarpeellisuudesta dispositiivisessa riita-asiassa

3.1 TODISTELUN TARPEEN YLEISISTÄ EDELLYTYKSISTÄ

Oikeudenkäymiskaaren rakenteellisessa tarkastelussa voidaan havaita, että kanteen hyväksyminen edellyttää vaatimuksen esittämistä sekä vaatimuksen konkretisoimista oikeustosisekoilla. Lisäksi edellytetään, että lainsäädännöstä ylipäänsä löytyy oikeusnormi, joka kanteen hyväksymisen mahdollistaa. Oikeustosisekkojen ottaminen tuomion perusteeksi edellyttää, että niihin nimenomaisesti vedotaan. Tätä tarkoittaen puhutaan väittämistaakasta (OK 24:3.2), joka on näytön esittämiseen nähden ajallisessa sekä johdonmukaisessa suhteessa ennakkoluonteinen kysymys, vaikka väittämistaakan soveltaminen myöhemmin todetulla tavalla ajankohtaistuu vasta tuomitsemisvaiheessa; sillä on kuitenkin merkitystä prosessissa laajemminkin. Ellei väittämistaakkaa asianmukaisesti täytetä, ei kysymys todistelun tarpeesta voi ajankohtaistua.

Oikeustosisekka, johon on asianmukaisesti vedottu, voidaan ottaa tuomion perusteeksi kolmessa tapauksessa. Ensinnäkin oikeustosisekka voi olla notorinen. Toiseksi asianosaisen vastapuoli voi tunnustaa oikeustosisekan. Näissä tapauksissa näytön esittämistä ei edellytetä. Kolmanneksi oikeustosisekka voidaan ottaa tuomion perusteeksi, jos siitä esitetään riittävä näyttö.¹³⁰ Väittämistaakka on myös tunnustamiseen ja notorisuuteen nähden ennakkoluonteinen kysymys: jotta oikeustosisekka voitaisiin ylipäänsä tunnustaa, siihen kohdistuva väittämistaakka on tullut täyttää, mikä ilmentää väittämistaakan subjektiivista noudattamista. Myös notorisiin oikeustosisekkoihin on vedottava.¹³¹

Tutkimuksessa tarkastellaan seuraavaksi notorisuuden ja tunnustamisen merkitystä todistelun syrjäyttäjinä sekä väittämistaakkaa, joka rajaa tuomioistui-
men tutkintavaltaa, ja jonka avulla voidaan täsmentää asianosaisten väliset riitakysymykset sekä siten määrittää todistelun tarvetta. Väittämistaakalla on merkitystä todistelun kannalta myös siten, että riitakysymykset on muodostettava todistusteemoiksi, joihin jutussa esitettävä todistelu on kohdistettava. Väittämistaakalla on merkitystä myös todistelun rajoittajana: näytön esittäminen muista kuin riitaisista seikoista on dispositiivisissa riita-asioissa kielletty (OK 17:7, OK 5:21.3, OK 6:2a.2).

¹³⁰ Ks. *Mellqvist 2007*, s. 83.

¹³¹ Ks. *Tirkkonen 1949*, s. 32, *Virolainen 1995*, s. 41, *Lappalainen SP II*, s. 148 ja *Jokela III*, s. 150 sekä *Lindell 2007*, s. 77 ja 82 ja *Ekelöf – Edelstam – Heuman IV*, s. 59.

Huomattakoon, että tarkastelun kohteena ovat vain asiat, jotka etenevät pääkäsittelyyn ja ratkaistaan tuomiolla. Todistelun tarve ei ajankohtaistu, kun asia päättyy asianosaisen laiminlyönnin vuoksi yksipuoliseen tuomioon.¹³² Asia voidaan ilman kantajan erillistä vaatimusta ratkaista yksipuolisella tuomiolla, kun vastaaja laiminlyö vastata kanteeseen, tai kun tämä ei kirjallisessa vastauksessaan esitä kanteen vastustamiselle perustetta taikka vetoaa seikoisiin, joilla ei selvästi ole merkitystä asian ratkaisemisessa (OK 5:13.1, 1- ja 2-kohdat). Tällöin kanne hyväksytään yksipuolisella tuomiolla; kanne on kuitenkin hylättävä tuomiolla siltä osin, kuin siitä on luovuttu tai se on ”selvästi perusteeton” (OK 5:13.2).¹³³ Yksipuolinen tuomio voidaan vastapuolen vaatimuksesta antaa myös silloin, jos asianosainen jää ilman laillista estettä pois istunnosta tai laiminlyö antaa käräjäoikeuden pyytämän lausuman (OK 12:10.1, 1- ja 2-kohdat). Yksipuolinen tuomio voidaan näissä tilanteissa antaa myös kantajaa vastaan, jolloin kanne on hylättävä (OK 12:12). Yksipuoliseen tuomioon oikeutetulta asianosaiselta on tiedusteltava, vaatiiko tämä yksipuolista tuomiota – jollei, asia jätetään sillensä (OK 12:10.2); vaihtoehtoisesti asianosainen voi vaatia asian ratkaisemista tuomiolla, jolloin hänen on esitettävä sitä koskeva selvitys (OK 12:11).¹³⁴

3.1.1 Yleinen notorisuus

Oikeudenkäynnissä ei tarvitse esittää kaikista seikoista näyttöä, vaan tuomioistuinin voi eräin edellytyksin ottaa ne tuomion perusteeksi muutenkin. OK 17:3.1:n mukaan seikkaa, ”joka on yleisesti tunnettu tai jonka oikeus viran puolesta tietää”, ei tarvitse näyttää toteen. Todistelun tarpeesta poikkeuksen muodostaa siis seikan notorisuus, jonka osa-alueiksi voidaan säännöksen sanamuodon perusteella erottaa yleinen notorisuus (”yleisesti tunnettu”) ja tuomioistuinnotorisuus (”oikeus viran puolesta tietää”).¹³⁵ Tosin myös kokemussäännöt voivat olla

¹³² Ks. yksipuolisesta tuomiosta myös *Jokela III*, s. 115–117 sekä problematiikasta laajemmin *Hormia 1988*, passim.

¹³³ Ks. myös OK 5:14 tilanteista, joissa kantajan vaatimus perustuu juoksevaan velkakirjaan, vekseliin tai shekkiin.

¹³⁴ Tuomion antaminen ei tosin liene mahdollista kirjallisessa valmistelussa kuin rajoitetusti; yksipuolisen tuomion sijaan annettavassa tuomiossa ei voida kirjallisessa valmistelussa ottaa kantaa näyttökysymyksiin, vaan ne on ratkaistava pääkäsittelyssä. Näin on oikeuskäytännössä katsottu ratkaisuisissa KKO 1997:25 ja KKO 2000:22. Lakiin on tosin ennakkopäätösten jälkeen lisätty OK 5:27a, jonka mukaan riitainenkin asia voidaan ratkaista tuomiolla kirjallisessa valmistelussa, jos se on ”laadultaan sellainen, ettei sen ratkaiseminen edellytä pääkäsittelyn toimittamista eikä kukaan asianosainen vastusta asian ratkaisemista kirjallisessa menettelyssä”. Säännös soveltuu vain, jos asianosaisten riitaisuus kohdistuu oikeuskysymykseen, eikä asiassa esitetä suullista todistelua (ks. HE 32/2001, s. 54–55), joten ennakkopäätösten oikeusohjeet lienevät edelleen ajantasaiset. Ks. valmistelussa annettavista ratkaisuista myös OK 5:27.

¹³⁵ Ks. yleisestä ja tuomioistuinnotorisuudesta myös *Tirkkonen 1949*, s. 29–34, *Lappalainen SP II*, s. 146–148, *Jokela III*, s. 149–150, *Lindell 2007*, s. 52–116 sekä *Ekelöf – Edelstam – Heuman IV*, s. 58–61.

notorisia, vaikka niitä ei säännöksessä, kuten ei muussakaan lainsäädännössä, nimenomaisesti mainita.

Yleisesti notorisia ovat seikat ja kokemussäännöt, joista ”valistuneen kadunmiehen” voidaan olettaa olevan tietoinen. Esimerkiksi sellaiset asiat kuin ”Suomessa noudatetaan metrijärjestelmää” tai ”lentomatkia Helsingistä Rovaniemelle kestää noin tunnin”, ovat notorisia.¹³⁶ Notorisuuden piiri vaihtelee paikallisesti: notorista olisi Rovaniemellä tieto rautatieaseman sijainnista – tämä tieto ei kuitenkaan olisi notorista esimerkiksi Helsingissä. Notorisuuden piiri vaihtelee myös ajallisesti: asiat, jotka olivat notorisia 50 vuotta sitten, eivät välttämättä ole sitä enää. Notorisuuteen vaikuttavat myös henkilön kokemus, sivistystaso ja koulutus: useimmat vanhemman polven ihmiset tietänevät, kuka *Juudas* oli, mutta nuoremman polven tiedot Raamatusta eivät välttämättä ole samalla tasolla.¹³⁷

Iura novit curia -periaatteen tavoin notorisuuden käsite on oikeushistoriallinen jäänne, jolla on merkitystä nykyjärjestelmässäkkin. Syy siihen, miksi asianosaisten ei tarvitse esittää notorisista seikoista tai kokemussäännöistä todistelua, on prosessiekonominen. Oikeudenkäyntiä kangistaisi melkoisesti, jos näyttoa edellytettäisiin seikoista, joista kaikkien voidaan olettaa olevan yksimielisiä.¹³⁸ Näytön esittäminen notorisista seikoista ei kuitenkaan ole kiellettyä, jollei tuomioistuin katso näyttöä ”asiaan vaikuttamattomaksi”, ja epää esittämistä OK 17:7:n nojalla.

Vaikka ilmiö olisi pääpiirteissään notorinen, sen yksityiskohdat voivat olla riitaisia. Painovoima on luonnonlakina varma kokemussääntö; samoin juomalasi jollakin todennäköisyydellä rikkoutuu kivilattialle pudotessaan. Kuitenkin lasin rikkoutumisen todennäköisyys riippuu monista seikoista: lasin laadusta, putoamiskorkeudesta jne. Jos hypoteettisessa tapauksessa tulisi arvioida, onko lasi rikkoutunut lattialle pudotessaan, tuomioistuin voisi tukeutua vain rajoitetusti notoriseen aineistoon. Ottaen huomioon, miten epämääräinen notoristen seikkojen ja kokemussääntöjen kategoria on, asianosaisten on parempi esittää jostakin kysymyksestä näyttöä, kuin laiminlyödä näytön esittäminen luottaen siihen, että kysymys on notorisesta asiasta.

Oikeuskäytännön kannalta notorisuuden merkitystä todistelua vähentävänä tekijänä pidetäänkin suhteellisen vähäisenä.¹³⁹ Notorisuudella on merkitystä ennen muuta kokemussääntöjen kannalta: tuomioistuin voi hyödyntää tiedossaan olevia kokemussääntöjä viran puolesta. Notorisuuteen on kehoitettu suhtautumaan varauksellisesti: tuomioistuimen on syytä nostaa seikan notorisuus keskustelunalaiseksi asianosaisten kanssa, jos siitä vallitsee epäselvyyttä.¹⁴⁰

¹³⁶ Lappalainen SP II, s. 146.

¹³⁷ Esimerkki Lindellin (2007, s. 61).

¹³⁸ Lappalainen SP II, s. 146, Jokela III, s. 149, Ekelöf–Edelstam – Heuman IV, s. 58.

¹³⁹ Lappalainen SP II, s. 147.

¹⁴⁰ Jokela III, s. 150; Ekelöf–Edelstam – Heuman IV, s. 59 todetaan tämän johtuvan tarpees-

Kannanotto notorisuuteen olisi tehtävä mahdollisuuksien mukaan jo valmistelussa, mutta valmistelua johtavan tuomarin kanta jonkin seikan notorisuudesta ei kuitenkaan sido pääkäsittelykokoonpanoa, joka voi edellyttää notoriseksi arvioidusta seikasta esitettävän näyttöä.¹⁴¹ Katsoisin, että tuomarin tulisi arvioida valmisteluvaiheessa notoriksi muita asioita kuin kokemussääntöjä vain rajoitusti, koska notorisuuden kategoria on edellä todetulla tavalla varsin epäselvä.

Vaikka kannanotto notorisuudesta ei olekaan sitovaa laatua, on huomattava, että pääkäsittelyvaiheen kannanmuutoksesta voi aiheutua ongelmia myös todistusaineiston preklusiosäännöksen (OK 6:9.2) kanssa, mikä puoltaa edellä mainittua rajoittavaa tulkintaa. Oman tulkintani mukaan tuomioistuimen alustavakin kannanotto on ”pätevä syy” joustaa preklusiosta, mutta miten olisi toimittava tilanteessa, jossa vastapuoli ei suostukaan uuden todisteen esittämiseen, mikä on edellytys uuden todisteen vastaanottamiselle? Näissä tilanteissa todisteen hankkimisen tulisi mielestäni tapahtua tuomarin aloitteesta OK 17:8:n nojalla – säännöksen katsotaan lainvalmisteluaineistossa ja oikeuskirjallisuudessa sivuuttavan preklusiosäännöksen.¹⁴² Tällainen tulkinta olisi siksi tarkoituksenmukainen, että tuomioistuimen valmisteluvaiheen menettelystä ei aiheutuisi asianosaiselle oikeudenmenetystä.

3.1.2 Tuomioistuinnotorisuus

Tuomioistuinnotorisuuden piiriin luetaan sellaiset asiat, joiden olemassaolosta tuomioistuin on saanut tiedon virkatoimessaan, ja joista näytön esittäminen ei siksi ole tarpeen. Tuomioistuinnotorisuuden käsite on, jos mahdollista, yleistä notorisuuttakin epämääräisempi. Tuomioistuinnotorisuuden piiriin sisällytetään yleensä vireillä olevan oikeudenkäynnin tapahtumat sekä tosiseikat, jotka tuomari on virassaan havainnut.¹⁴³ Tuomarin on katsottu voivan perustaa ratkaisun myös tuomioistuimen arkistossa säilytettyjen asiakirjojen sisältöön, jos kysymys on hänen tekemästään ratkaisusta tai sellaisesta asiasta, jonka hän varmuudella muistaa.¹⁴⁴ Tosin viimeksi mainitussa tapauksessa tuomioistuimen on informoitava asianosaisia aikomuksestaan – muunlainen tulkinta olisi oikeudenkäynnin kontradiktorisuusvaatimuksen kannalta arveluttava; näihin seikkoihin on myös, kuten todettua, asianmukaisesti vedottava.

ta turvata kontradiktorisuuden toteutuminen: ei voida sallia, että asianosaiselta ryövättäisiin hänen mahdollisuutensa puolustua.

¹⁴¹ Lappalainen *SP II*, s. 147.

¹⁴² Esim. Leppänen (1998, s. 322–323) katsoo, kantaansa lainvalmisteluaineistolla ja oikeuskirjallisuuden kannatoilla vakuuttavasti perustellen, että preklusion subjekti voi olla vain asianosainen.

¹⁴³ Tirkkonen 1949, s. 31, Ekelöf – Edestam – Heuman *IV*, s. 60

¹⁴⁴ Kallenberg *II*, s. 610 ja Tirkkonen 1949, s. 31–32, jossa tosin edellytetään, että tuomioistuimen on tarvittaessa verestettävä muistiaan tutustumalla jutun pöytäkirjoihin.

Tuomioistuinnotorisuuden ulottaminen tuomarin pääkäsittelyhavaintoihin on tarpeetonta, sillä tuomioistuimella on oikeus vapaaseen todistusharkintaan ilman tällaista konstruktioita. Tuomioistuinnotorisiksi ei voida myöskään katsoa jutun aikaisemmillä käsittelykerroilla esiintullutta aineistoa, ja siten kiertää velvollisuutta aloittaa pääkäsittely uudelleen, jos pääkäsittely on ollut lykättynä yhden tai useamman kerran yhteensä yli 14 päivää (OK 6:11.1), eivätkä OK 6:11.2:n edellytykset täyty, taikka jos pääkäsittely on poikkeuksellisesti ollut lykättynä yli 45 päivää. Muunlainen tulkinta olisi arveluttava siihen nähden, että säännöksillä turvataan tuomioistuimen käytössä olevan todistusaineiston laatua: tuomarin, jos kohta todistajienkin, muistikuvat ymmärrettävästi heikenevät suoraan verrannollisessa suhteessa ajan kulumiseen.

Tuomioistuinnotorisuuden problematiikkaa sivuaa tuomioistuimen jäseniä sitova yksityisten tietojen hyödyntämiskiello. Oikeuden jäsenillä ei saa olla riidasta yksityisiä eli muualta kuin oikeudenkäynnistä peräisin olevia tietoja.¹⁴⁵ Nimitys ”hyödyntämiskiello” on jotakuinkin harhaanjohtava, koska siitä voitaisiin päätellä, että tuomioistuin voisi tuomita jutun myös silloin, kun sillä on riidan kohteesta yksityisiä tietoja: tuomioistuin ei vain voisi käyttää näitä tietoja tuomitsemistoiminnassa. Tämä näkemys ei pitäne paikkaansa, joten oikeampaa olisi puhua ”yksityisten tietojen kiellosta”.

Yksityisten tietojen kiellolla turvataan oikeudenkäynnin välittömyyttä ja kontradiktorisuutta.¹⁴⁶ Välittömyysperiaate edellyttää, että ratkaisu perustuu oikeuden jäsenten välittömästi oikeudenkäyntiaineistosta tekemiin havaintoihin (OK 24:2); jos ratkaisukokoonpano vaihtuu, on asiassa lähtökohtaisesti toimitettava uusi pääkäsittely (ks. kuit. OK 2:3a.2).¹⁴⁷ Kontradiktorinen periaate, jota on vanhastaan pidetty ”todellisenä oikeusperiaatteena”, on prosessin perus- ja ihmisoikeudellistumiskehityksen myötä laventunut aikaisemmasta ydinsisällöstään (kiello antaa oikeussuojaa, ennen kuin toista osapuolta on kuultu) asianosaisten oikeudeksi saada tietoonsa oikeudenkäyntiaineisto siitä riippumatta, kuka sen on hankkinut, sekä lausua mielensä sen johdosta.¹⁴⁸

¹⁴⁵ Ks. yksityisten tietojen käyttö- tai hyödyntämiskiellosta esim. *Tirkkonen RP II*, s. 112, *Tirkkonen SP II*, s. 89, *Hormia* 1979, s. 47, 146, *Lappalainen SP II*, s. 140–141 ja *Jokela III*, s. 150.

¹⁴⁶ Vrt. *Hellners JT* 1998–99, s. 569, joka ei mainitse kontradiktorisuutta.

¹⁴⁷ OK 24:2.1:n mukaan tuomiossa ”saadaan ottaa huomioon vain se oikeudenkäyntiaineisto, joka on esitetty pääkäsittelyssä”. Tuomioistuin saa ottaa tuomiossa huomioon myös oikeudenkäyntiaineiston, joka on esitetty, kun pääkäsittelyä on OK 6:14:n nojalla täydennetty (OK 24:2.1).

¹⁴⁸ ”Todellisenä oikeusperiaatteena” kontradiktorisuutta on pitänyt *Tirkkonen (RP I*, s. 81 ja *SP I*, s. 71). Ks. kontradiktorisesta periaatteesta esim. *Jonkka* 1991, s. 220–230, *Lappalainen SP I*, s. 61–64, *Virolainen* 1995, s. 212–224, *Pölönen* 2003, s. 83–85, *Ervo* 2005, s. 57 ja *Jokela I*, s. 75–87. *Olli Mäenpää* (2007, s. 360–361) puhuu kontradiktorisesta periaatteesta ”vastavuoroisuusperiaatteena”.

Näiden periaatteiden noudattamisella pyritään siihen, että tuomioistuimella olisi käytössään paras mahdollinen todistusaineisto. Parhaan todistusaineiston periaatteella sinänsä tarkoitetaan velvollisuutta valita useista käytettävissä olevista todistuskkeinoista se, jonka voidaan kokemukseräisesti olettaa johtavan luotettavimpaan lopputulokseen.¹⁴⁹ Kontradiktorisuudella turvataan, kuten todettua, myös oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta ja avoimuutta, minkä vuoksi oikeudenkäyntiaineistoon voi sisältyä vain rajoitetusti aineistoa, jota asianosaiset eivät ole voineet kommentoida.

Tuomioistuimen yksityisten tietojen käyttökiellon katsotaan ilmenevän välillisesti OK 17:19:stä, jonka mukaan tuomaria kuullaan todistajana, jos hän todistajaksi nimettyä harkitsee tuomarinvalansa nojalla tietävänsä jotakin asiaan vaikuttavaa.¹⁵⁰ Jos tuomari on toiminut jutussa todistajana tai asiantuntijana, hän on OK 13:4.1:n 3-kohdan nojalla esteellinen ratkaisemaan sitä tuomarina. Tuomioistuimen yksityisten tietojen käyttökiellolla voidaan katsoa olevan institutionaalinen tuki myös muussa esteellisyysääntelyssä. Jos tuomioistuimen jäsenillä on yksityisiä tietoja, on olemassa riski, että tuomioistuin on päättänyt jo ennen jutun käsittelyä, miten se jutun tuomitsee.¹⁵¹ Yksityiset tiedot muodostavat siksi ennakoasenne-esteellisuuden, joka on yksi OK 13:7.3:n tyyppitilanteista.¹⁵²

Esteettömyysvaatimus on ehdoton prosessinedellytys, joka tuomioistuimen pitää kontrolloida viran puolesta (OK 13:1.1). Asianosaiset eivät voi syrjäyttää esteellisyysääntelyä edes keskinäisillä sopimuksilla, mikä johtuu säännöksillä turvattavasta julkisesta intressistä, luottamuksesta lainkäyttöön.¹⁵³ Jos tuomarilla on riidan kohteesta yksityisiä tietoja, hänen on siksi jäävättävä itsensä jutun käsittelystä. Tämä voidaan päätellä myös seuraavasta ennakkopäätöksestä:

Ennakkopäätöksessä KKO 2008:95 käräjäoikeuden lautamiehen katsottiin syyllistyneen virkavelvollisuuden rikkomiseen, kun tämä oli osallistunut rikosasian käsittelemiseen, vaikka oli ottanut ennen asian vireille tulemistä kantaa rikoksesta epäillyn menettelyn lainmukaisuuteen, ja perustanut asiassa ratkaisunsa erään seikan osalta siitä oikeudenkäynnin ulkopuolella tekemäänsä havaintoon. Lautamiehen edellä mainitun menettelyn katsottiin konstituivan ennakoasenne-esteellisuuden. KKO:n ennakkosenteellisuus-

¹⁴⁹ Ks. sen johdosta esim. *Hormia* 1978, s. 123–124, *Lappalainen* 1988, s. 32, *Virolainen* 1988, s. 292–294, *Virolainen* 1994, s. 84, *Jokela III*, s. 111 *Ekelöf – Edelman – Heuman IV*, s. 42–44. Esimerkiksi kuulopuhetodistelun sallimisen sijasta tuomioistuimessa olisi kuultava henkilöä, jonka kertomiksi väitettyjä asioita todistelulla selvitetään. Tällöin todistusketju muodostuu mahdollisimman lyhyeksi. Ks. kuulopuhetodistelusta KKO 2008:68 ja sen johdosta *Saranpää DL* 2008.

¹⁵⁰ Ks. *Tirkkonen* 1949, s. 23 ja s. 104–106.

¹⁵¹ Näin *Bayles* 1990, s. 25.

¹⁵² Ks. ennakoasenne-esteellisyydestä riita-asioissa *Tapanila* 2007, s. 225–255, jossa yksityisten tietojen käyttämistä ei tosin mainita yhtenä esteellisyysperusteena.

¹⁵³ *Lappalainen* 2007, s. 244.

desta omaksuma kanta on yhdenmukainen lainvalmisteluaineiston kanssa. Lainvalmisteluaineistossa yhtenä ennakkoasenne-esteellisyyden muotona pidetään sitä, että tuomari on saanut riidan kohteesta tietoja oikeudenkäynnin ulkopuolelta.¹⁵⁴

Myös lainoppinut tuomari on esteellinen ratkaisemaan asiaa, jos hänellä on riidan kohteesta yksityisiä tietoja, joten virkavelvollisuuden rikkomisen tunnusmerkistön täyttyminen ei tämän osalta edellytä tietojen hyödyntämistä ratkaisutoiminnassa, vaan tunnusmerkistö täyttyy jo sillä, että tuomari ratkaisee jutun jäävinä. Esteettömyysvaatimus on RL 40:9.1:n mukainen, ”virkatoiminnassa noudatettaviin säännöksiin tai määräyksiin” perustuva virkavelvollisuus. Oikeuskäytännössä tuomarin on katsottu voivan syyllistyä tahalliseen virkavelvollisuuden rikkomiseen, jos hän on tarkoittanut menetellä lainvastaisesti, tai hänen on ainakin täytynyt mieltää menettelevänsä lainvastaisesti.¹⁵⁵ Ottaen huomioon, että esteettömyysvaatimus on ehdoton prosessinedellytys ja keskeinen oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin tae, on mielestäni selvää, että tuomarin tulee vähintäänkin ymmärtää menettelevänsä lainvastaisesti, jos hän tuomitsee jutun jäävinä.¹⁵⁶

Jos virkavelvollisuuden rikkomisen tunnusmerkistön täyttyminen edellyttäisi, että tiedot olisivat vaikuttaneet tuomitsemistoimintaan, sanktiovarmuus olisi olematon. Jälkikäteen tätä seikkaa olisi näet erittäin vaikea arvioida. Elleivät yksityiset tiedot ilmenisi perusteluista, syyksilukeminen jäisi riippumaan sattumanvaraisesta seikasta – siitä, tunnustaako tuomari hyödyntäneensä yksityisiä tietoja.¹⁵⁷ Virkavelvollisuuden rikkomisen sanktiovarmuus voi toki olla sattumanvaraista muutenkin. Lainsäädännössä tuomarille ei ole asetettu velvollisuutta ilmoittaa asianosaisille seikoista, joilla voi olla merkitystä esteellisyyden kannalta.¹⁵⁸ Vaikka tuomarilla on velvollisuus valvoa esteettömyytensä viran puolesta, hän voi mahdollisesti katsoa, että hänellä olevat yksityiset tiedot eivät

¹⁵⁴ HE 78/2000, s. 42.

¹⁵⁵ Ks. KKO 2008:90 sekä sen perusteluissa mainittu oikeuskäytäntö.

¹⁵⁶ Ks. tuomarin virkarikoksiin liittyvästä problematiikasta myös *Tapanila DL 2009*, s. 726, jossa perustellusti korostetaan PeL 21:n ja EIS 6 artiklan keskeistä merkitystä ja todetaan kommentin kohteena olevaan tapaukseen KKO 2009:62 viitaten, että laiminlyönti huolehtia ratkaisutoiminnan joutuisuusvaatimuksesta kuvastaa ”niin ilmeistä piittaamattomuutta virkavelvollisuudesta, että menettely voitaisiin perustellusti arvioida tahalliseksi, jos tahallisuutta arvioidaan samalla mittapuulla kuin muiden rikosasioiden yhteydessä”. Samaan tulokseen on rikosasioiden osalta päätynyt *Määttä (DL 2008)*, s. 386, jossa todetaan menettelyn voivan olla myös tuottamuksellista; ks. syyksilukemisarvioinnista tarkemmin. s. 377–386).

¹⁵⁷ Tilanne olisi tämä muissakin kuin yhden tuomarin kokoonpanossa ratkaistuissa jutuissa, koska jo tuomarinvala (OK 1:7) kieltää tuomaria ilmaisemasta ”neuvotteluita, joita Oikeus suljettujen ovien takana pitää”; tuomioistuimen neuvottelua koskeva salassapitosäännös sisältyy nyttemmin myös YTJulkL 5:24:ään.

¹⁵⁸ Tämä on kansainvälisessä katsannossa poikkeuksellista: ks. kysymyksestä erit. *Tapanila 2007*, s. 334–336.

muodosta esteellisyysperustetta. Hän ei jäävä itseään, eivätkä tätä ymmärrä vaatia asianosaisetkaan, jollei näillä ole tietoa asiasta.

3.1.3 Tunnustamisesta ja myöntämisestä

Dispositiivisissa riita-asioissa asianosaiset voivat prosessitoimillaan syrjäyttää todistelun tarpeen, jolloin tuomio perustetaan *myöntämiseen* tai *tunnustamiseen*. Myöntäminen kohdistuu kannevaatimukseen ja tunnustaminen yksittäiseen seikkaan. Myöntämisellä tarkoitetaan ilmoitusta, jonka mukaan vastapuolen vaatimus on oikea ja se voidaan hyväksyä¹⁵⁹; sen käsitteellinen vastinpari on kanteesta *luopuminen* tai sen *peruuttaminen*. Tuomioistuimen on tuomittava myöntämisen mukaisesti (OK 5:27.1, 1-kohta). Jos kanteesta luovutaan, se hylätään tuomiolla; peruuttamistapauksissa asia jätetään päätöksellä sillensä. Tuomio on perustettava tunnustettuun oikeustosisekkaan (OK 17:4.1). Tunnustamisella tarkoitetaan asianosaisen tuomioistuimelle suuntaamaa ilmoitusta siitä, että jokin vastapuolen väittämä, hänelle vastainen seikka on tosi.¹⁶⁰ Tunnustamisen käsitteellinen vastinpari on *kiistäminen*.

Dispositiivisissa jutuissa nämä prosessitoimet korvaavat todistelun ja sitovat tuomioistuinta, jonka ei tarvitse viran puolesta kontrolloida prosessitoimien oikeellisuutta. Rikosjutuissa ja indispositiivisissa jutuissa, joissa aineellisen totuuden painoarvo on suurempi, tunnustus ei sido tuomioistuinta, vaan sen pitää tutkia, ”mikä vaikutus asianosaisen tunnustuksella todisteena on oleva” (OK 17:4.2). Indispositiivisissa jutuissa tunnustamisen todistusvaikutus voi tosin olla vahva. Rikosprosessissa tuomio voidaan perustaa tunnustukseen vain yksinkertaisimmissa asioissa.¹⁶¹

Tunnustamisen voidaan puhdasoppisesti katsoa kohdistuvan vain ”raakoihin” oikeustosisekkoihin. Asianosaiset voisivat siis sitoa tuomioistuimen vain tapahtumainkulun osalta, jolloin sen oikeudellinen arviointi jäisi oikeuskysymyksenä *iura novit curia* -periaatteen nojalla tuomioistuimelle.

Oikeuskirjallisuudessa kuitenkin katsotaan, että asianosaisen tunnustus jonkin esineen ”omistamisesta”, ”lahjoittamisesta” tai ”tuottamuksellisesta” menettelystä sitoo dispositiivisessa jutussa tuomioistuinta.¹⁶² Kanta on perusteltu

¹⁵⁹ Ks. kanteen myöntämiseen liittyvästä problematiikasta yksityiskohtaisemmin Tirkkonen *SP II*, s. 103, Lappalainen *SP I*, s. 389–390, Virolainen 1995, s. 34, Jokela I, s. 123, Jokela II, s. 309–310 sekä Ekelöf – Edelstam – Heuman IV, s. 63–66.

¹⁶⁰ Ks. esim. Halila 1950, s. 67, Tirkkonen *RP II*, s. 136, Hormia 1988, s. 166–167, Lappalainen *SP II*, s. 145 Leppänen 1998, s. 48–49, Jokela III, s. 151 sekä Ekelöf – Edelstam – Heuman IV, s. 66.

¹⁶¹ Ks. tunnustamisesta rikosprosessissa esim. KKO 1995:182 ja KKO 2000:35 sekä kirjallisuudesta Halijoki *DL 2004*, passim. ja Lahti 2006, passim.

¹⁶² Näin Lindell 1988, s. 48–49, Lappalainen *SP II*, s. 150 ja Ekelöf – Edelstam – Heuman IV, s. 70–71. Leppänen (1998, s. 191) katsoo, että *iura novit curia* -periaate voi joissakin tapauksissa

– muuten tuomioistuimen tulisi viran puolesta kontrolloida, onko käsillä näitä institutionaalisia oikeustosisekoja konstituoivia faktoja: vaikka vastaaja tunnustaisi vahingonkorvausjutun kantajan olevan vahingoitetun esineen omistaja, kantajaa pitäisi vaatia vetoamaan saantonsa konkretisoiviin seikkoihin ja näyttämään ne. Tällaisen velvollisuuden asettaminen olisi omiaan aiheuttomasti kangistamaan prosessia, koska asianosainen ei tunnustane vahingokseen seikkoja, jotka eivät pidä paikkaansa. Eri asia on, että tuomioistuin ei liene sidottu kollusiiviseen tunnustukseen, joka voidaan tehdä verotuksellisista syistä; kollusion olettamiseen kehoitetaan kuitenkin suhtautumaan varauksellisesti.¹⁶³

Tunnustus voinee kohdistua todistustosisekkoihinkin, vaikka näytön arviointi kuuluu tuomioistuimen yksinomaiseen toimivaltaan.¹⁶⁴ Muunlainen tulkinta olisi epätarkoituksenmukainen, koska jos asianosaisella on sopimusvapauden perusteella oikeus tunnustaa sitovasti itselleen vahingollisia oikeustosisekoja, lienee perusteltua *a fortiori* antaa hänelle myös oikeus sitoa tuomioistuin seikoista esitetyn todistelun näyttöarvosta omaksi vahingokseen. Myös todistustosisaikan tunnustamisella on prosessiekonominen funktio. Jos esimerkiksi irtaimen kauppaa koskevassa jutussa riitaisuus kohdistuu jonkin sopimusehdon tulemiseksi sopimuksen osaksi, ja kantaja väittää, että sopimusehtoa on käytetty osapuolten aikaisemmissa sopimussuhteissa, minkä vastaaja tunnustaa, ei näytön esittämistä aikaisemmista sopimuksista edellytetä.¹⁶⁵

Vaikka todistustosisaikan tunnustaminen ei välittömästi sitoisi tuomioistuinta näytön arvioinnissa, lienee hyvin poikkeuksellista, että tuomioistuin arvioisi asiaa toisin kuin todistustosisaikan tunnustanut asianosainen väittää. Kysymys siitä, sitooko todistustosisaikan tunnustaminen vai ei, ei siksi ole mielestäni käytännöllisesti relevantti, kuten ei sekään, voidaanko notorisesti mahdottomia seikkoja tunnustaa. Voitaissiinko tuomio perustaa tunnustamiseen, jos kantaja esimerkiksi väittäisi katkaissensa saatavan vanhentumisen lähettämällä kumituksen muistuttamaan velallista velasta, ja tämä tunnustaisi tämän seikan?¹⁶⁶ Oikeuskirjallisuudessa kysymykseen vastataan perustellusti kieltävästi: tuomioistuimen ei pidä perustaa tuomiota tunnustukseen, joka havaitaan sisällöltään mahdottomaksi, selvästi vääräksi tai totuudenvastaiseksi.¹⁶⁷

edellyttää, että oikeusnormin rekvisiitan (aineellisoikeudellisen tunnusmerkistön) tunnustamiselle ei myönnetä sitovaa vaikutusta.

¹⁶³ Ks. kollusiivisessa tarkoituksessa tehdyistä tunnustuksista *Klami – Rahikainen – Sorvettu-la* 1987, s. 89–90 ja *Klami* 2000, s. 89; myös *Jokela* (III, s. 151) on todennut yhtyvän Klamien näkemykseen siitä, että tuomioistuin ei dispositiivisessakaan asiassa saa alistua prosessipetoksen välikappaleeksi.

¹⁶⁴ Ks. kysymyksestä *Leppänen* 1998, s. 192.

¹⁶⁵ Esimerkistä ks. *Ekelöf – Edelstam – Heuman* IV, s. 72.

¹⁶⁶ Esimerkki *Lindellin* (2007, s. 66).

¹⁶⁷ Ks. esim. *Halila* 1950, s. 180–193, *Lappalainen* SP II, s. 149, *Jokela* III, s. 151. Ks. ruotsalaisten tutkijoiden mielipiteistä kootusti *Lindell* 2007, s. 66.

Myöntämiseltä ja tunnustamiselta edellytetään, että prosessitoimesta selvästi ilmenee asianosaisen myöntämis- tai tunnustamistarkoitus. Kannevaatimusta ei tee määrältään riidattomaksi, että vastaaja ei nimenomaisesti vastusta vaatimuksen määrää.¹⁶⁸ Suomessa ei siis noudateta *vastustamistaakkaa*, jota voidaan pitää vaatimistaakan käsitteellisenä vastinparina.¹⁶⁹ Asianosaisen on tarvittaessa esitettävä näyttöä esimerkiksi siitä, miten paljon hänelle on aiheutunut vahinkoa; tosin oikeus voi tietyin edellytyksin arvioida vahingon määrän myös ”kohtuuden” mukaan (OK 17:6).¹⁷⁰

Ennakkopäätöksessä KKO 2000:96 vastaaja oli kiistänyt vahingonkorvauskanteen perusteeltaan ja pääosin myös määrältään. Käräjäoikeus oli hylännyt kanteen perusteettomana. Valitukseen johdosta hovioikeudelle antamassaan vastauksessa vastaaja oli vaatinut tuomion pysyttämistä. Hovioikeus oli hyväksynyt kanteen perusteeltaan ja tuominnut maksettavaksi kanteen mukaisen määrän esittämättä tuomiossaan tälle muita perusteluita kuin sen, ettei vastaaja ollut vastauksessaan hovioikeudelle kiistänyt vaatimusta määrältään. KKO:n mukaan hovioikeuden olisi tullut prosessinjohton keinoin selvittää asiaa vahingonkorvausvaatimuksen määrän osalta. Kun näin ei ollut tapahtunut, juttu palautettiin hovioikeuteen. Tässä ratkaisussa kysymys on, kuten *Jyrki Virolainen* toteaa, vaatimistaakasta eikä väittämistaakasta, vaikka jutun asiansanana väittämistaakkaa käytettiin.¹⁷¹

Suomessa ei noudateta *kiistämistaakkaa*, eli asianosaisen laiminlyöntiä kiistää jokin seikka ei voida pitää sen tunnustamisena.¹⁷² Tämä merkitsee sitä, että ”vaikeneminen ei ole myöntymisen merkki”; eri asia on, että vaatimuksen perusteiden kiistämättä jättämisen katsotaan voivan omata todistusvaikutusta niiden olemassaolon puolesta.¹⁷³ Tämä kanta saa tukea myös lainsäädännöstä:

¹⁶⁸ Lausuttu pätee myös oikeudenkäyntikuluihin. Ennakkopäätöksessä KKO 1997:26 pelkkää vaikenemista oikeudenkäyntikulujen määrästä ei pidetty niiden määrällisenä myöntämisenä, joten tuomioistuimen olisi tullut prosessinjohton keinoin selvittää asiaa. Oikeuskirjallisuudessa kantaa edustivat ennen ratkaisua *Havansi* (1994b, s. 95) ja *Jokela* (1995, s. 205). Ennakkopäätöksessä 2005:91 kantaja oli käräjäoikeudessa ilmoittanut, että hänellä ”ei ole huomautettavaa vastaajien oikeudenkäyntikuluista”. KKO:n mukaan lausuma on ollut epäselvä, koska ”se ei nimenomaisesti sisällä edes oikeudenkäyntikulujen oikeaksi myöntämistä siltä varalta, että kantaja häviäisi jutun”. KKO:n mukaan käräjäoikeuden olisikin tullut kyselyoikeutta käyttämällä selvittää, mitä kantaja lausumallaan oli tarkoittanut. Ks. tapauksen johdosta myös *Jokela JJ Havansi*, s. 51.

¹⁶⁹ *Havansi* 1994b, s. 93.

¹⁷⁰ Ks. säännöksen johdosta *Halila LM 1961* ja *Viljanen DL 2009* sekä Ruotsin vastaavan säännöksen (RB 35:5) osalta *Lindblom FS Bengtsson* ja *Nordh SvJT 1994*. *Jouko Halilan (DL 1975, s. 264–265)* mukaan vahingonkorvausasian kantajan kannattaa aina esittää näyttöä vahingon laajuudesta ja arvosta, koska OK 17:6:ää sovellettaessa korvauksen määrä jää useimmiten todella kärsittyä vahinkoa pienemmäksi.

¹⁷¹ *Virolainen LM 2000*, s. 1157, alaviite 9.

¹⁷² Näin *Boman 1964*, s. 121–122, *Virolainen LM 1991*, s. 385–386, *Lappalainen SP I*, s. 404, *Havansi 1994b*, s. 95, *Huovila 2003*, s. 101–102, *Jokela III*, s. 388 ja *Ekelöf–Edelstam – Boman V*, s. 27.

¹⁷³ Näin *Huovila 2003*, s. 102.

OK 17:5:n mukaan tuomioistuim voi harkita, ”huomioon ottaen kaikki asiassa ilmenneet seikat”, mikä vaikutus asianosaisen menettelyllä todisteena on, kun tämä esimerkiksi ”jättää jotakin oikeudenkäynnissä täyttämättä tahi vastaamatta asian selvittämistä koskevaan kysymykseen”.

Kiistämistaakka ei kuitenkaan ole merkityksellinen ensisijaisesti näytön arvioinnin, vaan prosessin kohteen kannalta. Valmistelussa tuomioistuimen pitää selvittää vastapuolen suhtautuminen asianosaisen vetoamaan oikeustositseikkaan. Jollei asianosaisen vastapuoli nimenomaisesti kiistä jotakin seikkaa, tuomioistuimen tulee kyselyoikeutta käyttämällä tiedustella tämän suhtautumista siihen. Jollei tämä lausu seikasta mitään, tuomioistuimen pitää varata vastapuolelle mahdollisuus esittää kyseisestä seikasta näyttöä, jos tällä on seikkaan kohdistuva todistustaakka.

Kanta saa tukea erästä KKO:n julkaisemattomasta päätöksestä vuodelta 2008.¹⁷⁴ Jutussa kantaja vaati vahingonkorvausta kuluista, joiden se väitti aiheutuneen vastaajan menettelyn vuoksi purkautuneesta yhteistyösopimuksesta. Vastaaja kiisti kanteen väittäen, että asianosaisten välille ei ollut muodostunut sitovaa sopimusta. Alioikeus katsoi sopimuksen jääneen näyttämättä. Hovioikeus katsoi sopimuksen syntyneen, mutta hylkäsi korvausvaatimuksen, koska sopimus olisi saattanut olla tappiollinen, eikä kantajalla tämä tietoisesti ottamansa riski huomioon ottaen ollut oikeutta saada korvausta sopimuksen aiheuttamista kuluista.

KKO:n mukaan hovioikeus oli loukannut väittämistaakkaa, koska vastaaja ei käräjäoikeudessa tai hovioikeudessa ollut vedonnut sopimuksen mahdolliseen tappiollisuuteen. KKO:n mukaan hovioikeus menetteli virheellisesti myös katsoessaan riidattomaksi, että sopimus oli purkautunut vastaajan menettelyn vuoksi. Vastaaja oli alioikeudessa kiistänyt sopimuksen syntymisen lausumatta mitään sopimuksen purkautumisen syistä. KKO:n mukaan vastaajan laiminlyönnistä ei ”voida tehdä sellaista johtopäätöstä, että vastaaja olisi tunnustanut sopimuksen purkautuneen sen syystä”. ”Kun kiistämättä jättäminen ei yksinään tee väitettä riidattomaksi, hovioikeuden olisi tullut selvittää prosessinjohtokeinoin asia tältä osin, eikä se olisi saanut hyväksyä kantajan väitettä vain sillä perusteella, ettei sitä ollut kiistetty”.

Vaikka voidaan olettaa, että vastaaja olisi kiistänyt sopimuksen purkautuneen sen vastuupiiriin kuuluvan syyn vuoksi, asianmukainen prosessinjohto olisi edellyttänyt kysymyksen varmistamista. Vastaaja oletettavasti kiisti kanteen uskoen, että kantaja ei kykene suoriutumaan sopimuksen syntyä koskevasta todistustaakasta. Tuomioistuimen olisi kuitenkin tullut tiedustella vastaajan kantaa sopimuksen purkautumissyihin, koska tällä olisi voinut olla (mahdollisen) kiistämisenä tueksi vastanäyttöä, jonka esittäminen olisi ollut tarpeen, jos

¹⁷⁴ Dnro S 2007/659, taltionumero 1740/2008, annettu 28.8.2008.

sopimuksen syntyminen olisi näytetty. Ellei vastaaja erikseen tiedusteltaessa-kaan olisi lausunut sopimuksen purkautumissyistä mitään, oikeuden olisi pitänyt varata kantajalle mahdollisuus esittää näyttöä, eikä se olisi saanut hyväksyä väitettä kiistämisen laiminlyönnin vuoksi.

3.2 VÄITTÄMISTAAKAN MERKITYKSESTÄ

3.2.1 Johdatus aiheeseen

Väittämistaakasta säädetään OK 24:3.2:ssä, jonka mukaan ”asiassa, jossa sovinto on sallittu, tuomiota ei saa perustaa seikkaan, johon asianosainen ei ole vaatimuksensa tai vastustamisensa tueksi vedonnut”. Väittämistaakasäännös sisällytettiin prosessilainsäädäntöön vasta alioikeusuudistuksessa, mutta väittämistaakan katsottiin olleen voimassa olevaa oikeutta jo aikaisemmin. Väittämistaakan katsottiin ilmenevän välillisesti haastehakemuksen sisältöä koskevasta OK 11:3.1:n 3-kohdasta ja kanteenmuutoskieltoa sääntelevästä OK 14:2.3:sta.¹⁷⁵ Oikeuskäytännöstä oli niin ikään osoitettavissa useita ratkaisuja, joissa väittämistaakkaa oli sovellettu.¹⁷⁶

Väittämistaakasäännöksen sijoittaminen ”tuomioistuimen ratkaisua” koskevaan OK 24 lukuun ilmentää, että väittämistaakka on tuomioistuimelle suunnattu kielto perustaa tuomiotaan muihin kuin asianmukaisesti vedottuihin seikoihin. Asianosaisen kannalta väittämistaakka on muiden prosessitaakkojen tavoin tekninen normi, johon ei liity käskyelementtiä, vaan joka lausuu ainoastaan: ”jos tahdot määrätyn asiantilan toteutuvan, siinä tapauksessa Sinun pitää tehdä niin ja niin”.¹⁷⁷ Asianosainen täyttää prosessitaakat välttyäkseen haitallisilta seuraamuksilta, mutta häntä ei voida pakottaa niiden täyttämiseen.

Prosessitaakat eroavat ”velvollisuuksista”, joiden laiminlyöminen johtaa sanktioihin tai pakkotoimiin, kuten järjestyssakon määräämiseen (OK 14:7), uhkasakon langettamiseen (OK 12:19) tai käsittelyyn noutamiseen (OK

¹⁷⁵ Ks. *Lappalainen LM 1990*, s. 250–251. *Virolainen LM 1985*, s. 976, katsoo, että mainitut säännökset ilmenentävät käsittelymenetelmää, kun taas väittämistaakassa kysymys on *määräämisperiaatteen* piiriin kuuluvasta kysymyksestä. Lainvalmisteluaineistossa (HE 154/1990, s. 29) todetaan vaatimistaakkaa koskevan säännöksen yhteydessä, että jo ennen uudistusta sovellettiin määräämisperiaatetta, jonka mukaan ”asianosaiset määräävät oikeudenkäynnin aloittamisesta ja oikeudenkäynnin kohteesta”. Tämän voidaan tulkita tarkoittavan sitä, että myös väittämistaakka on ollut voimassa ilman nimenomaista lainsäädäntöä.

¹⁷⁶ *Virolainen (1988, s. 174–175)* mainitsee ensimmäisiksi väittämistaakkaa koskeviksi ratkaisuiksi ennakkopäätökset KKO 1981-II-110, KKO 1982-II-126, KKO 1984-II-1, KKO 1985-II-44 ja KKO 1986-II-163.

¹⁷⁷ Väittämistaakasta teknisenä normina ks. *Kaisto BLF 2007*, s. 47 sekä teknisistä normeista *Klami 1983*, s. 31–33 (joka tosin puhuu *teknis-tavoitteellisista normeista*), *Aarnio 1989*, s. 119 ja *Makkonen 1998*, s. 111.

12:19). Prosessioikeudessa on sanktioimattomiakin velvollisuuksia, kuten asianosaisen totuusvelvollisuus (OK 14:1). Totuusvelvollisuuden rikkominen tulee rangaistavaksi perättömänä lausumana tuomioistuimessa (RL 15:1) vasta, jos asianosaista kuullaan totuusvakuutuksen nojalla ”seikoista, joilla on erityistä merkitystä ratkaistaessa asiaa” (OK 17:61.2). Asia voidaan ilmaista myös niin, että taakat ovat asianosaisten ”porkkanoita” ja velvollisuudet ”keppiä”.¹⁷⁸

Väittämistaakka on subjektiivinen eli oikeustosisekkaan nähden vetoamisvelvollisen asianosaisen on vedottava siihen itse, jotta seikka voidaan ottaa tuomion perusteeksi.¹⁷⁹ Asianmukaiseksi vetoamiseksi ei kelpaa seikan sisällyttäminen oikeudenkäyntiaineistoon todisteena tai jonkinlaisena taustaseikkana, vaan vetoamislausemasta tulee käydä selvästi ilmi asianosaisen tahto saada tuomio perustetuksi kyseiseen oikeustosisekkaan. Asianosainen voi ilmoittaa ”vetoavansa” muihinkin asioihin, kuten oikeusohjeisiin ja todisteisiin, mutta prosessioikeudellisessa mielessä ”vetoaminen” tarkoittaa asianosaisen tuomioistuimelle suuntaamaa pyyntöä saada tuomio perustetuksi johonkin oikeustosisekkaan, ja se tulee selvästi erottaa ensin mainituista ilmoituksista.¹⁸⁰

Väittämistaakka on subjektiivisen luonteensa vuoksi asianosaisen kannalta ankarampi normi kuin todistustaakka, joka on objektiivinen prosessitaakka. Jostakin oikeustosisekasta todistustaakan kantava asianosainen voi voittaa juttunsa, vaikka ei esittäisi seikasta lainkaan näyttöä. Tuomioistuimien voi vapaan todistusharkinnan (OK 17:2.1) nojalla katsoa seikan näytetyksi silloinkin, kun näytön on esittänyt toinen asianosainen. (On tosin käytännössä harvinaista, että asianosainen ainakaan tietoisesti esittäisi vastapuolensa hyväksi vaikuttavaa näyttöä.) Väittämistaakan laiminlyövä asianosainen häviää juttunsa, koska tuomioistuimien ei saa perustaa tuomiota johonkin oikeustosisekkaan edes silloin, kun asianosaisen vastapuoli tunnustaa sen tai vetoaa sen negaatioon.

Väittämistaakan subjektiivisuus käy ilmi OK 24:3.2:n sanamuodosta, jossa käytetään possessiivisuffiksia (”vaatimuksensa tai vastustamisensa”). Vastajallakin voi siis olla jostakin oikeustosisekasta väittämistaakka, vaikka väittä-

¹⁷⁸ Ilmaus *Ekelöf – Edelstam I*, s. 203, av. 5. Ks. taakoista prosessioikeudessa laajemmin *Havansi 1994b*.

¹⁷⁹ Subjektiivisen väittämistaakan vastinpari olisi objektiivinen väittämistaakka, jonka mukaan tuomioistuin voisi perustaa tuomion oikeustosisekkaan riippumatta siitä, kumpi asianosainen siihen on vedonnut. Ks. objektiivisesta väittämistaakasta esim. *Havansi 1994*, s. 95 ja *Virolainen 1994*, s. 97. Aikaisemmassa oikeuskirjallisuudessa (*Halila 1950*, s. 271–281 ja *1955*, s. 48) katsottiin, että kantajaan nähden voimassa olisi subjektiivinen väittämistaakka ja vastaajaan nähden objektiivinen väittämistaakka, mitä perusteltiin tuomion oikeusvoimavaikutuksen eroilla: kantaja saattoi aikaisemman tuomion oikeusvoimavaikutuksen sitomatta panna kanteen vireille uudestaan, mutta vastaaja ei voinut vapautua hänelle kerran tuomitusta velvoitteesta.

¹⁸⁰ Ks. vetoamistahdonilmaisulle suunnatuista vaatimuksista esim. *Ekelöf 1956*, s. 56, *Boman 1964*, s. 11–12, *Ekelöf – Edelstam I*, s. 40, *Möller JFT 1984*, s. 335, *Virolainen LM 1985*, s. 988–999, *Virolainen 1988*, s. 246–250, *Lappalainen SP I*, s. 399, *Virolainen LM 2000*, s. 1159 sekä *Kaisto DL 2007*, s. 202–205.

mistaakka rasittaa ensisijaisesti kantajaa. Väittämistaakan kannalta keskeinen kysymys onkin, miten väittämistaakka asianosaisten välillä määräytyy; kysymystä tarkastellaan lähemmin tuonnempana.

Vaikka dispositiivisen riita-asian pääsääntö on, että asianosaisen pitää vedota oikeustosisekkaan, jotta se voitaisiin ottaa tuomion perusteeksi, tuomioistuim voi poikkeuksellisesti perustaa tuomion johonkin oikeustosisekkaan ilman vetoamislausumaakin. Tuomioistuimen viran puolesta huomioon ottamiin indispositiivisiin oikeustosisekkoihin liittyy julkinen intressi, josta asianosaiset eivät voi disponoida.¹⁸¹ Kun tuomio perustetaan viran puolesta johonkin indispositiiviseen oikeustosisekkaan, tuomio ei kuitenkaan saa tulla asianosaisille ylälätkysenä. Tuomioistuimen tulee käyttää informatorista prosessinjohtoa sekä varata asianosaisille mahdollisuus lausua seikan johdosta.

Tuomioistuimelle suunnattu kielto ja sitä vastaava asianosaisen velvollisuus vedota seikkaan prosessitappion uhalla merkitsevät, ainakin teoriassa, että asianosainen voi hävittää juttunsa silkkää huolimattomuuttaan. Oikeuskirjallisuudessa väittämistaakkaa onkin vastustettu, koska sitä noudatettaessa ”aineellinen totuus ei toteudu”; väittämistaakkaan turvautumista on pidetty ”yleensä virhearvioinnin seurauksena”.¹⁸² Sitä on myös nimitetty ”konstruktioksi”, joka on ”ei vain tarpeettoman vaikea, vaan suorastaan harhaanjohtava”.¹⁸³ Onpa väitetty, että ”väittämistaakan ainoa funktio on pakottaa tuomioistuin tuomitsemaan vastoin parempaa tietoaan”.¹⁸⁴ Oikeuskirjallisuudessa on tosin esitetty vastakkaisiakin näkemyksiä: väittämistaakkaa on luonnehdittu dispositiivisten riita-asioiden oikeudenkäynnin ”kulmakiveksi” ja yhdeksi ”siviiliprosessioikeuden johtavista periaatteista”.¹⁸⁵

Väittämistaakka ei ole periaate siinä normiteoreettisessa mielessä, että se soveltuisi johonkin juttuun ”enemmän tai vähemmän”. Oikeuskirjallisuudessa eräät siviilioikeustutkijat ovat tosin katsoneet, että sopimuksen ja sopimuksenulkoisen vahingonkorvauksen määrän sovitteluun nähden voimassa olisi ”ohennettu” tai ”lievennetty” väittämistaakka. ”Ohennettu” väittämistaakka merkitsee, että vaikka tuomioistuin ei voi sovittaa kannevaatimusta viran puolesta, riittävänä sovittelutarpeeseen vetoamisena pidetään kanteen kiistämistä ja pätemättömyyttä koskevien näkökohtien esittämistä.¹⁸⁶

¹⁸¹ Viran puolesta on otettu huomioon esimerkiksi erityiset vanhentumisajat, kiinteistönkaupan ja vekselin muotovaatimusten noudattaminen sekä siirtosarjan katkeaminen. Ks. viran puolesta huomioon ottamisen problematiikasta erit. *Kaisto BLF* 2007, s. 110 ss. viitteineen.

¹⁸² *Klami – Rahikainen – Sorvettula* 1987, s. 88–89.

¹⁸³ *Cars SvJT* 1960, s. 697.

¹⁸⁴ Tällaisen näkemyksen on esittänyt *Per Augdahl* (ks. *Boman* 1964, s. 25).

¹⁸⁵ Dispositiivisten juttujen kulmakivenä väittämistaakkaa on pitänyt *Per Olof Ekelöf* (*SvJT* 1979, s. 551); siviiliprosessioikeuden johtaviin kuuluvana periaatteena *Jyrki Virolainen* (*LM* 2001, s. 1155).

¹⁸⁶ Ks. oikeustoimen sovittelua koskevasta ”ohennetusta” väittämistaakasta *Ämmälä* 1993, s. 154–155, *Hemmo II*, s. 94. Vrt. *kuit. Kaisto BLF* 2007, s. 123–124. *Wilhelmssonin* (2008, s. 177)

Käytännössä ”ohennetun” väittämistaakan katsotaan tulleen täytetyksi, kun osapuoli on esimerkiksi vaatinut sopimuksen julistamista pätemättömäksi tai sopimusehdon sivuuttamista pakottavan lainsäädännön vastaisena. Ohennetun väittämistaakan funktiona on *Mika Hemmon* mukaan tehostaa sovittelusäännösten mukaisen oikeussuojan toteutumista niin, että velallisen kannalta edullinen tulos ei esty tämän prosessiteknisen tietämättömyyden vuoksi.¹⁸⁷

Tämä kanta saa tukea oikeustoimen sovittelusäännöstä (OikTL 36 §) koskevasta lainvalmisteluaineistosta.¹⁸⁸ Kanta on hyväksytty myös oikeuskäytännössä, jossa sopimuksen sovittelua koskevaa väittämistaakkaa on käsitelty kolmessa KKO:n ennakkopäätöksessä (1990:148, 1992:12 ja 2008:77). Ennakkopäätöksissä 1990:148 ja 2008:77¹⁸⁹, KKO kohtuullisti sopimusta, vaikka asianosaiset eivät olleet vedonneet kohtuullistamisperusteita vastaaviin oikeustosisiekkoihin. Sitä vastoin ennakkopäätöksessä 1992:12 KKO poisti hovioikeuden tuomiosta lausuman matkaehtojen sovittelimisesta, kun kanta-ja ei muutoksenhaussa ollut ”esittänyt ehtojen kohtuuttomuutta koskevia näkökohtia eikä vaatinut ehtojen sovittelimistä tai jättämistä huomioon ottamatta”. Oikeuskäytännössä (KKO 1981-II-102) on sovittelu myös vahingonkorvauksen määrää tilanteessa, jossa vastaaja oli kiistänyt korvausvaatimuksen perusteeltaan, mutta ei ollut vaatinut sen määrän sovittelimistä.¹⁹⁰

Jyrki Virolainen, Juha Lappalainen ja Sakari Laukkanen ovat sovittelua koskevaa väittämistaakkaa käsitellessään korostaneet, että asianosaisen tulee esittää vaatimuksensa tueksi seikkoja, jotka oikeuttavat sovittelemaan kannetta; pelkkä sovitteluvaatimus ja väite ”kohtuuttomuudesta” eivät riitä.¹⁹¹ Ottaen huomioon väittämistaakan ja kontradiktorisen periaatteen yhteyden, pidän tätä kantaa pe-

mukaan yksityisoikeuden ja prosessioikeuden tutkijoiden näkemyseroja saattaa selittää se, että ongelmaa lähestytään eri oikeudenaloiilla eri näkökulmista. Tutkimuksensa painoksessa vuodelta 1995 (s. 150–152) hänkin on kannattanut kevennettyä väittämistaakkaa. Vahingonkorvausvastuun sovittelua koskevasta ”lievennetystä” väittämistaakasta ks. *Hemmo* 1996, s. 246–247.

¹⁸⁷ *Hemmo* II, s. 94–95.

¹⁸⁸ HE 247/1981, s. 16–17. *Virolainen (JJ Lappalainen)*, s. 580, alaviite 25) katsoo, että sen jälkeen, kun väittämistaakasta otettiin säännös lakiin, lainvalmisteluaineiston sinänsä perustelemaan lausuma on menettänyt merkityksensä tulkintaperusteena – sikäli, kuin sillä on sellaista ollutkaan.

¹⁸⁹ Tämä ratkaisu koski välimiesmenettelyä.

¹⁹⁰ Ks. tapauksen johdosta *Hemmo* 1996, s. 246–247.

¹⁹¹ Ks. sopimuksen sovittelua koskevasta väittämistaakasta erit. *Virolainen JFT* 2006, *Virolainen JJ Lappalainen*, s. 580–581 ja *Virolainen JJ Koulu*, s. 691 sekä *Laukkanen* 1995, s. 148 sekä vahingonkorvauksen määrän sovittelua koskevasta väittämistaakasta *Virolainen LM* 1983, erit. s. 163, *Lappalainen* 1986, s. 501–503 ja *Virolainen* 1988, s. 282–283. Myös *Tuomas Hupli* (2006, s. 179–180) on suhtautunut skeptisesti ohennettuun väittämistaakkaan. Asianajaja *Jukka Peltonen (JJ Lappalainen)*, s. 433) on todennut oikeuskäytännössä ilmenneen ”varsin sallivia piirteitä esimerkiksi sovitteluvaatimuksen esittämisen ja sen tueksi tapahtuvan (yleensä) vastatosisiekkoihin vetoamisen osalta” – Peltonen ei pidä tällaista suhtautumista väittämistaakan täyttämiseen asianmukaisena, koska ”se estää vastapuolen tehokkaan puolustautumisen”. Ks. myös *Välimäki* 1995, s. 304–306, jossa katsotaan toimitusosituksessa esitettävän sovitteluvaatimuksen osalta noudatettavan väittämistaakkaa.

rustelluimpana. Vaikka sopimuksen sovitteluperusteiden katsottaisiin olevan indispositiivisia oikeustosisieikkoja, jotka tuomioistuin olisi velvollinen ottamaan viran puolesta huomioon, asianosaisten oikeusturva edellyttää, että sovitteluperusteet nostetaan joka tapauksessa prosessinjohtoon keinoin keskustelun-alaisiksi, ja asianosaisille varataan tilaisuus lausua mielensä niistä.

KKO on ennakkopäätöksessä 2010:9 ottanut kantaa muun muassa aineelliseen prosessinjohtoon asiassa, jossa kantaja oli vaatinut asianosaisten kauppasopimuksen sovittelemista siten, että vastaajan hyväksi sopimukseen otettu elinikäinen asumisoikeusehto jätettäisiin ottamatta huomioon, koska se oli muuttuneiden olosuhteiden vuoksi muodostunut kantajan kannalta kohtuuttomaksi. Vastaaja kiisti kanteen, mutta ei vaatinut sopimuksen muuta sovittelua siltä varalta, että kanne hyväksyttäisiin. Käräjäoikeus hyväksyi kanteen, minkä jälkeen vastaaja vaati hovioikeudessa, että sopimus määrättäisiin kokonaan raukeamaan. Hovioikeus katsoi, että vaatimus olisi tullut panna viireille käräjäoikeudessa, ja jätti (ään. 2–1) vaatimuksen tutkimatta liian myöhään tehtynä.

KKO (ään. 3–2) katsoi lainvalmisteluaineistoon viitaten, että sovitteluharkinta tuli suorittaa sovittelun kohteena olevaa oikeustoimea kokonaisuutena arvioiden; yhden ehdon sovittelu saattoi siksi avata koko oikeustoimen sovitteluharkintaan. KKO katsoi hyvään prosessinjohtoon kuuluvaksi, että tuomioistuin kyselyoikeuden avulla kiinnittää vastapuolen huomiota siihen, miten yksittäisen ehdon sovittelu kokonaisuuteen vaikuttaa. KKO katsoi, että vastaajalla oli OK 14:1.1, 1-kohdan ja säännöksen 2 momentin nojalla oikeus esittää vaatimus vasta hovioikeudessa oikeudenkäynnin aikana tapahtuneen olosuhteiden muutosten vuoksi, ja palautti asian hovioikeuteen.

Väittämistaakan tiukka noudattaminen on tarpeen myös väittämistaakan funktioiden toteuttamiseksi. Väittämistaakalla on seuraavat, dispositiivisen prosessin kannalta erittäin keskeiset funktiot: 1) tuomioistuimen tutkimisvallan rajaaminen, 2) vetoamisvelvollisen asianosaisten vastapuolen suojaaminen, 3) riitakysymysten ja todistelun tarpeen määrittäminen.¹⁹² Sillä on myös prosessiekonominen perustelu: jos tuomioistuin voisi perustaa tuomionsa mihin seikkaan hyvänsä, todistelun keskitys ja asianosaisten mahdollisuus suunnitella prosessaamista hankaloituisivat olennaisesti.

Vaikka väittämistaakka ei ole periaate, sillä on liityntä siviiliprosessioikeuden johtaviin periaatteisiin: määäämisperiaatteeseen, käsittelymenetelmään ja kontradiktoriseen periaatteeseen. Määäämisperiaatteessa väittämistaakkaa tarkastellaan tuomioistuimen, käsittelymenetelmässä asianosaisten kannalta. Koska määäämisperiaate sitoo tuomioistuinta, asianosainen kantaa riskin siitä, että oikeustosisieikkaan ei ole vedottu. Käsittelymenetelmää väittämistaakka ilmen-

¹⁹² Väittämistaakan funktioista ks. esim. *Virolainen JFT 2006*, s. 189.

tää, koska tosiseikkojen sisällyttäminen oikeudenkäyntiaineistoon ja niihin vetoaminen on asianosaisten tehtävä. Väittämistaakka vetoamisvelvollisen asianosaisten suojanormina ilmentää kontradiktorista periaatetta, johon kuuluvat asianosaisten oikeus saada tieto oikeudenkäyntiaineistosta ja oikeus esittää siitä mielipiteensä (ns. *knowledge of* - ja *comment on* -ajattelutavat).¹⁹³

Dispositiivisissa riita-asioissa väittämistaakan tiukka soveltaminen saattaa johtaa asianosaisten kannalta oikeudenmenetyksiin, jolleivät nämä osaa edukseen vedota oikeisiin seikkoihin. Tuomiosta muodostuu tällöin myös aineellisesti väärä, koska vetoamatta jäänyt oikeustositseikka ei ole tullut asianmukaisesti tuomioistuimen tutkimisvallan piiriin, eikä se siten voi olla näytön arvioinnin kohteenakaan.¹⁹⁴ Väittämistaakan sisällyttäminen prosessilainsäädäntöön ei kuitenkaan merkitse, että lainsäätäjä pitäisi ”aineellisesti vääriä” tuomioita suotavana prosessituloksena tai että väittämistaakka olisi jonkinlainen asianosaiselle viritetty prosessuaalinen ansa.

Dispositiivisissa riita-asioissa väittämistaakan merkitys on suurimmillaan valmisteluvaiheessa, kun riitakysymyksiä ja pääkäsittelyssä esitettävää todistelua kartoitetaan. Kaikista riitaisista oikeustositseikoista, elleivät ne ole notorisia, on esitettävä näyttöä; kaikki todistelu on myös kytkettävä oikeustositseikkoihin.¹⁹⁵ Väittämistaakka mahdollistaa riitaisten ja riidattomien seikkojen erottamisen ja sen, että pääkäsittely voidaan pitää yhtäjaksoisesti (OK 6:5), kun riitaiset faktaväitteet ja todistelu on selvitetty. Jos oikeus vasta tuomitsemisvaiheessa ”huomaa” jonkin oikeustositseikan, jutun valmistelun voidaan olettaa epäonnistuneen. Väittämistaakan noudattamista pehmentää asianosaisnäkökulmasta tuomioistuimen velvollisuus käyttää aktiivisesti aineellista prosessinjohtoa.

3.2.2 Väittämistaakan kohde oikeudenkäyntiaineistossa

Väittämistaakka kohdistuu oikeustositseikkoihin, historialliseen tapahtumainkulkuun, joka kantajan tai vastaajan mukaan täyttää aineellisoikeudellisen oikeusnormin tunnusmerkistön. Oikeustositseikat ovat riippumattomia siitä, mitä näyttöä niistä esitetään: ne joko ovat totta tai eivät, kolmatta vaihtoehtoa ei ole (*tertium non datur*). Tuomioistuin ei tiedä totuutta tapahtumainkulusta, vaan sen tulee näytön perusteella arvioida, mitä väitteitä voidaan ”pitää totena”. Tuo-

¹⁹³ Ks. väittämistaakasta prosessiperiaatteiden näkökulmasta esim. *Lappalainen SP I*, s. 399, *Virolainen LM 2001*, s. 1156–1157, *Jokela I*, s. 176 ja *Jokela III*, s. 386. Ks. kontradiktoriseen periaatteeseen kuuluvista *knowledge of* - ja *comment on* -ajattelutavoista sekä niitä täydentävästä *actual and active participation* -vaatimuksesta *Ervo 2005*, s. 60.

¹⁹⁴ Tuomioistuin ei saa perustaa tuomiota muihin kuin asianmukaisesti vedottuihin seikkoihin siinäkin tapauksessa, että tällainen seikka tulisi ilmi tai peräti riittävällä todennäköisyydellä näytetyksi todistelun tietä.

¹⁹⁵ Ks. todisteiden teemakohtaisesta kartoittamisesta erit. *Nurmi 2006*, passim.

mioistuimen sidonnaisuus kohdistuu asianosaisten vetoamaan tapahtumainkuuluun, mutta ei heidän esittämäänsä juridiseen kvalifikaatioon. Tuomioistuimien harkitsee tuomitsemisvaiheessa, minkä aineellisoikeudellisen tunnusmerkitön alaisuuteen näytetyksi tulleet seikat subsumoidaan (*da mihi factum, dabo tibi ius*).

Väittämistaakka ei kohdistu näytön arviointiin, koska vapaan todistusharkinnan (OK 17:2.1) nojalla tuomioistuin päättää todistelun näyttöarvon olematta sidottu asianosaisten mielipiteisiin. Väittämistaakka ei siis ulotu todistustositseikkoihin, joita nimitetään myös ”välillisesti relevanteiksi” seikoiksi. Nimitys ilmentää, että todistustositseikka ei ole oikeusseuraamuksen tuomitsemisedellytys, vaan sillä on jutussa ”välillistä” merkitystä, joka perustuu sen näyttöarvoon. Oikeustositseikkaväitteen todenperäisyys voidaan jonkinasteisella todennäköisyydellä päätellä todistustositseikasta.¹⁹⁶ Oikeus- ja todistustositseikkojen eroa voidaan havainnollistaa esimerkillä.¹⁹⁷

Kantajen on velkomuskanteen perusteeksi vedottava seikkoihin, jotka aineellisoikeudellisten normien tunnusmerkistöjen perusteella konstituivat maksuvelvollisuuden ja joiden nojalla kannevaatimuksena oleva velka siis pitää tuomita suoritettavaksi. Kanneperusteen faktojen tulee vastata aineellisoikeudellista tunnusmerkistöä, jollaiseksi voidaan määritellä, että: 1) velkoja on luovuttanut velalliselle tietyn summan rahaa, 2) velallinen on sitoutunut maksamaan velan eräpäivänä takaisin, 3) suoritusta ei ole tehty eräpäivään mennessä.¹⁹⁸ Lisäksi, jotta velkasuhde olisi pätevä, edellytetään aineellisoikeudellisesti, että käsillä ei ole velkasuhteen lakkauttavia tosiseikkoja, kuten oikeaa suoritusta, velan vanhentumista tai anteeksiantoa.

Kantaja voi esittää todisteena vastaajan allekirjoittaman sopimusasiakirjan, jossa ilmoitetaan velkapääoman suuruus, sen luovuttaminen velalliselle, velan eräpäivä ja muut velkasuhteen ehdot. Sopimusasiakirjasta ilmenevät seikat ovat todistustositseikkoja, joista voidaan jonkinasteisella todennäköisyydellä päätellä oikeustositseikkaväitteiden todennäköisyys. Asiakirjan sisältämän informaation näyttöarvo perustuu kokemussääntöön, jonka mukaan kukaan ei sitoudu maksamaan olematonta velkaa. Tämän kokemussäännön soveltuvuus voidaan riitauttaa: vastaaja voi väittää esimerkiksi, että hänet on harhautettu allekirjoittamaan sopimus, tai että sopimusta rasittaa jokin muu OikTL 3 luvussa tarkoitettu pätemättömyysperuste.

¹⁹⁶ Ks. terminologiasta esim. Ekelöf 1956, s. 57, Lappalainen 1986, s. 80–81, Lappalainen LM 1986, Virolainen 1995, s. 36–39, Lappalainen SP I, s. 57, Leppänen 1998, s. 140, Virolainen LM 2000, s. 1159, Jokela III, s. 294, Tolvanen JJ Backman, s. 304–305 ja Ekelöf – Edelstam I, s. 40.

¹⁹⁷ Esimerkki peräisin teoksesta Ekelöf – Edelstam I, s. 40–41.

¹⁹⁸ Esimerkki koskee, kuten huomataan, vain velkaa, jonka eräpäivä on velallista sitovasti määrätty. Ks. suoritusajan määrittämisestä aineellisoikeudellisessa katsannossa Saarnilehto 2005, s. 63 ss.

Ennakkopäätöksessä KKO 1991:64 kantaja vaati avioehtosopimuksen julistamista pätemättömäksi, väittäen, että sopimuksen tekstiosa oli ollut allekirjoitushetkellä peitettyä, eikä hän siksi ollut tiennyt, että kysymyksessä oli ollut avioehtosopimus. Kun kantaja ei ollut näyttänyt, ettei hän allekirjoittamassaan ollut selvillä sopimusasiakirjan sisällöstä, KKO piti avioehtosopimusta pätevänä. KKO siis asetti todistustaakan väitteestä sopimuksen pätemättömyyteen vetoavalle asianosaiselle. Ratkaisu on aineellisen oikeuden tavoitteiden mukainen ja perusteltu. Jos sopijapuoli voisi tehokkaasti välttyä sopimusasiakirjassa yksilöityjen velvoitteidensa täyttämislähtöisellä väittäen, että hän ei allekirjoittamishetkellä ollut tietoinen sopimusasiakirjan sisällöstä, vaikka sen allekirjoittikin, sopimusasiakirjojen merkitys todistuskeinona olisi olematon.

Oikeudenkäyntiaineistoa koskevaan prosessioikeudelliseen käsittearsenaaliin oikeus- ja todistustositseikaen käsitteet ovat tulleet Ruotsista, missä niiden tausta on prosessilainsäädännön uudistuksen lainvalmisteluaineistossa.¹⁹⁹ Suomen prosessioikeudessa oikeustositseikkoja nimitettiin aiemmin ”todistustositseikoiksi”; ”todistusaiheilla” eli ”indisioilla” tarkoitettiin samaa kuin nykyään todistustositseikoilla ja aputositseikoilla.²⁰⁰ Ruotsalaisperäinen käsitteistö on vakiintunut prosessioikeustutkimukseen ja omaksuttu prosessilainsäädäntöön; vaikka lakiteksti ei oikeustositseikan käsitettä tunnekaan, termiä käytetään nimenomaisesti oikeuskäytännössä ja lainvalmisteluaineistossa.²⁰¹ Oikeus- ja todistustositseikkojen erottaminen on tämän institutionaalisen kytköksen – ja prosessilainsäädännön oikean soveltamisen – vuoksi ehdottoman tärkeää.

Vaikka oikeus- ja todistustositseikkojen erottaminen on väittämistaakan täyttämiseksi tärkeää, ei tätä pidä ymmärtää niin, että oikeudellinen päättely perustuisi käsitteistä päättelyyn. Käsitteistä ei voida johtaa normeja, vaan oikeudellisen ratkaisun tulee perustua lainsäädäntöön.²⁰² Oikeus- ja todistustositseik-

¹⁹⁹ Ks. SOU 1938:44, s. 208 ja 213 sekä tämän johdosta *Kallenberg SvJT 1940*. Muita Ruotsin prosessioikeustutkimuksessa tunnettuja ”seikkoja” ovat muun muassa ”oikeuslähdeseko” (*rättskällefakta*), ”tulkintaseikka” (*tolkningsfakta*), ”lainsoveltamisseikka” (*rättsstillämpningsfakta*), ”taustaseikat” (*kringsomständigheter*), ”miljöseikka” (*miljöfakta*), joita käsitteitä ei Suomen prosessioikeudessa ainakaan vakiintuneesti käytetä. Ks. niistä *Lindell 2007*, s. 22.

²⁰⁰ Todistustositseikoilla on tarkoitettu seikkoja, joilla on välitön merkitys asian ratkaisulle; todistusaiheilla ja indisioilla seikkoja, joista todistusasian olemassaolo päätellään. Ks. *Wrede 1910*, s. 9–12, *Tirkkonen SP II*, s. 86–87, *Halila 1955*, s. 5–6.

²⁰¹ Tolvanen (*JJ Backman*, s. 304) katsoo, että käsitteistön vakiintumiseen on vaikuttanut erityisesti *Juha Lappalaisen* artikkeli *LM 1986*. Ensimmäisenä käsitettä on havaintojeni mukaan oikeuskirjallisuudessa käyttänyt *Jyrki Virolainen* (*LM 1974*, s. 39 ja 1977, s. 9, alaviite 21). KKO on käyttänyt oikeustositseikan käsitettä ennakkopäätöksissä 1997:90, 1999:63, 2001:77, 2003:111 ja 2006:54; ks. myös 1996:102 (OikN *Per Lindholmin* eriävä mielipide) ja 1997:6 (OikN *Anja Tulenheimo-Takin* eriävä mielipide). Lainvalmisteluaineistosta ks. HE 15/1990, s. 64, HE 154/1990, s. 29, HE 82/1995, s. 126, HE 217/1995, s. 50, HE 33/1997, s. 55, HE 32/2001, passim., HE 167/2003, s. 64 ja HE 154/2006, passim.

²⁰² Ks. käsitelainopin metodiikasta *Helin JJ Zitting*, jossa (s. 86) hän toteaa käsitteistä päätteläisen kiellon olevan (siviilioikeudellisessa tutkimuksessa) metodinen vaatimus, joka on hy-

kojen käsitteillä on ongelmanratkaisussa heuristinen merkitys: oikeudenkäyntiaineiston osatekijät voidaan niiden avulla jäsentää täsmällisesti. Käsitteitä ei kuitenkaan pidä käyttää ratkaisujen oikeuttamiseen (justifioimiseen), eli tuomioistuimen ei pitäisi perustella ratkaisujaan käsitteillä, vaan lainsäädännön ja muiden oikeuslähteiden määräyksillä.²⁰³

Ennakkopäätöksessä KKO 1999:63 kantajina olleet rintaperilliset (A, B ja C) ajoivat lakiosan täydennyskannetta, joka perustui perittävän yhdelle rintaperilliselle (D) antaman lahjan ennakkoperintöluonteeseen. Kantajat eivät kuitenkaan olleet kanteen tueksi vedonneet siihen, että perittävän tarkoitus olisi ollut suosia D:tä heidän kustannuksellaan. Käräjäoikeus hylkäsi kanteen. Hovioikeus katsoi, että vaikka kantajat eivät olleet vedonneet perittävän suositarkoitukseen, käräjäoikeus olisi voinut perustaa tuomion siihen, että kanteessa tarkoitettu lahja oli PK 7:3.3:ssa tarkoitettu suosiolahja. KKO:n (äänin 3–2) mukaan perittävän ”tarkoitus hänen lahjoittaessaan omaisuuttaan ei ollut vaaditun oikeusseuraamuksen kannalta välittömästi ratkaisuun vaikuttava seikka”, kun kysymys oli rintaperillisten välisestä suhteesta. Vaaditun oikeusseuraamuksen kannalta oli välttämätöntä vedota ainoastaan kantajien oikeutta lakiosaan loukkaavaan lahjoitukseen.

Jyrki Virolainen kritisoi enemmistön päättelytapaa käsitelainopilliseksi: johtopäätökseen on päädytty hänen mukaansa ”lähinnä oikeustosisaikan käsitteestä konstruoidun normin, eikä kirjoitetun lain väittämistaakkaa koskevan säännöksen perusteella”.²⁰⁴ Virolaisen mukaan kantajien olisi tullut jo valmistelussa vedota lakiosan täydennyskanteen perusteeksi seikkoihin, jotka täyttävät ennakkoperinnön, suosiolahjan tai testamenttiin rinnastettavan lahjan tunnusmerkistön.²⁰⁵

Aineellisoikeudelliset tunnusmerkistöt ovat vaihtoehtoisia, ja niillä on tiettyjä eroja. Koska perittävän tarkoituksella on aineellisoikeudellista merkitystä, pelkkä ”lahjoitukseen” vetoaminen ei Virolaisen mukaan riitä väittämistaakan täyttämiseksi. Kanta on perusteltu: lahjoituksen luonteen ilmoittaminen tehoitaisi jutun valmistelua, kun asianosainen samalla vetoaisi kanneperusteeksi vedotun ennakkoperinnön konstituoiviin seikkoihin. Tosin Virolaisenkin kantaan sisältyy käsitys siitä, mitä ”oikeustosisaikalla” tarkoitetaan, joten hän vaikuttaa

väksytty ”lähes yksimielisesti ja itsestään selvyytensä”. Ks. prosessioikeuden osalta erit. *Virolainen LM 1991*, s. 370, jossa hän toteaa analyttisen suuntauksen (johon käsitteistä päätteläminen kielto siviilioikeustutkimuksessa yleisesti liitetään) tulleen hyväksytyksi myös nykyisessä prosessioikeustutkimuksessa.

²⁰³ Oikeustieteellisessä tutkimuksessa sen ratkaisujen oikeuttamista (eli justifioimista) koskevan funktion, joka oli aikaisemmassa tutkimusperinteessä käsitteillä, katsotaan siirtyneen periaatteille (ks. *Tuori 2003*, s. 101–105, jossa tästä yleisten oppien tehtävästä kirjoitetaan *argumentatiivis-normatiivisena tehtävänä*).

²⁰⁴ *Virolainen LM 2000*, s. 1166.

²⁰⁵ *Virolainen LM 2000*, s. 1168.

syyllystyvän yhtä lailla käsitelainopilliseksi kritisoimaansa päättelyyn, vaikka ei kantaansa nimenomaisesti käsitteillä perustelekaan.

Väittämistaakan täyttäminen muistuttanee asianosaisen kannalta jossakin määrin Virolaisen kritisoimaa käsitelainopin menetelmää, sillä johtopäätökseen siitä, mihin seikkoihin tulisi vedota, päädytään osaksi ”oikeustosisaikan käsitteestä konstruoidun normin” avulla. Väittämistaakkaa täyttävän asianosaisen kannalta oikeustosisaikan käsite on apuväline, jonka avulla hän ”viipaloi” tapahtumainkulusta oikeustosisekoiksi mieltämänsä seikat kanteensa tai vastauksensa perusteeksi.²⁰⁶ Tämä ei liene arveluttavaa, koska käsitelainopin kriittikki perustuu siihen, että oikeusongelmia ratkaistaan johtamalla käsitteistä normeja, joita ne eivät sisällä.

Koska prosessioikeudellisen lainsäädännön ”seikka”-käsitteellä on institutionaalinen tuki useissa oikeuslähteissä, ja prosessioikeudellisen käsitteistön varaan rakentuvassa oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa arvioidaan, mitkä tosiasiallisen tapahtumainkulun osiot täyttävät aineellisoikeudellisten normien (jollaisiksi luetaan myös lain säännöksiä täydentävät ja täsmentävät normit) tunnusmerkistön, ei edellä mainittu päättely ole arveluttavaa. Oikeus- ja todistusosisaikan käsitteistä luopumista ei myöskään voida ajatella, koska oikeustieteellisessä tutkimuksessa ei – toistaiseksi – ole kehitetty parempia käsitteitä oikeudenkäyntiaineiston heuristiseksi jäsentämiseksi.²⁰⁷

Oikeus- ja todistusosisikkojen käsitteitä tosin kritisoi *Matti Tolvanen*, jonka mukaan oikeustosisekoista olisi parempi puhua ”välittömästi asiaan vaikuttavina seikkoina” ja todistusosisekoista ”välillisesti asiaan vaikuttavista seikkoina”: tällainen terminologia ilmaisi ”suoraan, mistä on kysymys”. Oikeus- ja todistusosisikat eroavat Tolvasen mukaan ”vain siinä, että niitä tarkastellaan tunnusmerkistön näkökulmasta eri tavalla”.²⁰⁸ Todistus- ja aputoisuusisikoista voitaisiin Tolvasen mukaan puhua ”todisteina”.²⁰⁹ Asiallisesti ehdotus ei ymmärtääkseni merkitsisi kovin suurta muutosta vallitsevaan tapaan jäsentää oikeudenkäyntiaineistoa, vaan kysymys olisi vain terminologian selkeyttämisestä. Koska käsitteet kuitenkin ovat vakiintuneet, en pidä Tolvasen muutosehdotusta perusteltuna.²¹⁰

²⁰⁶ *Jukka Peltosen (JJ Lappalainen, s. 422) osuvan kielikuvan mukaan oikeustosisaikan käsite muodostaa ”istukan”, ”jonka avulla aineellisen oikeuden normien relevantti sisältö välittyy oikeudenkäyntiin ja tuomioon sitä käsillä olevaan tosiseikastoon sovellettaessa”.*

²⁰⁷ *Ks. myös Leppänen LM 1998, s. 829, jossa todetaan, että ”Ekelöfin teorian tieteenteoreettiselle puolelle ei ole näköpiirissä haastajia prosessioikeudessa – Ennen muuta oikeudenkäyntiaineiston jäsentämisen ’pelinappulat’ säilynevät jatkossakin samoina”.*

²⁰⁸ *Tolvanen JJ Backman, s. 322.*

²⁰⁹ *Tolvanen JJ Backman, s. 323.*

²¹⁰ *Oikeuskirjallisuudessa vakiintuneiden käsitenumitysten muuttamiseen on suhtautunut varauksella esimerkiksi Erkki Havansi (1994b, s. 94), joka toteaa, että väittämistaakkaa osuvampi termi olisi ”vetoamistaakka”. Koska termi on jo ”ilmeisen ratkaisevasti vakiintunut”, termin muuttaminen ei kuitenkaan Havansin mukaan käyne päinsä.*

3.2.3 Väittämistaakan jakautuminen asianosaisten välillä

3.2.3.1 Kantajan väittämistaakka

Dispositiivisessa jutussa väittämistaakka rasittaa ensisijaisesti kantajaa, joka määrää, ”mistä riidellään”. Kantajan väittämistaakka ajankohtaistuu laadittaessa haastehakemusta, jossa on ilmoitettava vaatimuksen perusteet (OK 5:2.1, 2-kohta). Koska tuomioissa voidaan lähtökohtaisesti ottaa huomioon vain pääkäsittelyssä esitetty oikeudenkäyntiaineisto (*pääkäsittelysidonnaisuus*) (OK 24:2.1), seikkoihin on vedottava uudestaan pääkäsittelyssä, jossa väittämistaakka täytetään alkukeskustelussa. Tuomioistuimien selostaa valmistelussa laaditun yhteenvedon perusteella, mihin valmistelussa on päädytty, ja tiedustelee, vastaavatko valmistelussa esitetyt vaatimukset edelleen asianosaisten kantoja. Tämän jälkeen asianosaisten on vuorollaan perusteltava kantaansa ja lausuttava vastapuolensa perustelujen johdosta (OK 6:2.1, 1- ja 2-kohdat).

On jossakin määrin tulkinnanvaraista, voitaisiinko väittämistaakka täyttää vastaamalla myöntävästi tuomioistuimen kysymykseen siitä, vastaavatko myös perusteet asianosaisten kantoja. Lainvalmisteluaineiston mukaan uudistuksen, jossa tuomioistuimelle asetettiin yhteenvedon avulla tapahtuva selostamis- ja kyselyvelvollisuus, tarkoitus oli madaltaa asianosaisten vaatimis- ja vetoamisvelvollisuuden kynnystä.²¹¹ OK 6:1.1, 1-kohdan sanamuodossa kyselyvelvollisuus on kuitenkin rajattu ”vaatimuksiin”, joten lain nojalla oikeuden ei tarvitse tiedustella vaatimuksen perusteita.

Katsoisin kuitenkin, että väittämistaakka voitaisiin täyttää myös siten, että tuomioistuimien tiedustelisi vaatimusten lisäksi myös niiden perusteiden ajantasaisuutta, mihin kysymykseen asianosaiset vastaisivat myöntävästi. Tämä olisi joustava tapa täyttää väittämistaakka, ja kun vaatimusten perusteet on joka tapauksessa kirjattu valmistelun yhteenvedoon (OK 5:24.1), menettelystä ei aiheutuisi tuomioistuimelle ylimääräistä vaivaa. Tällainen järjestely ei myöskään ole tuomioistuimen ja asianosaisten roolien kannalta arveluttavaa, koska asianosaiset voisivat edelleen perustella kantojaan yksityiskohtaisemmin alkukeskustelussa; eri asia on, merkitsevätkö tuomioistuimelle vuoden 2002 uudistuksessa asetetut lisävelvoitteet itsessään tällaista roolivaihtelua.²¹²

²¹¹ HE 32/2001, s. 56–57. Uudistusta valmistellut työryhmä olisi sisällyttänyt säännökseen myös ”perusteet”, ks. OJL 4/2000, s. 57–58. Aikaisemmassa, vuoden 1993 lain 6:2.1:ssä alkukeskustelun järjestys oli seuraava: 1) kantaja on esitettävä vaatimuksensa ja niiden perusteet, 2) vastaajan ilmoitettava, myöntääkö vai kiistääkö hän kanteen ja 3) asianosaisten vuorollaan tarkemmin perusteltava kantaansa ja lausuttava vastapuolen perustelujen johdosta.

²¹² Jokela (II, s. 13) katsoo, että väittämistaakan täyttäminen tapahtuu luontevammin asiaesittelyssä, mutta painottaa kuitenkin prosessinjohtoon merkitystä. Lappalainen (2002, s. 117–118) katsoo uudistuksen ilmentävän lainsäätäjän peittelemätöntä epäluottamusta asianajajien kykyyn hoitaa alkukeskustelu omatoimisesti – hän pitää aikaisempaa lakia onnistuneempana kuin uudistusta.

Vaikka väittämistaakan jakautuminen on subjektiivista väittämistaakkaa noudatettaessa mitä tärkein kysymys, prosessi- tai aineellisoikeudelliseen lainsäädäntöön ei sisälly väittämistaakan jakosäännöksiä. Laissa ei ole tarkoitettu määrätä väittämistaakan jaosta edes silloin, kun tunnusmerkistössä kirjoitetaan ”vetoamisesta”. Esimerkiksi KL 4:20:n mukaan ”ostaja ei saa virheenä vedota seikkaan, josta hänen täytyy olettaa tienneen kauppaa tehtäessä”.²¹³ Säännös liittyy tavarannakkotarkastusvelvollisuuteen ja merkitsee, että ostaja menettää oikeutensa vedota tehokkaasti virheenä seikkoihin, joista hän on tiennyt tai joista hänen olisi pitänyt tietää kaupantekohetkellä.²¹⁴

Säännös voisi väittämistaakan kannalta merkityksellisellä tavalla ajankoh-taistua, kun ostaja vaatii kaupan purkua tavarann virheen vuoksi. KL 6:39.1:n mukaan ”ostaja saa virheen vuoksi purkaa kaupan, jos sopimusrikkomuksella on hänelle olennainen merkitys, ja myyjä käsitti tämän tai hänen olisi pitänyt se käsittää”. Kantajan on väittämistaakan täyttämiseksi yksilöitävä objektiivinen rekvisiitta eli se, miten tavara poikkeaa sovitusta ja miksi virhe on olennainen. Kantajan on yksilöitävä myös subjektiivinen rekvisiitta: myyjän tietoisuus virheestä ja se, että myyjä on käsittänyt tai hänen olisi tullut käsittää virheen olen-naisuus ostajan kannalta.

Vastaaja voisi vastustaa kannetta väittäen, että kantajan vetoamat seikat ovat olleet tämän tiedossa kaupantekohetkellä, jolloin ostaja ei voi tehokkaasti vedota niihin (KL 4:20.1). Nämä ovat näyttökysymyksiä. Jos tuomioistuin katsoo, että ostaja on kaupantekohetkellä tiennyt seikoista, joiden hän väittää konsti-tuoivan virheen, on kanne hylättävä. Näytön esittämisvelvollisuus ratkeaa to-distustaakan jakonormien mukaan. Väittämistaakka kuitenkin muistuttaa todis-tustaakkaa siinä mielessä, että väittämistaakakaan jako ei perustu asianosaisten prosessuaaliseen asemaan, vaan asemaan prosessin kohteena olevassa aineellis-oikeudellisessa oikeussuhteessa.²¹⁵

Vaikka väittämistaakan jaosta ei säädetä aineellisoikeudellisessa lainsäädän-nössä, oikeuskirjallisuudessa ja -käytännössä katsotaan vakiintuneesti, että kan-tajan väittämistaakka kattaa kanteen perustoseikaston eli seikat, joiden nojal-la kannevaatimus voidaan vähimmillään hyväksyä.²¹⁶ Kantajan väittämistaa-kan piiriin kuuluvat seikat ovat konstitutiivisia eli oikeutta perustavia. Esimer-kiksi sopimuksenulkoisen vahingonkorvauskanteen (VahL 2:1.1) perustunnus-

²¹³ KL sisältää muitakin säännöksiä, joissa kirjoitetaan ”vetoamisesta”, ks. 4:32, 4:33, 6:36.2, 7:41.1, 17:82.1.

²¹⁴ Ks. sen johdosta esim. *Wilhelmsson – Sevón – Koskelo 2006*, s. 109–110.

²¹⁵ Ks. aineellisoikeudellisen aseman määrittämisestä todistustaakan jaossa myös esim. *Hali-la 1955*, s. 291–293, *Lappalainen SP II*, s. 321–322.

²¹⁶ *Virolainen LM 1985*, s. 984, *Lappalainen LM 1990*, s. 250–251, *Lappalainen SP I*, s. 402. Ks. oikeuskäytännöstä KKO 2006:54, jossa KKO katsoi, että ali- ja hovioikeuksien ei olisi tullut tutkia kannetta takausvelkomuksena, koska kantaja oli laiminlyönyt vedota takausvastuun konsti-tuoiin seikkoihin.

merkistön muodostavat vetoamistahdonilmaukset 1) vahingon laadusta, 2) vahingon määrästä, 3) vahingon aiheuttaneesta teosta tai laiminlyönnistä, 4) teon tai laiminlyönnin ja vahingon syy-yhteydestä sekä 5) vahingonaiheuttajan tahallisuudesta / tuottamuksesta.²¹⁷ Nämä tunnusmerkistökijät ovat kumulatiivisia: tuomioistuim ei voi hyväksyä kannetta, jos yksikin vaatimus jää puuttumaan.

Aineellisoikeudelliset tunnusmerkistöt on voitu kirjoittaa täsmällisesti ja deskriptiivisesti, mutta niihin voi sisältyä myös joustavia ja arvostuksenvaraisia ilmauksia; esimerkiksi juuri vahingonkorvausoikeudellisessa tuottamusarvioinnissa tunnusmerkistöä joudutaan myös täsmentämään ja laventamaan lisänormeilla.²¹⁸ Aineellista oikeutta ei pidä samaistaa lainsäädäntöön, vaan oikeusjärjestys muodostuu ratkaisua varten konstruoiduista tyyppitilannesäännöistä.²¹⁹ Väittämistaakan yksi funktio onkin pakottaa kanteen nostamista suunnitteleva asianosainen perehtymään aineellisoikeudelliseen normistoon, ja tarkoin arvioimaan, mitkä tapahtumainkulun osat ovat normiston näkökulmasta relevantteja.²²⁰ Kanneperuste on yksilöitävä niin, että se sisältää relevantit faktat, mutta ei mitään ylimääräistä.

Kanneperusteen yksilöimisellä on merkitystä tuomioistuimen toiminnan ja vastaajan oikeusturvan kannalta. Kun tuomioistuin voi perustaa tuomion vain asianmukaisesti vedottuihin seikkoihin, sen tulee tietää täsmällisesti, mitä nämä seikat ovat. Samoin vastaajan tulee saada tietää, millä perusteella kantaja vaatii häneltä jotakin, ja mitä seikkoja vastaan hänen on siten puolustauduttava. Tiedonsaantioikeudella on keskeinen merkitys vastanäytön esittämisen kannalta, mikä ilmentää väittämistaakan suojanormiluonnetta. Jotta vastaaja voisi puolustautua, ei riitä, että kantaja kirjoittaa kanneperusteeksi sovellettavan aineellisoikeudellisen normin tunnusmerkistön, vaan kantajan tulee kuvata tapahtumainkulku, joka hänen käsityksensä mukaan täyttää tunnusmerkistön.

KKO 1998:117. Kantaja vaati vastaajalta vainajan takausvelkaa ilmoittaen kanneperusteiksi, että perillinen oli kuolinpesän osakkaan ominaisuudessa tullut vastuuseen vainajan velasta, tietoiseksi velan maksamatta jäämisestä

²¹⁷ Rautio 2006, s. 84, jossa todetaan, että kanteessa täytyy luonnollisesti yksilöidä myös kantaja ja vastaaja.

²¹⁸ Ks. Zahle 2004, s. 27–28 sekä aineellisoikeudellisten abstraktisten oikeustosisekkojen muotoilumahdollisuudesta Helin JJ Wirilander, s. 56.

²¹⁹ Kaisto DL 2007, s. 202, katsoo, että nämä tyyppitilannesäännöt ovat eksakteja.

²²⁰ Väittämistaakan oikeudenkäyntiä edeltävää merkitystä korostaa myös Virolainen (LM 2000, s. 1161). Peltonen (JJ Lappalainen, s. 429) toteaa, väittämistaakkaa asianajajan näkökulmasta arvioidessaan, että asianajajan tulisi ottaa huomioon vaihtoehtoiset tosiseikkoihin soveltuvat normit, koska huolellisesti toimiessa on varauduttava myös joidenkin oikeustosisekkojen näyttämättä jäämisen mahdollisuuteen. Kokemuksensa perusteella Peltonen toteaa (s. 430), että usein tämä työvaihe – tulevan oikeudenkäyntiaineiston aineellis- ja prosessioikeudellinen jäsentäminen – jää liian vähäiselle huomiolle, mistä riita-asian valmistelulle johtuu ongelmia ja päämiehelle mahdollisesti oikeudenmenetyksiä.

sekä maksuvelvollisuudestaan. Kanne hyväksyttiin yksipuolisella tuomiolla, johon vastaaja haki takaisinsaantia. Alioikeus hylkäsi takaisinsaantikanteen ja hovioikeus pysytti tuomion. KKO:n mukaan vastuu vainajan velasta ei voinut perustua vain velkojan kanteessa esittämiin seikkoihin. Kun takaisinsaantikanteessa oli vaadittu velkomuskanteen hylkäämistä sillä perusteella, ettei vastaaja ollut lain mukaan velasta vastuussa, käräjäoikeuden olisi valmistelussa tullut selvittää, mihin velkavastuun perustaviin seikkoihin kantaajan vaatimus yksityiskohtaisesti perustui sekä selvittää vastaajan perusteet väitetyn velkavastuun puuttumiselle. Kun käräjäoikeus oli tämän laiminlyönyt, sen katsottiin laiminlyöneen ”yleisen velvollisuutensa tarvittaessa kyselyoikeuttaan käyttämällä huolehtia siitä, että asia tulee perusteellisesti käsitellyksi”.

Oikeuskäytännössä yhdeksi valmisteluvaiheen ongelmakohtaksi ovat muodostuneet heikkolaatuiset haastehakemukset, joissa oikeudenkäyntiaineistoa ei ole selkeästi jäsennetty eri elementteihin, vaan joissa on laveasti ”vedottu” kaikkien mahdolliseen.²²¹ Haastehakemusten heikkolaatuisuus on periaatteellisesti ja käytännöllisesti vakava ongelma. Tuomioistuimen pitää OK 5:19.1:n nojalla huolehtia valmistelun tavoitteiden toteutumisesta ja siitä, että asianosaiset mainitsevat kaikki seikat, joihin tahtovat vedota. Tuomioistuin joutuu siksi viime kädessä, oikeudenkäynnin keskityksen ja joutuisuuden turvaamiseksi, ”perkaamaan” oikeustositseikat todistustositseikoista. Ellei tuomioistuin suorita perkuutyötä, voi ”metsä vastata niin kuin sinne huudetaan”: heikkoihin haastehakemuksiin annetaan heikkoja vastauksia, mikä johtaa prosessin tarpeettomaan paisumiseen ja pitkittymiseen. Tällainen kehitys johtaa siviiliprosessin roolijaon vinoutumiseen: haastehakemusten ja vastausten laatiminen kuuluu avustajille, ei tuomioistuimelle.

Haastehakemusten heikkolaatuisuutta on selitetty preklusiopelolla. Tämä on heikko selitys, koska oikeustositseikkoihin voidaan ilman oikeudenmenetyksiä vedota suullisessa valmistelutunnossakin, jollei tuomioistuin poikkeuksellisesti käytä OK 5:22:n mukaista preklusiouhkaista kehotusta. Oikeuskäytännön ongelmien vuoksi täystutkintaisen riita-asian haastehakemuksen sisältöä koskevan säännöksen (OK 5:2) sanamuotoa muutettiin vuoden 2002 uudistuksessa poistamalla vaatimus seikkojen ”yksityiskohtaisesta” ilmoittamisesta.²²² Kirjallisessa valmistelussa tulisikin selvyiden vuoksi käyttää tiivistä ja pelkistettyä ilmaisutapaa.²²³

²²¹ Ks. alioikeusuudistuksen jälkeisen oikeuskäytännön ongelmista esim. HE 32/2001, s. 7–13, *Lappalainen* 2002, s. 36–38 ja *Ervasti* 2005a, s. 11–13.

²²² Ks. HE 32/2001, s. 8.

²²³ *Kuusimäki* (DL 1994, s. 431) toteaa, että ”jos kuvailu muodostuu laveaksi, ollaan luonnehtimassa jotakin muuta kuin faktaväitettä”.

Alioikeuksissa vuonna 2008 käsitellyissä riita-asioissa haastehakemusten pituus on ollut pääkäsitellyihin edenneissä jutuissa keskimäärin viisi sivua, lyhyimpien haastehakemusten ollessa yhden sivun ja pisimmän haastehakemuksen 43 sivun mittaisia; haastehakemusten pituudessa ei ole esiintynyt alioikeusuudistuksen jälkeen suuria muutoksia.²²⁴ On epäselvää, voidaanko haastehakemusten laadun sanoa vuoden 2002 uudistuksen jälkeen parantuneen: haastehakemusten laatua ei hevin voida päätellä ainoastaan niiden laajuudesta. Pitkäkin haastehakemus voinee olla laadukas – ja vastaavasti myös lyhyt haastehakemus voi olla heikkolaatuinen. Oikeuskäytännön suurin ongelma on vuoden 2002 uudistuksen jälkeenkin riita-asioiden määrän voimakas vähentyminen, minkä voidaan katsoa ilmentävän sitä, että siviiliprosessi on käynyt liian kalliiksi riitojenratkaisumenetelmäksi.

Väittämistaakka ja kanteenmuutoskielto

Kanneperusteen täsmällinen yksilöiminen on tarpeen siksi, että kanneperuste määrittää tuomioistuimen tutkintavallan lisäksi vireilläolovaikutusta, kanteenmuutoksen sallittavuutta sekä tuomion vastaista oikeusvoimavaikutusta.²²⁵ Tapahtumainkulkua voidaan toisinaan arvioida useammallakin aineellisoikeudellisella perusteella. Kantaja voi esittää vaatimuksen niin takausvelkomuksena kuin perusteettoman edun palautuksena, jolloin oikeustosisen asemaan nousevat erilaiset faktat. Kantaja voikin esittää jutussa useita kanteita, pienimmän kanteen muodostuessa yhdestä kantajasta, yhdestä vastaajasta, yhdestä kannevaatimuksesta ja sen perusteista.²²⁶ OK 18:1:n mukaan ”kantajan samaa vastaajaa vastaan samanaikaisesti nostamat useat kanteet on käsiteltävä samassa oikeudenkäynnissä, jos ne johtuvat olennaisesti samasta perusteesta”.

Oikeuskirjallisuudessa puhutaan ”päällekkäisongelmasta” tilanteessa, jossa jotakin oikeusongelmaa voidaan lähestyä kahden tai useamman oikeudenalan näkökulmasta ilman, että toisen oikeudenalan näkökohtia tarvitsisi välttämättä ottaa lainkaan huomioon.²²⁷ Esimerkiksi yksityistä pysäköinninvalvontaa voidaan lähestyä sopimus- ja rikosoikeuden näkökulmasta.

KKO on ennakkopäätöksessä 2010:23 ottanut kantaa yksityisen pysäköinninvalvonnan problematiikkaan. Kantaja ajoi kannetta sopimusperusteisena velkomuksena väittäen, että vastaaja oli auton kiinteistön alueelle pysäköimällä hyväksynyt sopimuksen, jonka ehdot oli ilmoitettu kiinteistön edustalla ollees-

²²⁴ *Ervasti 2009*, s. 12. Ervasti toteaa s. 33 yhteenvetona, että oikeuskäytännössä ”pitkien haastehakemusten määrä on jonkin verran lisääntynyt ja lyhyimpien vähentynyt”.

²²⁵ *Boman 1964*, s. 70.

²²⁶ *Rautio 2006*, s. 69–70.

²²⁷ *Pöyhönen 2003*, s. 9–15 ja *Karhu DL 2009*, s. 556–557. Käytän ”päällekkäisongelman” käsitettä jonkin verran eri merkityksessä kuin Karhu, joka näyttää viittaavan sillä oikeudelliseen instituutioon; itse tarkoitan päällekkäisongelmalla tosiasiallisen tapahtumainkulun tasolle sijoituvaa asiaa.

sa kyltissä ja joihin sisältyi maininta valvontamaksusta. Alemmat oikeudet katsoivat, että yksityisessä pysäköinninvalvonnassa kysymys oli tosiasiaa rangaistuksenluonteisen pysäköintivirhemaksun määrittämisestä, johon oikeus oli vain julkisella vallalla. KKO (ään. 3–2) sitä vastoin katsoi, että ennakkopäätöksessä tarkoitetuissa olosuhteissa vastaaja oli sitoutunut sopimukseen ja tullut siten sidotuksi myös seuraamusta koskevaan ehtoon.²²⁸

Lähtökohtaisesti dispositiivisissa riita-asioissa noudatetaan kanteenmuutoshakemusta (OK 14:2.1), joten kannetta voidaan sen vaatimusten ja perusteiden osalta muuttaa vain rajoitetusti. Kannevaatimusta voidaan muuttaa kolmella tavalla (OK 14:2.1): voidaan 1) vaatia muuta kuin kanteessa tarkoitettua suoritusta, ”milloin vaatimus perustuu oikeudenkäynnin aikana tapahtuneeseen olosuhteiden muutokseen tai vasta silloin kantajan tietoon tulleeseen seikkaan”, 2) ”vaatia vahvistettavaksi sellainen oikeussuhde, joka asianosaisten välisessä oikeudenkäynnissä on riitainen ja jonka selvittämistä asian muun osan ratkaiseminen edellyttää”, sekä 3) ”vaatia korkoa tai tehdä muu sivuvaatimus taikka uusikin vaatimus, mikäli se johtuu olennaisesti samasta perusteesta”. Jos 2- tai 3-kohdassa tarkoitettu vaatimus tehdään vasta pääkäsittelyssä, vaatimus on jätettävä tutkimatta, jos sen tutkiminen viivyyttää asian käsittelyä. Sellaista vaatimusta ei voida tehdä ylemmässä tuomioistuimessa (OK 14:2.2).

Kanneperusteen kiellettyä muuttamisena ei pidetä sitä, ”että kanteen tueksi esitetään uusia seikkoja, ellei asia sen johdosta muutu toiseksi” (OK 14:3.3). Laki ei sisällä säännöksiä siitä, milloin kanneperusteen muuttaminen muuttaa asian toiseksi. Oikeuskirjallisuudessa kysymystä on lähestytty kolmen siviilituomion objektiivista oikeusvoimavaikutusta koskevan teorian kautta.

Näistä teorioista vanhimman, individualisoimisteorian mukaan ratkaisevaa kanteenmuutoksen sallittavuutta arvioitaessa on se, edellyttääkö kannevaatimuksen erottaminen muista kannevaatimuksista kanneperusteenkin yksilöimistä. Jos näin on, vaihtoehtoinen kanneperuste merkitsee asian identiteetin muuttumista ja kiellettyä kanteen muuttamista. Individualisoimisteoriaa arvostellaan käsiteläinopilliseksi.²²⁹ *Karl Olivecronan* mukaan rajanveto pitää suorittaa tosiasiallisen tapahtumainkulun perusteella. Kun uudet oikeustositteet liittyvät samaan tapahtumainkulkuun alkuperäisen kanneperusteen kanssa, kysymys ei ole kielletystä kanteen muuttamisesta – jos taas vaihtoehtoinen kanneperuste merkitsee alkuperäiseen kanneperusteeseen nähden kokonaan uuteen tapahtumainkulkuun vetoamista, kysymys olisi kielletystä kanteenmuutoksesta.²³⁰

²²⁸ KKO:n sittemmin omaksumaa tulkintaa ovat oikeuskirjallisuudessa vastustaneet *Janne Kaisto* ja *Frey Nybergh*. Ks. *Kaisto – Nybergh* 2008, erit. s. 125–132, jossa katsotaan, että alueen haltijalla ei ole oikeutta yksipuolisesti määrätä sanktioluonteisen valvontamaksun asettamisesta.

²²⁹ Ks. individualisoimisteoriasta *Tirkkonen LM* 1960 ja *Tirkkonen SP I*, s. 452–453 sekä individualisoimisteorian kritiikistä *Virolainen DL* 1990, s. 567 ja *Lappalainen SP II*, s. 411.

²³⁰ Ks. *Olivecrona JFT* 1954. Ks. *Olivecronan* näkemyksistä myös *Lappalainen SP I*, s. 411 ja *Hepola* 2005, s. 235 ss.

Suomen prosessioikeustutkimuksessa kannatetaan nyttemmin vakiintuneesti *Per Olof Ekelöfin* teoriaa, jonka mukaan kanteenmuutoksen sallittavuus ratkeaa oikeusseuraamuksen identiteetin perusteella.²³¹ Jos kanneperusteeksi esitettävät uudet oikeustositseikat johtavat samaan oikeusseuraamukseen kuin alkupe-
räinen oikeustositseikasto, kanteen muuttaminen on sallittua. Ekelöfin teoria painottaa aineellisoikeudellista oikeusseuraamusta enemmän kuin Olivecronan teoria, jossa ratkaisevaa on tosiasiallinen tapahtumainkulku.²³² Oikeuskäytän-
nössä kanteenmuutoksen sallittavuutta on arvioitu oikeusseuraamuksen yhden-
mukaisuuden kannalta ainakin seuraavissa tapauksissa²³³:

Ennakkopäätöksessä KKO 1988:37 kantajayhdistyksen kanteen sisältönä oli ollut saada vastaajayhdistyksen liittokokouksen päätös kumotuksi. KKO:n mukaan asia ei ollut OK 14:2.3:n tarkoittamalla tavalla muuttunut toiseksi, vaikka kantajayhdistys oli raastuvanoikeudessa, vedottuaan ensiksi moitteenalaisen päätöksen lain ja vastaajayhdistyksen sääntöjen vastaisuuteen, vedonnut myös siihen, että päätös loukkasi kantajayhdistyksen yhdenvertai-
suutta muihin vastaajayhdistyksen jäseniin nähden. KKO pysytti hovioikeu-
den tuomion, jolla moitteenalainen päätös julistettiin mitättömäksi.

Ennakkopäätöksessä KKO 1990:83 kantaja vaati osuuttaan veronpalautuk-
sesta, joka oli maksettu asianosaisten kuolinpesän osakkaiden ominaisuus-
suorittaman maatalouden tulosta suoritetun ennakkoveron johdosta. Kantaja perusti vaatimuksensa ensin kiinteistönkaupan ehtoon ja myöhem-
min siihen, että osuus kuului hänelle kuolinpesän osakkaana suoraan lain no-
jalla. KKO:n mukaan molemmat perusteet ovat tarkoittaneet saman veronpa-
lautuksen osuuden suorittamista. Hovioikeus, joka oli jättänyt maksuvaati-
muksen toissijaisella perusteella tutkimatta, oli menetellyt virheellisesti;
KKO otti asian kuitenkin ratkaistavakseen enemmän viivytyksen välttämä-
seksi, ja velvoitti vastaajan suorittamaan kantajalle vaaditun osuuden kat-
soen, että osuus kuului hänelle kuolinpesän osakkaana.

Ennakkopäätöksessä KKO 1992:133 kantajat olivat vaatineet lakiosan täy-
dennystä sillä perusteella, että lahjanluontoinen kiinteistönkauppa oli tar-
koittanut ennakkoperintöä tai suosiolahjaa vastaajalle. Oikeudenkäynnin ai-
kana kantajat olivat, lakiosavaatimuksiaan määrällisesti korottamatta, kan-
teensa tueksi lisäksi vedonneet siihen, että myös eräät vastaajalle kiinteistön
luovutuksen jälkeen lahjoitetut varat olivat olleet kuolinpesän varoihin lisät-

²³¹ Ks. teoriasta *Ekelöf* 1956, s. 101 ss. Teorian hyväksyvistä puheenvuoroista ks. esim. *Viro-
lainen DL* 1990, *Lappalainen SP I*, s. 411, *Jokela II*, s. 234–236 sekä *Laukkanen JJ Jokela*, s.
174. *Männistö (LM 2004)*, s. 46–48) toteaa oikeusvoimaoppikysymyksiä tarkastellen, että Ekelö-
fin teorian omaksuminen voi johtaa tosiasiallisiin oikeudenmenetyksiin, minkä vuoksi huomiota
olisi kiinnitettävä myös kantajan oikeusturvaintressiin.

²³² *Hepola* 2005, s. 242, jossa todetaan, että ero tutkijoiden ajattelussa on kuitenkin häilyväi-
nen, koska molemmat tutkijat näkevät ”voimassaolevan oikeuden skandinaavisen realismin läh-
tökohtien valossa”.

²³³ Ks. tapauksista *Jokela II*, s. 235.

tävää ennakkoperintöä tai suosiolahjaa. KKO ei pitänyt rahalahjoihin vetoamista kiellettynä kanteen muuttamisena, ja palautti asian hovioikeuteen.

Kanteen muutettavuus on yhteydessä oikeusvoimavaikutukseen. Jos kantajan uudet vaatimukset tai perusteet jätetään tutkimatta, tällä tulee olla oikeus saada muutettu kanteensa tutkittavaksi uudessa oikeudenkäynnissä ensiprosessin tuomion oikeusvoiman estämättä.²³⁴ Oikeusseuraamuksen identtisyysarvioinnissa oikeusseuraamusta pidetään ”samana” riippumatta esimerkiksi siitä, vaaditaanko sopimukseen perustuvaa suoritusta vai vahingonkorvausta sopimuksen pätemättömyyden aiheuttamasta vahingosta. Kun toinen vaatimus hyväksytään, toinen vaatimus käy tarpeettomaksi, kun asianosaisella ei ole enää oikeussuojan tarvetta.²³⁵ KKO on eräissä ratkaisuissa soveltanut laajaa oikeusvoimaoppia.²³⁶ Tarkastelen ratkaisuista tuoreinta, joka havainnollistaa mielestäni hyvin laajan oikeusvoimaopin problematiikkaa.

Ennakkopäätöksessä KKO 2008:43 kantaja oli ensiprosessissa vaatinut vahingonkorvausta sopimuksen perusteella väittäen, että vastaaja oli korvausvelvollinen, koska sen tarjoama koulutus ei ollut vastannut sopimusta. Kanne hylättiin tuomiolla, jonka lainvoimaistumisen jälkeen kantaja nosti uuden kanteen, vaatien vahingonkorvausta ensisijaisesti sillä perusteella, että oppilaitoksen koulutuspäällikkö oli antanut hänelle koulutuksesta väärää tietoa. Toissijaisesti kantaja vaati vahingonkorvausta sillä perusteella, että hänen koulutuksesta saamansa todistus oli vaihdettu uuteen todistukseen, johon oli vähennetty hänen opintoviikkojensa määrää. Kaikki kolme oikeusastetta jättivät kanteen tutkimatta, katsoen, että uudessa kanteessa esitetyt vaatimukset tarkoittivat asiallisesti samaa suoritusta kuin edellisessä kanteessa.

Laajan oikeusvoimaopin mukaan ensiprosessin tuomion oikeusvoimavaikutus prekludoi vaihtoehtoiset kanneperusteet, joihin kanteen tueksi olisi voitu vedota, jolloin kanteen hylkäävän tuomion negatiivinen oikeusvoimavaikutus estää tällaiseen perusteeseen nojautuvan kanteen tutkimisen. Jutussa KKO 2008:43 vahingonkorvausta olisi ensiprosessissa tullut vaatia paitsi sopimusperusteisesti, myös julkisen vallan vahingonkorvausvastuun perusteella. Vaikka vaatimukset eivät aineellisoikeudellisesti ole identtisiä, prosessioikeudellisessa mielessä

²³⁴ *Jokela II*, s. 236. *Männistö (LM 2004*, s. 42) toteaa, että Ruotsissa myös laadullisesti erilaiseen oikeusseuraamukseen tähtäävien vaihtoehtoisten vaatimusten esittämisen katsotaan estyvän laajan oikeusvoimaopin vuoksi, vaikka esimerkiksi kaupan purku ja hinnanalennus eivät ole kantajan kannalta samanarvoisia vaatimuksia ja vaikka vaatimistaakka (OK 24:3.1) estää tuomitsemasta laadullisesti erilaista oikeusseuraamusta. Suomessa ei hänen mukaansa tällaisesta kehityksestä ole vielä merkkejä näkyvissä sen paremmin oikeuskirjallisuudessa kuin -käytännössäkään.

²³⁵ Ks. *Männistö LM 2004*, s. 41–42 viitteineen.

²³⁶ Ks. KKO 2001:136, KKO 2000:84. Ks. tästä linjanmuutoksesta ja sen perusteista *Männistö LM 2004*, s. 42 ss. *Laukkasen (JJ Jokela*, s. 174–175) mukaan KKO:n aikaisempien ratkaisujen perusteella tulkintalinjaa ei voida pitää selkeänä.

kysymys on ”samasta asiasta”. Kun vaihtoehtoista perustetta ei tutkittu ensiprosessissa, kannetta ei voitu ottaa tutkittavaksi.²³⁷

Kantajan on oikeudenmenetyksiltä välttyäkseen syytä esittää vaihtoehtoisia kanneperusteita ainakin sellaisissa tapauksissa, joissa kanneperustetta voitaisiin esimerkiksi oikeudellisen harkinnanvaraisuuden vuoksi vaatia molemmilla perusteilla. Laajan oikeusvoimaopin omaksuminen asettaa asianajajien ammatitaidolle kovat vaatimukset, koska jos kannetta ajetaan ”väärällä perusteella”, oikeudenmenetystä ei voida korjata uudessa oikeudenkäynnissä.²³⁸ ”Taitamaton asianajo ei ole purkuperuste”, kuten osuvasti todetaan.²³⁹ Tuomionpurku on tarkoitettu viimesijaiseksi oikeussuojakeinoksi, joten esimerkiksi vahingonkorvausasioissa korvauksen määrän muuttamista tulisi hakea muutosoikeudenkäynnissä, mikä on vain rajoitetusti mahdollista.²⁴⁰

Kun väittämistaakka ei ulotu oikeustositseikkojen juridiseen luonnehdintaan, sillä, miten kantaja vaatimuksensa perusteita aineellisoikeudellisesti luonnehtii, ei lähtökohtaisesti ole merkitystä arvioitaessa sitä, voiko tuomioistuin perustaa tuomionsa näihin seikkoihin. *Iura novit curia* -periaatetta noudatettaessa oikeustositseikaston uusi juridinen luonnehdinta ei ole kiellettyä vielä muutoksenhakuvaiheessakaan, mutta oikeutta vedota valmistelussa ilmoittamattomiin oikeustositseikkoihin rajoitetaan preklusiosääntelyllä (OK 6:9.1). Keskitysperiaate edellyttää, että uuden tosiseikka-aineiston esittäminen on sitä poikkeuksellisempaa, mitä pidemmälle prosessi etenee.²⁴¹ Rajanveto uusiin oikeustositseikkoihin vetoamisen ja oikeustositseikaston sallitun uuden juridisen luonnehdinnan välillä voi kuitenkin olla hankalaa.

KKO 2001:77. Kantaja oli aikonut käyttää vastaajan valmistamaa laminaattia perunasta tehtyjen elintarvikkeiden pakkausmateriaalina, mihin laminaatti vastaajan neuvotteluissa antaman tiedon mukaan soveltui. Laminaatti kuitenkin sulii, kun sitä kuumahitsattiin pusseiksi, ja jätti pusseihin hajun, joka

²³⁷ Vaatimistaakasta (OK 24:3.1) johtuu, että tuomioistuin ei voi tuomita muuta tai enempää kuin kantaja on vaatinut. Siksi kantajan on ensiprosessissa tarpeen, jos saman oikeustositseikaston nojalla voitaisiin tuomita esimerkiksi joko hinnanalennusta tai vahingonkorvausta, vaatia varmuuden vuoksi molempia. Ks. kysymyksestä *Hoffrén – Vuoren pää LM 2009*, s. 790–798 sekä *Vuoren pää DL 2010*, s. 211, jossa huomautetaan, että asia voi muuttua toiseksi, jos hinnanalennusta vaatinut kantaja muuttaa vaatimuksensa vahingonkorvausvaatimukseksi tuottamukseen vetoamalla; ristiriitaa ei kuitenkaan ole, jos vedotut seikat ”johtuvat olennaisesti samasta perusteesta” (s. 213).

²³⁸ Ks. väittämistaakan täyttämisestä asianajajan näkökulmasta *Peltonen JJ Lappalainen*, s. 429–434.

²³⁹ *Männistö LM 2004*, s. 48. Eri asia on, että tuomio voidaan purkaa, jos purkaa hakevan asianosaisen edustaja tai avustaja on jutun yhteydessä syyllistynyt rikolliseen menettelyyn, ja menettelyn voidaan otaksua vaikuttaneen jutun lopputulokseen (OK 31:7.1, 1-kohta); ks. tämän purkuperusteen johdosta *Leppänen – Välimaa 1998*, s. 139–140.

²⁴⁰ *Männistö LM 2008*, s. 413.

²⁴¹ Muutoksenhakuvaiheen preklusiosääntelyllä turvataan myös instanssijärjestyksen periaatetta. Ks. muutoksenhakuvaiheen preklusiosta jakso 6.4.3.2.

teki elintarvikkeista syömäkelvottomia. Kantaja vaati vastaajalta vahingonkorvausta myös välillisistä vahingoista väittäen, että tämä oli antanut ”erityisen sitoumuksen” sellaisista tavarain ominaisuuksista, jotka tiesi kantajalle olennaisiksi (KL 40.3). Alioikeus hyväksyi kanteen. Hovioikeudessa kantaja esitti, että vastaaja oli vahingonkorvausvelvollinen välillisistä vahingoista paitsi antamansa erityisen sitoumuksen, myös tuottamuksensa perusteella. Kantajan mukaan vastaaja oli aiheuttanut vahingon tuottamuksellisesti antamalla lupauksen, jonka paikkansapitävyyttä ei ollut varmistettu. Hovioikeus jätti käsittelyratkaisussaan väitteen OK 25:17.1:n ja 26:4.2:n nojalla tutkimatta katsoen, että kysymys oli uuteen oikeustositseikkaan vetoamisesta. KKO:n mukaan kysymys oli kuitenkin tosiseikaston uudesta juridisesta luonnehinnasta, jota preklusiosäännökset eivät estäneet.

KKO:n ratkaisu on perusteltu, sillä tosiasiallinen tapahtumainkulku on sama, arvioitiinpa annettua lupausta erityisenä sitoumuksena tai tuottamusvastuun kautta. Väitteiden arvioiminen ei olisi edellyttänyt uuden näytön esittämistä. Tässä tapauksessa ”asia puhuu puolestaan”, *res ipsa loquitur*. On ilmeistä, että jos tuomioistuin katsoo näytetyksi: 1) vastaajan lupauksen laminaatin soveltuvan elintarvikkeiden pakkaamiseen ja että 2) tämä lupaus on pettänyt, vastaaja ei ole varmistanut lupauksensa paikkansapitävyyttä. Tällaista vastaaja tuskin olisi voinut väittääkään: vahingon aiheutuminen puhuu juuri tältä osin itse puolestaan. Sitä, olisiko sillä ollut tähän oikeudellinen velvollisuus, jonka rikkomisen tulisi arvioitavaksi tuottamusvastuuna, on kuitenkin oikeuskysymys.

Subjektiiivinen väittämistaakka oikeuskäytännössä – KKO 2006:54

Subjektiiivinen väittämistaakka edellyttää, että juuri johonkin oikeustositseikkaan nähden vetoamisvelvollinen asianosainen vetoaa siihen, jotta tuomioistuin voisi ottaa sen huomioon ratkaisussaan. Subjektiiivisen väittämistaakan problematiikka on oikeuskäytännössä ajankohtaistunut KKO:n ratkaisussa 2006:54, joka määrittää kantajan väittämistaakan ulottuvuutta sekä osoittaa, miten tärkeää vaihtoehtoisten vaatimusten ja perusteiden esittäminen oikeudenmenetyksiltä välttymiseksi on.

KKO 2006:54. Tapauksessa kantajana ollut pankki vaati käräjäoikeudessa luoton (B) takaajilta perusteettoman edun palauttamista. Pankki oli luotottanut päävelallista kolmella luotolla (A, B ja C), jotka se oli valvonut velallisen konkurssissa. Pankki oli pannut kaikkien luottojen takaajia vastaan vireille kanteen ennen kuin se oli saanut konkurssipesästä jako-osuutta. Kun pankki oli saanut konkurssipesästä jako-osuuden, se kohdisti osuuden siten, että luotto B katsottiin kokonaan maksetuksi, ja peruutti kanteensa luoton B takaajia vastaan. Hovioikeus katsoi kuitenkin, että pankilla ei ollut oikeutta kohdistaa samaansa jako-osuutta mainitulla tavalla, vaan jako-osuus oli kohdistettava saataville niiden suuruuden mukaisessa suhteessa. Hovioikeus

alensi luoton A takaajien maksettavaksi tulevaa pääomaa ja hylkäsi kanteen luoton C takaajia vastaan katsoen, että luotto oli tullut maksetuksi.

Pankki vaati luoton B takaajilta perusteettoman edun palautusta lausuen, että se oli joutunut siirtämään konkurssipesästä saamaansa jako-osuutta, joka oli alun perin käytetty luoton B suoritukseksi, luottojen A ja C suoritukseksi. Pankki oli myös palauttanut luottojen A ja C takaajille summan, joka määrältään vastasi käräjäoikeuden tuomion perusteella tehtyjen maksusuoritusten ja hovioikeuden tuomioon perustuvan maksuvelvollisuuden erotusta. Uudelleenkohdistamisen myötä pankille oli jäänyt luoton B takaajilta saatavaa. Jollei omavelkaisen takauksen antaneita takaajia velvoitettu suorittamaan saatavaa pankille, nämä saivat pankin kustannuksella perusteetonta etua.

Vastaajat vastustivat kannetta väittäen, että he olivat vapautuneet takausvastuustaan siihen sovellettavan, vuoden 1873 takausasetuksen 4 §:n nojalla. Koska takausvastuu oli lakannut lain nojalla, korvausvastuu ei voinut elpyä hovioikeuden tuomion perusteella. Pankki totesi vastauksen johdosta antamassaan lausumassa, että luotto oli lakannut, kun se oli tullut kokonaan suoritetuksi konkurssipesästä saadulla jako-osuudella. Uudelleenkohdistamisesta oli kuitenkin aiheutunut pankille vahinkoa ja vastaajille perusteetonta etua. Kanteessa kysymys oli nimenomaan perusteettomasta edusta, eikä luottoa koskevasta velkomuksesta. Takauksen vanhentumisajoilla ei siten kantan mukaan ollut asiassa merkitystä.

Käräjäoikeus katsoi tuomiossaan, ennakkopäätöksestä KKO 1999:63 ilmeneväksi tulkitsemaansa oikeusohjeeseen viitaten, pankin vedonneen kaikkiin sellaisiin seikkoihin, joiden perusteella kanne voitiin tutkia myös vastaajien takausvastuun perusteella, vaikka pankki olikin katsonut kysymyksessä olevan perusteettoman edun palautuksen ja nimenomaan ilmoittanut, että kysymys ei ollut takaukseen perustuvasta velkomuksesta. Käräjäoikeus katsoi, että takaukset eivät olleet vanhentuneet ja velvoitti vastaajat suorittamaan kantajalle kanteessa velotun määrän. Hovioikeus, jonne vastaajat valittavat, ei muuttanut käräjäoikeuden tuomiota.

KKO sitä vastoin kiinnitti huomiota takausvelkomuksen ja perusteettoman edun palautuksen eroihin. KKO katsoi, että pankin kanne oli perustunut vastaajille aiheutuneeksi väitettyyn perusteettomaan etuun, joka oli aiheutunut takausvastuun lakkaamisesta sekä pankin kohdentamistrakaisun peruuttamisesta. ”Sen sijaan kanteessa ei ollut vaadittu maksusuorituksia välittömästi takaussitoumusten perusteella eikä siten vedottu takausvastuun kannalta keskeiseen oikeustositseikkaan eli takauksen voimassaoloon.” ”Koska juuri pankin oli ollut vedottava niihin tosiseikkoihin, joihin tuomioistuin on saanut kanteen hyväksymisen perustaa”, jutussa ei ollut merkitystä sillä, että vastaajat olivat ”vedonneet takaukseen” perustellessaan maksuvelvollisuutensa vanhentumista. (Jutussa otettiin kantaa myös hovioikeusvaiheen preklusiosäännösten tulkintaan.)

Prosessioikeustutkijat ovat pitäneet ratkaisua hyväksyttävänä; varallisuus oikeustutkija *Janne Kaisto* sitä vastoin katsoo, että ratkaisussa olisi tingitty väittämis-

taakan yleisistä opeista, *iura novit curia* -periaatteesta.²⁴² Kaiston mukaan periaatteesta ei kuitenkaan liene luovuttu KKO:ssa, vaan ennakkopäätös 2006:54 on muihin periaatteen vahvistaviin ratkaisuihin nähden ”jonkinlainen anomalia”, jolle ei tule antaa tavanomaista ennakkopäätösarvoa.²⁴³

Kaiston mukaan ratkaisu loukkaa *iura novit curia* -periaatetta, koska ”takausvastuun voimassaoloa koskevien puheiden olisi voitu katsoa liittyvän ainoastaan oikeustosisekkujen oikeudelliseen merkitykseen eli seikkaan, josta pankin ei olisi ollut pakko lausua yhtään mitään”.²⁴⁴ Kaiston kanta on mahdollinen, sillä väittämistaakka ei ulotu oikeustosisekkuston aineellisoikeudelliseen luonnehdintaan. Takausvastuun voimassaolo ei myöskään, kuten Kaisto hieman epätasaisesti toteaa, ole ”puhdas oikeustosisikka, vaan seikka, johon liittyy myös oikeuskysymyksiä”.²⁴⁵ Tuomioistuimien ratkaisee vanhentumiskysymyksen soveltamalla lakia näytetyiksi tullessiin tosiseikkoihin.

En kuitenkaan yhdy Kaiston kritiikkiin, koska kanneperusteen muotoileminen siten, että se kattaisi sekä takausvelkomuksen että perusteettoman edun palautuksen konstituoivat seikat, ei ole mahdollista. Oikeusseuraamukset olivat jutussa vaihtoehtoiset, eikä kannevaatimusta siten olisi voitu hyväksyä molemmilla perusteilla. Jos takauksittoumukset olisivat voimassa, kantajat eivät olisi saaneet perusteetonta etua, vaan olisivat velasta vastuussa antamiensa sitoumusten nojalla. KKO nähdäkseni viittaa tuomiossa tähän, todetessaan, että ”kanteessa ei ole vaadittu maksusuorituksia välittömästi takauksittoumusten perusteella eikä siten vedottu takausvastuun kannalta keskeiseen oikeustosisikkaan eli takauksen voimassaoloon”.

Vaikka väittämistaakka ei ulotu konkreettisten faktojen juridiseen luonnehdintaan, väittämistaakan funktioiden sekä tuomioistuimen ja asianosaisten työn- ja vastuunjaon kannalta asiaa arvioiden on perusteltua katsoa, että KKO:n ratkaisu on oikea. Kun kantaja oli ilmoittanut, että kanne ei perustu vastaajien antamiin takauksittoumuksiin ja tuomioistuimien oli käyttänyt kyselyoikeutta asian selvittämiseksi²⁴⁶, vanhentumiskysymys ei tullut tutkinnan kohteeksi: kantaja oli nimenomaisella tahdonilmaisullaan rajannut sen prosessin ulkopuolelle. Ratkaisu on erityisesti kontradiktorisen periaatteen valossa oikea. Kun kantaja oli nimenomaisesti ilmoittanut, että ei vaadi saatavaa takauksittoumusten nojal-

²⁴² KKO:n ennakkopäätöstä ovat prosessioikeudelliselta kannalta hyväksyttävänä pitäneet Jyrki Virolainen (*JJ Lappalainen*, s. 570) Jaakko Rautio (*KKO 2006*), Mikko Vuorenpää (*Oikeustieto 2007*) ja allekirjoittanut (*DL 2006a*). Ks. ratkaisun kritiikistä *Kaisto DL 2007*, tässä s. 215.

²⁴³ *Kaisto DL 2007*, s. 215. Kaisto mainitsee *iura novit curia* -periaatteen vahvistavista ratkaisuista esimerkkeinä ratkaisut KKO 1999:63, KKO 2001:77 ja KKO 2003:4.

²⁴⁴ *Kaisto DL 2007*, s. 215.

²⁴⁵ *Kaisto DL 2007*, s. 213.

²⁴⁶ Käräjäoikeus viittaa tuomiossaan (1.9.2003) siihen, että ”pankki oli katsonut kanteessaan kysymyksen olevan perusteettoman edun palauttamista koskevasta vaatimuksesta ja oli nimenomaisesti ilmoittanut, ettei kysymys ollut takaukseen perustuvasta velkomuksesta”. Ks. myös KKO:n tuomio, perustelujen kappale 7 sekä esittelijäneuvos Jukka Sipon mietintö.

la, on väittämistäkaan suojanormiluonne huomioon ottaen arveluttavaa hyväksyä kanne kyseisellä perusteella.

Vaikka ratkaisua voidaan pitää formalistisena, tämä ei ole oikea tulkinta. Kantajan oikeudenmenetys johtui tämän omasta prosessitaktisesta kompuroinnista. Kantaja olisi oikeudenmenetyksiltä välttyäkseen voinut velkoa saatavaa ensisijaisesti takaussitoumusten perusteella ja toissijaisesti, jos takaukset olisi katsottu vanhentuneiksi, perusteettoman edun palautuksena. Takaussitoumusten vanhentumiskysymys olisi nähdäkseni voitu ratkaista välituomiolla: kyseessä olisi ollut OK 24:6.1:n mukainen välituomio erillisestä kannevaatimuksesta.²⁴⁷ Ratkaisu ei ole formalistinen siksikään, että tuomioistuin oli käyttänyt kyselyoikeuttaan asian selvittämiseksi. Kun kantaja oli vastannut tuomioistuimen tiedusteluun kieltävästi, hän voi syyttää ratkaisusta itseään.

3.2.3.2 Vastaajan väittämistäakasta

Vaikka väittämistäakka rasittaa ensisijaisesti kantajaa, vastaajallakin voi olla väittämistäakka jostakin oikeustosisesta. Edellyttäen, että tuomioistuin ei kirjallisessa valmistelussa jätä kannetta tutkimatta (OK 5:6.1) tai hylkää sitä haastetta antamatta (OK 5:6.2), kanne tulee antaa vastaajalle tiedoksi haasteella, jossa vastaajaa pyydetään ilmoittamaan muun ohessa se, myöntääkö hän kanteen vai vastustaako hän sitä (OK 5:10.1, 1-kohta). Kun vastaaja vastustaa kannetta, tämän tulee ilmoittaa vastustamiselle sellaiset perusteet, ”joilla on merkitystä asian ratkaisemisen kannalta” (OK 5:10.2, 2-kohta). Jos vastaaja ei dispositiivisessa jutussa 1) anna vastausta tuomioistuimen asettamassa määräajassa, 2) vastauksessaan esitä kanteen vastustamiselle perustetta tai 3) vetoa vain sellaiseen perusteeseen, jolla selvästi ei ole vaikutusta asian ratkaisemiseen, kanne hyväksytään yksipuolisella tuomiolla (OK 5:13).

Vastaaja voi vastustaa kannetta esittämällä prosessi- eli oikeudenkäyntiväitteen tai asiaväitteen. Oikeudenkäyntiväitteellä tarkoitetaan väitettä jonkin prosessinedellytyksen puuttumisesta.²⁴⁸ Prosessinedellytyksellä tarkoitetaan seikkoja, joiden tulee olla olemassa, jotta kanne voidaan ottaa tutkittavaksi ja ratkaistavaksi.²⁴⁹ Prosessiväitteen esittämällä vastaaja pyrkii siihen, että tuo-

²⁴⁷ Jokelan (III, s. 400) mukaan välituomion antaminen kahdesta suorituskanteesta edellyttää, että kanteet ovat toisiinsa nähden ennakkoluonteisuusjärjestyksessä, mikä on mahdollista esimerkiksi sellaisissa kumulaatiotilanteissa, joissa kantaja on esittänyt vastaajaa vastaan vaihtoehtoisia vaatimuksia (*subjektiivinen kumulaatio*). Ks. välituomiosta myös HE 154/1990, s. 32, *Lappalainen SP II*, s. 374–376 sekä *Boman FS Welamson ja Ekelöf – Edelstam – Boman V*, s. 205–207.

²⁴⁸ Ks. esim. *Reinikainen 1958*, s. 30–32, *Tirkkonen SP I*, s. 471, *Lappalainen SP I*, s. 393, *Virolainen 1995*, s. 35 ja *Jokela II*, s. 608.

²⁴⁹ Ks. prosessinedellytyksistä esim. *Reinikainen 1958*, passim., *Tirkkonen SP I*, s. 466–467, *Tirkkonen RP I*, s. 382, *Virolainen 1995*, s. 5 ja *Jokela II*, 404–414. Oikeuskirjallisuudessa prosessinedellytysten katsotaan kohdistuvan 1) tuomioistuimeen, 2) asianosaisiin, 3) kanteeseen ja

mioistuun jättäisi kanteen puuttuvan prosessinedellytyksen vuoksi tutkimatta joko kokonaan tai, jos kysymys on korjauskelpoisesta puutteesta, kunnes puute on korjattu.

Prosessinedellytykset ovat laadultaan ehdottomia tai tahdonvaltaisia.²⁵⁰ Jos puute kohdistuu tahdonvaltaiseen prosessinedellytykseen, prosessiväite on tehtävä, kun asiassa käytetään ensimmäisen kerran asiassa puhevaltaa (OK 16:1.1) uhalla, että myöhemmin tehtyä väitettä ei oteta tutkittavaksi (OK 16:1.2); ehdottomia prosessinedellytyksiä koskevat puutteet tuomioistuun on sitä vastoin velvollinen ottamaan huomioon viran puolesta.²⁵¹ Jos prosessiväite hyväksytään tai tuomioistuun huomaa itse puutteen ehdottomissa prosessinedellytyksissä, kanne pitää jättää päätöksellä tutkimatta. Tuomioistuun voi myös hakijan tai kantajan suostumuksella siirtää asian toimivaltaiseksi arvioimaansa käräjäoikeuteen, jos se katsoo, että se ei ole alueellisesti toimivaltainen tutkimaan asiaa (OK 10:22.1). Ellei toimivaltainen käräjäoikeus ole ”vaikeuksista selvitettävissä”, asian saa jättää siirtämättä (OK 10:22.2).

Asiaväitteen esittämällä vastaaja pyrkii siihen, että tuomioistuun hylkäisi kanteen tuomiolla. Kanteen hylkäävä tuomio merkitsee, että vaatimuksen ei katsota ansaitsevan oikeussuojaa aineellisoikeudellisilla perusteilla. Kanteen hylkäävä tuomio saavuttaa varsinaisten muutoksenhakukeinojen käyttömahdollisuuksien umpeuduttua oikeusvoiman, jolloin siitä muodostuu asianosaisten aineellisoikeudellista oikeussuhdetta muovaava prosessuaalinen oikeustositseikka, joka estää asianosaista panemasta kannetta vireille samassa asiassa.²⁵² Poikkeuksen muodostaa ns. jälkisattumus (*factum superveniens*), oikeudenkäynnin jälkeen sattunut seikka, jota ei ole voitu tuomiossa arvioida.²⁵³

Asiaväitteitä on kolmenlaisia.²⁵⁴ Näyttöväitteellä vastaaja kiistää kanneperusteeksi vedotun tapahtumainkulun todenperäisyyden kokonaan tai joiltakin

4) jutun vireillepanoon. Ks. esim. *Reinikainen 1958*, s. 24–26, *Tirkkonen SP I*, s. 475–478, *Tirkkonen SP II*, s. 9, *Tirkkonen RP I*, s. 387–389, *Lappalainen SP II*, s. 9 ja *Jokela II*, s. 405 sekä Ruotsin oikeuskirjallisuudesta ks. *Lindblom 1974*, s. 22 ja *Ekelöf–Boman II* s. 13.

²⁵⁰ Ks. *Tirkkonen SP I*, s. 393, *Lappalainen SP I*, s. 471, *Virolainen 1995*, s. 35 sekä *Jokela II*, s. 313.

²⁵¹ Ks. prosessinedellytyskysymysten käsittelystä *Jokela II*, s. 409–413 sekä *Nordh 2008a*, s. 147–158.

²⁵² Tutkimattajättämisspätöksellä ei ole tuomioon rinnastuvaa oikeusvoimavaikutusta, mutta jos kanne on jätetty tutkimatta pysyvää laatua olevan prosessinedellytyksen puutteen vuoksi, asiaa ei luonnollisesti voida ottaa uudestaan tutkittavaksi, mikä on osaltaan saanut kriitikot kyseenalaistamaan koko tutkimattajättämisinstituution tarpeellisuuden. Ks. kritiikistä *Jokela 1983*, s. 61–62, *Lappalainen SP II*, s. 2–3. Ks. tutkimattajättämisspätöksen oikeusvoimavaikutuksesta erit. *Lindblom 1974*, s. 117–165.

²⁵³ Ks. jälkisattumuksista ja oikeusvoimasta esim. *Lappalainen SP II*, s. 456–462, *Jokela III*, s. 441, *Ekelöf–Bylund–Edelstam III*, s. 200–206 ja *Männistö LM 2008*, passim.

²⁵⁴ Ks. niistä esim. *Virolainen LM 1985*, s. 984–986, *Virolainen 1988*, s. 54–55, *Virolainen LM 1991*, s. 385–386, *Lappalainen SP I*, s. 389, *Virolainen 1995*, s. 32–33, *Leppänen 1998*, s. 185 ja *Jokela II*, s. 311–312 sekä *Lindell CP*, s. 52–53, *Ekelöf–Edelstam I*, s. 42 ja *Nordh 2008b*, s. 192 – 193.

oikeudellisesti relevanteilta osilta. *Näyttöväite kohdistuu tapahtumainkulkuun, ei sen oikeudelliseen arvottamiseen.* Kanteessa kuvattu tapahtumainkulku joko pitää tai ei pidä paikkaansa. Jos vastaaja on tapahtumainkulusta samaa mieltä kantajan kanssa, mutta katsoo, että oikeusjärjestys ei liitä tapahtumainkulkuun kanteessa vaadittua oikeusseuraamusta, kysymyksessä on *oikeusväite*. Oikeusväitteen esittämällä vastaaja siis väittää, että kantajan laintulkinta on virheellinen. Näyttöväitteen oikeellisuuden tuomioistuin ratkaisee todistelun, oikeusväitteen oikeuslähdeopin ja oikeudellisten argumentaationsäätöjen perusteella. Niiden eroja voidaan havainnollistaa esimerkillä.

Oletetaan tilanne, jossa kantaja vaatii vahingonkorvausta, katsoen vastaajan olevan vahingosta tuottamuksesta riippumattomassa (ankarassa) vastuussa. Kantajan on yksilöitävä kanneperusteeksi oikeustosisekasto, joka asiaan sovellettavien aineellisoikeudellisten normien mukaan konstituoii tuottamuksesta riippumattoman korvausvastuun. Ankarasta vastuu on omaksuttu eräissä sopimuksenulkoisen vahingonkorvausvastuun säädöksissä; säädetyn lain ulkopuolella se tulee kysymykseen rajoitetusti.²⁵⁵ Ankarasta vastuun ja tuottamuksesta riippumattoman vahingonkorvausvastuun syntyminen ei edellytä, että vahingonaiheuttaja tai jokin tämän vastuulla oleva taho olisi menetellyt huolimattomasti.²⁵⁶ Tuottamuksesta vastuu luonnehditaan ”moitittavaan käyttäytymiseen perustuvaksi vastuuksi, jonka syntyessä osapuoli on toiminut vastoin toisen suojaksi annettua normia”.²⁵⁷ Jos kantaja katsoo sovellettavan ankaraa vastuuta, sen on yksilöitävä kanneperusteeksi tapahtumainkulku, joka vahingon on aiheuttanut ja joka voidaan ankaraa vastuuta koskevien oikeusohjeiden perusteella kvalifioida ankarasta vastuun piiriin.²⁵⁸ (Kantajan ei tarvitse yksilöidä, kuka on menetellyt huolimattomasti, ja todistaa tuottamuksen konstituoivia faktoja.)

Näyttöväitteen esittämällä vastaaja kiistäisi tapahtumainkulun kokonaan tai joiltakin osin.²⁵⁹ Jos vastaaja tunnustaa tapahtumainkulun, johon ei kuulu väite huolimattomasta menettelystä, mutta katsoo, että ei ole aiheutuneesta vahingosta tuottamuksesta riippumattomassa vastuussa, kysymys on lähtökohtaisesti oikeusväitteestä. Jos vastaaja esittää oikeusväitteen riitauttamatta tapahtumainkulkua, eikä kantaja vetoa uusiin seikkoihin, oikeustosisekasto on riidaton, eikä jutussa välttämättä tarvitse järjestää suullista pääkäsittelyä (OK 5:27a). Ti-

²⁵⁵ Ks. ankarasta vastuusta lainsäädännössä *Hemmo 2005*, s. 93–94 sekä tilanteista säädetyn lain ulkopuolella, s. 95–102. Ks. myös *Häyhä OTJP 1999*.

²⁵⁶ Vrt. kuitenkin *Kolehmainen BLF 2006*, s. 352–372, jossa ankaraa vastuuta koskeva aineellisoikeudellinen arvioinnin katsotaan olevan implisiittisesti tuottamuserusteista.

²⁵⁷ *Hemmo 2005*, s. 25. Ks. tuottamuservioinnin aineellisoikeudellisesta rakenteesta eri tyyppitilanteissa *Hemmo 2005*, s. 27–33, *Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006*, s. 89–124 sekä *Dahlman 2000*, passim.

²⁵⁸ Ks. tyyppitilanteen aineellisoikeudellisesta arvioinnista KKO 1997:48.

²⁵⁹ *Heuman (JT 2007-08*, s. 912–913) katsoo, että kiistäminen muodostaa vedotun oikeustosisekan kontradiktorisen vastakohdan: vastaaja voi esimerkiksi kiistää, että kantaja olisi antanut hänelle lainan.

lanne ei kuitenkaan liene käytännössä näin yksiselitteinen, mikä johtuu tosi-seikka- ja oikeuskysymyksen yhteenkietoutumisesta sekä siitä, että näitä kom-pleksisia oikeustositseikkoja on väistämättä avata kanneperusteen ja vastauk-sen tasolla.

Se seikka, että asiassa ei tarvitse vastaanottaa henkilötodistelua, ei myöskään välttämättä tee suullisesta pääkäsittelystä tarpeetonta. Asian ratkaisemisen kan-nalta on edullista, että asianosaiselle ja tämän avustajalle varataan tilaisuus suulliseen argumentaatioon, jolloin nämä voivat puolin ja toisin pledeerata oi-keuskysymyksestä. Jollei pääkäsittelyä kuitenkaan järjestetä, tuomioistuimen on varmistettava, että asianosaiset ovat saaneet esittää kaiken aineistonsa, ja että aineisto on myös ymmärretty oikein; riita-asian valmistelun yhteenveto on siksi näissä tapauksissa laadittava kirjallisena.²⁶⁰

Kolmas kanteen vastustamistapa on vastatositseikkaan vetoaminen, jolloin vastaajan väittämistaakka ajankohtaistuu. Vastatositseikkaan vetoamisella tar-koitetaan sitä, kun vastaaja ”vastustamisensa perusteeksi esittää sellaisen uuden oikeustositseikan asemassa olevan faktan, joka – riitauttamatta kantajan esittä-män tapahtumainkulun todenperäisyyttä – saa aikaan (jos sitä pidetään totena), ettei kantajan kanneperusteella ole kantajan väittämää juridista merkitystä”.²⁶¹ Kantajan väittämistaakkaa pidetään aiheellisesti selväpiirteisempänä ilmiönä kuin vastaajan väittämistaakkaa.²⁶²

Kun vastaaja vetoaa vastatositseikkaan, tuomioistuimen tulee tutkia väite, ja siihen on otettava kantaa myös tuomiossa. Vastatositseikkoihin liittyy siis oi-keusseuraamus, joka voi laadultaan olla oikeutta kumoava, oikeuden lakkautta-va tai oikeutta muuttava (vrt. kanneperuste, joka muodostuu konstitutiivisista seikoista).²⁶³ Klassisia esimerkkejä velkomuskannetta vastaan vedotuista vasta-tositseikoista ovat myydyin tavarain virhe, reklamaation tapahtuminen, velan van-hentuminen, anteeksianto, ulkoprosessuaalinen sovinto ja kohtuullistamispe-rusteet.²⁶⁴ Vastatositseikkoja voivat vahingonkorvausjutussa olla esimerkiksi va-hingonkorvausvastuuta eri tavoin rajoittavat seikat, kuten se, että kantajalla on ollut vahingon aiheutumiseen omaa tuottamusta tai myötävaikutusta, vahinko-seuraus on ollut ennakoimaton tai syy-yhteys on katkennut.²⁶⁵

²⁶⁰ HE 32/2001, s. 53–54.

²⁶¹ Näin asian ilmaisee *Virolainen LM 2000*, s. 1157. Ks. olennaisesti samansisältöisesti *Boman 1964*, s. 10, *Lappalainen SP I*, s. 389, *Ekelöf – Boman – Edelstam V*, s. 27 ja *Heuman JT 2007-08*, s. 912.

²⁶² *Lappalainen SP I*, s. 403. *Peltonen JJ Lappalainen*, s. 433, toteaa, että vastaajan väittämistaakan ongelmien selvittäminen edellyttää epäselvässä tilanteessa ”vaivautumista kohtalaisen vaatimaan ajatusmanööveriin”.

²⁶³ *Heuman 2005*, s. 95 ja *Westberg FS Lindblom*, s. 736 av. 3 ja *Heuman JT 2007-08*, s. 911.

²⁶⁴ *Lappalainen LM 1990*, s. 253.

²⁶⁵ Näin *Peltonen JJ Lappalainen*, s. 433.

Kun kanne hylätään tai tuomittavaa oikeusseuraamusta rajoitetaan vastaajan vetoaman vastatosiseikkaväitteen perusteella, ratkaisu perustuu aineellisoikeudellisessa katsannossa siihen, että vastatosiseikkaan liittyvä oikeusseuraamus ei ole toteutettavissa samanaikaisesti kantajan oikeuden kanssa; poikkeuksena voidaan mainita kuittausväite. Kun tuomioistuimien hyväksyy kuittausväitteen, saatavat kuitataan tuomiossa siltä osin, kuin ne peittävät toisensa (*pro summa concurrente*). Kuittausväitteen esittämisellä vastaaja ei voi velkoa kantajalta kannevaatimuksen määrää suurempaa saatavaa. Jos vastaajalla on kantajalta suurempi saatava, hänen on nostettava oma kanne. Vastaaja voinee ensiprosessissa annetun tuomion estämättä velkoa jäännössaataavaa uudella kanteella.²⁶⁶

Väittämistaakka on jakamaton kokonaisuus, joten väittämistaakka jostakin abstraktisesta oikeustositseikkasta rasittaa vain toista asianosaista.²⁶⁷ Oikeuskäytännössä vastaajan väittämistaakkaa on käsitelty vähän.²⁶⁸ *Juha Lappalainen* on erästä tällaista ratkaisua (KKO 1989:105) arvostellessaan todennut, että KKO vaikuttaa siinä asettaneen vastaajalle väittämistaakan tuottamuksen puuttumista tarkoittavasta seikasta.²⁶⁹

Ennakkopäätöksessä KKO 1989:105 kantaja vaati vastaajalta vahingonkorvausta tämän työntekijöiden tuottamuksellisen menettelyn perusteella. Nämä olivat moottorikelkalla kantajan kiinteistöllä ajaessaan joko katkaisseet hevosaitauksen paimenlangan tai painaneet sen lumen pintaan, mistä syntyneestä aukosta kolmannen henkilön omistama lämminverihevonen oli päässyt vapaaksi ja loukkaantunut.²⁷⁰ Alioikeus hyväksyi kanteen. Hovioikeus katsoi, että työntekijät eivät olleet tienneet, eikä heidän ollut pitänytkään tietää siitä, että aitaus olisi ollut käytössä ollut laidunaitaus. KKO katsoi, että vastaaja ei ollut vedonnut siihen, etteivät sen työntekijät olisi tienneet aitauksesta, joten hovioikeus ei olisi saanut perustaa tuomiota kyseiseen seikkaan. KKO poisti tätä koskevan lausuman hovioikeuden tuomiosta, mutta ei muuttanut pääasiallisen ratkaisua.

Lappalaisen mukaan tietoisuus oli tuottamuksen osakysymys, joka tuli tuomioistuimen tutkinnan kohteeksi vahingonaiheuttamiskuvauksen perusteella. Vastaajan väite siitä, että työntekijät eivät tienneet laidunaitauksesta, merkitsi perustetta tuottamuksen puuttumiselle, joten kysymys oli ollut kiistämisestä, eikä vastatosiseikkaan vetoamisesta.²⁷¹ Koska tietoisuuskysymys kuuluu tuottamukseen, KKO asetti vastaajalle väittämistaakan kantajan väittämistaakan pii-

²⁶⁶ Kysymys on kuitenkin jokseenkin tulkinnanvarainen. Tällaista, mielestäni perustelluinta linjaa ovat kannattaneet *Jouko Halila* (1961, s. 280) ja *Juha Lappalainen* (SP II, s. 413–414).

²⁶⁷ Ks. esim. *Boman SvJT* 1960, s. 390.

²⁶⁸ Ks. KKO 1989:105, KKO 2006:54 ja KKO 2010:53.

²⁶⁹ *Lappalainen LM* 1990.

²⁷⁰ Mainittakoon, että hevosen omistaja oli siirtänyt oikeutensa korvaukseen kantajalle – muuten tällä ei olisi ollut asialegitimaatiota kanteen ajamiseen.

²⁷¹ *Lappalainen LM* 1990, s. 256.

riin kuuluvasta seikasta. Jos väittämistaakka asetettaisiin näin vastaajalle, synnyisi helposti ajatus ”tietoisuusolettamasta”, ellei tietoisuutta ei nimenomaisesti kiistettäisi. Tällainen ratkaisu olisi vahingonkorvausoikeudellisesti epätarkoituksenmukainen, koska ”tietoisuusolettama” merkitsisi poikkeusta sopimusestakausvastuusta koskevista todistustaakkanormeista; tosin todistustaakkanormeja ja väittämistaakkaa ei normien erilaisten funktioiden vuoksi tule samaistaa kovinkaan pitkälle.²⁷²

Väittämistaakan kohteen jakamattomuudesta johtuu, että kun asianosainen vetoaa oikeustositseikkaan, tulee oikeustositseikan negaatiokin tuomioistuimen tutkinnan piiriin. Jos kantaja vetoaa seikkaan OT, tuomioistuin voi perustaa tuomionsa myös seikkaan ei-OT.²⁷³ Jos kantaja ei vetoa seikkaan OT, ei tuomioistuin voi perustaa tuomiotaan seikkaan ei-OT, koska seikka ei tule tutkinnan kohteeksi lainkaan. Negaatiolla tarkoitetaan vedotun oikeustositseikan vastakohtaa, ei seikkaa, joka voi tulla kysymykseen vastatositseikkana ja jonka tuomioistuin huomaa tuomitsemisvaiheessa.

Ennakkopäätöksessä KKO 2006:54 takausten voimassaolon katsottiin kuuluvan kantajan väittämistaakan piiriin. Siksi sillä, että vastaajat olivat itse vedonneet takaustensa vanhentumiseen, ei ollutkaan jutussa merkitystä. Kun kantaja ei ollut asianmukaisesti täyttänyt väittämistaakkaansa eli vedonnut takausvastuun konstituoiuihin seikkoihin, ei oikeustositseikan negaatio (takausvastuun lakkaaminen vanhentumisen perusteella) tullut asianmukaisesti tutkinnan piiriin. Tuomioistuin ei olisi saanut tutkia kannetta lainkaan takausvelkomuksena, vaan vain perusteettoman edun palautuksena. – Todettakoon tässä, että katson, että takaussitoumusten antaminen voitaisiin sellaiseen – kuten *Janne Kaisto* tekee – katsoa yhdeksi takausvastuun konstituivaksi seikaksi. Jos asia ajatellaan näin, voidaan väittää, että kanne olisi voitu tutkia takausvelkomuksenakin. Kun muistetaan, että kondiktiokanteen väittämätön aineellisoikeudellinen edellytys oli ollut takausvastuun vanhentuminen, ja kantaja oli nimenomaisesti rajannut vanhentumiskysymyksen tutkinnan ulkopuolelle, ei tätä kantaa mielestäni voida hyväksyä.

3.2.3.3 Suksessiivisen relevanssin periaate ja väittämistaakan jako

Asianosaisten välisen väittämistaakan jaon apuvälineeksi on prosessioikeustutkimuksessa kehitetty *suksessiivisen relevanssin periaatteena* tunnettu teoria, jonka mukaan väittämistaakan jaon pitää noudattaa aineellisoikeudellisten normistojen tunnusmerkistöjen vuorovaikutusta.²⁷⁴ Suksessiivisen relevanssin periaatetta on Suomessa käsitelty vähän, vaikka kysymys on erittäin keskeisestä periaatteesta. Suksessiivisen relevanssin periaatteen tunnetuksi tehneen *Karl Olivecronan* mu-

²⁷² Lappalainen LM 1990, s. 256–257.

²⁷³ Ks. tästä Leppänen 1998, s. 185–186 sekä Lappalainen SP I, s. 404.

²⁷⁴ Ks. Olivecrona 1966, s. 208, Boman 1964, s. 9 sekä Ekelöf – Edellstam – Boman V, s. 29 ss.

kaan periaate on välttämätön kaikelle muulle kuin jumalantuomioiden ja muiden primitiivisten menetelmien varaan rakentuvalle lainkäytölle – niinpä hyvät juristit ovat hänen mukaansa kaikkina aikoina soveltaneet periaatetta, vaikka eivät välttämättä ole siitä tuollaista nimitystä käyttäneetkään.²⁷⁵

Suksessiivisen relevanssin periaatteesta käytetään usein esimerkkinä irtaimen kaupan velkomusta, joka havainnollistaa aineellisoikeudellisten oikeustosisekkojen luokittelemista eriasteisiksi vastatosiseikoiksi varsin hyvin.²⁷⁶ Myyjän on velkomuskanteen perusteeksi vedottava oikeutta perustaviin seikkoihin, joita ovat kauppasopimuksen laatiminen, tavarán luovuttaminen ja velan erääntyminen. Vastaaja voi kiistää kanteen väittäen, että 1) asianosaisten välillä ei ole solmittu sopimusta, 2) tavaraa ei ole luovutettu tai että 3) velka ei ole erääntynyt. Kysymys olisi kiistämisestä, sillä kohdat 1–3 tulevat tuomioistuimen tutkinnan piiriin kantajan väitteiden perusteella.

Ostaja voisi vastustaa kannetta vetoamalla tavarán virheeseen väittäen, että hänellä on sen vuoksi ollut oikeus pidättyä maksusta (*ensimmäisen asteen vastatosiseikka*). Väitteen säännösperustan muodostavat KL 30.1 sekä KL 42, jonka mukaan ostaja saa pidättyä kauppahinnan maksamisesta vaatimustaan vastaavalta osalta, jos hänellä on tavarán virheeseen perustuva vaatimus. Sitä, onko ostajalla ollut tällainen oikeus, voidaan arvioida vasta, jos tuomioistuin katsoo näytetyksi, että tavarassa on virhe. Kun vastaaja vetoaa virheeseen, on siitä esitettävä näyttöä, ellei kantaja tunnusta ko. seikkaa; näytön esittämisvelvollisuus ratkeaa todistustaakan jakonormien mukaan.

Kantaja voi puolestaan väittää, että vastaaja on menettänyt oikeutensa vedota virheeseen laiminlyömällä reklamoida siitä ”kohtuullisessa ajassa”. Säännösperusta on KL 6:32, jonka mukaan ”ostaja ei saa vedota tavarán virheeseen, ellei hän ilmoita virheestä myyjälle kohtuullisessa ajassa siitä, kun hän on havainnut virheen tai hänen olisi tullut se havaita”. Kantajan väite on *toisen asteen vastatosiseikka*, jonka nojalla ensimmäisen asteen vastatosiseikka menettää oikeudellisen merkityksensä – edellyttäen, että tuomioistuin hyväksyy väitteen siitä esitetyn näytön perusteella.

Jos vastaaja kiistää kantajan väitteen reklamaation laiminlyönnistä, hänen on yksilöitävä reklamaation suorittamistapa ja ajankohta; myös näytön esittäminen näistä seikoista kuuluu vastaajalle. Oikeuskirjallisuudessa katsotaan yksimielisesti, että reklamaatiosta on todistustaakka siihen vetoavalla osapuolella.²⁷⁷ Sen arvioiminen, onko reklamaatio tapahtunut ”kohtuullisessa ajassa”, on

²⁷⁵ Olivecrona 1966, s. 209.

²⁷⁶ Ks. esimerkiksi Boman 1964, s. 11 ja Leppänen 1998, s. 184. Ks. vastatosiseikkojen nimityksistä suomalaisessa kirjallisuudessa myös Virolainen LM 1985, s. 986, jossa kanneperustetta vastaan vedottua vastatosiseikkaa kutsutaan *vastinetosiseikaksi*, vastinetosiseikan vastatosiseikkaa *repliikkitosiseikaksi*, repliikkitosiseikan vastatosiseikkaa *dupliikkitosiseikaksi* ja dupliikkitosiseikan vastatosiseikkaa *tripliikkitosiseikaksi*.

²⁷⁷ Boman 1964, s. 257. Ks. reklamaatioilmoituksen lähettämistä koskevan todistustaakan ja

oikeuskysymys, johon voidaan ottaa kantaa vasta, kun reklamaatioajankohta on selvitetty.

Vastaaja voi myös tunnustaa laiminlyöneensä reklamaation, mutta vedota *kolmannen asteen vastatosiseikkana* siihen, että kantaja on virheestä tietoisena salannut sen, ja menetellyt näin kunnianvastaisesti ja arvottomasti, minkä vuoksi vastaaja ei ole menettänyt oikeuttaan reklamaation laiminlyönnin vuoksi. Säännösperustan muodostaa KL 33, jonka mukaan ”ostaja saa 31 ja 32 §:n säännösten estämättä vedota tavarán virheeseen, jos myyjä on menettely törkeän huolimattomasti tai kunnianvastaisesti ja arvottomasti”. Tämäkin on näyttökysymys: tuomioistuimen on selvitettävä, onko kantaja todella tiennyt virheestä ja salannut sen. Jos tuomioistuin katsoo tällaisen menettelyn näytetyksi, sen on arvioitava, onko kysymys tunnusmerkistössä tarkoitettu ”kunnianvastaisesta ja arvottomasta” menettelystä.²⁷⁸

Asianosaisten vetoamislauseumat ovat esimerkkitaapauksessa ennakoluonteisessa suhteessa toisiinsa nähden. Jollei ostaja vetoa tavarán virheeseen, vaan kiistää kanteen väittäen maksaneensa tavarán, ei kannetta saa hylätä, vaikka tuomioistuin huomaisi tavarassa olleen virheen.²⁷⁹ Ellei virheeseen asianmukaisella tavalla vedota, ei kysymys reklamaatiostakaan ajankohtaistu. Tuomioistuimella ei siinä tapauksessa tietenkään ole oikeutta tutkia juttua muidenkaan väitteiden osalta. Suksessiivisen relevanssin periaate osoittaa selkeästi, miten väittämistaakka liittää siviiliprosessioikeutta aineelliseen varallisuusoihteuteen. Samalla periaate ilmentää, miten tärkeää on aineellisen varallisuusoihteuden hyvä hallinta ja asian perusteellinen valmisteleminen ennen oihteudenkäyntiä.

Suksessiiviseen relevanssiin liittyy todistusoihteudellisessa katsannossa suksessiivisen verifikaation periaate, jonka mukaan tuomioistuimen ei tarvitse harkita oihteustosisekkäväitteen todenperäisyyttä, jos oihteustosisaikan tutkimisen edellytyksenä ollut oihteustosisekkää ei ole näytetty toteen. Jos tuomioistuin katsoo, että tavara ei vastoin ostajan väitettä ollutkaan virheellinen, eikä ostajalla ole ollut oihteutta pidätyä sen maksamisesta, ei tuomioistuimen tarvitse lausua muista perusteista, eikä todistelun esittäminen kyseisistä seikoista ole tarpeen. Eri asia on, että käytännössä todistelua esitetään kaikista näistä kysymyksistä, ellei asiaa ratkaista joltakin osin välituomiolla (OK 24:6.2).

reklamaationormiston yhteydestä myös *Heuman 2005*, s. 258 ja siinä mainitut lähteet.

²⁷⁸ Ks. esim. *Wilhelmsson – Sevón – Koskelo 2006*, s. 110, jossa tällaista tulkintaa puolletaan.

²⁷⁹ HE 154/1990, s. 29.

3.2.4 Väittämistaakka ja tuomioistuimen aineellinen prosessinjohto

3.2.4.1 Johdatus aiheeseen

Subjekttiivisen väittämistaakan noudattaminen merkitsee asianosaisten kannalta riskiä oikeudenmenetyksistä, mutta sen ankaruutta pehmentää olennaisesti tuomioistuimen velvollisuus käyttää aineellista prosessinjohtoa tarvittaessa aktiivisestikin. Väittämistaakka kytkeytyy tältä osin riita-asioiden valmistelun tavoitteisiin, erityisesti keskitysfunktion (OK 5:17.1), jonka toteutumiseksi valmistelussa on selvitettävä asianosaisten vaatimukset perusteineen, asianosaisten erimielisyyden kohde, pääkäsittelyssä esitettävä todistelu todistusteemoineen (OK 5:19). Aineellisella prosessinjohtolla turvataan väittämistaakan soveltamisen edut, kuten oikeudenkäynnin kohteen sekä riitakysymysten ja todistelun tarpeen selvittäminen.

Aineellisella eli materiaalilla prosessinjohtolla tarkoitetaan tuomioistuimen asian selvittämiseen tähtäävää toimintaa; muodollinen prosessinjohto kohdistuu menettelyn ulkoiseen järjestämiseen.²⁸⁰ Muodolliseen prosessinjohtoon kuuluvat esimerkiksi juttujen yhdistäminen ja erottaminen, käsittelyajankohden määrääminen, prosessisubjektien haastaminen istuntoihin ja järjestyksen ylläpito istunnossa; aineelliseen prosessinjohtoon oikeudenkäynnin kohteen selvittäminen ja toiminta oikeudenkäyntiaineiston rikastamiseksi. Vaikka jaottelu on oikeustieteellisten systematisointien tavoin sopimuksenvarainen, eikä siihen liity oikeusvaikutuksia, muodollisen ja aineellisen kysymykset eroavat siksi olennaisesti, että prosessinjohton lajit on syytä erottaa systemaattisesti toisistaan.

Aineellista prosessinjohtoa on tutkittu Suomessa melko runsaasti. Aihetta koskevana perusteoksina voidaan pitää *O. Hj. Granfeltin* monografiaa *Den materiella processledningen* (2. painos 1911) ja *Jyrki Virolaisen* monografiaa *Materiaalinen prosessinjohto* (1988), joista ensin mainitulla on lähinnä oikeushistoriallista arvoa. Tuomarin prosessinjohtotoimenpiteillä on keskeinen merkitys myös *Sakari Laukkasen* monografiassa *Tuomarin rooli* (1995). Lisäksi aineellista prosessinjohtoa on sivuttu runsaasti siviiliprosessioikeudellisissa yleisesityksissä ja artikkeleissa. Muodollista prosessinjohtoa koskevilla kotimaisilla tutkimuksilla on lainsäädäntömuutosten(kin) vuoksi enää oikeushistoriallista arvoa: siitä ovat kirjoittaneet *Bertil Sjöström* tutkimuksessaan *Muodollisesta prosessinjohtosta alioikeudessa tavallisissa riita-* ja

²⁸⁰ Ks. jaottelusta esim. *Tirkkonen RP I*, s. 405, *Tirkkonen SP I*, s. 84, *Lappalainen 1986*, s. 385, *Virolainen 1988*, s. 41, *Lappalainen SP I*, s. 53 ja *Jokela III*, s. 49. Jaottelu on omaksuttu myös muissa Pohjoismaissa: ks. Ruotsin oikeuden osalta esim. *Lindell CP*, s. 262, *Ekelöf – Edelstam – Boman V*, s. 45 sekä Tanskan oikeuden osalta *Gomard 2000*, s. 434 ja *Smith 2000*, s. 125.

rikosasioissa Suomen oikeuden mukaan (1948, suom. *Paavo Alkio*)²⁸¹ ja *Paavo Alkio* teoksessaan Tuomarin tehtävistä käräjillä (1948).

Subjekttiivisen väittämistaakan noudattaminen liittyy oikeudenkäyntimenettelyn valmistelu- ja pääkäsittelyvaiheita koskevaan sääntelyyn. Valmistelulla ja pääkäsittelyllä on erilaiset funktiot. Valmistelussa (OK 5 luku) juttu pitää valmistella niin, että pääkäsittely voidaan pitää yhtäjaksoisesti (OK 5:17.1), mitä tarkoittaen puhutaan valmistelun keskitysfunktiosta. Väittämistaakka turvaa keskitysfunktion toteutumista, koska sitä noudattamalla asianosaisten väliset riitakysymykset ja todistelun tarve saadaan selville, jolloin pääkäsittelyssä voidaan keskittyä ottamaan vastaan riitakysymyksistä tarjottu näyttö. Kun nämä kysymykset on selvitetty, pääkäsittely voinee sujua häiriöttömästi ja ilman yllätyksiä, mitä turvataan edelleen preklusiosääntelyllä (OK 6:9).

Riita-asian valmistelulla on myös sovinto- ja ratkaisufunktiot. Ratkaisufunktion mukaan tuomioistuin voi ratkaista riidattomat tai muuten selvät jutut jo valmistelussa. Sen perussäännöksen (OK 5:27) mukaan dispositiivinen juttu voidaan ratkaista yksipuolisella tuomiolla (ks. siitä OK 5:13, 5:14, 12:10–17:t ja OK 12:10–13:t) tai tuomiolla siltä osin, kuin kanne on myönnetty tai siitä on luovuttu. Tuomioistuin voi valmistelussa myös vahvistaa sovinnon ja jättää kanteen tutkimatta. Sovintofunktion mukaan tuomioistuimen pitää selvittää, onko jutussa sovinnon edellytyksiä (OK 5:19, 4-kohta) sekä pyrkii saamaan asianosaiset sopimaan asian (OK 5:26.1); tuomioistuin voi tietyin edellytyksin tehdä asianosaisille sovintoesityksenkin (OK 5:26.2). Näissä tapauksissa riita-asian käsittely päättyy, eivätkä näyttökysymykset ajankoh-taistu. Siksi tutkimuksessa ei ole tarpeen käsitellä niitä enemmälti.²⁸²

Riita-asian pääkäsittelyssä (OK 6 luku) tuomioistuin ottaa vastaan riitakysymyksistä esitetyn näytön. Pääkäsittelyn tulee olla yhtäjaksoista, suullista ja välitöntä, jotta tuomioistuimella olisi optimaaliset edellytykset arvioida todistelun näyttöarvo.²⁸³ Nykymuotoinen siviiliprosessi eroaa olennaisesti aikaisemmasta suullis-pöytäkirjallisesta järjestelmästä. Sille tyypillisistä oli lykkäysten runsas käyttö, ja aikaisemmin jutun saattoi ratkaista sellainen kokoonpano, joka ei ollut vastaanottanut todistelua, vaan oli tutustunut siihen pöytäkirjasta. Tuomioistuin joutui käyttämään oikeudenkäyntiaineiston pöytäkirjaamiseen suhteettoman paljon energiaa. Oikeudenkäynnin perusvaiheetkaan eivät selvän sääntelyn puuttuessa eronneet toisistaan, vaan käsittelyistä muodostui jonkinlaisia

²⁸¹ Tutkimus ilmestyi alkuaan ruotsiksi nimellä *Om formell processledning vid underrätt i vanliga tviste- och brottmål* (1925).

²⁸² Ks. muista funktioista *Leppänen* 1998, s. 105–116.

²⁸³ Alioikeusuudistuksen lainvalmisteluaineistossa korostetaan menettelyperiaatteiden merkitystä aineellisen totuuden mukaisten ratkaisujen takaajana (ks. esim. HE 15/1990, s. 5–6, 24–26).

kirjelmien sisäluku- ja jättötilaisuuksia, mikä hankaloitti myös aineellisen prosessin johdon käyttämistä.²⁸⁴

Dispositiivisissa riita-asioissa oikeuden ja asianosaisten valmistelu- ja pääkäsittelyroolit ovat erilaiset. Voidaan sanoa, että päävastuu oikeudenkäynnin eteenpäinviemisestä on käsittelymenetelmän mukaisesti asianosaisilla, mutta myös tuomioistuin kantaa vastuuta siitä, että asia tulee käsitellyksi perusteellisesti, eikä asianosaisille aiheudu oikeudenmenetyksiä. Tuomioistuimen ja asianosaisten välinen työn- ja vastuunjako on prosessioikeudellinen ”ikuisuuskysymys”, jolla on kiinteä yhteys yhteiskunnallisiin ideologioihin. Kun valtion asema on kansalaisiinsa nähden vahva, oikeudenkäynnissä noudatetaan virallisperiaatetta ja tutkimismenetelmää; markkinataloudessa asianosaisille uskotaan enemmän valtaa juttunsa käsittelemiseen.²⁸⁵ Prosessioikeudellinen teorianmuodostus vaikuttaa kuitenkin seuraavan yleisten yhteiskunnallisten ideologioiden muutosta välillisesti ja viiveellä.²⁸⁶

3.2.4.2 Liberalistinen ja sosiaalinen prosessikäsitys

Asianosaisten työn- ja vastuunjaon kysymyksiä on tarkasteltu prosessiperiaatteiden taustalla vaikuttavien prosessikäsitysten avulla. *Sakari Laukkanen* tarkoittaa prosessikäsityksillä ”teorioita prosessioikeuden normatiivisista viitekehysistä, joissa hyväksytään tietyt yhteiskunnalliset tai lainkäytön arvot ja tavoitteet lainkäyttölajin tavoitteeksi, ja osoitetaan tai kehitetään ne yksityiskohdaiset normit, joiden mukaisella menettelyllä tavoitteet saavutetaan”.²⁸⁷ Prosessikäsitykset eivät ole historiallisen kehityksen kuvauksia, vaan malleja, joiden avulla oikeudellisen ajattelun, lainsäädännön ja oikeustieteellisen tutkimuksen muutoksia voidaan selittää ja suhteuttaa toisiinsa. Ratkaisutoiminnassa prosessikäsitys voi vaikuttaa ”esiymmärryksenä”, joka tuomioistuimella sovellettavasta prosessinormistosta on, ja jolla voi olla merkitystä tulkittaessa harkinnanvaraisia prosessinormeja.²⁸⁸

²⁸⁴ Ks. suullis-pöytäkirjallisesta järjestelmästä ja sen ongelmista esim. *Lappalainen 1994*, s. 199, *Virolainen 1994*, s. 76–78 sekä *Lappalainen 2002*, s. 6–8.

²⁸⁵ Ks. havainnollistavaa historiallista katsausta esim. *Ekelöf SvJT 1941* sekä *Ekelöf 1956*, s. 158–187.

²⁸⁶ *Leppänen LM 1998*, s. 830. Ks. yleiskatsausta kehityksestä Ruotsissa 1900-luvun puolivälistä nykypäivään *Lindell 2007*, s. 156–157.

²⁸⁷ Ks. *Laukkanen 1995*, s. 19. *Tatu Leppäsen (1998, s. 41)* mukaan käsitteen käyttökelpoisuutta heikentää se, että Laukkanen on koonnut käsitteen alle hyvin erityyppistä ainesta. Ks. prosessikäsityksistä myös esim. *Lappalainen 1995*, s. 92, *Ervo 2005*, s. 98–103, *Tolvanen LM 2006*, s. 1330–1331.

²⁸⁸ Prosessikäsitys näyttäisi olevan samanlaisessa roolissa kuin sopimusmalli Karhun tutkimuksessa (ks. *Pöyhönen 1988*, s. 79–80).

Prosessikäsitteet muistuttavat jäljempänä tarkasteltavia siviiliprosessin funktioita, joista voidaan kirjoittaa monessa merkityksessä, mutta joiden voidaan katsoa olevan ”jonkinlaisia normatiivisia, prosessi-ideologisia metateorioita siitä, mikä on koko siviiliprosessin tehtävä yhteiskunnassa”.²⁸⁹ Konkreettisessa ratkaisutoiminnassa tuomarilla oleva käsitys siviiliprosessin funktiosta voi (prosessikäsitteiden tavoin) vaikuttaa esiymmärryksenä tai artikuloitumpana periaatteena, jonka avulla prosessisäännösten tulkintaa konkretisoidaan.²⁹⁰

Liberalistiselle prosessikäsitteelle luonteenomainen piirre on asianosaisten vahva rooli ja tuomioistuimen passiivisuus, johon asianosaisten yhdenvertaisuus samaistetaan. Oikeudenkäyntiaineiston esittäminen ja prosessin eteenpäinvieminen on täysin asianosaisvetoista, eikä tuomioistuin voi rikastaa oikeudenkäyntiaineistoa viran puolesta.²⁹¹ Liberalistisen siviiliprosessin ja yksityisautonomian varaan rakentuvan varallisuusoikeuden järjestelmän peruspiirteet näyttäisivät olevan samoja. Yksityisautonomian varaan rakentuvassa varallisuusoikeuden järjestelmässä perustoimijaksi oletetaan rationaalinen yksilö, joka tuntee parhaiten tarpeensa, ja osaa käyttää vapauttaan toteuttaakseen ne.²⁹² Valtio astuu vaihdannan kuvaan vasta, kun sopimussidonnaisuutta turvataan pakkotoimin.

Varallisuusoikeudellinen yksityisautonomia – ideologisine oletamuksineen etujaan valvomaan kykenevistä asianosaisista – heijastuu liberalistisen prosessikäsitteen kautta oikeudenkäyntiin, jossa asianosaiset oletetaan kykeneviksi käyttämään määräämisvaltaansa. Liberalistisessa prosessikäsitteessä esimerkiksi vastuu oikeisiin ja riittäviin oikeustositseikkoihin vetoamisesta olisi asianosaisella. Jos tämä laiminlöisi vedota joihinkin seikkoihin, ei vetoamisen syillä välttämättä olisi merkitystä tuomioistuimen toiminnan kannalta. Liberalistisen prosessikäsitteen mukaisessa menettelyssä oikeudenkäynti on tasaväkiseksi oletettujen osapuolten kamppailua, johon tuomari osallistuu lähinnä erotuomarin asemassa.

Liberalistisen prosessikäsitteen oletamus asianosaisten kaikkivoipaisuudesta ei ole realistinen. Esimerkiksi väittämistaakan täyttämisen osalta on perustellusti todettu, että asianosainen ei jättäne vetoamatta hänelle edullisiin oikeustositseikkoihin tahallaan kuin poikkeuksellisesti.²⁹³ Oikeustositseikkiaan vetoamisen laiminlyönnin syynä voi olla vaikkapa aineellisoikeudellisten nor-

²⁸⁹ Näin Leppänen 1998, s. 32.

²⁹⁰ Ks. Norrgård JFT 2001, s. 151–162, jossa funktioiden perusteella muodostettujen periaatteiden avulla analysoidaan erilaisia tyyppitilanteita ja osoitetaan, miten funktiot voivat vaikuttaa tulkintoihin. Ks. siviiliprosessin funktioista oikeussäännösten tulkinnassa myös Lindblom FS Strömholm, passim.

²⁹¹ Laukkanen 1995, s. 58–64.

²⁹² Ks. liberalismin ihmiskuvasta erit. Häyhä 1996, s. 35–38 ja Wilhelmsson 2008, s. 2–5.

²⁹³ Ks. Klami 2000, s. 88.

mien jäsentäminen toisin kuin tuomioistuin taikka puhdas huolimattomuus. Oikeudenkäynnin jättäminen asianosaistoimintoisuuden varaan johtaa siksi helposti formalistisiin oikeudenmenetyksiin.

Liberalistisen prosessikäsitteen vastinpariksi muodostuneen *sosiaalisen prosessikäsitteen* mukaan asianosaisten muodollista yhdenvertaisuutta tärkeämpää on asianosaisten tosiasiallinen yhdenvertaisuus. Jotta määräämisperiaate voisi toteutua, on asianosaisten tiedettävä, mistä hänellä on oikeus määrätä – tätä on tarvittaessa turvattava prosessinjohtollisin keinoin.²⁹⁴ Prosessinormien tehtävä aineellisen oikeuden toteuttajana voi näkyä myös prosessinormien tulkinnassa siten, että jokin menettely katsotaan sallituksi, ellei laki sitä nimenomaisesti kiellä.²⁹⁵

Sosiaalinen prosessikäsite kehittyi alun perin Itävallassa, missä sen isänä pidetään *Franz Kleinia* (1854–1926); juuri Itävallan siviiliprosessilakia vuodelta 1895 pidetään esimerkkinä sosiaaliselle prosessikäsitteelle ominaisesta ajattelumallista, jossa korostetaan tuomioistuimen aktiivista roolia aineellisesti oikeaan tuomioon pääsemiseksi. Itävallasta omaksuttiin vaikutteita Norjan, Tanskan ja Ruotsin lainsäädäntöön, mistä vaikutteet sittemmin rantautuivat Suomeen.²⁹⁶ Suomen siviiliprosessia pidetään määräämisperiaatteen ja käsittelymenetelmän vuoksi perusrakenteeltaan liberalistisena, mutta suomalainen prosessi ei koskaan ole ollut niin liberalistista kuin saksalaisella kielialueella.²⁹⁷ On huomautettu, että edellä kuvatun kaltaista, puhtaan liberalistista oikeudenkäyntimenettelyä ei nykyään löytyne ainakaan läntisestä Euroopasta.²⁹⁸

Käsittelymenetelmän ja määräämisperiaatteen rinnalle voidaan Suomessakin nostaa yhteistoimintaperiaate, joka on prosessiteoreettisessa katsannossa liberalistisen ja sosiaalisen prosessikäsitteen yhdistelmä. Yhteistoimintaperiaatteen varaan rakentuvassa prosessissa liberalistiseen prosessikäsitteeseen kuuluvan määräämisperiaatteen noudattamisesta ei tingitä, mutta siinä on otettu huomioon vaatimus siviiliprosessin humanisoimisesta sekä tuomarin ja asianosaisten

²⁹⁴ *Lappalainen SP I*, s. 95. Sosiaalisella prosessikäsitteellä voidaan siis pyrkiä turvaamaan liberalistisen prosessikäsitteen lähtökohtien toteutumista. Ks. sopimusoikeudesta *Häyhä 1996*, s. 23–26, jonka mukaan sosiaalisen sopimusoikeuden ilmentämän hyvinvointivaltiollisen lainsäädännön voidaan katsoa turvaavan liberalistisen sopimusoikeuden tavoitteiden toteutumista.

²⁹⁵ *Lappalainen SP I*, s. 28. Lappalaisen näkemykseen on yhtynyt Virolainen (*LM 1996*, s. 526). Ratkaisussa KKO 1992:64 todetaan, että ”prosessioikeudellisten säännösten tulkinnassa on yleensä periaatteena välttää tarpeettomista muodollisuuksista johtuvia oikeudenmenetyksiä”.

²⁹⁶ Ks. *Jokela I*, s. 35 ja *Jokela III*, s. 56. Franz Kleinin ajatukset vaikuttivat suuresti Per Olof Ekelöfin oikeusajatteluun. Ks. tästä vaikutuksesta erit. *Ekelöf FS Welamson*. Ks. myös *Taruffo 2003*, s. 660, jonka mukaan Itävallan Zivilprozessordnung muodostui myös yleiseurooppalaisella tasolla hyvin vaikutusvaltaiseksi.

²⁹⁷ Suomalaisen siviiliprosessin liberalistisesta perusrakenteesta ks. *Laukkanen 1995*, s. 71. Vaikka vuoden 1734 laki ei oman aikansa luomuksena voi heijastaa Itävallan siviiliprosessilain henkeä, ei siltä kuitenkaan ole katsottu puuttuneen itävaltaistyyppisen sosiaalisen prosessin piirteitä (näin *Tirkkonen JJ Kivimäki*, s. 415–416).

²⁹⁸ *Tolvanen LM 2006*, s. 1330.

ten aktiivisesta vuorovaikutuksesta. Yhteistoimintaperiaatteella tarkoitetaan käytännössä sitä, että sekä tuomarilla että asianosaisilla on vastuu asian selvittämisestä.²⁹⁹

3.2.4.3 Aineellisen prosessinjohtoon tyypitapauksista

Erilaiset prosessikäsitteet normatiivisina ideaaleina ovat hyödyllisiä, kun tuomioistuimen ja asianosaisten roolikysymyksiä tarkastellaan makrotasolla. Yksittäisen oikeudenkäynnin (mikro)tasolla ei kuitenkaan voida tukeutua yksin niihin, vaan tuomioistuimen valmisteluroolia ja sitä koskevia säännöksiä pitää tarkastella yhdessä valmistelun tavoitteita koskevan säännöksen kanssa.

Keskitysfunktion toteutumisesta valmistelussa on selvittettävä 1) asianosaisten vaatimukset ja niiden perusteet, 2) mistä asianosaiset ovat erimielisiä, 3) mitä todisteita tullaan esittämään ja mitä kullakin todisteella aiotaan näyttää toteen sekä 4) onko edellytyksiä sovinnolle (OK 5:19). Yhteistoimintaperiaatetta ilmentäen selvittämisvastuu on lainsäädännössä uskottu viime kädessä tuomioistuimelle: ”tuomioistuimen on valmistelussa huolehdittava 19 §:ssä säädettyjen tavoitteiden toteutumisesta ja siitä, että asianosaiset mainitsevat kaikki seikat, joihin he tahtovat vedota” (OK 5:21).

Asianosaisilla on sosiaalisten näkökohtien painottumisesta huolimatta päävastuu asian selvittämisestä. Valmistelussa asianosaisten ”on perehdyttävä asiaan niin hyvin, ettei asian käsittely hänen laiminlyöntinsä vuoksi viivästy” (OK 5:17.3). Tuomioistuimen toiminta täydentää, mutta ei korvaa asianosaisten toimintaa.³⁰⁰ Vaikka tuomioistuimen tulee käyttää kyselyoikeutta aktiivisesti, ei se ole itseisarvo, vaan aihetta siihen on vasta, kun asianosainen ei ole tehtävien tasalla.³⁰¹ Tuomioistuimen aineellinen prosessinjohtovastuu on siten eräänlainen ”varaventiili”, jolla varmistetaan, että valmistelun tavoitteet saavutetaan, eikä asianosaisille aiheudu tarpeettomia oikeudenmenetyksiä.

Tosin vuoden 2002 siviiliprosessiuudistuksessa korostettiin tuomioistuimen vastuuta valmistelun tavoitteiden saavuttamiseksi niin muodollisen kuin aineellisen prosessinjohtoon näkökulmasta. Alioikeusuudistuksessa luotu mielikuva siviilijuttujen tuomioistuinvelvoituksesta on voimistunut jopa niin, että vapaa-

²⁹⁹ Ks. yhteistoimintaperiaatteesta esim. *Virolainen 1988*, 30–33, 167–168, *Virolainen 1995*, s. 276, *Lappalainen SP I*, s. 92, *Jokela I*, s. 179–180, *Jokela III*, s. 56 sekä erityisesti *Laukkanen 1995*, s. 192–213. Tirkkonen on samaa tarkoittaen käyttänyt nimitystä ”soviteltu eli modifioitu käsittelymenetelmä” (*Tirkkonen SP I*, s. 83; ks. myös *Lappalainen SP I*, s. 91).

³⁰⁰ *Matti Tolvanen (LM 2006*, s. 1331) kritisoi *Sakari Laukkasta* siitä, että tämän ”esikuvana vaikuttaisi olevan sankarituomari, joka ylläpitää moraalia ja huolehtii asianosaisten eduista, jos asianosaiset eivät tuomarin näkemyksen mukaan itse siihen kykene”. Tolvanen ei katso voivansa yhtyä Laukkasen näkemykseen. En usko Laukkasen tarkoittaneen tällaista, vaan kysymys lienee kärjistyksistä.

³⁰¹ Näin esim. *Lappalainen LM 1996*, s. 144.

muotoisemmissa yhteyksissä on *Juha Lappalaisen* mukaan puhuttu jopa ”inkvisitorisesta” siviiliprosessista. Lainsäädännön lähtökohta tuomioistuimen ja asianosaisten työnjaon osalta on kuitenkin edelleen asianosaisten aktiivisuus ja käsittelymenetelmä.³⁰² Asianosaisten pitää valmistelussa esittää tosiseikat ja ilmoittaa todisteet väitteidensä tueksi, ja tuomarin vastata siitä, että valmistelun päätyttyä ei ole epäselvää, mikä jutussa on riitaista ja mikä riidaton.

Aineellisen prosessinjohtoon käyttämistarpeeseen vaikuttaa käytännössä merkittävästi se, onko asianosaisella lainoppinut avustaja, ja miten tämä hoitaa tehtävänsä. Kun avustaja hoitaa tehtävänsä asianmukaisesti, aineellisen prosessinjohtoon käyttämisen tarve on vähäinen. On myös saatettu katsoa, että tuomioistuin voisi heittäytyä asianajajaprosessissa passiiviseksi. Asianosaisella on joka tapauksessa avustaja – ja jollei tämä ole tehtäviensä tasalla, asianosainen saa syyttää itseään, kun on valinnut taitamattoman avustajan. Aineellisen prosessinjohtoon käyttämistä on saatettu myös pitää avustajien kannalta kiu-sallisena ja jopa näitä passivoivana.³⁰³ Nykyään vallitsevan kannan mukaan prosessinjohtotoimenpiteiden tarve ei riipu siitä, onko asianosaisella avustaja – eikä aineellisesta prosessinjohtosta ei voida tinkiä silloin, kun tämä ei ole tehtäviensä tasalla.³⁰⁴

Aineellisen prosessinjohtoon tärkein keino on kyselyoikeuden käyttäminen, johon OK 5:21.2 velvoittaa tuomioistuimen, jos ”asianosaisen suullinen tai kirjallinen lausuma on epäselvä tai puutteellinen”. Säännöksen tarkoittamissa tapauksissa, joissa kysymys on prosessinjohtoon selventävästä ja muuntavasta funktiosta, oikeampaa on tosin puhua kyselyvelvollisuudesta.³⁰⁵ Aineellisen prosessinjohtoon tyypitapauksia on säännöksen sanamuodon perusteella kaksi, epäselvän ja epätäydellisen vetoamisen selvittäminen. Nämä tyypitapaukset eivät ole tyhjentyviä. Niitä koskeva problematiikka on osin päällekkäistäkin.

Yhä ajantasaisia ovat *Jyrki Virolaisen* aineelliselle prosessinjohtolle oikeuskirjallisuudessa aikaisemmin yksilöimät tehtävät, joita ovat: 1) selventävä, 2) muuntava eli korjaava, 3) rikastava, 4) rajoittava sekä 5) informoiva funktio.³⁰⁶ Selventävällä funktiolla tarkoitetaan, että tuomioistuimen tulee käyttää kyselyoikeutta asianosaisten esitysten selventämiseksi. Muuntava eli korjaava funktio tarkoittaa, että tuomioistuimen tulee ohjata asianosaista korjaamaan esitystään rasittavat virheet. Rikastava funktio tarkoittaa, että tuo-

³⁰² *Lappalainen 2002*, s. 83 ja *Jokela I*, s. 179.

³⁰³ Ks. aineellisesta prosessinjohtosta asianajajaprosessissa erit. *Virolainen 1988*, s. 154–159.

³⁰⁴ Ks. *Virolainen 1988*, s. 159 ja *Jokela III*, s. 58 sekä lainvalmisteluaineistosta HE 15/1990, s. 58.

³⁰⁵ Ks. *Virolainen 1988*, s. 105 ja kysymyksestä laajemmin s. 103–106. Ennakkopäätöksessä KKO 2010:40 on nimenomaisesti todettu, että ”jos oikeudenkäynnin kohdetta koskeva asianosaisen esitys on epäselvä tai puutteellinen, tuomioistuimella on *kyselyvelvollisuus* (kurs TS)”. Ks. myös KKO 1997:90 ja KKO 2007:52.

³⁰⁶ Ks. niistä *Virolainen 1988*, s. 60 ss.

mioistuin voi tietyin edellytyksin itse rikastaa oikeudenkäyntiaineistoa tai kehottaa asianosaista siihen. Rajoittava funktio on rikastavan funktion vasta-kohta. Informoiva funktio tarkoittaa, että tuomioistuimen tulee tiedottaa asianosaisille eräistä kysymyksistä omasta aloitteestaan.

Asianosaisen vetoamislausema on epäselvä, kun siitä ei selvästi ilmene, mihin seikkoihin asianosainen haluaa tuomion perustettavan.³⁰⁷ Vetoamislausema on epäselvä, kun juttuun sovellettava aineellisoikeudellinen normisto esimerkiksi viittaa kahteen tai useampaan kanneperusteeseen muotoilemismahdollisuuteen, eikä ole selvää, mihin asianosainen tarkoittaa kanteensa perustaa. Oikeuden tulee käyttää kyselyoikeutta vetoamistahdonilmaisun selventämiseksi. Vaihtoehtoisesti se voisi tulkita vetoamislausemaa. Oikeutta tulkita vetoamislausemaa kyselyoikeuden käyttämisen sijasta puoltaisi, että asianosainen ei tietoisesti jättäne vetoamatta sellaisiin seikkoihin, jotka toteennäytettynä vaikuttaisivat hänen edukseen.

Asianosaisella voi kuitenkin olla syynsä olla vetoamatta joihinkin seikkoihin, joten poikkeuksettomana tällaista kokemussääntöä ei voida pitää. *Robert Boman* käyttää tästä esimerkkinä testamentin moiteprosessia, jossa kannetta ajetaan muotovirheen perusteella, ja jossa valmistelussa ilmoitettuun todistusaineistoon sisältyy viitteitä siitä, että testaattori ei testamenttia laatiessaan olisi ollut täysissä sielunvoimissa.³⁰⁸ Koska testamentti voidaan julistaa pätemättömäksi muotovirheen lisäksi silloin, ”jos testamentin tekemiseen on vaikuttanut mielisairaus, tylsämielisyyys tai testamentin tekijän muu sieluntoiminnan häiriö” (PK 13:1.1, 3-kohta), seikalla voi olla relevanssia moiteprosessissa.³⁰⁹

Voidaan olettaa, että vetoamisen laiminlyönti johtuu esimerkkitapauksessa huolimattomuudesta, mutta yhtä hyvin asianosainen voi jättää vetoamatta seikkaan esimerkiksi näyttövaikeuksien tai vainajaa kohtaan tuntemansa pieteetin vuoksi. Tuomioistuimen pitää siksi käyttää kyselyoikeutta – ja edellyttäen, että asianosainen ei vetoa moiteperusteena vainajan oletettuun oikeustoimikelvottomuuteen, tuomioistuin ei voi vahvistaa testamenttia pätemättömäksi vainajan oikeustoimikelvottomuuden vuoksi, vaikka tämä asiantila todistelulla näytettäisiin.

Asianosaisen vetoamislauseman tulkitseminen ei ole suotavaa, koska vaikka asianosainen ei tietoisesti jättäisikään vetoamatta itselleen edullisiin seikkoihin, tulkitseminen lisää väärinkäsitysten riskiä, ja on erityisen arveluttavaa ve-

³⁰⁷ Lindell 1988, s. 17.

³⁰⁸ Boman 1964, s. 19. Ks. muista vetoamatta jättämisen mahdollisista syistä Virolainen LM 1985, s. 980.

³⁰⁹ Ks. dementoituvan henkilön tekemän testamentin pätevyysarvioinnista Mäki-Petäjä-Leinonen 2003, s. 196 ss. sekä erityisesti tahtovirheen todentamista koskevasta todistelusta s. 223 ss. Ks. myös Mäki-Petäjä-Leinonen – Juva – Pirttilä LM 2006 sekä Aarnio – Kangas 2008, s. 809 ss. ja ilmauksen ”on vaikuttanut” johdosta s. 873–875. Oikeuskäytännöstä ks. erityisesti KKO 2004:8.

toamisvelvollisen asianosaisen vastapuolen kannalta. Väittämistaakan yksi kontradiktorista periaatetta ilmentävä funktiohan on toimia suojanormina ja siten mahdollistaa vastapuolen tiedonsaantioikeus sekä osallistuminen oikeudenkäyntiin. Jos tuomioistuin voisi perustaa tuomionsa muihin kuin asianmukaisesti vedottuihin seikkoihin, nämä tavoitteet vesittyisivät. Käräjäoikeuden olisi nähdäkseni tullut käyttää prosessinjohtoaan aktiivisemmin ratkaisussa 2003:4, jossa oli kysymys työsopimuksen irtisanomisesta.

Kantaja, joka riitautti työsopimuksensa irtisanomisen, oli vastaajan mukaan irtisanottu erinäisten laiminlyöntien vuoksi, jotka olivat johtaneet tärkeän asiakassuhteen menettämiseen. Käräjäoikeus katsoi, että laiminlyönnit eivät muodostaneet tuolloin voimassa olleen TSL 37:ssä tarkoitettua ”erittäin painavaa” syytä, ja velvoitti vastaajan suorittamaan kantajalle korvauksena työsopimuksen perusteettomasta päättämisestä kohtuullisena pitämänsä korvauksen, 10 kuukauden palkan. Vastaaja valitti tuomiosta hovioikeuteen, katsoen, että sillä oli ollut sekä kantajan menettelystä johtuva peruste (*individuaaliperuste*) että taloudellisista ja tuotannollisista syistä johtuva peruste (*kollektiiviperuste*) työsopimuksen irtisanomiseen. Hovioikeus jätti käsittelyratkaisussaan kollektiiviperuste-väitteen tutkimatta, katsoen, että oikeus vedota siihen oli prekludoitunut.

KKO:n mukaan vetoaminen ei koske seikkojen oikeudellista luonnehdintaa, mutta luonnehdinta ”voi kuitenkin antaa viitteitä siitä, mihin tosiseikkoihin asianosainen on perustanut vaatimuksensa”. KKO:n mukaan vaatimuksen perusteiden muotoilun voidaan katsoa viittaavan molempiin perusteisiin, mutta ”asiayhteydestä ja tavasta, jolla mainitut seikat on tuotu esiin”, oli pääteltävissä, että ”niillä on pikemmin haluttu korostaa väitettyjen laiminlyöntien vakavuutta kuin asettaa ne välittömästi irtisanomisen perusteeksi”. Individuaaliperuste poikkeaa KKO:n mukaan ”niin merkittävällä tavalla taloudellisesta ja tuotannollisesta irtisanomisperusteesta, ettei voida katsoa yhtiön esimerkiksi tietämättömyydestä tai erehdyksestä jättäneen vetoamatta viimeksi mainittuun perusteeseen”. Tämän vuoksi käräjäoikeuden ei KKO:n mukaan ollut aiheellista prosessinjohtoon keinoin selvittää enemmälti, halusiko yhtiö vedota taloudelliseen ja tuotannolliseen perusteeseen irtisanomisperusteena.

Ratkaisusta voidaan olla eri mieltä, sillä jutussa kantaja oli menetellyt moitittavalla ja taloudellista vahinkoa aiheuttaneella tavalla, jonka vastaaja katsoi (jo alioikeusvaiheessa) olleen syy-yhteydessä irtisanomiseen; toisaalta vastaaja ei ollut tuonut esiin muita TSL 37 a:n (723/1988) mukaisia kollektiiviperusteisen irtisanomisen edellytyksenä olevia seikkoja (uudelleensijoittaminen tai kouluttaminen), vaan oli luonnehtinut irtisanomisperusteita viittaamalla vain työsopimuslain 37.2:ssa (723/1988) tarkoitetun ”erityisen painavan” syyn olemassaoloon eli individuaaliperusteeseen.

Kyselyoikeuden käyttämistä *in dubio* -tilanteissa puoltaa erehtymisen mahdollisuus ja se, että preklusiosääntelyn vuoksi erheen korjaaminen voi myö-

hemmässä vaiheessa olla mahdotonta; uusiin oikeustositseikkoihin vetoamisen sallittavuus riippuu preklusiosäännöksessä (OK 6:9.1) tarkoitetun ”pätevän syyn” tulkinnasta.³¹⁰ Jos seikkaan vetoaminen sallitaankin, käsittelyä voi vastapuolen puolustautumismahdollisuuksien turvaamiseksi olla tarpeen OK 6:10.1, 2-kohdan nojalla lykätä, mistä aiheutuu asianosaisille kustannuksia. Riita-asian valmistelussa prosessinjohton käyttäminen ei sitä vastoin automaattisesti johdane käsittelyn lykkäämiseen; asianosainen voi tuossa yhteydessä myös täydentää esitystään uudella todistelulla.

Vetoamislausuman ”puutteellisuudella” tarkoitetaan kanneperusteen puutteellista yksilöimistä. Sopimusriitaisuudessa vetoamislausuma on voitu yksilöidä puutteellisesti esimerkiksi niin, että oikeustoimen solmimisaikaa ja -paikkaa ei ole ilmoitettu. Vetoamislausuma on puutteellinen silloinkin, kun tunnusmerkistökijöitä vastaaviin oikeustositseikkoihin ei ole vedottu lainkaan.³¹¹ Kanneperusteen puutteellinen yksilöiminen voi johtua huolimattomuudesta tai, jos kanteessa on kuitenkin vedottu konkreettisiin faktoihin niitä täsmällisesti yksilöimättä, pyrkimyksestä hankkia prosessitaktisia etuja. Kun kanneperustetta ei yksilöidä kyllin täsmällisesti, vastaajan voi olla mahdotonta päätellä, mihin seikkoihin kantaja oikeastaan tahtoo saada tuomion perustetuksi, jolloin myös vastanäytön esittäminen estyy.

Tuomioistuimen tulee käyttää kyselyoikeutta molemmissa tapauksissa: jos jotakin tunnusmerkistökijää vastaaviin oikeustositseikkoihin ei ole lainkaan vedottu, kannetta ei voida hyväksyä. Toisaalta, jos asianosainen on vedonnut joihin seikkoihin, mutta vetoamislausuma on ylimalkainen, on tässäkin tapauksessa kyselyoikeuden käyttäminen tarpeen. Asianosaisen ei pidä joutua arvailemaan vastapuolensa väittämistaakan piiriin kuuluvia seikkoja, joten tuomioistuimen on tarvittaessa pyydettävä tätä täsmentämään vetoamislausumaansa.³¹²

Oikeuskysymyksen ja tosiseikkakysymyksen vuorovaikutuksesta johtuu, että tuomioistuimen voi tietyissä tapauksissa olla tarkoituksenmukaista nostaa myös oikeuskysymys keskustelunalaiseksi jo valmisteluvaiheessa, vaikka oikeuskysymystä koskeva pledeeraaminen ajoittuu pääkäsittelyn loppulausuntovaiheeseen (OK 6:2.1, 4-kohta).

Oikeuskysymykseen kohdistuvaa informatorista prosessinjohtoa on aikaisemmin voitu vastustaa tuomioistuimen arvovaltaan palautuvilla syillä tai tar-

³¹⁰ Tatu Leppänen on erottanut kolme ”pätevän syyn” muodostavaa tyyppitilannetta: 1) puuttuva tieto (ao ei ole valmisteluvaiheessa tiennyt, eikä hänen ole pitänytkaan tietää todisteen olemassaolosta tai sen merkityksestä), 2) prosessuaalinen tilanne (asianosaisella on valmisteluvaiheen prosessuaalisen tilanteen vuoksi ollut perusteltu syy olla ilmoittamatta todistetta), 3) todisteen ilmoittamiselle valmisteluvaiheessa on ollut este, joka on poistunut vasta pääkäsittelyssä. Ks. näistä tyyppitilanteista Leppänen 1998, s. 363–374. Ks. hyväksyttävistä syistä uuteen aineiston vetoamiseksi myös Jokela III, s. 44–48.

³¹¹ Lindell 1988, s. 17–18.

³¹² Ks. esim. KKO 1998:117, jota käsitellään jaksossa 3.2.3.1.

peettomana, koska tuomioistuin ratkaisee lainsoveltamiskysymykset olematta joka tapauksessa sidottu asianosaisten kantoihin. Oikeuskysymyksestä keskustelemista valmisteluvaiheessa on voitu pitää epätarkoituksenmukaisena myös siksi, että tuomioistuimella saattaa vielä tuolloin olla siitä virheellinen käsitys.³¹³ Tosin tuomioistuin ei valmisteluvaiheessa yleensä tee sitovia päätöksiä sovellettavasta lainsäädännöstä; tosiseikaston juridinen kvalifikaatio suoritetaan lähtökohtaisesti vasta tuomitsemisvaiheessa.³¹⁴

Oikeuskysymykseen kohdistuvaa prosessinjohtoa koskevat näkemykset ovat prosessin kansainvälistymis- ja perustuslaillistumiskehityksen myötä muuttuneet.³¹⁵ Kontradiktorinen periaate on tuomioistuimelle suunnattua kuulemisvelvollisuutta koskevasta ydinsisällöstään laventunut asianosaisten oikeudeksi saada tietoonsa oikeudenkäyntiaineisto riippumatta sen alkuperästä sekä oikeudeksi lausua mielensä siitä; tämä oikeus koskee oikeuskysymystäkin. Oikeudenkäynnin jakamisesta valmistelu- ja pääkäsittelyvaiheisiin sekä erityisesti oikeustosisekkoihin pääkäsittelyvaiheessa kohdistuvasta preklusiosta (OK 6:9.1) johtuu, että oikeuskysymyksestä keskusteleminen on paikallaan valmisteluvaiheessa. Oikeudellisesta arvioinnista riippuu, mitkä seikat ovat oikeustosisekoja. Vaadittu oikeusseuraamus voi aktualisoida jutussa useita mahdollisia oikeustosisekoja.

Kun oikeuskysymyksistä keskustellaan valmistelussa, asianosaiset voivat vedota seikkoihin, joilla katsovat olevan jutussa merkitystä. Oikeuskysymyksestä keskusteleminen palvelee myös oikeudenkäyntiaineiston rajoittumista: jos tuomari arvioi, että tapaukseen sovellettaneen normia A, asianosaiset voivat luopua vetoamasta seikkoihin, joita he eivät katso relevanteiksi. Oikeuskysymyksen kohdistuva informatorinen prosessinjohto on selvästi yhteydessä määräämisperiaatteen toteuttamiseen – sillä ehkäistään asianosaisille preklusiosta koituvia oikeudenmenetyksiäkin.

Oikeuskysymyksestä keskusteleminen voi olla hyödyllistä myös tuomarin kannalta, koska tämä voi valmistelussa olla epävarma siitä, mitä aineellisoikeudellisia normeja tulee soveltaa. Asianosaiset – lähinnä heidän lakimiesavustajansa – voivat siksi olla tuomarille hyödyllisiä informaatiolähteitä.³¹⁶ Asianosaiset tukevat käytännössä oikeuskysymystä koskevia lausumiaan viittauksin oi-

³¹³ *Ovaskainen 1989*, s. 89.

³¹⁴ KKO:n ennakkopäätöksessä 2007:74 tuomioistuimen katsottiin voineen ottaa kantaa kansainvälisluonteiseen lainvalintakysymykseen (sovelletaanko kanteen kohteena olevaan asiaan Suomen vai Belgian lakia) asian valmistelussa joko prosessinjohtoon kuuluvana toimenä tai ratkaisemalla kysymys päätöksellä. Jälkimmäisessä tapauksessa kysymys ei ole välituomiosta (kuten tapauksessa HO katsoi), vaan OK 25:1.3:n mukaisesta oikeudenkäynnin aikana tehdystä ratkaisusta, johon ei saa hakea erikseen muutosta, koska sitä ei ole nimenomaisesti sallittu.

³¹⁵ Ks. oikeuskysymykseen kohdistuvasta prosessinjohtosta erit. *Virolainen 1988*, s. 305–318, *Lappalainen JFT 1993*, passim. ja *Jokela LM 1994*, passim.

³¹⁶ *Laukkanen (1995, s. 213–215)* on osaksi tällaista menettelyä silmällä pitäen tarkastellut yhteistoimintaperiaatetta informaatiosuhteen yhteistoiminta.

keuskirjallisuuteen, oikeustapauksiin ja muihin oikeuslähteisiin. Myös tuomarin tulisi kiinnittää asianosaisten huomio säännösten lisäksi myös ennakkopäätöksiin ja oikeuskirjallisuuteen.³¹⁷ Tällainen menettely sopii riitajutun suulliseen valmisteluistuntoon, vaikka asianosaiset voivat argumentoida oikeuskysymyksiä myös kirjallisessa valmistelussa. Oikeuskysymysten laajaa argumentointia haastehakemuksessa tulisi kuitenkin välttää erityisesti silloin, kun riitaisuuden voidaan olettaa kohdistuvan näyttökysymyksiin.

3.2.5 Väittämistaakka ja todistelu

3.2.5.1 Väittämistaakasta ja todistustaakasta

Dispositiivisissa jutuissa väittämistaakka on todistelun kannalta tärkeässä asemassa, koska sen avulla selvitetään riitakysymykset. Näytön kartoittamiseen on johdonmukaista ryhtyä vasta, kun riitakysymykset ovat selvillä – silloin tiedetään, mistä seikoista todistelun esittäminen on tarpeen. Väittämistaakka edeltää siten ajallisesti näyttökysymyksiä, jotka voivat ylipäänsä ajankohtaistua vain, jos näytön arvioinnin kohteena olevat seikat ovat vetoamisvelvollisuuden täyttämisen kautta tulleet asianmukaisen prosessaamisen kohteeksi. Väittämistaakka on siten ennakkoluonteisessa suhteessa todistustaakkaan nähden niin ajallisesti kuin johdonmukaisestikin.³¹⁸

Väittämistaakka liittyy todistustaakkaan jo historiallisten syiden vuoksi, sillä väittämistaakka kehitettiin alun perin todistustaakan jaon apukeinoksi.³¹⁹ Väittämistaakan ja todistustaakan katsotaankin yleensä rasittavan lähtökohtaisesti samaa asianosaista.³²⁰ Taakkojen täydellistä samaistamista tukisi muun muassa se, että molemmat taakat kohdistuvat oikeudenkäyntiaineistossa oikeustosi-seikkoihin. Siviiliprosessuaalisen todistustaakan jaon yleissäännöksen (OK 17:1.1) mukaan ”riita-asiassa kantajan tulee näyttää toteen ne seikat, jotka tukevat kannetta. Jos vastaaja edukseen tuo esiin jonkin seikan, on hänenkin vahvistettava se todisteilla”. Useimmissa tapauksissa väittämistaakka ja todistustaakka jakautuvatkin samalla tavalla.

Väittämistaakalla ja todistustaakalla on kuitenkin toisistaan poikkeavat funktiot. Väittämistaakalla rajataan tuomioistuimen tutkintavaltaa sekä selvitetään todistelun tarvetta; todistustaakka sitä vastoin on keino suoriutua ratkaisupakosta. Väittämistaakan ja todistustaakan jakautuminen samalla tavalla on funk-

³¹⁷ Virolainen 1988, s. 311–313, Lappalainen 1994, s. 125 ja Laukkanen 1995, s. 272.

³¹⁸ Virolainen LM 2000, s. 1157.

³¹⁹ Halila 1955, s. 46.

³²⁰ Ks. esim. Ovaskainen 1989, s. 120–127, Lappalainen LM 1990, s. 251, Kuusimäki DL 1994, s. 434, Virolainen LM 2000, s. 1159, Jokela III, s. 260, Kaisto BLF 2007, s. 89 sekä Ekelöf – Edelman – Boman V, s. 30 ja Heuman JT 2007-08, s. 916.

tioiden eroavaisuuden vuoksi vain peukalosääntö, josta ei juuri ole apua vaikeampia tilanteita selvitellessä. Siitä, miten väittämistaakka asianosaisten välillä jakautuu, ei siksi pidä tehdä päätelmiä todistustaakan jaosta – eikä todistustaakan jaosta vastaavasti pidä tehdä päätelmiä väittämistaakan jaon suuntaan.³²¹

Kantajan väittämistaakka kohdistuu edellä todetulla tavalla oikeutta perustaviin seikkoihin, vastaajan väittämistaakka sellaisiin seikkoihin, joihin liittyy oikeutta kumoava, muuttava tai lakkauttava oikeusseuraamus. Todistustaakan jakoa ei kuitenkaan voida ratkaista näin ylimalkaisen oikeusohjeen perusteella. Jos väittämistaakka ja todistustaakka jakautuisivat jokaisessa tilanteessa samalla tavalla, todistustaakan jaon johtavana periaatteena pitäisi noudattaa tosiseikkojen kolmijakoteoriaa, jonka mukaan kantajalla on todistustaakka oikeutta perustavista tosiseikoista, vastaajalla oikeuden syntymistä ehkäisevistä ja oikeuden kumoavista tosiseikoista. Aikaisemmin todistustaakan jaon katsottiinkin noudattelevan tuota mallia.³²²

Juha Lappalaisen osuvan luonnehdinnan mukaan teoria on kuitenkin ”formaali käsitelainopillinen malli, joka liiaksi unohtaa todistustaakkasääntelyn ration ja tausta-argumentit”.³²³ Väittämistaakan jaon apuvälineenä tosiseikkojen jaottelu oikeusseuraamusten perusteella on kuitenkin toimiva, koska väittämistaakan jaon kannalta olennaista on seuloa riitaiset seikat riidattomista; lisäksi tosiseikkojen jaottelu niihin liittyvien oikeusseuraamusten perusteella on tarkoituksenmukainen ratkaisu myös siksi, että tällainen ajattelutapa soveltuu hyvin yhteen suksessiivisen relevanssin periaatteen kanssa, olematta kuitenkaan liian monimutkainen käytännön ratkaisutoiminnan tarpeita ajatellen.

3.2.5.2 Väittämistaakka ja käännetty todistustaakka

Väittämistaakan ja todistustaakan historiallinen yhteys näkyy todistus oikeudellisessa terminologiassa. Jos väittämistaakka ja todistustaakka jakautuvat asianosaisten välillä eri tavalla, todistustaakka on ”käännetty”. Käännetyn todistustaakan ymmärretään usein tarkoittavan, että todistustaakka jostakin oikeustositseikasta on vaatimuksen esittäneen kantajan vastapuolella. ”Käännetystä” to-

³²¹ Ks. myös *Lappalainen LM 1990*, s. 251–252 sekä *Bolding 1952*, s. 20–21 ja *Westberg FS Lindblom*, s. 743.

³²² Vanhemman prosessioikeustutkimuksen edustajista teoriaa kannattivat *Otto Hjalmar Granfelt*, *Tauno Tirkkonen*, *W. A. Palme* ja *Tauno Ellilä* (ks. *Halila 1955*, s. 37, alaviitteessä 32 mainitut teokset); Jouko Halila itse suhtautui teoriaan penseästi, katsoen, että teoria ”rajoituksiin ja puutteineen voisi kelvata eräänlaiseksi alustavaksi lähtökohdaksi todistustaakkaopissa” (*Halila 1955*, s. 42) – kuitenkin siitä ei ”saada mitään mainitsemisen arvoista tukea ratkaistaessa todistustaakan jaossa esiin tulevia todella vaikeita ongelmia” (*Halila 1955*, s. 291).

³²³ *Lappalainen SP II*, s. 325.

distustaakasta puhumista pidetään harhaanjohtavana, koska todistustaakan jaossa ratkaiseva on asianosaisen asema aineellisoikeudellisessa oikeussuhteessa, ei prosessuaalinen asianosaisasema.³²⁴

Koska todistustaakka jakautuu samalla tavalla riippumatta siitä, onko asianosainen kantajan vai vastaajan asemassa, todistustaakka ei ole prosessuaaliseen asianosaisasemaan nähden ”käännetty”. Kun todistustaakan ”kääntäminen” yhdistetään väittämistaakkaan, ilmaus käy ymmärrettäväksi. Käännetty todistustaakka merkitsee sitä, että asianosaisella on väittämistaakka jostakin oikeustoisesta, mutta todistustaakan siitä kantaa vastapuoli. Täsmällisesti ottaen käännetyn todistustaakan tilanteissa väittämistaakka kohdistuu seikkaan X, ja todistustaakka puolestaan seikkaan ei-X.

Käännettyä todistustaakkaa käytetään tyypillisesti sopimuksenulkoisessa vahingonkorvausoikeudessa, jossa todistustaakan kääntämisen syinä ovat tyypillisesti näyttövaikeudet ja pyrkimys parantaa vahingonkärsijän asemaa.³²⁵ Käännetty todistustaakka on keino terävöittää vahingonkorvausvastuuta prosessuaalisin keinoin, kun siihen ei ryhdytä aineellisoikeudellisin keinoin, kuten asettamalla vahingon aiheuttaja tuottamuksesta riippumattomaan vahingonkorvausvastuuseen.

Todistustaakan kääntäminen tunnetaan sopimusoikeudessakin. Ekskulpaatio- tai presumptiovastuu rakentuu aineellisoikeudellisesti tuottamusvastuun varaan, mutta siihen liittyy prosessuaalisena erityispiirteenä käännetty todistustaakka. Sopimusrikkomuksen kohteeksi joutuneen asianosaisen on esitettävä näyttö sopimuksesta sekä siitä, että sopimusta on rikottu – ja jos hän onnistuu, rikkomuksen oletetaan johtuvan vastapuolen tuottamuksesta. Tämän jälkeen vastapuolen on vastuusta välttyäkseen esitettävä näyttöä huolellisesta toiminnasta (jolloin tuottamusta ei ole) tai siitä, että vahinko on johtunut tämän vastuulle kuulumattomasta syystä.³²⁶

Vahingonkorvausoikeuden erityiset vastuuperusteet, kuten ekskulpaatiovastuu ja anonyymi tuottamus, on otettava huomioon vetoamislausumien ja todistusteemojen yksilöimisessä. Ekskulpaatiovastuussa asianosaisen täytyy vedota vain seikkoihin, joiden nojalla vastapuolen voidaan katsoa rikkoneen sopimusperusteisia normeja. Näihin seikkoihin kohdistuu asianosaisen todistustaakkin. Asianosaisen pitää siis väittää ja näyttää, että: 1) asianosaisten välillä oli sopimussuhde, 2) sopimuksen perusteella vastapuolen olisi tullut toimia tavalla

³²⁴ Lindblom 2006, s. 415.

³²⁵ Ks. käännetystä todistustaakasta vahingonkorvausoikeudessa Häyhä OTJP 1999, s. 117–118. Ks. todistustaakasta ympäristövahinkolaissa Spåre DL 1999 ja oikeuskäytännöstä KKO 1989:7.

³²⁶ Ks. ekskulpaatiovastuusta esim. Taxell 1972, s. 264–267, Taxell 1993, s. 74–77, Aurejärvi – Hemmo 2007, s. 137–141 (viittaa Velvoiteoikeuden oppikirja -teoksen toiseen painokseen vuodelta 1998, sillä vuoden 2007 painoksesta on poistettu sopimusrikkomuksen seuraamusjärjestelmää koskevat osat), Hemmo 1998, s. 53–55, Hemmo II, s. 234 ss. ja Mononen LM 2004.

X, 3) vastapuoli ei kuitenkaan toiminut tavalla X sekä 4) sopimusrikkomuksesta on aiheutunut Y euron suuruinen vahinko. Todistustaakka laiminlyönnin syistä ei kuulu sopimusrikkomuksen kohteeksi joutuneelle asianosaiselle, vaan vastapuolelle, jonka on väitettävä ja todistettava, että vahinko ei ole aiheutunut tuottamuksellisesti tai että vahinko aiheutunut vastapuolen vastuulle kuulumattomasta syystä.

Anonyymilla tuottamuksella tarkoitetaan isännänvastuun tilannetta, jossa vahingosta vastaa työnantajana oleva oikeushenkilö; anonyymi tuottamus tulee kysymykseen myös silloin, kun vahingon on aiheuttanut oikeushenkilö ”itse”. Anonyymien tuottamuksen tilanteissa vahingonkärsijän ei tarvitse nimetä vahingonaiheuttajan isännänvastuun piiriin kuuluvaa, vahingon tosiasiallisesti aiheuttanutta luonnollista henkilöä, eikä konkretisoida yksityiskohtaisesti menettelyä, jolla vahinko on (tuottamuksellisesti) aiheutettu.³²⁷ Tässä tapauksessa väittämistaakka ja todistustaakka huolellisuusvelvollisuuden noudattamisesta tai sellaisista perusteista, joiden nojalla vahinko ei kuulu oikeushenkilön vastattavaksi, kuuluvat niin ikään oikeushenkilölle.

Vaikka oikeuskäytännössä ei ole otettu kantaa nimenomaisesti siihen, miten väittämistaakka näissä tilanteissa jakautuu, aineellisen oikeuden tavoitteiden toteuttamismäkökulmasta edellä esitetyt tulkinnot lienevät perustelluimpia. Jos vahingonkärsijän tulisi yksilöidä vahingon aiheuttajan henkilö sekä tuottamukselliseksi arvioimansa menettely, joista tällä ei useimmiten liene tietoa, tämän hyväksi säädetty normit jäisivät formalistisilla perusteilla merkitystä vaille, eikä todistustaakan kääntäminenkaan parantaisi vahingonkärsijän oikeusasemaa.

On syytä huomata, että todistustaakan kääntäminen ei muutenkaan yksin määrää ratkaisun lopputulosta. Siihen, miten raskaaksi asianosaisen todistustaakka todellisuudessa muodostuu, vaikuttavat muutkin tekijät, ennen muuta se, millainen selvitys aineellisoikeudellisessa katsannossa kelpuutetaan relevantiksi vastanäytöksi.³²⁸ Todistustaakan ankaruuteen liittyy olennaisesti myös kysymys näyttökynnyksestä sekä siitä, miten näyttökynnys kulloisessakin todistustilanteessa konkretisoidaan.

Oikeuskirjallisuudessa kirjoitetaan myös ”kääntyvästä”, ”vääärästä” tai ”epäaidosta” todistustaakasta.³²⁹ ”Käännetty” sekä ”kääntyvä/kääntynyt/väärä/epä-

³²⁷ Ks. anonyymista tuottamuksesta *Saxén* 1975, s. 180, *Taxell* 1993, s. 69–70, *Hemmo* 2005, s. 53, *Routamo – Ståhlberg – Karhu* 2006, s. 116–119, *Hellner – Radetzki* 2006, s. 160. Kielteisesti anonyymiin tuottamukseen on suhtautunut *Armas Arti* (1981, s. 118), jonka mukaan ”pelkästään oletetun culpan perusteella tapahtuva korvaustuomio olisi työnantajalle kohtuuton”. Oikeuskäytännöstä ks. KKO 1950-I-14, KKO 1982-II-120, KKO 1989:7 ja KKO 2002:56.

³²⁸ *Hemmo II*, s. 236.

³²⁹ Ks. ilmauksesta esim. *Bolding* 1989, s. 99, *Ekelöf – Boman IV*, s. 64–65, *Lappalainen SP II*, s. 314–315, *Pölonen* 2003, s. 138. *Per Henrik Lindblomin* (2006, s. 415) kielikuvan mukaan väärä todistustaakka oikeudenkäynnissä on kuin sirkuksen trapetsinnumero, jossa trapetseissa ja-loistaan roikkuvat miehet heittävät kaunista, useimmiten naispuolista avustajaansa puolelta toi-

aito” todistustaakka on syytä erottaa toisistaan. Oikeuskirjallisuudessa ja oikeuskäytännössä todistustaakan katsotaan voivan ”kääntyä” niin, että vaatimuksen torjuminen edellyttää vastanäyttöä.³³⁰ Tämä tarkoittaa, että todistustaakan jostakin seikasta kantava asianosainen on esittänyt päänäytön, jonka perusteella tuomioistuin katsoo todistelun kohteena olevan seikan näytetyksi. Tämän myötä todistustaakka on ”kääntynyt” vastapuolelle, jonka tulee esittää vastanäyttöä uhalla, että hän muuten häviää jutun. Ilmauksella kuvataan todistusharkintaa näyttöä vastaanottaessaan suorittavan tuomarin ajatustyötä.³³¹

On tärkeää erottaa ”aito” ja ”väärä” todistustaakka, koska oikeudenkäynnissä todistustaakka rasittaa lähtökohtaisesti vain toista asianosaista, jonka tulee esittää päänäyttö todistustaakan piiriin kuuluvista seikoista. Ellei todistustaakan piiriin luettavista seikoista esitetä näyttöä, ei todistustaakka voi ”kääntyäkään”, vaan asianosainen häviää jutun. ”Väärä” todistustaakka tulee siis lähtökohtaisesti kysymykseen vasta, kun asianosainen on esittänyt päänäytön. ”Väärä” todistustaakka voinee tulla kysymykseen silloinkin, kun näytön jostakin oikeustositseikasta esittää asianosainen, jolla ei ole siihen nähden todistustaakkaa. Esimerkiksi silloin, kun kantaja väittää kärsineensä vastaajan menettelyn seurauksena vahinkoa, vastaaja voi esittää näytön, josta voidaan päätellä, että vahingon on aiheuttanut joko vahingonkärsijä itse tai jokin kolmas henkilö.

Oikeuskirjallisuudessa aitoa ja väärää todistustaakkaa on nimetty myös ”muodolliseksi” ja ”aineelliseksi” sekä ”subjektiiviseksi” ja ”objektiiviseksi” todistustaakaksi. Muodollis-subjektiivinen todistustaakka ratkaisee, kumman riitapuolen on tarvittaessa näytettävä jokin tosiseikka toteen. Aineellis-objektiivinen todistustaakka sääntelee tuomiota annettaessa, kumman asianosaisen on kärsittävä haitalliset seuraamukset tosiseikan näyttämättä jäämisestä.³³² Aineellis-objektiivinen todistustaakka merkitsee tämän terminologian mukaisesti aitoa, lain säännökseen perustuvaa todistustaakkaa, ja muodollis-subjektiivinen todistustaakka taas oikeudenkäynnin todistustilanteeseen perustuvaa ”väärää todistustaakkaa”.³³³ Muodollisessa todistustaakassa asiaa sanotaan tarkasteltavan asianosaisen, ja aineellisessa todistustaakassa tuomioistuimen näkökulmasta.³³⁴

Suomen prosessioikeudessa ei käytetä ”muodollisen” ja ”aineellisen” todistustaakan käsitteitä, kuten ei Ruotsissakaan³³⁵; sitä vastoin Saksan prosessioikeu-

selle, kunnes tämä viimein jää jommallekummalle puolelle – tai murskautuu brutaalisti maneesiin.

³³⁰ Esimerkkeinä tällaisesta ilmauksesta oikeuskäytännössä ks. KKO 2005:99, KKO 2005:103, KKO 2005:115, KKO 2007:52.

³³¹ *Lappalainen SP II*, s. 315.

³³² *Halila 1955*, s. 9–10. Ks. myös *Wrede 1910*, s. 23–24.

³³³ Vrt. *Halila 1955*, s. 9–12, jossa väärää todistustaakkaa käsitellään eri yhteydessä kuin muodollis-subjektiivista todistustaakkaa.

³³⁴ *Halila 1955*, s. 10.

³³⁵ Vrt. kuit. *Kallenberg II*, s. 682.

dessa edellä mainitut erottelut ovat yhä käytössä.³³⁶ Sille, että Suomessakin tulisi ryhtyä käyttämään kahta termiä, ei vaikuta olevan kestäviä perusteita. *Jouko Halilan* mukaan termien erottaminen ei merkitse muuta kuin saman asian tarkastelua eri puolilta.³³⁷ Tässä tutkimuksessa todistustaakalla tarkoitetaan ”aitoa” todistustaakkaa, joka on samalla asianosaisella koko oikeudenkäynnin ajan. Tuomioistuin arvioi todistusharkintavaiheessa, onko asianosainen suoriutunut todistustaakastaan; eri asia on, että tuomioistuin luonnollisesti tekee jutun käsittelyssä havaintoja, joilla on tämän asian kannalta merkitystä.

Todettakoon, että todistustaakalla on merkitystä myös todistelun esittämisen järjestyksen kannalta. Pääkäsittelyvaiheessa on lähtökohtaisesti otettava ensin vastaan todistustaakan jostakin oikeustosisesta kantavan osapuolen näyttö ja vasta sitten mahdollinen vastanäyttö; tuomioistuin voi tosin määrätä poikkeavastakin järjestyksestä.³³⁸ Todistustaakan rasittaman asianosaisen todistelusta puhutaan päätodisteluna (*päänäyttönä*), vastatodistelulla (*vastanäyttöllä*) tarkoitetaan tämän vastapuolen esittämää todistelua.

Oikeuskirjallisuudessa erotetaan kaksi vastanäytön tyyppitilannetta. Suoralta eli varsinaisella vastatodistelulla asianosainen esittää näyttöä päätodistusteen vastakohdasta tai muusta teeman kanssa yhteensopimattomasta olosuhteesta. Epäsuoralla eli välillisellä vastatodistelulla osapuoli pyrkii tuomaan esiin päänäytön näyttöarvoa horjuttavia aputosisikkoja.³³⁹ Suoranaisen vastanäytön katsotaan kohdistuvan samaan todistusteemaan kuin päänäytön, kun taas epävarsinainen vastanäyttö kohdistuu todistuskeinoon. Vastanäyttö on molemmissa tapauksissa saavuttanut tavoitteensa, jos se on horjuttanut päänäytön näyttöarvoa siinä määrin, että se ei ylitä näyttökynnystä.³⁴⁰

Oikeudenkäyntiaineiston asianmukaisesti jäsentämiseksi tarkoituksenmukaista on jo valmisteluvaiheessa kartoittaa se, miten todistustaakka asianosaisen välillä jakautuu. Koska todistustaakan jako liittyy kulloiseenkin aineellisoikeudelliseen tyyppitilanteeseen, tilanne voi olla se, että todistustaakan jostakin oikeustosisesta kantaa kantaja, kun taas todistustaakka jostakin toisesta oikeustosisesta voi olla vastaajalla. Kun todistustaakka nostetaan keskustelunalaiseksi, varmistetaan samalla myös se, että osapuolten välillä ei vallitse siitä väärää käsitystä, eikä todistustaakan jostakin oikeustosisesta kantava asianosainen erehdyksessä jätä esittämättä näyttöä siitä.

³³⁶ Ks. termeistä esim. *Baumgärtel* 1996, s. 7–18. Nämä käsitteet tunnetaan myös *common law* -järjestelmässä. Muodollis-subjektiiivisesta todistustaakasta käytetään nimitystä *burden of production* / *burden of producing evidence* ja aineellis-objektiiivisesta todistustaakasta *burden of persuasion* (Kokott 1998, s. 9).

³³⁷ *Halila* 1955, s. 10.

³³⁸ Ks. esim. HE 15/1990, s. 75, *Virolainen* 1994, s. 141–142, *Lappalainen SP II*, s. 133, *Pölonen* 2003, s. 109, *Jokela III*, s. 18.

³³⁹ Ks. vastanäytön lajeista *Tirkkonen* 1949, s. 20–21 ja *Lappalainen SP II*, s. 133–134.

³⁴⁰ *Tirkkonen* 1949, s. 20–21.

Ennakkopäätöksessä KKO 2007:52 kantaja vaati, että vastaaja velvoitetaan suorittamaan hänelle vahingonkorvauksena täyden tapaturmaeläkkeen sekä työansion erotus. Käräjäoikeus katsoi, että vastaaja on velvollinen korvaamaan vahingon. Käräjäoikeuden mukaan täyden tapaturmaeläkkeen saaminen ei ollut näyttö siitä, että eläkkeensaajalle ei ollut aiheutunut ansionmenetystä, vaan jos eläke ja muut etuudet olivat määrältään pienemmät kuin täysi työansio olisi ollut, eläkkeensaajalle katsottiin aiheutuneen vahinkoa. Käräjäoikeus hyväksyi kanteen, ja katsoi lisäksi, että vaikka vakuutusyhtiö oli päätöksellään katsonut kantajan työkyvyn alentuman muuttuneen 50 prosenttiin, tästä ei ollut esitetty näyttöä.

Hovioikeus kumosi käräjäoikeuden ratkaisun ja hylkäsi kanteen osin näyttämättömänä ja osin ennenaikaisena. Hovioikeus lausui, lainvalmisteluaineistoon viitaten, että tapaturmaeläke vastasi vahingoittuneelle työansion menetystä. Eläkkeen suuruus oli lain nojalla 85 prosenttia työntekijän vuosityöansioista, koska täydellisen työkyvyttömyyden tapauksissa työntekijältä säästyi myös työssäkäyntikustannuksia. Hovioikeuden mukaan työntekijän tuli näyttää, ettei hänellä esimerkiksi työssä ollessaan ollut sellaisia työssäkäyntikuluja, joilta hän olisi välttynyt. Koska kantaja ei ollut esittänyt tällaista selvitystä, hovioikeus katsoi jääneen näyttämättä, että kantajan taloudellinen vahinko olisi ollut suurempi kuin työeläkkeen määrä. Hovioikeus hylkäsi kanteen ennenaikaisena siltä osin, kuin kantaja oli vaatinut täyden tapaturmaeläkkeen ja 50 prosenttiin alennetun tapaturmaeläkkeen välistä korvausta, koska lain mukaan korvausvelvollisen maksettavaksi ei voitu tuomita suurempaa määrää, kuin mitä tapaturmavakuutuslain mukainen täysi korvaus olisi ollut. Kun työkyvyn alentumaa koskevasta vakuutusyhtiön päätöksestä oli valitettu, tapaturmaeläkkeen määrää ei ollut lainvoimaisesti ratkaistu.

KKO totesi, että vastaaja oli valituksessaan hovioikeudelle tuonut esiin lainvalmisteluaineiston presumption ja katsonut, että kantaja ei ollut näyttänyt hänelle aiheutuneen todellista ansionmenetystä. Kantaja oli puolestaan lausunut hovioikeudelle, että vastaaja ei ollut näyttänyt kantajalle aiheutuneen sellaisia kuluja, joista tämä olisi eläkkeellä ollessaan säästynyt. KKO totesi, että tuomioistuimella on paitsi kyselyoikeus, myös kyselyvelvollisuus. ”Silloin, kun asiassa merkitykselliset seikat ovat tuomioistuimen tietien jäämässä selvittämättä pelkästään siitä syystä, että asianosaiset ovat eri mieltä siitä, kummalle näyttövelvollisuus mainittujen seikkojen suhteen kuuluu, asianmukainen prosessinjohto edellyttää, että asianosaisille ilmoitetaan tuomioistuimen käsitys siitä, miten näyttövelvollisuus asiassa jakautuu, ja varataan tilaisuus kanteen ja vastauksen täydentämiseen.” KKO katsoi, että asian käsittelyssä oli tapahtunut menettelyvirhe, minkä vuoksi asia palautettiin käräjäoikeuteen.³⁴¹

Ennakkopäätös asettaa tuomioistuimelle velvollisuuden oma-aloitteiseen informatoriseen prosessinjohtoon silloin, kun asianosaiset ovat erimielisiä todistustaakan jakautumisesta. *Jyrki Virolainen* katsoo, että pelkkä todistustaakasta

³⁴¹ Ks. tapauksen johdosta *Virolainen 2007b* sekä *Viljanen 2008*, s. 305.

keskusteleminen ei riitä, vaan tuomioistuimen on tarvittaessa ratkaistava todistustaakan jakokysymys käsittelyn aikana; tämä tulee toki kysymykseen vasta sen jälkeen, kun asianosaisille on annettu mahdollisuus lausua kysymyksestä.³⁴²

Lainvalmisteluaineistossa ja oikeuskirjallisuudessa on aikaisemmin suhtauduttu melko varovaisesti todistustaakan jakoa koskevaan informatoriseen prosessinjohtoon. Tuomioistuimen on katsottu voivan ilmaista todistustaakan jakoa koskevan kantansa vain selvissä tapauksissa.³⁴³ Hankalampiin todistustaakkaongelmiin on katsottu voitavan puuttua vasta, kun asianosaiset sitä nimenomaisesti pyytävät, mitä on perusteltu sillä, että todistustaakan jakokysymykset eivät suinkaan ole yksinkertaisia, vaan saattavat vaatia hyvinkin huolellista harkintaa. On katsottu, että tuomioistuimen ei tulisi köykäisin perustein ottaa kantaa todistustaakan jakoon, koska todistustaakan jaosta käsittelyn aikana omaksumattu kanta tosiasiallisesti sitoo tuomioistuinta jutun ratkaisuvaiheessa.³⁴⁴

Toisaalta oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että tuomioistuimen tulisi puuttua todistustaakan jakokysymykseen, kun se havaitsee, että todistustaakan kantavalla asianosaisella on todistustaakan jaosta ilmeisesti väärä käsitys, eikä tämä siksi esitä lainkaan näyttöä.³⁴⁵ Tähän kantaan voidaan perustellusti yhtyä. Vaikka erityisesti lainoppineiden avustajien tulisi tuntea todistustaakan jakosäännöt, todistustaakka on ilman asianosaisten erimielisyyttäkin syytä nostaa keskustelunalaiseksi, jos todistustaakan kantava asianosainen laiminlyö ilmoittaa näyttöä, ja laiminlyönnin voidaan olettaa johtuvan erehdyksestä. Jollei tuomioistuin toimi näin, käsittelystä tulee pelkkä muodollisuus: relevantin näytön esittämisen laiminlyövä asianosainen ei voi voittaa juttuaankaan – jollei sitten vastapuoli esitä näyttöä hänen puolestaan, mikä ei ole luultavaa.

Katsoisin itse, että todistustaakan jaosta keskusteleminen kuuluu hyvään aineelliseen prosessinjohtoon, ja todistustaakasta voidaan valmistelussa keskustella myös ilman, että tuomioistuin ottaa siihen nimenomaisesti kantaa: tuomioistuin voi esimerkiksi kehottaa asianosaisia lausumaan todistustaakan jaosta.³⁴⁶ Todistustaakan jakonormit ovat myös siksi keskeisiä, että tuomioistuimella tulisi joka tapauksessa ilman asianosaisten kannanottojakin olla jo valmisteluvaiheessa käsitys siitä, miten todistustaakka näiden välillä jakautuu, ja millaista seikoista näyttöä on esitettävä. Todistustaakan jaon valmistelussa tapahtu-

³⁴² Virolainen 2007b, s. 344–345.

³⁴³ Ks. HE 15/1990, s. 64 sekä Leppänen 1998, s. 223 ja Sippo – Välimaa 2003, s. 43–44.

³⁴⁴ Virolainen 1988, s. 304.

³⁴⁵ Näin Virolainen 1988, s. 304.

³⁴⁶ Ks. kysymyksestä myös *Ervasti – Kallioinen* 2003, s. 44–45, jossa käsitellään Turun hovioikeuspiirin laatuhankeessa vuonna 2002 tehtyä, tuomioistuinjuristeille suunnattua kyselyä. Kyselyn tulosten mukaan suurin osa tuomareista ja asianajajista oli sitä mieltä, että tuomari voi ottaa todistustaakkaan. Vain harvat olivat sitä mieltä, että tällainen menettely ei tule lainkaan kysymykseen.

van kartoittamisen seurauksena voidaan olettaa olevan, että pääkäsittelyn kulun suunnitteleminen helpottuu, kun tuomioistuin kykenee määrittelemään, millaisessa järjestyksessä pää- ja vastanäyttö pääkäsittelyssä esitetään.

3.2.5.3 Väittämistaakka ja todistusteema

Kun asianosaisten väliset riitakysymykset on selvitetty, ne pitää muotoilla todistusteemoiksi, joihin pääkäsittelyssä esitettävä todistelu kohdistetaan. Lain-säädannössä todistusteeman käsitettä ei käytetä, vaan laissa puhutaan vain siitä, ”mitä kullakin todisteella aiotaan näyttää toteen”. Oikeuskirjallisuudessa todistusteeman käsite on vakiintunut, mutta monimerkityksellinen. Sillä voidaan tarkoittaa oikeustosisaikan asemassa olevaa faktaväitettä, mutta toisaalta ”todistusteemalla” voidaan viitata myös muuhun todistelun kohteeseen sen prosessioikeudellisesta statuksesta riippumatta.

Tällaista terminologiaa kritisoidaan aiheellisesti epätäsmälliseksi. ”Todistusteemoista” tulee puhua vain, kun näyttöä esitetään oikeustosisaikan asemassa olevasta seikasta.³⁴⁷ Muu todistelu on kytkettävä relevantilla tavalla todistusteemaan. Ellei kytkentää kyetä tekemään, näytöllä ei välttämättä ole merkitystä riitaisten faktaväitteiden selvittämisessä – se on ”asiaan vaikuttamatonta” tai ”asiaan kuulumatonta”, eikä tuomioistuimen tule sallia sen esittämistä (OK 17:7). Näytöltä on siis edellytettävä, että sillä on merkitystä jonkin todistusteeman (kuten ”sopimussidonnaisuuden syntyminen”) puolesta tai sitä vastaan (”sopimussidonnaisuutta ei syntynyt”).

Todistelu jaetaan usein kahteen ryhmään. Todistustosiseikoilla tarkoitetaan seikkoja, joille ominaista on näyttöarvo oikeustosiseikasta. Todistustosisekoista voidaan tehdä päätelmiä välittömästi todistusteeman olemassaolosta. Jos esimerkiksi kantaja vetoaa velkomuskanteensa tueksi siihen, että vastaaja on lainannut kantajalta rahaa, todistustosiseikka olisi rahanlainaustilanteessa paikalla olleen henkilötodistajan lausuma, jonka mukaan kantaja luovutti velkapääoman vastaajalle. Jos lainasta esitetään todisteena velallisen allekirjoittama sopimusasiakirja, josta velkomuksen ehdot ilmenevät, myös velallisen allekirjoituksella on välitöntä merkitystä todistustosiseikkana.

Vastaaja voi tietenkin kiistää allekirjoittaneensa sopimusasiakirjan. Koska sopimusoikeudessa noudatetaan muotovapautta, sopimussidonnaisuuden muodostuminen ei lähtökohtaisesti edellytä kirjallisen muodon käyttämistä tai sopimusasiakirjan allekirjoittamista; poikkeuksen muodostavat varsinaiset muotomääräykset.³⁴⁸ Prosessioikeudellisesti allekirjoituksen oikeaperäisyyden kiistä-

³⁴⁷ Klami 2000, s. 18.

³⁴⁸ Ks. sopimusvapaudesta Muukkonen LM 1956, joka (s. 607–608) sveitsiläiseen Fischeriin viitaten määrittelee sopimusvapauden elementeiksi kirjallisuudessa sittemmin vakiintuneen jaot-

misen saattaa heikentää sopimusasiakirjan merkitystä näyttönä. Jollei kysymys ole varsinaisesta muotomääräyksestä, velkomuskanteen päätodistusteema on se, että vastaaja on tullut sidotuksi sopimukseen – allekirjoituksella on tästä merkitystä todisteena, ja allekirjoituksen näyttöarvoa taas voi heikentää se, että vastaaja kiistää allekirjoittaneensa sopimusasiakirjaa.

Allekirjoituksen kiistäminen merkitsee aineellisoikeudellisesti pätemättömyysväitteen esittämistä. Suomen ja Ruotsin prosessioikeustutkimuksessa todistustaakan katsotaankin voivan kohdistua allekirjoituksen oikeaperäisyyteen, ja todistustaakka allekirjoituksen oikeaperäisyydestä on asetettu siihen vetoavalle asianosaiselle.³⁴⁹ Allekirjoituksen oikeaperäisyyteen vetoavan asianosaisen kannattaisi siis, silloin kun oikeaperäisyys kiistetään, esittää näyttöä seikasta uhalla, että tuomioistuin epäselvyytilanteessa tuomitsee jutun hänen vahinkokseen.

Oikeuskäytännössä (KKO 1979-II-135) takaussitoumuksiin merkityt allekirjoitukset tosin vaikutetaan presumoidun aidoiksi. Todistelun esittämistä allekirjoituksen aitoudesta uhalla, että se muuten katsotaan väärennetyksi, on allekirjoituksen oikeaperäisyyteen nojautuvalta velkojalta edellytetty vasta, kun velallinen on esittänyt väärennysväitettä tukevaa näyttöä. Tämä merkitsee, että allekirjoitetulle sopimusasiakirjalle annetaan julkinen luotettavuus. Väärennysväitteen esittävältä asianosaiselta ei kuitenkaan tule edellyttää kovin vakuuttavaa näyttöä väärennyksestä, koska tällaisen esittäminen on usein kovin vaikeaa. Lisäksi asianosaiselta ei tulisi edellyttää vaatimusta tekijän yksilöimisestä, koska näytön esittäminen sellaisesta seikasta on usein yksityishenkilölle mahdotonta.

Allekirjoituksen oikeaperäisyyttä voidaan pyrkiä todistamaan esimerkiksi käsi- alatutkimuksilla. Tällainen todistelu tunnetaan prosessioikeudessa ”välillisenä” tai ”epäsuorana” todisteluna taikka erityisesti vanhemmassa kirjallisuudessa ”aihe- tai indisiotodisteluna”. Aihetodistelussa kysymys on todistusketjusta, joka liittyy oikeustositseikkaan välillisesti.³⁵⁰ Välillisen eli indisiotodistelun näyttöarvo perustuu yhtäältä tosiasian havaitsemiselle sekä toisaalta kokemuksäänkölle, joka yhdistää todistusteeman ja siitä todisteena esitetyn tosiasian.

telun päättäväpaukeen, sopimuskumppanin valitsemisvapauteen, sisältöväpaukeen, muotova-
paukeen ja purkuvapauteen. *Saarnilehto* (2005, s. 17) katsoo, että velkakirjan allekirjoitusvaati-
mus, josta on tosin useita poikkeuksia, perustuisi tavanomaiseen oikeuteen.

³⁴⁹ Ks. esim. *Halila 1955*, s. 129–131, *Lappalainen LM 1986*, s. 769–770, *Aurejärvi 2001*, s. 47, *Aurejärvi – Hemmo 2004*, s. 106–107. Ruotsin oikeuden osalta ks. esim. *NJA 1976* s. 667 ja sen johdosta *Boman FS Bolding* sekä *NJA 1992* s. 263 ja sen johdosta *Westberg JT 1992–93*. *Westberg* katsoo toisessa yhteydessä (*FS Lindblom*, s. 735), että todistustaakan asettaminen allekirjoituksen oikeellisuudesta merkitsee systemaattisesti epätarkoituksenmukaista ratkaisua, koska todistustaakka kohdistuu oikeustositseikkaan, eikä todistustositseikkaan, jollainen allekirjoitus on.

³⁵⁰ Ks. terminologiasta *Bolding 1989*, s. 45–49, *Lappalainen SP II*, s. 133, *Klami 2000*, s. 20 ja *Jokela III*, s. 143.

Esimerkkitapauksessa välillistä todistelua olisi käsialatutkimuslausunto, jossa todetaan olevan ”erittäin todennäköistä, että kiistanalaiset kirjoitukset ja vertailunäytteet ovat eri henkilöiden kirjoittamia”. Lausuman näyttöarvo ei välittömän todistelun tavoin perustu allekirjoitustilannetta koskevaan havaintoon tai allekirjoituksesta muuten todistavaan tosiseikkaan (sopimusasiakirjaan merkitty allekirjoitus), vaan siihen, että vertailuaineisto ja todistelun kohteena oleva allekirjoitus ovat yhteensopimattomia sellaisella tavalla, joka käsialantutkimusta koskevan tieteellisen tietämyksen perusteella viittaa vahvasti siihen, että allekirjoitus on väärennetty.

Indisio-termi periytyy todistus oikeuden käsitteistöön legaalisesta todistusteoriasta. Legaalisen todistusteorian aikaan indisio näytö ei rikosjutuissa käynyt täydestä näytöstä, vaan indisioiden nojalla asianosainen määrättiin puhdistusvalalle.³⁵¹ Vapaassa todistusteoriassa laki ei tunne eroa ”välittömän” ja ”välillisen” todistelun oikeusvaikutuksissa, vaan oikeuden tulee harkita, mitä ne todistelun kohteena olevista todistusteemoista todistavat. Indisioiden näyttöarvo ei välttämättä ole vähäisempi kuin todistajanlausumien, vaikka niiden merkitystä voidaan vähätellä (”näyttöä ei löytynyt, vain indisioita”). Päinvastoin, indisioiden näyttöarvo voi olla henkilötodistelun näyttöarvoa korkeampi.

Tämä käy ilmi KKO:n ennakkopäätöksestä 1994:41, jossa takaussitoumuksen antanut henkilö kiisti allekirjoituksensa oikeaperäisyyden. Jutussa kuultiin kantajan todistajina pankinjohtajaa ja toimihenkilöä, jotka kertoivat, että vastaaja oli allekirjoittanut takaussitoumuksen heidän läsnä ollessaan. Ruotsin valtion kriminaalitekniikan laboratorion lausunnon mukaan oli ”kohtuullista olettaa”, että nimikirjoitus oli syntynyt jäljentämällä; Suomen KRP:n laboratorion lausunnon mukaan kiistanalaisen allekirjoituksen ja käsialanäytteen erot viittasivat vahvasti siihen, että kysymys ei olisi vastaajan omasta allekirjoituksesta. Alemmat oikeudet hyväksyivät kanteen. KKO katsoi, käsialatutkimusten näyttöarvoa ja siihen vaikuttavia seikkoja yksityiskohtaisesti punnitien, että ei voitu pitää selvitettyä, että vastaaja olisi itse kirjoittanut allekirjoituksen.³⁵²

KKO katsoi, että henkilötodistelun näyttöarvoa alentaa tapahtuneesta kulunut aika sekä se, että takaussitoumusten laatiminen ja allekirjoitusten varmistaminen oli todistajien rutiinitoimintaa. Tapauksessa ei ollut ilmennyt mitään selkeää, josta olisi voitu päätellä, että juuri tuohon tapaukseen olisi liittynyt joitakin mieleenpainuvia seikkoja. Aihetodistelun ja välittömän todistelun eroa ei näytön arvioinnissa ole syytä korostaa, vaan *Jaakko Jonkan* tavoin voidaan katsoa, että kaikki todistelu, katselmusta ja eräissä tapauksissa kirjallisia todisteita

³⁵¹ Ks. indisioiden oikeusvaikutuksesta legaalisessa todistusteoriassa *Wrede 1910*, s. 287–293 ja *Kallenberg II*, s. 651–661, joka s. 652–654 lausuu, että siviilijutuissa indisiotodistus kävi täydestä näytöstä.

³⁵² Ks. ratkaisun johdosta *Hemmo I*, s. 386–387 ja *Klami 1995b*, s. 169–175. Ks. käsialantutkimuksesta todistuskeinona erit. *Puonti LM 1997* ja *Lehtonen – Ljungberg – Himberg DL 1992*.

lukuun ottamatta, on välillistä.³⁵³ Tuomioistuimien voi katselmustilanteissa päätellä suoraan jotakin oikeustositseikasta, jolloin todistustositseikan ja todistusteeman ”välissä” ei ole minkäänlaista linkkiä. Tässä tapauksessa ratkaisevaksi nousee siis todistustositseikan ja teeman välinen kausaaliyhteys.

Käsitteen klassisessa merkityksessä indisiolla tarkoitetaan muuta näyttöä kuin suoraan oikeustositseikasta todistavaa henkilötodistelua tai kirjallisia todisteita, siis sellaisia seikkoja, joita ei voida kausaalisesti liittää todistusteemaan, mutta joilla silti voi olla jutussa merkitystä.³⁵⁴ Indisiot eivät tällaisessa tapauksessa todista itsestään selvästi mitään todistusteemana olevasta väitteestä, koska teeman ja seikan välillä ei ole kausaaliyhteyttä, mutta ne saavat merkitystä todistusteeman ja indisiosta koostuvan todistelun rakenteen vastaavuuden perusteella: kysymys on *rakenteellisesta todistelusta*, jota käsitellään yksityiskohdaisemmin tuonnempana.

Rakenteellista todistelua ja indisioiden merkitystä näyttönä voidaan kuitenkin jo tässä vaiheessa havainnollistaa esimerkillä, jossa vastaajaa syytetään taposta.³⁵⁵ Vaikka vastaajan esittämät uhkaukset sittemmin tapetuksi joutuneelle henkilölle eivät yksin todista, että vastaaja olisi tappanut tämän, niillä voi syyksilukemisarvioinnissa olla merkitystä ”rikkana rokassa”. Merkitys perustuu kokemussääntöön, jonka mukaan ”henkilö, joka esittää tappouhkauksia, voi toteuttaa ne”. Pelkkä tappouhkausten esittäminen ei ylitä tuomitsemiskynnystä, mutta uhkaaminen tukee jonkinasteisella todennäköisyydellä hypoteesia, että henkirikokseen on syyllistynyt juuri uhkailija.

Aihe- eli indisiotodistelun käsite ilmentää todistelun rakennetta ja todistus-harkinnan päättelynvaraisuutta. Vaikka todisteen luonteesta ”välittömänä” tai ”välillisenä” todisteluna ei pidä tehdä johtopäätöksiä todistelun näyttöarvosta, tuomioistuimen tulee erityisesti rikosprosessissa suhtautua vain aihe todistelusta koostuvaan näyttöön suurella varauksella.³⁵⁶ Indisiotodistelu sisältää merkittävästi enemmän päättelyä kuin todistustositseikka, joka on todistusteemaan nähden kausaaliyhteydessä, ja indisiotodistelu voi ”todistaa” muistakin seikoista kuin niistä, joista sen väitetään todistavan.

Dispositiivisen riita-asian valmistelussa on kokonaisuuden hahmottamiseksi tärkeää arvioida, mitkä oikeustositseikat tulevat muodostumaan ”todistusteemoiksi” käsitteen varsinaisessa merkityksessä. Jos kysymys on ns. kompleksisesta oikeustositseikasta, kuten ”tuottamuksellisesta menettelystä”, se on tarkoi-

³⁵³ Jonkka 1993, s. 34.

³⁵⁴ Ks. myös Ekelöf – Edelstam – Heuman IV, s. 24–25 ”kausaalista” ja ”ei-kausaalista” todistelusta.

³⁵⁵ Diesen 1997, s. 25.

³⁵⁶ Dan Frände (LM 1998, s. 1253) katsoo, että ”jokaisessa rikosjutussa täytyy olla lujan ytimen muodostava yksi kausaalinen todiste. Syytetyn oikeusturva ei salli, että rakenteen perusteella vedetään johtopäätös, että syytetty on tehnyt rangaistavan teon”. Ks. aihe todistelusta rikosprosessissa KKO 2006:78 sekä sen johdosta Virolainen 2007c.

tuksenmukaista ”hajottaa” pienempiin osiin.³⁵⁷ Jos vastaaja kiistää menettelleensä ”tuottamuksellisesti”, on kantajan edellä todetulla tavalla pakkokin konkretisoida, millainen menettely hänen mukaansa tunnusmerkistön täyttää. Tästä menettelystä on muodostettava omia teemoja siten, että jokaisesta kompleksisen oikeustositseikan momentista esitetään tarvittaessa todistelua; tuomioistuin voi jo tässä vaiheessa pohtia erilaisia todistumekanismeja sekä sitä, onko kaikki esitettäväksi aiottu todistelu mielekkäällä tavalla liitettävissä oikeustositseikan momentteihin.

3.2.5.4 Todistusteeman muotoilemisesta

Todistusteemojen tulee vedottujen oikeustositseikkojen tavoin olla totuusarvoisia väitteitä. Niihin ei lähtökohtaisesti saa sisältyä oikeudellista arvottamista. Kun vastaajan väitetään esimerkiksi menettelleen ”tuottamuksellisesti”, ja menettelystä kuullaan henkilötodistajaa, ei todistusteemaksi voida ilmoittaa esimerkiksi ”vastaaja menetteli tuottamuksellisesti”, vaan se, miten vastaaja konkreettisesti menetteli. Sen arvioiminen, onko menettely ”tuottamuksellista”, kuuluu oikeuskysymyksenä tuomioistuimelle. Kontradiktorisen periaatteen toteutumisen vuoksi on tärkeää, että todistajan nimeävän asianosaisen vastapuoli saa täsmällisen tiedon siitä, mistä seikoista todistajaa on tarkoitettu kuultavan – tai, jos kysymys on asiakirjatodisteesta, mistä asiakirjan katsotaan ”todistavan”.

Koska oikeuskysymystä ja näyttökysymystä ei aina voida erottaa, *Tatu Leppäsen* mukaan todistusteemojen yksilöimisessä tulee käyttää funktionaalista mallia: ”ilmoitetulta todistusteemalta vaadittava täsmällisyys tulisi ratkaista viime kädessä sen mukaan, mikä on kyseessä olevan säännösten funktio, eikä pyrkimällä ehdottomasti teoreettis-käsitteelliseen ”puhtauteen”, jossa todistusteemat on erotettu normatiivisesta aineksesta”.³⁵⁸ Myöskään *Jaakko Raution* mukaan ”tuottamus” ei kelpaa todistusteemaksi, eikä väittämistaakan täyttämiseksi ole riittävää vedota vain ”tuottamukseen”, vaan asianosaisen on vedottava konkreettisiin seikkoihin.

Rautio tosin katsoo, että ”käytännön oikeuselämän tarpeisiin yleensä kuitenkin riittänee, että todistusteemaksi ilmoitetaan tuottamus tai muu kompleksinen oikeustositseikka”.³⁵⁹ Kantaan voidaan eräin varauksin ja täsmennyksin yhtyä. Tällainen teeman yksilöiminen voinee tulla kysymykseen haastehakemusvaiheessa. Jos vastaaja tunnustaa ”menettelleensä tuottamuksellisesti”, kompleksisi-

³⁵⁷ Ks. kompleksisista oikeustositseikoista esim. *Leppänen* 1998, s. 131, *Pölönen* 2003, s. 107–108, *Rautio* 2006, s. 64 ja *Ekelöf–Edelstam I*, s. 49.

³⁵⁸ *Leppänen* 1998, s. 135, 203. *Leppäsen* funktionaalista mallia teleologisena laintulkintana pitää *Virolainen* (LM 1999, s. 132).

³⁵⁹ *Rautio* 2006, s. 64.

sesta oikeustositseikasta tulee riidaton, jolloin sen ”purkaminen osiin” ei ole tarpeen, eikä siitä edes saa esittää näyttöä (OK 17:7). Tuottamuskysymys voi olla riidaton esimerkiksi jutussa, jossa riitaa on vahingonkorvauksen määrästä tai siitä, voiko kantajan tappio ylipäättään tulla korvattavaksi ”vahinkona” – vai vaaditaanko korvausta esimerkiksi esinevahingon aiheuttamasta mielipahasta.³⁶⁰

Jos vastaaja kuitenkin riitauttaa kantajan väitteen vahingon tuottamuksellisesta aiheuttamisesta tai ei lausu siitä mitään, asianosaisten riitaisuus kohdistuu juuri tuottamuskysymykseen, jolloin näin ylimalkainen todistusteema (”tuottamus” tai oikeammin ”tuottamuksellinen menettely”) ei voi jäädä lopulliseksi. Oikeuskäytännön linjaukset siinä, miten täsmällisesti todistusteemat kulloinkin tulee yksilöidä, kuitenkin vaihtelevat.³⁶¹

Siitä, miten täsmällisesti todistusteemat kulloinkin on yksilöitävä, on vaikea antaa yleispäteviä suosituksia – jonkinlaisena ohjenuorana voidaan kuitenkin pitää, että jokaisesta tunnusmerkistön täyttävästä faktaväitteestä on muodostettava tarvittaessa oma todistusteemansa. Tämä tarkoittaa, että kantajan tulee jo väittämistaakan täyttämiseksi kiistämistapauksissa purkaa pääteema (”tuottamus”) osiin ja ilmoittaa, millainen menettely tarkkaan ottaen on ”tuottamuksellista”. Tämän jälkeen hänen on ilmoitettava faktoja koskevat todisteet ja muotoiltava niiden todistusteemat siten, että teemat ovat subsumoitavissa menettelyä koskevien väitteiden alaisuuteen.

Kirjallisessa valmistelussa ilmoitettavat todistusteemat voivat, riippuen siitä, miten vastaaja kanneperusteeksi vedottuun tapahtumainkulkuun suhtautuu, poiketa ”lopullisista” todistusteemoista, jotka konkretisoituvat vasta suullisessa valmistelussa. Asianosaisten tulee kuitenkin jo kirjallisessa valmistelussa, kantajan haastehakemuksessa (OK 5:2, 3-kohta) ja vastaajan vastauksessa (OK 5:10.1, 3-kohta), ilmoittaa ”mahdollisuuksien mukaan” todisteet, jotka he aikovat esittää sekä se, ”mitä hän kullakin todisteella aikoo näyttää toteen”; vm. kohdalla viitataan todistuskeinojen todistusteemoihin, kuten todettua. Asianosaisten ennen oikeudenkäyntiä käymistä neuvotteluista kuitenkin riippuu, miten tarkasti riitaisuuden kohde on ennen kanteen vireillepanoa yksilöitävissä.

³⁶⁰ Tällainen vahinko on katsottu oikeuskäytännössä korvauskelvottomaksi esim. KKO:n ratkaisussa 1978-II-43, jossa hylättiin lakiin perustumattomana autonomistajan vaatimus saada vahingontekijöiltä korvausta hänen autonsa moottorin tahallisesta vahingoittamisesta aiheutuneesta mielipahasta. Ks. myös KKO 1999:44, jossa korvausta vaadittiin kahden koiran surmaamisesta aiheutuneesta kärsimyksestä, ja jossa KKO katsoi jääneen näyttämättä, että teosta olisi aiheutunut vahingonkärsijälle VahL 5:2:n nojalla korvauskelpoinen henkilövahinko. Ks. tapausten johdosta sekä yleisemmin oikeudesta saada korvausta irtaimiin esineisiin liittyvistä tunnearvoista *Ståhlberg DL 2009*, erit. s. 282–284.

³⁶¹ *Ervasti – Kallioinen 2003*, s. 31–34.

Dispositiivisten riita-asioiden ongelmana pidetään sitä, että toisin kuin monissa muissa maissa, juttu voidaan Suomessa viedä oikeuteen etukäteen selvittämättömänä, ”raakana”.³⁶² Jos asiaa ei ole ennen kanteen vireillepanoa asianosaisten (avustajien) toimesta selvitetty, kenties sovinnon edellytyksiä lukuun ottamatta, riitakysymysten selvittäminen prosessissa on työlästä ja prosessiekonomisesti epätarkoituksenmukaista.³⁶³ Kuitenkaan siviiliprosessuaalisten lainsäädäntöuudistusten yhteydessä ei ole pohdittu mahdollisuutta sisällyttää prosessilainsäädäntöön pakollista asianosaisvalmistelua tai ns. valmistelututkintaa koskevaa sääntelyä. Tätä pidetään selvänä epäkohtana, johon lainsäätäjän tulisi kiinnittää huomiota.³⁶⁴ Asianosaisvalmistelujärjestelmä saattaisi kuitenkin edellyttää myös asiamiespakkoa sekä asiamiesten valvonnan tehostamista.

Jos riita-asioiden valmistelu riitaisten oikeustositseikkojen osalta suoritetaan asianmukaisesti, riitakysymysten – ja todistusteemojen – voidaan olettaa täsmentyvän haastehakemuksessa ja kirjallisessa vastauksessa ilmoitetuista. Silloin, kun vastaaja tunnustaa menettelyn kokonaan tai joiltakin osin, todistelua ei tarvita; kiistämistapauksissa taas asianosaisten tulee perustella kantaansa, ja näistä perusteluista riippuu myös todistusteemojen muotoileminen. Todistusteemojen täsmentymistä valmistelussa voidaan havainnollistaa jälleen irtaimen kauppaa koskevalla esimerkillä.

Kantajan on vedottava maksuvelvollisuuden konstituoiviin seikkoihin eli tavarantoimittamiseen ja laskun erääntymiseen. Vastaaja voi vastustaa kannetta väittäen, että tavarassa on ollut virhe, minkä vuoksi hänellä on ollut oikeus pidäytyä maksusta virhettä vastaavalta osalta, jolloin hänen on myös vedottava virheen konkretisoiviin seikkoihin. Tuomioistuimen tulee käyttää aineellista prosessinjohtoaan sen selvittämiseksi, miten vastaaja suhtautuu kantajan vetoamiin faktaväitteisiin, ellei tämä ilmene vastauksesta. Tuomioistuin voi käyttää yksilöityä lausumaa jo haasteessa (OK 5:10.2) tai pyytää vastaajalta kirjallisen lausuman, jossa yksilöidään kohdat, joista vastaajan tulee lausua (OK 5:15a).

Tuomioistuimen pitäisi esimerkkitapauksessa tiedustella, onko tavara luovutettu, ja onko lasku erääntynyt, jollei tämä käy ilmi vastaajan prosessitoimista. Kyselyoikeuden käyttäminen on tarpeen todistelun tarpeen selvittämiseksi. Vastaaja voi tunnustaa kyseiset seikat, jolloin todistelu käy niiltä osin tarpeettomaksi (OK 17:4.1). Jollei vastaaja tunnusta seikkoja, vaan kiistää ne tai kieltäy-

³⁶² Virolainen DL 2006, s. 582.

³⁶³ Vaikka hyvää asianajajatapaa koskeviin ohjeisiin (34.1) sisältyy velvollisuus ilmoittaa vastapuolelle päämiehen vaatimuksista ja varata tälle kohtuullinen harkinta-aika ja tilaisuus asian sovinnolliseen selvittämiseen, asianajajatapa ei velvoita asianosaisvalmistelun suorittamiseen.

³⁶⁴ Virolainen DL 2006, s. 581–582. Oikeuskirjallisuudessa asianosaisvalmistelun problematiikkaa on yksityiskohtaisesti pohtinut Leppänen (1998, s. 398 ss.) Asianosaisvalmistelua on käsitelty myös Rovaniemen hovioikeuspiirin laatuhankkeen työryhmäraportissa VIII (Ryynänen 2007).

tyy lausumasta niistä mitään, kantajalle on varattava mahdollisuus esittää väitteistä näyttöä.

Asianosaiset voivat olla suullisessa valmistelussa olla yksimielisiä, että tavara on sopimuksenmukaisesti luovutettu, ja erimielisyyden kohteeksi voidaan määrittää se, onko omaisuus ollut virheellistä vaaranvastuun siirtymishetkellä, mitä vastaajan oikeus pidättyä maksusta edellyttää (KL 30).

Tavaran virheellisyys vaaranvastuun siirtymishetkellä on oikeuskysymys, jonka tuomioistuimien ratkaisee näytön arvioinnin jälkeen. Näytön arviointi kohdistuu sen selvittämiseen, missä kunnossa tavara ”vaaranvastuun siirtymishetkellä” oli (ks. vaaranvastuun siirtymishetkestä KL 13). Tavaran kuntoa on verrattava siihen, millainen tavaran sopimuksen mukaan tai, sopimuksen puuttuessa, tahdonvaltaisen normiston nojalla piti olla (ks. KL 4 luku). Vaikka ”tavaran virheellisyys” on kompleksinen oikeustositseikka, joka eksistoi oikeusjärjestyksen kontekstissa, eikä omaa vastinetta reaali maailmassa, tuomioistuimien joutuu päättämään tavaran ”virheen” todistusaineiston perusteella.

Dispositiivisissa jutuissa tuomioistuimien ei saa sallia näytön esittämistä ”asiaan vaikuttamattomista” tai ”selvitetyistä” seikoista (OK 17:7). Dispositiivisissa jutuissa tarpeettoman todistelun kielto on ehdoton; indispositiivisissa jutuissa voidaan poikkeustapauksissa esittää näyttöä sellaisistakin seikoista, joista asianosaiset ovat yksimielisiä.³⁶⁵ Kieltoa täydentää tuomioistuimien velvollisuus valvoa valmistelussa, ”ettei asiaan sekoiteta mitään siihen kuulumatonta ja ettei asiassa esitetä tarpeetonta todistelua” (OK 5:21.3). Velvollisuus on voimassa myös pääkäsittelyssä, jossa tuomioistuimien tulee ”valvoa, että asia tulee perusteellisesti käsitellyksi eikä asiaan sekoiteta mitään siihen kuulumatonta” (OK 6:3.1).

Todistusaineiston relevanttius määritellään valmistelussa todistusteemasta, ei todistuskeinon sisällöstä käsin. Todistusteema on kanneperusteessa tai vastauksessa vedottu, asianosaisten välillä riitainen seikka. Selvitettävä seikka voi olla aistein havaittava ulkoinen olotila tai tapahtuma, kuten väite sopimuksen tekemisestä tai velan erääntymisestä, tai sisäinen, psyykinen fakta, kuten tahallisuus, huolimattomuus tai vilpittömyys contra vilpillinen mieli.³⁶⁶ Nämä seikat ovat oikeustositseikkoja.

Näyttöä voidaan kuitenkin esittää myös todistustositseikoista, aputositseikoista ja kokemussäännöistä, jos nämä kyetään oikeudellisesti relevantilla tavalla kytkemään todistusteemoina olevien oikeustositseikkaväitteiden selvittämiseen. Tämä merkitsee samalla tietynlaista ”argumentaatiotaakan” asettamista asianosaiselle tai tämän asiamiehelle – jos asianosainen tarjoaa näyttöä, joka ei tuomioistuimien käsityksen mukaan ole lainkaan relevanttia todistusteeman kan-

³⁶⁵ Näin *Mellqvist FS Hirschfeldt*, s. 264, alaviite 17.

³⁶⁶ *Lappalainen SP II*, s. 131.

nalta, on asianosaisen tarvittaessa kyettävä perustelemaan näytön kytkös todistusteemaan.

Vaikka vapaan todistelun periaatetta noudatetaan, ja todistelua voidaan siksi esittää muillakin kuin laissa säännellyillä keinoilla, todistelun relevanttius riitakysymysten selvittämisen kannalta on näytön esittämisen yleinen edellytys. Eri asia on, että tuomioistuimen mahdollisuudet todistusaineiston rajoittamiseen ovat käytännössä heikonlaiset, koska riitajutun valmistelussa ”kartoitetaan” todistusaineistoa, käymättä läpi yksityiskohtaisesti sen sisältöä.³⁶⁷ Tämäkin seikka korostaa oikeudenkäyntiä edeltävän asianosaisvalmistelun tärkeyttä. Vaikka jutussa ei päästäisi sovintoon, oikeudenkäyntiä edeltävissä neuvotteluissa asiamiesten tulisi saada riitakysymykset selville ja rajoittaa riidan kohdetta. Tällainen menettely toteuttaisi myös päämiehen etua, koska riitakysymykset joudutaan rajaamaan viime kädessä prosessissa.

³⁶⁷ Termiä ”todistusaineiston kartoittaminen” käyttää *Virolainen* (LM 1999, s. 117), joka muistuttaa, että myöskään todistusaineiston ”selvittäminen” ei tarkoita samaa kuin jutun ”tutkiminen”. Valmistelun aikana ei tutkita todisteiden sisältöä. Ruotsissa *Lars Heuman* (FS Boman) on tarkastellut yksityiskohtaisesti sitä, voiko tuomioistuin sovinnonedistämistarkoituksessa vastaanottaa todistelua jo valmistelussa.

4 Näytön riittävyysarvioinnista

4.1 JOHDATUS AIHEESEEN

Näytön arviointi kohdistuu todistusteemoihin. Näytön arvioinnissa ratkaistaan, onko todistusteemoista esitetty sellainen näyttö, että oikeustositseikat, joista todistusteemat on konkretisoitu, voidaan ottaa tuomion perusteeksi. Tuomioistuimen pitää ensinnäkin arvioida, onko todistustaakan jostakin oikeustositseikasta kantava asianosainen esittänyt näyttöä jokaisesta todistustaakan piiriin kuuluvasta seikasta. Edellyttäen, että on, tuomioistuimen on ratkaistava yhden tai useamman todisteen näyttöarvo eli todennäköisyys, jolla todistusaineisto todistaa todistusteemasta.³⁶⁸

Todistusharkintaa verrataan toisinaan historian tutkimukseen ja arkeologiaan.³⁶⁹ Tuomari ja historian tutkija selvittävät menneisyyden tapahtumainkulkua kenties hyvinkin sirpaleisen näytön perusteella. Todistusharkinta eroaa näiden tieteiden harjoittamisesta siten, että tuomioistuin tutkii tapahtumainkulkua vain oikeustositseikkojen selvittämiseksi, ja sillä on käytössään vain pääkäsitellyssä kertynyt, kenties monista syistä rajallinen aineisto. Tuomioistuimella on lisäksi ratkaisupakko, jota tieteenharjoittajilla ei ole. Näiden piirteiden vuoksi todistusharkinta on väistämättä yksipuolisempaa kuin historiallisten ilmiöiden ymmärtämiseen ja selittämiseen pyrkivä historian tutkimus.

Todistusharkinnassa tärkeässä asemassa ovat kokemussäännöt, joilla tarkoitetaan yleisessä muodossa ilmaistua hypoteesia kahden totiseikan välisestä riippuvuussuhteesta. Toisen seikan esiintymisestä päätellään jonkinasteisella todennäköisyydellä toisen seikan esiintyminen. Kokemussäännöt eivät kuitenkaan todista ratkaistavana olevasta yksittäistapauksesta, vaan määrittävät todistussuhdetta: millä edellytyksillä todistustositseikka todistaa todistusteemasta. Kokemussäännöt muodostavat todistusharkinnassa ”liiman”, joka yhdistää todistusteeman ja todisteen toisiinsa.³⁷⁰

Kokemussäännöt perustuvat eri lähteisiin ja ovat täsmällisyydeltään eriasteisia. Ääripäinä voidaan erottaa luonnon kausaliteettiin ja tieteelliseen tutkimukseen perustuvat *deterministiset* kokemussäännöt, joiden mukaan A:n ja B:n tie-

³⁶⁸ Tässä merkityksessä näyttöarvosta kirjoittavat *Ekelöf–Boman IV*, s. 13 ja *Jonkka 1993*, s.

31.

³⁶⁹ Todistusharkinnan ja historian tutkimuksen rinnastuksista oikeustieteessä ks. *Bolding SSL 1960*, s. 13, *Ekelöf SSL 1964*, s. 54 ja *Diesen 1997*, s. 14 sekä historian tutkimuksessa *Ylikangas 2007*, s. 32–39. Ks. todistusharkinnan ja historian tutkimuksen lähdekritiikin yhtäläisyydestä myös *Klami FS Boman*, s. 7–20.

³⁷⁰ *Anderson – Schum – Twining 2005*, s. 262.

detään esiintyvän poikkeuksettomasti yhdessä sekä todennäköiset kokemussäännöt, joiden mukaan ilmiöt A ja B esiintyvät yhdessä jonkinasteisella todennäköisyydellä: ts. ”jos A, niin useimmiten / yleensä / toisinaan B”.³⁷¹

Useimmissa tapauksissa tuomioistuimella ei ole käytössä tieteellisiä kokemussääntöjä, vaan kokemussäännöt, joiden nojalla todistelussa esitettyä informaatiota arvioidaan, perustuvat jäsenten käsitykseen siitä, miten asiat yleensä ovat.³⁷² Tätä kokemusta nimitetään ”yleiseksi elämäkokemukseksi”.³⁷³ Vaikka sitä ei voida kitkeä näytön arvioinnista, sen hyödyntämiseen liittyy ongelmia. Elämäkokemus ja käsitykset normaaleista toimintamalleista jossakin tilanteessa vaihtelevat, ja myös kokemussäännöt voivat osoittautua perusteettomiksi ennakkoluuloiksi: tällainen ”kokemussääntö” olisi *Hannu Tapani Klamin* esimerkki, jonka mukaan ”romanit ovat varkaita”.³⁷⁴

Tuomioistuimen näytön arviointi ei kokemusperäisen todennäköisyyden roolin vuoksi kuitenkaan eroa rakenteellisesti arkiajattelusta, jossa väitteiden totuudenmukaisuutta arvioidaan enemmän tai vähemmän tiedostettujen ennakkokäsitysten nojalla.

Arkiajattelun ja näytön arvioinnin yhteys ilmenee ennakkopäätöksestä KKO 1997:137, jossa päävelallinen (isä) vastusti omavelkaisen takaaajan (poika) kuolinpesän velkomuskannetta väittäen, että oli saanut takautumissaatavan anteeksi takaaajalta ennen tämän kuolemaa. Alemmat oikeudet hylkäsivät kanteen, katsoen luopumisväitteen näytetyksi vastaajan todistajan kertomuksen perusteella. Todistaja oli kertonut käsityksensä, että poika oli luopunut lopullisesti takautumisoikeudesta, joskaan tuo kysymys ei ollut pojan, isän ja todistajan keskustelussa nimenomaisesti esillä. KKO hyväksyi kanteen. Koska kysymys oli suuresta saatavasta (1.236 840,60 FIM) ja luopuminen oli merkinnyt lahjoitusta konkurssivelkojen vahingoksi, vastaajalta oli edellytettävä ”vakuuttavaa” näyttöä väitteestään. Vastaajan todistajan lausumaan liittyi useita epäselvyyksiä, eikä sen perusteella voitu päätellä, oliko vastaaja tarkoittanut luopua takautumisoikeudesta kokonaan vai toistaiseksi. Kun tämä keskeinen kysymys ei ollut keskustelussa lainkaan esillä, eikä luopumisesta ollut laadittu minkäänlaista asiakirjaa, KKO katsoi, että vainaja oli tarkoittanut pidättyä perintätoimista toistaiseksi, ei luopua takautumisoikeudestaan.³⁷⁵

³⁷¹ Ks. *Jonkka* 1993, s. 42–44.

³⁷² *Ekelöf – Boman IV*, s. 15 ja s. 127.

³⁷³ KKO:n oikeuskäytännössä voidaan löytää useita ratkaisuja, joissa viitataan ”yleiseen elämäkokemukseen” faktaväitteiden arviointikriteerinä. Ks. esim. KKO 2007:23, KKO 2006:51 (OikN *Dan Fränden* eriävä mielipide), KKO 2006:26 (OikN *Dan Fränden* eriävä mielipide), KKO 2004:95 ja KKO 2004:23.

³⁷⁴ Esimerkistä ks. *Klami* 2000, s. 21 ja *Klami – Gräns – Sorvettula* 2000, s. 149.

³⁷⁵ Eri mieltä ollut oikeusneuvos olisi palauttanut jutun hovioikeuteen vastaajan nimeäminen todistajien kuulemiseksi, mutta velvollisena lausumaan pääasiasta päätyi samaan lopputulokseen enemmistön kanssa.

Lähtökohtaisesti voidaan olettaa, että todistaja puhuu totta. Onhan tällä positiivinen totuusvelvollisuus (OK 17:33.1) eli velvollisuus kertoa ”koko totuus” omasta aloitteestaan. Jos todistaja valehtelee tai salaa jonkin seikan ilman lailista syytä, hän syyllistyy perättömään lausumaan (RL 15:1).³⁷⁶ Tuomioistuim ei kuitenkaan voi poikkeuksettomasti sitoutua tuohon lähtökohtaan, koska on mahdollista, että todistaja erehtyy tai kertoo ”muunneltua totuutta”. Tuomioistuimen hyödyntämän kokemussäännön valintaan vaikuttavat aputosiseikat, joista ei voida tehdä päätelmiä todistusteeman todennäköisyydestä, vaan jotka vahvistavat (positiivinen aputosiseikka) tai heikentävät (negatiivinen aputosiseikka) todistustositseikan näyttöarvoa.³⁷⁷

Esimerkiksi vastaajan ja todistajan ystävyyssuhde ei todista mitään siitä, onko vastaaja saanut velan anteeksi. Ystävyydellä voi kuitenkin olla merkitystä negatiivisena aputosiseikkana todistajankertomuksen luotettavuusarvioinnissa, koska ystävyyssuhteen voidaan kokemuseräisesti olettaa aiheuttavan todistajalle kiusauksen kertoa ”muunneltua totuutta” ystävänsä eduksi tai jättää tälle epäedullisia seikkoja kertomatta. Aina ei tosin voida lähteä siitäkään, että todistaja kertoisi ystävänsä eduksi. Mitä enemmän aputosiseikkoja jutusta tiedetään, sitä vähemmän tilaa jää yleisessä muodossa oleville kokemussäännöille, ja sitä pienemmäksi käy myös yleistyksistä aiheutuva virhearvion vaara.³⁷⁸ Todistusharkinta on yksinkertaisimmassa muodossa deduktiivista päättelyä, jonka yläpremissin muodostaa kokemussääntö ja alapremissin aputosiseikka:

kokemussääntö: todistaja, jota kuullaan valan nojalla, puhuu totta
aputosiseikka: todistajaa kuullaan valan nojalla
johtopäätös: todistaja puhuu totta

Aputosiseikat täsmentävät kokemussääntöä:

kokemussääntö: valan nojalla kuultu todistajakin voi salata asioita ystävänsä eduksi
aputosiseikka: todistaja puhuu valan nojalla, mutta on vastaajan ystävä
johtopäätös: todistaja voi salata asioita ystävänsä hyväksi

Tuomioistuimen voi, kuten huomataan, olla vaikea ratkaista, miten useat aputosiseikat vaikuttavat todistajanlausuman näyttöarvoon, ja millaista kokemussääntöä ylipäänsä tulisi soveltaa. Ennakkopäätöksessä KKO 1997:137 siitä, oliko vastaaja saanut velan anteeksi pojaltaan ennen tämän kuolemaa, kuultiin

³⁷⁶ Käytännössä todistajilta tosin joudutaan ”lypsämään” vastauksia kysymyksiin ilman, että sitä pidettäisiin totuusvelvollisuuden rikkomisena (*Viljanen DL 2001*, s. 1005). Ks. perättömästä lausumasta tuomioistuimessa *Viljanen 2006*, s. 2 ss.

³⁷⁷ Ks. aputosiseikoista (tai -asioista) esim. *Klami – Rahikainen – Sorvettula 1987*, s. 21, *Jonkka 1993*, s. 55, *Klami 2000*, s. 22–23, *Lappalainen SP II*, s. 132–133, *Pölönen 2003*, s. 108 ja *Jokela III*, s. 142 sekä *Stening 1975*, s. 45 ja *Ekelöf – Boman IV*, s. 127–128.

³⁷⁸ *Jonkka 1993*, s. 57.

yhtä todistajaa. Ratkaisu osoittaa, miten normatiiviset näkökohdat liukuvat näytön arviointiin. Kun todistajan kertomukseen liittyi epäselvyyksiä, KKO asetti todistustaakan asiallisesti lahjoitusta tarkoittavasta väitteestä velalliselle, jolta edellytettiin ”vakuuttavaa” selvitystä väitteestään. Todistusharkintatilanne olisi voinut olla vielä hankalampi, sillä oikeudenkäynnissä asianosaiset esittävät usein paljon todistusaineistoa, joka tukee erisuuntaisia johtopäätöksiä. Oikeuden tuleekin arvioida, ylittääkö todistustaakan kantavan asianosaisen todistelun näyttöarvo näyttökynnystä, ja miten mahdollinen vastanäyttö tuohon arviointiin vaikuttaa.

4.1.1 Intuitiosta todistusharkinnassa

Näytön arvioinnissa tarvitaan sekä kokonaisvaltaista että erittelevää tarkastelutapaa. Oikeuskirjallisuudessa todistusharkinnan kantavana periaatteena pidetään, että tuomioistuimen on arvioitava osat ennen kokonaisuutta.³⁷⁹ Tuomioistuim ei siksi saa ratkaista näyttökysymystä todistusaineistosta saatavan kokonaisvaikutelman perusteella, vaan sen pitää arvioida ensin jokaisen todistuskeinoon näyttöarvo ja todistusteeman osateema (esimerkiksi vahingonkorvausjutussa vahingosta, tuottamuksellisesta menettelystä ja niiden välisestä syy-yhteydestä esitetty näyttö) erikseen, ja vasta sen jälkeen punnita todistusaineiston kokonaisnäyttöarvo ja verrata sitä näyttökynnykseen.

Todistusharkinnan vaiheiden erottelulla pyritään vähentämään intuition merkitystä todistusharkinnassa. Intuitiolla tarkoitetaan asian käsittämistä ilman tiedostettua harkintaa.³⁸⁰ Ellei tuomioistuin suorita erittelevää tarkastelua, vaan ratkaisee jutun näytöstä saamansa kokonaisvaikutelman perusteella, todistusaineiston heikkoudet jäävät helposti huomiotta. Kokenut tuomari voi kuitenkin, näin väitetään, käsittää totuuden jutussa intuitiivisesti samalla tavalla kuin kokenut lääkäri voi tehdä oikean diagnoosin.³⁸¹ Intuitio onkin epäilemättä sitä varmemmalla pohjalla, mitä enemmän tuomarilla on arvostelukykä, ihmistuntemusta ja kokemusta.³⁸² Vaikka intuitioon liitetään pejoratiivinen vivahde, se voi toimia yleisnimityksenä tuomioistuinjuristien hankkimalle käytännön koke-

³⁷⁹ *Diesen 1997*, s. 7.

³⁸⁰ Näin *Klami 2000*, s. 45. Täsmällisemmästä määritelmästä ks. *Jokela III*, s. 249, jossa, Nykysuomen sanakirjaan sekä Suomen kielen perussanakirjaan viitaten, todetaan intuitiolla tarkoitettavan ”sisäistä näkemystä ja välitöntä tai vaistonvaraista tajuamista”.

³⁸¹ *Klami 1995a*, s. 44–45. Ks. intuitiosta oikeuskysymyksen ratkaisemisessa *Myrsky 2004*, s. 338.

³⁸² *Heinonen LM 1980*, s. 331. Ks. myös *Bolding JFT 1966*, s. 64, jossa lausutun mukaan ”todistusharkinta on alue, jossa kokemuksella, arvostelukyvillä sekä yleisellä ihmistunteumuksella on merkittävä rooli”.

mukselle ja sen mukanaan tuomalle ymmärrykselle elävän elämän lainalaisuuksista ja syy-seuraussuhteista.

Kokenutkaan tuomari ei kuitenkaan saa sitoutua intuitiivisesti johonkin tosi-seikkahypoteesiin, sillä tällöin hän ei välttämättä kykene muuttamaan kantaansa, vaikka siihen olisi todistusaineiston perusteella aihetta. Intuition luottaminen johtaa helposti siihen, että tuomioistuin ei ota huomioon päänäytön mahdollisia puutteita tai katsoo esitetyn vastanäytön olevan merkityksetöntä.³⁸³ Oikeudenkäynnin pääkäsittelyvaiheessa tuomarin tulee yhtäältä tehdä havaintoja, jotka väitteiden arvioimiseen vaikuttavat, mutta pitää kuitenkin ”mieli avoimena”, eikä sitoutua vain joihinkin väitteisiin.

Oikeuskirjallisuudessa on kehitetty näytön arvioinnin teorioita, joilla pyritään minimoimaan intuition vaikutusta. Kokonaan intuition ei voida näytön arvioinnista kitkeä, sillä *Juha Lappalaisen* sanoin ”todistusharkinnan ydin, ajatusprosessi, jossa tuomari tekee esitetystä todisteesta päätelmän todistusteeman olemassaolosta, jää metodien ulottumattomiin, pohjimmiltaan intuition perustuvaksi tapahtumaksi”.³⁸⁴ Todistusharkinnan viimekätinen intuitionvaraisuus ei kuitenkaan tee todistusharkintateorioista käytännön tuomarin näkökulmasta arvottomia, sillä todistusharkintateoriat voivat auttaa jäsentämään näyttöproblematiikkaa sekä kysymykseen tulevia argumentaatiomalleja. Lisäksi niitä voidaan käyttää tuomion perustelemisen apuvälineinä.

4.1.2 Näyttökynkyys todistusharkintateorioissa: esimerkkinä hypoteesimetodi

Näytön arvioinnin teorioihin liittyy kysymys näyttökynnyksestä. Suomen lainsäädäntöön ei, kuten edellä on todettu, sisälly dispositiivisen riita-asian oikeudenkäynnissä sovellettavaa normaalinäyttökynnystä koskevaa sääntelyä, mutta OK 17:2.1:n katsotaan oikeuskirjallisuudessa kuitenkin sisältävän subjektiivis-kognitiivisen elementin ja objektiivis-normatiivisen elementin.³⁸⁵ Subjektiivis-kognitiivisella elementillä viitataan ratkaisijan kognitiivisiin prosesseihin sekä henkilökohtaiseen käsitykseen näytön vakuuttavuudesta, ja objektiivis-normatiivisella elementillä puolestaan näyttökynnyksen ylittymisarvioinnin objektiivisuusvaatimukseen sekä siihen, että kysymys on nimenomaan juridisesta harkinnasta.

Näyttökynnyksen elementtejä on yksityiskohtaisimmin tarkasteltu rikosprosessuaalisen todistelun yhteydessä, mutta nämä näkemykset ovat *mutatis mutan-*

³⁸³ Heinonen LM 1980, s. 331.

³⁸⁴ Lappalainen SP II, s. 305. Ks. ns. intuitiometodista todistusharkinnassa Huovila 2003, s. 136–137.

³⁸⁵ Gräns 2003, s. 187.

dis sovellettavissa siviiliprosessiinkin. Rikosprosessissa langettavan tuomion antaminen edellyttää tuomioistuimen vakuuttuneisuutta vastaajan syyllisyydestä, mihin subjektiivis-kognitiivisella näyttökynnyksellä viitataan. Ellei tuomioistuin ole vakuuttunut vastaajan syyllisyydestä, sen tulee hylätä syyte. Langettavaan tuomioon vakuuttuneisuus ei yksin riitä, vaan lisäksi edellytetään, että syyllisyydestä ei näytön perusteella jää ”järkevää” tai ”varteenotettavaa” epäilystä, kuten objektiivis-normatiivinen näyttökynnys oikeuskirjallisuudessa ja -käytännössä nykyään muotoillaan.³⁸⁶ Jos syyllisyydestä todistusaineiston valossa jää tällainen epäily, syyte pitää hylätä, vaikka tuomari olisi intuitiivisesti vakuuttunut, että vastaaja on syylistynyt rikokseen. Vastaavasti syyte on hylättävä silloinkin, jos näyttö tukee syyllisyshypoteesia, mutta tuomari ei ole vakuuttunut vastaajan syyllisyydestä.

Dispositiivisen riita-asian näytön arviointia on Suomessa tutkittu vähän. On kuitenkin selvää, että näytön arvioinnin teoriassa tulee ottaa kantaa subjektiivis-kognitiiviseen näyttökynnykseen ja siihen, miten näyttökynnys on konkretisoitavissa ratkaistavana olevassa yksittäistapauksessa. Oikeuskirjallisuudessa on keskusteltu viime aikoina muun muassa siitä, onko normaalinäyttökynnys kiinteä vai joustako se. Lisäksi näyttökynnyksen konkretisoimisarvioinnissa tulee ottaa kantaa siihen, vaikuttaako käytettävissä oleva todistusaineisto näyttökynnyksen konkretisoimisarviointiin.

Tässä tutkimuksessa tarkastellaan skandinaavisessa prosessioikeustutkimuksessa kehitettyjä näytön arvioinnin teorioita sekä sitä, millainen käsitys subjektiivis-kognitiivisesta ja objektiivis-normatiivisesta näyttökynnyksestä niihin sisältyy. Tämän jälkeen pyritään perustelemaan, miksi näyttöenenmyysperiaatteen soveltamisella voitaisiin väistää eräät aikaisempiin teorioihin liittyvät ongelmat, ja osoittamaan, että näyttöenenmyysperiaatteella dispositiivisten riita-asioiden normaalinäyttökynnyksenä on tuomioistuinten ratkaisutoiminnan kannalta samanlaista merkitystä kuin järkevän tai varteenotettavan epäilyn vaatimuksella, jonka varaan *Christian Diesen* on Ruotsissa kehittänyt hypoteesimetodina tai -teorianä kehitetyn mallin.³⁸⁷ Hypoteesimetodia kannatetaan myös Suomessa.³⁸⁸

³⁸⁶ Ks. määritelmästä esim. *Heinonen LM 1980*, s. 332, *Liljenfeldt DL 1997*, s. 253, *Frände LM 1998*, s. 1249, *Virolainen 1998*, s. 142, *Niemi-Kiesiläinen JJ Virolainen*, s. 339–340, *Pölonen 2003*, s. 140, *Niemi-Kiesiläinen 2004*, s. 359–360, *Hirvelä 2006*, s. 282–283, *Könönen 2006*, *Träskman FS Heuman*, s. 501–506, *Jokela 2008*, s. 565, *Frände 2009*, s. 366–370. KKO on käyttänyt ilmausta ”ei jää varteenotettavaa epäilystä” ennakkopäätöksissään 2002:47, 2004:24, 2004:60, 2004:72, 2006:78, 2008:81 ja 2009:43. Ks. myös KKO 2004:57 (OikN *Lauri Lehtimajan* eriyvä mielipide). Oikeuskirjallisuudessa (*Könönen 2006*, s. 94) on mielestäni perustellusti katsottu, että ”järkevän” ja ”varteenotettavan” epäilyn välillä ei ole asiallista eroa, vaan valinta voi olla jopa makuasia.

³⁸⁷ Hypoteesimetodi rakentuu myös induktiivisen todennäköisyyskäsitteen varaan. Ks. hypoteesimetodista *Diesen 1993*, *Diesen SSL 2000* ja *Diesen 2002*.

³⁸⁸ Hypoteesimetodia ovat tutkimuksissaan hyödyntäneet ainakin *Dan Frände (LM 1998)*,

Hypoteesimetodissa operoidaan selvittämisen- ja tuomitsemiskynnyksellä. Selvittämiskynnyksen ylittyminen edellyttää, että syyttäjä esittää näyttöä jokaisesta aineellisen rikosoikeuden normin tunnusmerkistökategorian täyttävästä oikeustositseikasta; syyttäjällä on myös näihin seikkoihin nähden väittämistaakka, jotta tuomioistuimen voisi ottaa seikat ratkaisun perusteeksi (*syytesidonnaisuus*). Jollei jostakin tunnusmerkistökategorian ole esitetty lainkaan näyttöä, tuomioistuimen pitää hylätä syyte selvittämättömänä. Tällaiset tilanteet ovat käytännössä epäilemättä harvinaisia, koska syyttäjät ovat virkavastuulla toimivia virkamiehiä, ja syytteen nostaminen edellyttää ”todennäköisiä syitä” (ROL 1:6) rikoksesta epäillyn syyllisyyden tueksi – tätä vaatimusta on luonnollisesti harkittava kaikkien rikostunnusmerkistökategorien osalta.

Tuomitsemiskynnyksen ylittyminen edellyttää vahvaa päänäyttöä tunnusmerkistökategorioista sekä sitä, että syytteen teonkuvaukselle vaihtoehtoiset, vastaajan eduksi hypoteesit kyetään sulkemaan pois niin, että tämän syyllisyydestä ei jää järkevää epäilyä. Teon rangaistavuuden poistavalta tai sitä vähentävältä vaihtoehtoiselta hypoteesilta edellytetään, että 1) se vaikuttaa syytetyn eduksi, 2) on järkevä ja oikeudenkäyntiaineistossa realisoitunut, ja että 3) se esitettävissä todistusteemana. Vartenotettavan tai järkevän epäilyksen vaatimus vaihtelee myös asian laadun mukaan: mitä vakavammasta rikoksesta on kysymys, sitä perusteellisemmin asiaa tulee olla selvitetty, ja sitä perusteellisempaa myös vaihtoehtoisien hypoteesien poissuljennan tulee olla.³⁸⁹

Tuomioistuimen on hypoteesimetodissa velvollinen kehittämään vaihtoehtoisia selityksiä myös itse. Ruotsissa vaihtoehtoisien selitysten muotoilemisvelvollisuus on viety pitkälle, mikä on Suomessa antanut aiheita kritiikkiin: vaihtoehtoisien selitysten etsimisen väitetään muodostuneen jopa itseisarvoiseksi.³⁹⁰ Hypoteesimetodin ei ole katsottu sopivan hyvin yhteen menettelyperiaatteiden kanssa, koska sen soveltaminen vaikuttaisi edellyttävän yksityiskohtaista perehtymistä esitutkintapöytäkirjoihin ennen käsittelyä, mitä ei pidetä suotavana.³⁹¹ Hypoteesimetodin soveltaminen sen teoreettisimmassa muodossa vaikuttaisi kaiken kaikkiaan tuomitsemiskynnystä korottavana tekijänä.³⁹² Erityisesti

joka tosin toteaa, että ei kannata hypoteesimetodia sen teoreettisimmassa muodossa, vaan todistusharkinnassa todistusarvometodia (ks. 2009, s. 52, s. 365 alaviite 5 sekä s. 367, alaviite 8) sekä Pasi Pölönen (2003) ja Matti Tolvanen (DL 2003).

³⁸⁹ Ks. ”järkevä epäilyksen” kriteereistä Diesen 1993, s. 616–620, Diesen SSL 2000, s. 170, Diesen 2002, s. 139–141 ja Pölönen 2003, s. 171–172.

³⁹⁰ Ks. hypoteesimetodin kritiikistä erit. Jokela III, s. 248–249, Niemi-Kiesiläinen 2004, s. 364, Vihriälä 2005, s. 378–383, ja Vihriälä 2007, passim.

³⁹¹ Syynä tähän on ennakkokäsityksen muodostuminen, joka voi vaikuttaa vastaajan vahingoksi. Saksassa tuomareilla teetetyn kokeen mukaan esitutkinta-aineistoon tutustuneen ryhmän kaikki jäsenet hyväksyivät syytteen; toisen ryhmän jäsenistä, jotka eivät olleet lukeneet esitutkinta-aineistoa ennen todistelun vastaanottamista, vain 27 prosenttia hyväksyivät syytteen; ks. koikeesta Wagenaar – van Koppen – Crombag 1993, s. 27.

³⁹² Ks. Vihriälä 2005, s. 378–382.

tämä pätee silloin, jos tuomioistuin ei avoimesti perustele vaihtoehtoista tapahtumainkulkua näytetyille faktoille.³⁹³

Hypoteesimetodin kritiikkiin on syytä suhtautua vakavasti, mutta näkemykseni mukaan se on, kritiikistä huolimatta, yksi onnistuneimmista teorioista, jotka näytön arvioinnin tueksi on Pohjoismaissa kehitetty. Erityisesti näyttökynnyksen konkretisoiminen on hypoteesimetodin mukaisessa soveltamisessa yksinkertaista, ja hypoteesimetodissa aineellisen rikosoikeuden arvot ja tavoitteet kyetään liittämään näytön arviointiin erittäin hyvin. Siksi hypoteesimetodi muodostaa tietystä mielessä ”esikuvan” siviiliprosessuaalisen näytön arvioinnin teorialle.

4.2 KRIITTINEN OIKEUSPOSITIVISMI TUTKIMUKSEN TEOREETTISENA VIITEKEHYKSENÄ

4.2.1 Johdatus kriittisen oikeuspositivismin teoriaan

Dispositiivisessa riita-asiassakin näytön arvioinnin tulisi ohjautua näyttökynnyksen kautta, ja olla yhdenmukainen paitsi dispositiivisen riita-asian oikeudenkäyntimenettelyä koskevan sääntelyn, myös kulloinkin ratkaistavana olevaan juttutyyppiin liittyvien aineellisoikeudellisten arvojen sekä tavoitteiden kanssa. Näytön arvioinnin yhteyttä kulloinkin sovellettavien aineellisoikeudellisten normien kanssa on pyritty toteuttamaan eri tavoilla: tässä tärkeässä asemassa on ollut näyttökynnyksen käsite. Olennaista on ymmärtää, että näyttökynnyksen käsite on läpikotaisin teoriapitoinen. Näytön riittävyysarviointi muodostuu eri teorioissa välttämättä erilaiseksi – ja myös teorioissa sovellettavat näyttökynnykset eroavat toisistaan.

Apuna näytön arvioinnin teorioiden tarkastelussa käytetään *Kaarlo Tuorin* kehittämää kriittisen oikeuspositivismin teoriaa, jossa oikeuden katsotaan koostuvan kolmesta tasosta. Oikeuden pintataso muodostuu lainsäätäjän tuottamista laeista, tuomioistuinten päätöksistä ja oikeustieteilijöiden tutkimuksista: sellaisesta normatiivisesta aineksesta, joka maallikoiden ja useiden lakimiestenkin edustamassa spontaanissa positivismissa saatetaan samaistaa kokonaiskuvaksi oikeudesta. Oikeuden pintatason puheenvuorot ilmentävät modernin oikeuden positiivista luonnetta, ja pintatasolle ominaista on jatkuva muutos. Oikeutta voidaan muuttaa uusilla laeilla ja tuomioistuinten ratkaisuilla, myös oikeustie-

³⁹³ Ks. tältä osin *Niemi-Kiesiläinen 2004*, s. 365, jossa arvostellaan KKO:n ennakkopäätöstä 2000:71. Ennakkopäätöksessä otettiin kantaa asianomistajan kokonaiskieltäytymisoikeuteen, mutta KKO katsoi myös, vaihtoehtoista tapahtumainkulkua avoimesti perustelematta, että todistajana kuullun poliisin lausumaan sisältyvät seikat eivät riittäneet ylittämään tuomitsemiskynnystä.

teilijät tuottavat uusia tutkimuksia; oikeuden pintatasolla käydyn keskustelun katsotaan olevan jatkuvan muutoksen vuoksi aina vain jonkinlainen välitilinpäätös.

Oikeuteen kuuluu pysyvämpää ainesta, pinnanalaisia kerrostumia, jotka tunnetaan oikeuskulttuurina ja oikeuden syvärakenteena. Nämä kerrostumat ilmentävät oikeuden traditiosidonnaisuutta ja ohjaavat oikeuden pintatason ilmiöiden muodostumista; niiden avulla voidaan myös selittää pintatason muutosta.³⁹⁴ Oikeuskulttuuriin kuuluu käsitteellisiä, normatiivisia ja menetelmällisiä ainesosia.³⁹⁵ Oikeuskulttuurin käsitteellisiä ja normatiivisia ainesosia ilmentävät eri oikeudenalojen yleiset opit, jotka luovat oikeudenaloille niiden identiteetin.³⁹⁶

Oikeudenalojen yleisillä opeilla on myös menetelmällinen kytkös, sillä lakimiesten ammatillisissa käytännöissä oikeuskulttuuri vaikuttaa ”hiljaisena tekijän tietona”, jota ei oikeusjuttujen käsittelyssä välttämättä kirjoiteta tuomion perusteluihinkaan: esimerkiksi rikosjutuissa tuomioistuimet eivät välttämättä nimenomaisesti artikuloi rikosoikeudellisella legaliteettiperiaatteella (PeL 8), vaikka niiden sitä voidaan katsoa soveltavankin.³⁹⁷ Juuri yleiset opit muodostavat sen esiyymmärryksen, jonka avulla lakimiehet jäsentävät arkitodellisuuden ongelmia oikeudellisiksi; yleisillä opeilla on heuristinen tehtävä.³⁹⁸

Kaarlo Tuori on erottanut yleisille opeille seuraavat tehtävät (luettelo ei tosin ole tyhjentävä).³⁹⁹ 1) *Systematisoiva, koherenssia luova tehtävä* liittyy oikeustieteellisen tutkimuksen muihin oikeudellisiin käytäntöihin. Lainopin tutkija pyrkii muodostamaan oikeuslähteistä yleisten oppien avulla järjestelmän, johon oikeudelliset ilmiöt voidaan sijoittaa. Systematisointi turvaa ratkaisutoiminnan yhdenvertaisuutta ja ennakoitavuutta. 2) *Pedagogisen tehtävän* toteutuminen edellyttää, että luotu järjestelmä voidaan esittää pedagogisesti tarkoituksenmukaisella tavalla. 3) *Konstitutiivis-epistemologisella tehtävällä* tarkoitetaan sitä, että yleiset opit määrittävät sitä, miten yhteiskunnalliset ja psykologiset asiantilat muuntuvat oikeudellis-institutionaalisiksi tosiasioiksi. Oikeuskäsitteet, jotka ovat tämän tehtävän toteuttamisessa tärkeässä asemassa, eivät niinkään kuvaa ”todellisuutta” kuin tuottavat sitä. Ne määrittävät, millaiset seikat muodostavat ”sopimuksen”, ”avioliiton”, ”rikoksen” jne. 4) *Heuristinen tehtävä* liittyy konstitutiivis-epistemologiseen tehtävään. Yleiset opit muodostavat esiyymmärryksen, joka ohjaa lakimiehen tapaa jäsentää fyysikaalisen todellisuuden tapahtumia. 5) *Argumentatiivis-normatiivi-*

³⁹⁴ Tuorin mukaan traditionaalisen oikeuspositivismin ongelma on juuri sen kykenemättömyydessä jäsentää oikeuden pinnanalaisia kerrostumia (*Tuori 2003*, s. 36).

³⁹⁵ *Tuori 2003*, s. 43.

³⁹⁶ *Tuori 2003*, s. 90, *Tuori LM 2004*, s. 1210.

³⁹⁷ *Tuori 2003*, s. 37–38. Kysymys on praktisesta tiedosta, kulttuurisesta itsestäänselvyydestä, jonka varassa toimitaan, mutta johon ei välttämättä kiinnitetä huomiota kuin vasta silloin, kun ruutiinomainen toiminta häiriintyy.

³⁹⁸ *Tuori 2003*, s. 98–101.

³⁹⁹ Ks. tehtävistä *Tuori 2003*, s. 92 ss.

nen tehtävä liittyy oikeudellisten ratkaisujen oikeuttamiseen, joka ajoittuu heuristisen jäsentämisen jälkeiseen aikaan. Oikeudenalan yleisistä opeista omaksuttu näkemys muodostaa vertailukohdan, joka mahdollistaa erilaisten ratkaisuvaihtoehtojen arvottamisen ja niiden vertaamisen toisiinsa.

Modernin oikeuden pysyvintä osaa edustaa syvärakenne, johon oikeuskulttuurin tavoin kuuluu käsitteellisiä, menetelmällisiä ja normatiivisia ainesosia.⁴⁰⁰ Oikeuden syvärakenteen käsitteellisiä ainesosia edustavat perustavimmat oikeudelliset kategoriat, joita oikeudellinen argumentaatio ja oikeudellinen sääntely edellyttävät, kuten ajatukset oikeussubjektiudesta ja subjektiivisista oikeuksista. Oikeuden syvärakenteen normatiiviset ainesosat muodostuvat kulloisenkin oikeustyyppin perustavimmista oikeusperiaatteista, joita ovat ihmisoi-keudet yleisinä normatiivisina ideoina, demokratiaperiaate sekä muut oikeusvaltioperiaatteet. Menetelmällisessä suhteessa oikeuden syvärakennetta luonnehtii modernille oikeudelle ominainen rationaliteettimuoto, jota voidaan luonnehtia formaaliseksi tai kommunikatiiviseksi rationaalisuudeksi.⁴⁰¹

Kriittisen oikeuspositivismin teoriassa tasot ovat toistensa välillä vuorovaikutuksessa monin tavoin. *Kaarlo Tuori* erottaa tasojen välillä useita suhteita.⁴⁰²

1) *Sedimentaatiosuhteessa* tarkastellaan oikeuden pintatason vaikutusta oikeuden syvempien kerrostumien muodostumiseen. Oikeuden pintatason suhdetta syvempiin kerrostumiin luonnehditaan *rekursiiviseksi*. Rekursiivisuudella tarkoitetaan pintatason ilmiöiden suodattumista vähin erin alempiin kerroksiin; esimerkiksi oikeustieteilijä voi luoda uusia yleisiä oppeja, ja jos ehdotus hyväksytään oikeudellisissa käytännöissä, se voi suodattua oikeuskulttuuriin.⁴⁰³ Oikeuden pinnanalaiset kerrostumat ovat syntyneet verkkaisen sedimentaatioprosessin seurauksena, kun pinnan normatiivisista elementeistä on vähitellen tiivistynyt yhteisiä käsitteellisiä, normatiivisia ja menetelmällisiä aineksia oikeuskulttuuriin ja oikeuden syvärakenteeseen.

2) *Konstituutiosuhde* tarkoittaa syvempien kerrostumien vaikutusta oikeuden pintatason tapahtumiin: kysymys on jotakuinkin päinvastaisesta asiasta kuin sedimentaatiosuhteessa.⁴⁰⁴ Modernille oikeudelle ominainen rekursiivinen liike ilmenee myös konstituutiosuhteessa, sillä pintatason ilmiöiden muodostumista ohjaavat oikeuden pinnanalaiset kerrostumat. Oikeuden syvemmät kerrostumat myös mahdollistavat pintatason tapahtumat. Ilman oikeuskulttuurisia voimavaroja ja oikeuden siteitä traditioihinsa lain säätäminen, tuomitsemistoiminta ja oikeustieteen harjoittaminen kävisivät mahdottomiksi.

⁴⁰⁰ *Tuori* 2003, s. 61.

⁴⁰¹ *Tuori* 2003, s. 62. Ks. formaalisesta rationaalisuudesta myös *Tuori* 2000, s. 36–59 ja kommunikatiivisesta rationaalisuudesta sama, s. 89–136.

⁴⁰² *Tuori* 2000, s. 219.

⁴⁰³ Ks. sedimentaatiosuhteesta *Tuori* 2000, s. 220–224 ja 2003, s. 65–66.

⁴⁰⁴ Ks. konstituutiosuhteesta *Tuori* 2000, s. 229–230 ja 2003, s. 67.

3) Konstituutiosuhteeseen liittyy kiinteästi *konkretisaatiosuhde*, jolla tarkoitetaan sitä, että oikeudelliset käytännöt konkretisoivat pinnanalaisten tasojen käsitteellisiä, normatiivisia ja menetelmällisiä aineksia. Oikeusjärjestyksen ainesosat käyvät sitä konkreettisemmiksi, mitä lähemmäksi oikeuden pintaa edetään. Oikeudellisten ilmiöiden muutokset eivät selity vain oikeuden sisäisillä tekijöillä, vaan konkretisaatio merkitsee oikeuden rikastumista myös muiden kuin oikeudellisiksi miellettyjen tekijöiden vaikutuksesta. Esimerkiksi lainsäädäntö tuo oikeuteen mukaan politiikan vaikutuksen.⁴⁰⁵

4) *Rajoitussuhteella* tarkoitetaan oikeuden syvempien kerrostumien pintatason ilmiöitä rajoittavaa vaikutusta. Oikeudellinen systematiikka ohjaa kysymyksenasettelua, mutta rajaa samalla, millaisia kysymyksiä tuon systeemin puitteissa ylipäänsä voidaan esittää. Oikeudenalojen yleisiin oppeihin kohdistuu yhteiskunnallisten muutosten myötä uudistuspainetta, joihin oikeustieteellisessä tutkimuksessa pyritään vastaamaan.⁴⁰⁶

Oikeudellisen rajoitussuhteen avulla voidaan pyrkiä ratkaisemaan traditionaalisen oikeuspositivismin ongelma, joka koskee pakon käyttämisen oikeutusta. Kärjistäen voidaan sanoa, että traditionaalisen oikeuspositivismin nojalla pätevänä ”oikeutena” voitaisiin pitää lakia, joka määrää kaikki sinisilmäiset poikalapset tapettaviksi – edellyttäen, että se olisi asetettu valtiosääntöoikeudellisesti moitteettomassa järjestyksessä. Tällaista lakia ei aikaisemmin olisi pidetty ”oikeutena” luonnonoikeuden vuoksi. Kun moderni oikeus ei tunnusta ikuista, ajasta ja paikasta riippumatonta, joko Jumalaan tai ihmisjärkeen perustuvaa oikeutta – vaan oikeus tunnustetaan tahdonalaiseksi, (positiiviseksi eli) asetetuksi instrumentiksi – oikeuden rajoitustehtävä on siirtynyt pinnanalaisille kerrostumille, jotka määrittävät sitä, millaiset asiat ylipäänsä kvalifioituvat ”oikeudellisiksi”.⁴⁰⁷

5) Oikeuden *justifikaatiosuhde* on rajoitussuhteen kääntöpuoli. Oikeuden pinnanalaisilla kerrostumilla voidaan paitsi rajoittaa, myös oikeuttaa pintatason ilmiöitä. Kun esimerkiksi lainsäädäntö on sopusoinnussa pinnanalaisten kerrostumien kanssa, pintatason voidaan katsoa saavan oikeutuksensa niistä. Oikeuden pinnanalaiset kerrostumat voivat aktualisoitua, kun tuomari kiperää juttua ratkaistessaan turvautuu periaatteiden punnintaan. Oikeudenalojen yleiset opit muodostavat vertailukohdan, jonka avulla ratkaisuja tällöin voidaan arvottaa, jolloin justifikaatiotehtävä liittyy yleisten oppien argumentatiivis-normatiiviseen tehtävään.

Justifikaatiosuhde ilmenee myös oikeusnormien systematisoinnissa: käsitys oikeuden pinnanalaisista kerrostumista ohjaa oikeustieteilijää järjestämään

⁴⁰⁵ Ks. konkretisaatiosuhteesta *Tuori* 2000, s. 230–233 ja 2003, s. 68.

⁴⁰⁶ Esimerkiksi Suomen siviilioikeustutkimuksessa kehitetty analyyttinen oikeustiede pyrki jäsentämään oikeudelliset ilmiöt uusien funktiokäsitteiden ja relaatioajattelun avulla tarkemmin, kuin substanssiajattelu mahdollisti.

⁴⁰⁷ Ks. rajoitussuhteesta *Tuori* 2000, s. 234–259.

säännökset keskenään mielekkääseen suhteeseen. Lisäksi justifikaatiosuhde liittyy rajoitussuhteen tavoin oikeusnormien pätevyyskriteereihin. Oikeuden pinnanalaiset kerrostumat eivät vain rajoita ”oikeutta”, vaan esimerkiksi ihmis-oikeudet syvärakenteen normatiivisina ideoina ohjaavat sitä, millainen lainsäädäntö voi olla pätevää.⁴⁰⁸

6) *Kritiikkisuhteella* tarkoitetaan sitä, että oikeuden pinnanalaiset kerrostumat tarjoavat ei-mielivaltaiset kriteerit pintatason ainesosien kuten lainsäädännön ja tuomioistuinratkaisujen kritiikille. Kritiikillä on tällöin ”objektiivisempi” mittapuu, eikä se jää riippumaan yksinomaan esittäjän henkilökohtaisista näkemyksistä. Kritiikkisuhte on luonteeltaan oikeuden sisäistä kritiikkiä: pintatason aineksiin kohdistettu arvostelu on siten luonteeltaan nimenomaan ”oikeudellista”, eikä perustu muihin kriteereihin, kuten (vain) moraaliin. Samalla kritiikki vaikuttaa oikeusjärjestelmän uusintamiseen.⁴⁰⁹

4.2.2 Näyttökysymykset ja kriittinen oikeuspositivismi

Kriittisen oikeuspositivismin teoria on valittu teoreettiseksi viitekehykseksi, jotta voitaisiin perustellusti arvioida syitä siihen, miksi suhtautuminen näyttö-enemmyysperiaatteeseen vaihtelee voimakkaasti eri tutkijoiden kirjoituksissa. Osa tutkijoista⁴¹⁰ on valmiita noudattamaan näyttö-enemmyysperiaatetta johtavana näytön arvioinnin periaatteena dispositiivisissa jutuissa; osa tutkijoista⁴¹¹ suhtautuu näyttö-enemmyysperiaatteeseen kielteisesti. Näitä näkemyseroja tarkastellaan yksityiskohtaisesti jäljempänä. Niiden tarkasteleminen on tarpeen näyttö-enemmyysperiaatteen kritiikkiin vastaamiseksi: on ymmärrettävä, millaisista lähtökohdista kritiikki on peräisin. Näyttö-enemmyysperiaatteen kritiikki ei ole sattumanvaraista, vaan kritiikki perustuu yleensä kritikon kannattaman teorian taustalla vaikuttaviin keskeisiin sitoumuksiin.

Lähden siitä, että koska sovellettava todistus-oikeudellinen normisto, ennen muuta vapaan todistusharkinnan periaate, on suurin piirtein samanlainen kaikissa Pohjoismaissa, tutkijoiden tapaa jäsentää todistus-oikeudellisia kysymyksiä sekä näkemyserimielisyyksien syitä on haettava muista tekijöistä kuin lainsäädännöstä. Eri tutkijoiden näkemysten tarkasteleminen kriittisen oikeuspositivismin avulla avaa samalla perspektiivin prosessioikeuden historiallisiin tutkimusperinteisiin. Näyttö-enemmyysperiaatteen systematisoiminen johtavaksi

⁴⁰⁸ Ks. oikeuden legitiimisydestä ja justifikaatiosuhteesta *Tuori* 2000, s. 260–301 ja 2003, s. 70–72.

⁴⁰⁹ Ks. kritiikkisuhteesta *Tuori* 2000, s. 325–345 ja 2003, s. 72–73.

⁴¹⁰ Ruotsissa *Per Olof Bolding* ja aikaisemman tuotantonsa perusteella *Bengt Lindell*; Norjassa *Torstein Eckhoff* sekä muut siviiliprosessioikeustutkijat.

⁴¹¹ Ruotsissa *Per Olof Ekelöf* ja *Robert Boman*, Suomessa esimerkiksi *Tauno Tirkkonen* ja *Jouko Halila*.

näytön arvioinnin periaatteeksi ei ole mahdollista ilman, että näyttöenemmyysperiaatetta vastaan esitettyyn kritiikkiin vastataan koulukuntien omista lähtökohdista käsin.

Väitän, että näyttökynnyksen käsite, joka kaikissa näytön arvioinnin teorioissa esiintyy, ja jonka kautta näytön arvioinnin tulisi kulloisessakin yksittäistapauksessa ohjautua, konkretisoi oikeuden pintatasolle sekä oikeuskulttuurin tasolle tuomioistuimen mielivaltaisen ratkaisutoiminnan kieltoa, joka on oikeuden syvärakenteen tasolle kuuluva, perustavanlaatuinen vaatimus. Mielivaltaisen ratkaisutoiminnan kiello voidaan liittää osaksi oikeusvaltioperiaatetta; toisaalta mielivaltaisen ratkaisutoiminnan kiello on tunnettu jo esimodernina aikana. Vaikka väite on anakronistinen, koska mielivaltaisen ratkaisutoiminnan kiellon käsitettä ei muinaisina aikoina välttämättä tunnettu, se on kuitenkin jäljempänä esitetyillä perusteilla mielestäni oikeutettu.

Mielivaltaisen ratkaisutoiminnan kiello on, jos tuorilaista terminologiaa käytetään, syvärakenteen normatiivinen ainesosa, johon liittyy kääntöpuolena vaatimus ratkaisutoiminnan yhdenvertaisuudesta. Tuomioistuinten ja muiden lainkäyttäjien pitää ratkaista samanlaiset asiat samalla tavalla; muu on mielivaltaista. Tämä vaatimus ratkaisutoiminnan yhdenvertaisuudesta avautuu oikeuden menetelmällisten ainesosien suuntaan, koska normatiivinen idea jää merkitystä vaille, jollei sitä edes pyritä konkretisoimaan. Tämä pohjimmiltaan yhdenvertaisuutta koskeva kysymys kuuluu, miten tuomioistuin kykenee ratkaisemaan näyttökysymyksen samalla tavalla samanlaisissa asioissa – ja millä tavalla asiat määrittyvät samanlaisiksi.

Oikeudellisissa käytännöissä näytön arvioinnin teorioiden kehittäminen on langennut oikeustieteelle. Oikeuskirjallisuudessa kehitettävän näytön arviointia koskevan teorian tulee prosessioikeuden yleisten oppien tasolle kuuluvana asiana täyttää edellä esiteltyjä vaatimuksia. Lisäksi sen tulee olla mahdollinen pintatasolle sijoittuviin lainsäännöksiin nähden; on perusteltua lähteä siitä, että ”voimassa oleva oikeus” laajasti ymmärrettynä ei oikeustutkimuksen kohteeksi muodostettavana normistona voi jatkuvasti ja perustavanlaatuisella tavalla olla sisäisesti ristiriitaista. Näyttöratkaisun teorian – jollainen näyttöenemmyysperiaatekin tutkimuksessa jäljempänä esitetyssä muodossaan on – tulee olla sellainen, että tuomioistuinjuristit kykenevät sitä ratkaisutoiminnassaan soveltamaan. Vaatimus teorian käytännöllisestä hyödyntämiskelpoisuudesta on samalla teorian suurin koetinkivi.

Koska näytön arviointi on tuomioistuinjuristien arkipäivää, todistusoikeudellisella tutkimuksella tulee olla soveltava puolensa. Teoreettista perustutkimustakin tarvitaan, mutta ellei perustutkimuksen ajatuksia kyetä muuntamaan käytännöllisesti hyödynnettävissä olevaan muotoon, voidaan kysyä, mitä arvoa tutkimuksella tuomioistuinjuristien näkökulmasta on. Lienee syytä täsmentää,

että ratkaistavana olevassa yksittäistapauksessa tuomioistuin ei voi ratkaista jonkin tai joidenkin todisteiden näyttöarvoa vain johonkin teoriaan tukeutuen.⁴¹² Tämä johtuu jo ratkaisutoiminnan intuitioinvaraisuudesta. Näytön arvioinnin teorialla kuitenkin voi olla, ja tulisi olla, konkreettisessa tapauksessa kysymyksenasettelua ohjaava ja selkeyttävä merkitys.

Tutkimuksessa liikutaan oikeuden tasojen välillä. Tarkastelen ensin sitä, miten näyttökysymykseen kohdistuva mielivaltaisen ratkaisun kielto on vaikuttanut todistusoikeuden historiassa todistusoikeudellisten normien perusteena. Vasta vapaassa todistusharkinnassa kuvaan tulevat näytön arvioinnin teoriat ja niihin liittyvät prosessioikeudelliset tutkimusperinteet. Esittelen *Jouko Halilan* tutkimuksen jälkeen (1955) etupäässä Ruotsissa ja Norjassa kehitettyjä teorioita, ja pyrin, osin niihin tukeutuen, kehittämään oman ehdotukseni näyttökysymysten jäsentämistavaksi.⁴¹³ Tutkimuksen abstraktiotaso alenee loppua kohti. Oikeuden tasotteluideaa metaforana käyttäen voidaan sanoa, että tutkimus etenee *rekursiivisesti*: syvärakenteesta edetään oikeuskulttuurin tason jälkeen pin-tatasolle, jonka ilmiöiden tarkastelemista ohjaavat oikeuskulttuurista peräisin olevat näkemykset.

4.3 MIELIVALTAISEN RATKAISUTOIMINNAN KIELTO TODISTUSOIKEUDEN HISTORIASSA

4.3.1 Muodollinen todistusteoria

Todistusoikeuden kehityksessä erotetaan muodollisen, legaalisen ja vapaan todistelun kaudet. Ajallisesti ja paikallisesti vaiheiden välille ei voida vetää tarkkaa rajaa. Niistä jokaisessa voidaan kuitenkin havaita vaatimus näyttökysymyksen objektiivisesta ratkaisusta. (On tosin huomattava, että puhuminen ”näyttökysymyksestä” on sekä anakronistista, sillä oikeus- ja näyttökysymyksen välille ei kaikkina aikoina vedetty rajaa.) Todistelunormistojen kehittymiseen ovat vaikuttaneet yhteiskunnalliset muutosilmiöt, jotka ovat lyöneet leimansa näytön arviointiin. Tutkimus ei sisällä oikeushistoriallista katsausta, mutta tutkimusteeman kehittelemiseksi on syytä tarkastella yleispiirteisesti sitä, miten tuomioistuinten mielivaltaisen ratkaisutoiminnan kieltoa on eri aikakausina turvattu.

⁴¹² Samoin Pölönen 2003, s. 157.

⁴¹³ Lienee syytä todeta, että *Jouko Halila* käsitteli tutkimuksessaan teemametodia (*Eckhoffin ja Boldingin kannat*) (1955, s. 58–69), mutta vain todistustaakkaopin kannalta. Halila katsoi tutkimuksessaan, että todistustaakkanormin soveltaminen tulee kysymykseen, kun jommankumman väitteen hyväksi ei ole esitetty ”täyttä näyttöä”, tai poikkeuksellisesti alemman tai ylemmän aseisen todennäköisyysvaatimuksen täyttävää näyttöä. Eckhoffin ja Boldingin näkemykset näyttöratkaisusta poikkeavat jonkin verran Halilan kannasta.

Muodollinen todistusteoria kuuluu primitiiviseen oikeuskehitykseen, varhais- ja sydänkeskiajalle. Muodollisen todistusteorian rutiinimenettely perustui asianosaisten valoihin, joita tuli tarvittaessa vahvistaa myötävannojen valalla. Muodollisessa todistusteoriassa tunnettiin myös kaksintaisteluita ja jumalantuomioita.⁴¹⁴ Jumalantuomioihin, kuten raudankantoon tai vesikokeisiin, turvauduttiin yleensä vaikeimmissa tapauksissa. Niiden myötä oikeudenkäyntiin tuli yli-inhimillinen vivahde. Näyttöä ei kuitenkaan esitetty, kuten luulla saat-taisi, korkeamman voiman vakuuttamiseksi, vaan siksi, että korkeampi voima tiesi, kumpi osapuoli on oikeassa. Jumalantuomioiden kautta korkeampi voima tuotti asian ratkaisemiseen tarvittavan näytön.⁴¹⁵ Vaikka jumalantuomiot vaikuttavat nykyihmisestä mielettömiltä, ne osoittavat hyvin, että totuuden käsite ja arviointikriteerit ovat kulttuurisidonnaisia ja sopimuksenvaraisia.⁴¹⁶

4.3.2 Legaalinen todistusteoria

Muodollista todistusoikeutta seuraa todistusoikeuden suuressa kertomuksessa legaalinen todistusteoria, joka ajoittuu myöhäiskeskiaikaan, ja jonka juuret ovat kanonisessa oikeudessa sekä skolastisessa filosofiassa. Ranskassa legaalinen todistusteoria omaksuttiin 1200-luvulla, Saksassa 1500-luvulla, ja Ruotsi-Suomeen legaalinen todistusteoria kulkeutui 1600-luvulla, jolloin luotiin keskitetty valtio ja oikeuslaitos.⁴¹⁷ Legaalinen todistusteoria vaikuttaa liittyneen säännön-mukaisesti valtiovallan keskittymiseen, jossa oikeudenkäyttö monopolisoidaan keskusvallan tehtäväksi. Myös uskonpuhdistuksella ja kristinuskolla oli vaikutusta näyttösäännösten muotoutumiseen, sillä jumalantuomioihin nojaava järjestelmä ei sopinut ongelmattomasti uuteen juutalais-kristilliseen teologiaan.

Roomalais-kanonisen oikeuden näyttösäännökset olivat yhdenmukaiset myöhäiskeskiajan ja renessanssin epistemologisten, tieteellistä tietoa ja sen luonnetta koskevien käsitysten kanssa. Todistusoikeudellisten normien kehittymiseen ovat ylipäänsä aina vaikuttaneet kulloinkin vallinneet ideat tieteellisen tiedon luonteesta ja lähteistä.⁴¹⁸ Legaalisisessa todistusteoriassa pyrittiin skolastisen tieteenideaalin mukaisesti kehittämään inhimillistä toimintaa säänteleviä abstrakteja normeja.⁴¹⁹ Skolastiikka, jolla tarkoitetaan vuosina 1100–1500 vai-

⁴¹⁴ Ks. muodollisesta todistusteoriasta *Kallenberg II*, s. 545, *Tirkkonen 1949*, s. 4, *Hassler 1960*, s. 3, *Lindell 1987*, s. 63, *Lappalainen SP II*, s. 140 ja *Jokela III*, s. 145.

⁴¹⁵ *Cohen 1983*, s. 6.

⁴¹⁶ *Eckhoff TjR 1949*, s. 300.

⁴¹⁷ Ks. *Pihlajamäki LM 1994*, s. 612.

⁴¹⁸ *Cohen 1983*, s. 7.

⁴¹⁹ *Kallenberg II*, s. 638, *Ekelöf – Boman IV*, s. 20.

kuttanutta filosofista koulukuntaa, pyrki yhdistämään antiikin tieteen ja filosofian sekä uskonnon pyhät kirjoitukset ja opetukset.⁴²⁰

Legaalisessa todistusteoriassa tunnettiin useita näyttösäännöksiä, joiden tausta on aristoteelisen filosofian luokitteluissa.⁴²¹ Näyttö itsessään on *genus* (eli suku), erilaiset todistuskeinot *species* (eli lajeja). Erilaisten todistuskeinojen sisällä tunnettiin luokitteluja, joiden näyttöarvo oli erilainen. Legaalisessa todistusteoriassa erilaisten todisteiden näyttöarvo oli säännelty tarkkaan, ja jos tuomioistuin erehtyi tai käytti harkintavaltaansa väärin, näyttöratkaisu voitiin arvioida ylemmissä oikeusasteissa uudelleen.

Vaikka legaalisen todistusteorian yksityiskohdat vaihtelivat ajallis-paikallisesti, edustavana pidetään *Bartolus de Sassoferraton* 1300-luvulla muotoilemaa teoriaa, jonka mukaan langettavan rikostuomion antaminen edellytti täyttä näyttöä eli tunnustusta tai kahden jäävittömän silminnäkijätodistajan lausuntoa. Täysi näyttö (*probatio plena*) muodosti tuomitsemiskynnyksen ylittävän todennäköisyyden (*credas*); puoli näyttöä (*probatio semiplena*) tuotti mielipiteen (*opinio*) ja näyttöarvoltaan vähäisin aihetodiste (*indicium*) ainoastaan epäilyksen (*suspicio*).⁴²²

Kanonisesta oikeudesta legaaliset todisteluopit omaksuttiin maalliseen oikeuteen. Ruotsi-Suomen vuoden 1734 laki (VOK) rakentui legaalisen todistusteorian varaan. Suomessa aritmeettisista näyttövaatimuksista tunnetuin lienee rikosjutuissa noudatettu täyden näytön vaatimus, jolla tarkoitettiin *de Sassoferraton* esimerkin mukaisesti tunnustusta tai kahden jäävittömän todistajan yhtäpitävää lausumaa (VOK 17:29).⁴²³ Suomessa vaatimus sisältyi lakiin vuonna 1949 voimaan tulleeseen todistuslainsäädännön uudistukseen asti; oikeuskäytännössä siitä oli tosin luovuttu aikaisemmin.⁴²⁴

Vaikka aritmeettisiin normeihin saatetaan nykyajan näkökulmasta suhtautua kielteisesti, niillä oli aikanaan tärkeitä funktioita: 1) niillä suojattiin oikeusalamaisia tuomareiden mielivallalta ja vääriltä päätöksiltä, 2) ne mahdollistivat keskusvallalle keinon kaventaa tuomareiden harkintavaltaa ja tiukentaa otetta oikeudenkäytöstä, 3) ne auttoivat tuomareita, joilla ei aina ollut riittävää kokemusta todisteiden harkintaan.⁴²⁵ On syytä huomata, että kahden todistajan vaatimukselle syyksilukemisen edellytyksenä voidaan löytää myös nykyihmisen

⁴²⁰ Skolastiikalla ei tosin tarkoiteta niinkään filosofista uskomusjärjestelmää, kuin menetelmää, jossa pääpaino on dialektisessa päättelyssä. Ks. skolastiikasta esim. *Russell 1948*, s. 459 ss.

⁴²¹ *Pihlajamäki 1997*, s. 23 ss.

⁴²² *Pihlajamäki 1997*, s. 23 ja *Pihlajamäki 2004*, s. 85–86.

⁴²³ Ks. vaatimuksesta esim. *Pihlajamäki 1997*, s. 23 sekä *Engströmer 1911*, s. 219 ss., *Kallenberg II*, s. 643–646.

⁴²⁴ *Pihlajamäen* tutkimusten mukaan siirtyminen vapaaseen todistusharkintaan on Ruotsin ja Suomen oikeuskäytännössä tapahtunut suunnilleen samoihin aikoihin, 1800-luvun puolivälissä (jolloin Suomi oli osa Venäjää). Ks. *Pihlajamäki 1997*, s. 161–165.

⁴²⁵ *Tirkkonen 1949*, s. 3, *Lindell 1987*, s. 73, 87. Vrt. *Eckhoff TjR 1949*, s. 300.

näkökulmasta asiallisia syitä: voihan olla, että todistaja on esimerkiksi erehtynyt tai puolueellinen. Todistajien lukumäärä ei kuitenkaan ole suoraan verrannollinen siihen, miten todennäköisenä jotakin väitettä pidetään.

Muodollisesta todistusteoriasta legaalinen todistusteoria eroaa siinä, että muodollisessa todistusteoriassa ratkaisutoiminta perustui muodollisiin suoriuksiin, joiden tekeminen riittää ratkaisuun; legaalisessa todistusteoriassa asianosaiset sitä vastoin pyrkivät vakuuttamaan tuomioistuimen väitteidensä todenperäisyydestä. Muodollisessa todistusteoriassa näyttöratkaisun ja historiallisen tapahtumainkulun vastaavuudesta ei ollut mitään takeita, mutta legaalisessa todistusteoriassa tähän edes pyrittiin.⁴²⁶ Tämä pyrkimys liittyy keskusvallan rankaisuvallan käyttämiseen, joka oli niin tärkeä asia, että sitä ei haluttu jättää asianosaisten tai paikallisyhteisön ratkaistavaksi.

Vaikka legaalisessa todistusteoriassa pyrittiin tuomioistuimen vakuuttamiseen, eivät edellytykset tähän liene olleet hyvät. Legaalisen todistusteorian tutkimuksissa todetaan, että tiukkojen näyttösäännösten noudattaminen oli alusta pitäen vaikeaa. Nykyään legaalisen todistusteorian ongelmana pidetään väärin vapauttavien päätösten määrää. Tiukat näyttösäännökset saattoivat johtaa siihen, että tuomioistuin joutui rikosasioissa vapauttamaan vastaajan vastoin muuhun näyttöön perustuvaa vakaumustaan, kahden jäävittömän silminnäkijätodistajan jäädessä puuttumaan.⁴²⁷ Tämä ei kuitenkaan liene koko totuus. Legaalisessa todistusteoriassa tunnettiin erilaisia varaventiilejä, muun muassa mahdollisuus hankkia näyttöä kidutuksen avulla (johon Ruotsi-Suomessa ei turvauduttu), *absolutio ab instantia* (tulevaisuuteen tuomitseminen) sekä tunnustusvankeuteen tuomitseminen.⁴²⁸

4.3.3 Vapaa todistusteoria

Vapaan todistusharkinnan periaatteen läpimurto tapahtui yleiseurooppalaisella tasolla 1800-luvulla. Oikeushistoriallisesti periaate liitetään Ranskan suureen vallankumoukseen, jota seuranneella vuosisadalla oikeudellinen valta siirtyi suuressa osassa Eurooppaa porvarillisille valamiehistöille.⁴²⁹ Vallanvaihdoksen myötä näyttösäännöiltä putosi pohja pois: miksipä ”poliittista valtaa pitänyt porvaristo olisi halunnut todistussääntöjen avulla kahlehtia samaan säätyyn nojanneita valamiehistöjä”.⁴³⁰ Näytön arvioinnin sääntelemättömyys tosin rajoitui Manner-Eurooppaan; *common law* -järjestelmän kehitys on erilainen. Vaik-

⁴²⁶ Ks. Tirkkonen 1949, s. 4 ja Pihlajamäki LM 1994, s. 612.

⁴²⁷ Ks. Klami 2000, s. 25 ja Lindell 1987, s. 28–31. Ks. ongelmasta jo Wrede 1894, s. 14–15.

⁴²⁸ Ks. niistä Pihlajamäki LM 1994, s. 613–617.

⁴²⁹ Ks. kehityksestä Ranskassa, Saksassa ja Ruotsissa Pihlajamäki 1997, s. 105 ss.

⁴³⁰ Pihlajamäki Oikeus 1997, s. 384.

ka näyttökysymyksen ratkaiseminen siinä kuuluu valamiehistöille, järjestelmässä tunnetaan hyvin yksityiskohtaisia todistelun esittämistä koskevia säännöksiä. Nämä ovat tarpeen, jotta valamiehistön harkintaa ei sumennettaisi sopimatomilla tekijöillä.

Suomen todistuslainsäädännössä siirtyminen vapaaseen todistusteoriaan, johon kuuluu myös vapaan todistelun periaate, tapahtui kansainvälisessä katsannossa melko myöhään: uudistus tuli voimaan alkuvuodesta 1949. Kuten todettua, rikosjutuissa kahden silminnäkijän vaatimuksesta syyksilukemisen edellytyksenä oli luovuttu jo aiemmin; samoin vapaan todistusharkinnan periaate oli säädetty rajoitetusti voimaan eräissä siviilioikeudellisissa laeissa.⁴³¹ Oikeuskäytännössä noudatettiin kuitenkin uudistukseen asti legaaliseen todistusharkintaan liittyvää todistajanjäävijärjestelmää. Laki sisälsi luettelon tilanteista, jolloin henkilö on kelpaamaton (eli jäävi) todistamaan (VOK 17:7).⁴³²

Todistajanjäävijärjestelmällä turvattiin sitä, että sellaiset tekijät, joiden voitiin kokemukseräisesti arvioida vaikuttavan todistajan kykyyn tai haluun kertoa tapahtumista totuudenmukaisesti, eivät päässeet vaikuttamaan todistusharkintaan. Todistajien seulominen todistajanjäävijärjestelmän säännöksiin oli tarkoituksenmukaista siihen nähden, että tuomioistuin oli säännösten sitomana lähtökohtaisesti velvollinen ottamaan lausumat huomioon niiden ”nimellisarvon” mukaan, kun todistaja oli kertomuksensa antanut.⁴³³ Lainvalmisteluaineistossa juuri todistajanjäävijärjestelmän, ei aritmeettisten näyttösäännösten, katsottiin johtaneen asianosaisten kannalta oikeudenmenetyksiin.⁴³⁴

On ymmärrettävää, että vapaa todistusteoria murtautui oikeuskäytännössä läpi todistusharkinnan puolella. Näyttökysymysten pohdinta on inhimillistä ajatustyötä, jonka kahlitseminen säännöksiin on vaikeaa. Jälkikäteen ei ole helppo havaita, perustuvatko näyttöratkaisun johtopäätökset vapaaseen vai legaaliseen todistusharkintaan.⁴³⁵ Ellei tuomioistuin ei perustele näyttöratkaisua, tämän määrittäminen on jopa mahdotonta. Todistelumenettelyä koskevien säännösten puolella sitovien normien vaikutus on suurempi, mikä selittää sen, että todistusharkinnan vapautumisesta huolimatta oikeuskäytännössä pidettiin tunnollisesti kiinni jäävijärjestelmästä.

⁴³¹ Ks. näiden lakien luetteloa *Wrede CP II*, s. 96, alaviite 6.

⁴³² Säännöksessä säädettiin absoluuttisista eli viran puolesta huomioon otettavista todistajanjääveistä, joita olivat 1) puuttuva laillinen ikä (15 v.), 2) mielenvikaisuus, 3) huono maine, 4) muuta kuin kristinuskoa oleva uskontunnustus. Näistä ja säännöksen sisältämistä relatiivisista jääveistä ks. *Lappalainen 1988*, s. 49–50.

⁴³³ *Pihlajamäki LM 1994*, s. 607, alaviite 3. Ks. vuoden 1734 esteellisyyssääntelystä erit. *Lappalainen 1988*, s. 47–52.

⁴³⁴ Ks. HE 137/1945, s. 1. Vaikka todistajanjäävijärjestelmä rakentui lähtökohtaisesti ehdottomien jäävien varaan, kielto kuulla jäävillistä todistajaa ei tosin ollut ehdoton – harkinnanvaraisista poikkeuksista ks. *Lappalainen 1988*, s. 51–52.

⁴³⁵ *Lappalainen 1988*, s. 52–53.

Vapaan todistusteorian osa-alueita, vapaan todistusharkinnan ja vapaan todistelun periaatteita, voidaan pitää vastareaktionä legaalisien todistusteorian ongelmille. Oikeudenkäymiskaari sisältää säännöksiä henkilötodistelusta (asianosaisen, todistajan ja asiantuntijan kuuleminen) sekä reaalitodisteista eli asiakirjatodistelusta ja katselmuksesta. Todistajana voidaan kuulla muita kuin jutun asianosaisia edellyttäen, että nämä täyttävät todistajan yleiset ja erityiset kelpoisuusehdot.⁴³⁶ Vapaan todistelun periaatteen nojalla näyttöä voidaan esittää muillakin kuin laissa säännellyillä keinoilla.⁴³⁷

Todistelun esittämistä rajoittavat lakiperusteiset todistamiskiellossäännökset. Todistamiskiellot rajoittavat sitä, mistä asioista (todistusteemakiellot) ja millä tavalla (todistuskeino- ja todistusmetodikiellot) todistelua voidaan esittää. Ne ilmentävät, että ”aineellinen totuus” ei koskaan ole oikeudenkäynnin ainoa tavoite, vaan se voi väistyä hyvin erilaisilla perusteilla.⁴³⁸ Ellei näin olisi, ”oikeudenkäyntiin tulisi käyttää rajattomasti resursseja ja prosessia tulisi jatkaa niin kauan, kuin totuus ja oikea ratkaisu varmasti saavutetaan; jopa sellaiset keinot kuin kidutus olisivat sallittuja”.⁴³⁹ Todistamiskielltoproblematiikkaan liittyvät myös hyödyntämiskiellot. Todisteen asettaminen hyödyntämiskielloon merkitsee sitä, että todistetta ei oteta todistusharkinnassa lainkaan huomioon, vaan se suljetaan lainmukaisen oikeudenkäyntiaineiston ulkopuolelle.⁴⁴⁰ Koska hyödyntämiskiellot ovat relevantteja lähinnä rikosprosessissa, tutkimuksessa ei tarkastella niitä enemmälti.

Vapaan todistusharkinnan periaate velvoittaa tuomarin päättämään, ”harkittuaan huolellisesti kaikkia asiassa esiintulleita seikkoja”, ”mitä asiassa on pidettävä totena” (OK 17:2.1). Todistusharkintaa ei siis sidota oikeusnormeilla, kuten legaalisessa todistusteoriassa oli laita. Vapaalla todistusharkinnalla pyritään minimoimaan aritmeettisten näyttösäännösten keskeisin ongelma, todistuskeinojen näyttöarvon vakioiminen. Koska todistuskeinon luotettavuutta ei voida arvioida kaavamaisesti, legaalinen todistusharkinta on kovin joustamaton. Kun rajoituksia ei vapaassa todistusharkinnassa tunneta, todistusharkinta voi sopeutua todellisuuden monivivahteisuuden vaatimuksiin, ja tuomioistuin voi ottaa huomioon erilaisia seikkoja. Vapaassa todistusharkinnassa legaalisien näyttösäännösten funktiota täyttävät kokemussäännöt.⁴⁴¹

⁴³⁶ Yleisellä kelpoisuudella eli habilitateilla tarkoitetaan sitä, millaisia ominaisuuksia todistajalta yleensä vaaditaan, jotta häntä voitaisiin kuulla oikeudenkäynnissä todistajana. Erityinen kelpoisuus tarkoittaa sitä, ettei todistajaksi aiotun henkilön asema ja intressi suhteessa tiettyyn oikeudenkäyntiin estä hänen kuulemistaan tuossa jutussa. Näin Lappalainen 1988, s. 24.

⁴³⁷ Ks. *Bolding* 1992, s. 24–27, *Leppänen* 1998, s. 157.

⁴³⁸ Ks. todistamiskielloista esim. *Hormia* 1978 ja *Hormia* 1979 ja *Pölönen* 2003, s. 182 ss.

⁴³⁹ Näin *Huovila LM* 2004, s. 811. Kidutus voi tosin totuudenmukaisten todistajankertomusten sijasta johtaa valheellisiin todistajankertomuksiin, jotka annetaan siksi, että kidutus saataisiin loppumaan (*Forssman* 1997, s. 94).

⁴⁴⁰ *Pölönen* 2003, s. 205 ja *Ojanperä* 2006, s. 154.

⁴⁴¹ Ks. *Ekelöf – Boman IV*, s. 20. Vrt. *Klami* 1983, s. 251, jossa lausutun mukaan ”kokemus-

Toisaalta ”paraskin tuomari on aina samanlainen ihminen kuin muutkin, ihmisen persoonaan säännön mukaan liittyvine rajoituksineen ja heikkouksineen, antipatioineen ja sympatioineen, ennakkokäsityksineen” – juuri nämä seikat, näin väitetään, saivat lainsäätäjän aikanaan hyväksymään legaalisen todistus-teorian. Legaalisen todistusteorian kehittäjät tiesivät järjestelmän aiheuttamista ongelmista, mutta pitivät niitä vähäisempinä kuin haittoja, joita oikeusvarmuudelle legaalisen todistusteorian hylkäämisestä koituisi.⁴⁴² Vapaan todistusharkinnan periaate sekä siihen liittyvä tuomioistuimen ”vapaus” päättää näytöstä tehtävistä johtopäätöksistä, merkitseekin samalla mielivaltaisen näytön arvioinnin riskin kasvamista; vastaavasti näytön arvioinnin sääntelemisen keskeisin peruste on vähentää ratkaisijan mahdollisuutta mielivaltaan.⁴⁴³

Todistusharkinnan objektiivisuusvaatimuksen ja mielivallan kiellon yhteys näkyy todistulainsäädännön uudistuksen lainvalmisteluaineistossa. Vielä hallituksen esityksessä OK 17:2.1:n sanamuoto oli seuraavanlainen: ”Oikeus päät-täköön, harkittuaan tarkoin ja huolellisesti kaikkia oikeudenkäynnissä esiintul-leita seikkoja, mitä asiassa on pidettävä toteennäytettynä”.⁴⁴⁴ Säännöksen sana-muoto muutettiin nykyiseen asuun (”Oikeuden tulee, harkittuaan huolellisesti kaikkia esiintulleita seikkoja, päättää, mitä asiassa on pidettävä totena”) KKO:n lausunnon (30.11.1945) johdosta, ”jotta säännöksen sanamuodosta jo selvästi näkyisi, että oikeuden harkinta ei saa perustua mielivaltaan”. Ruotsin asiallises-ti samansisältöisen säännöksen (RB 35:1) sanamuoto on tosin ”bevisat”, joka kääntyyne suomeksi parhaiten juuri ”toteennäytetyksi”.

4.4 NÄYTÖN ARVIOINTI PROSESSIOIKEUDELLISISSA TUTKIMUSSUUNTAUKSISSA

4.4.1 Johdatus aiheeseen

Oikeuskirjallisuudessa painotetaan tavan takaa, että vapaan todistusharkinnan pe-riaatteen noudattaminen ei merkitse tuomioistuimen oikeutta päättää todistelun näyttöarvosta vain oman mielensä mukaisesti. Näytön arvioinnin tulee perustua objektiivisiin kriteereihin. Vaatimus todistusharkinnan objektiivisuudesta johtaa *Per Olof Ekelöfin* mukaan oletamaan, että näytön arviointi on joidenkin oikeus-

säännöt painottavat justifikaatiota, legaaliset todistussäännöt ratkaisutoiminnan yleistä legitimi-teettiä”.

⁴⁴² *Salmiala JJ Kivimäki*, s. 276–277.

⁴⁴³ Ks. mielivaltaisen ratkaisutoiminnan riskeistä ja vapaan todistusharkinnan yhteydestä esim. *Jonkka 1993*, s. 29 sekä alaviitteessä 29 mainitut lähteet. Näytön arvioinnin sääntelemisen perusteista ks. *Cohen 1983*, s. 2.

⁴⁴⁴ HE 137/1945, s. 2.

sääntöjen sitomaa, vaikka ei samalla tavalla kuin legaalisen todistusteorian vallitessa.⁴⁴⁵ Tämä havainto on mielenkiintoinen – ja paradoksaalinen: ellei todistusharkintaa haluta sitoa oikeusnormeilla, millaisia näytön arviointia ohjaavat ”normit” ovat ja miten niitä tulisi soveltaa? Näytön arvioinnin katsominen oikeudellisesti säännellyksi toiminnaksi merkitsee pohjimmiltaan ratkaisutoiminnan yhdenvertaisuusvaatimukseen palautuvaa menetelmällistä ongelmaa. Miten näytön arviointi tulisi suorittaa, jotta yhdenvertaisuus toteutuisi?

Oikeuskirjallisuudessa näytön arviointia koskevia kysymyksiä on tarkasteltu hyvin erilaisista lähtökohdista ja tutkimustraditioista käsin. Sijoitan näytön arviointia koskevat teoriat osaksi oikeuskulttuuria, vaikka yksittäisten tutkijoiden kirjoituksiin perustuvina asioina ne voitaisiin sijoittaa oikeuden pintatasollekin. Teorioiden sijoittaminen oikeuskulttuurin tasolle havainnollistaa kuitenkin niiden sidonnaisuutta eri aikakausiin sekä kytköksiä erilaisista lähtökohdista versoihin tutkimusperinteisiin. Suomen, Ruotsin ja Norjan prosessioikeustutkimuksessa teorioilla on ollut tärkeä merkitys, sillä teorioista käydyn keskustelun yhteydessä on samalla keskusteltu korkeammalla abstraktiotasolla olevista kysymyksistä, mm. siitä, millainen siviiliprosessin yhteiskunnallinen tehtävä on.

Kysymys siitä, miten todistusharkinta suhteutetaan näytön riittävyysarviointiin ja todistustaakan jakoon, ei ole vain systemaattis-oikeuskulttuurinen, vaan omaa mitä ilmeisintä käytännöllistä merkitystä. Todistus-oikeudellisilla teorioilla tulisi muiden yleisten oppien tavoin olla merkitystä tuomioistuinjuristien työssä heuristisina apuvälineinä. Oikeustieteelliseen tutkimukseen kohdistuu odotuksia siitä, että ”oikeudesta” tiedettäisiin jotakin ”enemmän” kuin lainvalmisteluaineistosta ja oikeuskäytännöstä ilmenee. Lainvalmisteluaineisto ja oikeuskäytäntö ovat oikeustieteellisen tutkimuksen raaka-ainetta, joka kytkee tutkimuksen muihin oikeudellisiin käytäntöihin.

Oikeustieteellisessä tutkimuksessa, jolla tarkoitan etupäässä lainoppia, pyritään tuottamaan tulkintasuosituksia sekä luomaan raaka-aineista järjestelmä, johon oikeudelliset ilmiöt olisivat sijoitettavissa. Oikeusjärjestelmä, sen yleiset opit, ovat apuna säännösten tulkinnessa sekä ratkaisun heuristisessa jäsentämisessä. Oikeudenalan yleisiä oppeja voidaan käyttää argumentatiivis-normatiivisesti, jolloin ne muodostavat vertailukohdan, jonka avulla erilaisia ratkaisuvaihtoehtoja voidaan rationaalisesti argumentoida. Ainuttakaan oikeuskirjallisuudessa kehitettyä näytön arvioinnin teoriaa – tai todistusteoriaa – ei kuitenkaan ole omaksuttu ja oikeuskäytännössä laajamittaisesti sovellettu missään Pohjoismaassa.

On syytä huomata, että ”todistusteoriakaan” ei ole juridinen, vaan logiikkaan kuuluva käsite. Loogisessa todistusteoriassa valitaan joukko peruskaavoja aksiomiksi, joista annettujen päättelysääntöjen avulla voidaan johtaa teoreemoja eli todistuvia kaavoja.⁴⁴⁶ Oikeuskirjallisuudessa ”todistusteorioista” voi-

⁴⁴⁵ Ekelöf *SSL* 1964, s. 48.

⁴⁴⁶ Ks. Niiniluoto 1980, s. 95 ss.

daan kirjoittaa vaihtelevassa merkityksessä. Normatiivisella todistusteorialla tarkoitetaan teoriaa siitä, miten näytön arviointi tulisi suorittaa, deskriptiivisellä todistusteorialla sitä, miten tuomioistuimet tosiasiasa suorittavat näytön arvioinnin.⁴⁴⁷

On selvää, että näiden välillä ei tulisi olla kovin suurta eroa. Näytön arvioinnin teoriat eivät kuitenkaan tutkimuksen normatiivisen luonteen vuoksi voi täysin samaistua tuomioistuinten tosiasialliseen toimintaan. Tutkija ei siksi voine asettaa tutkimustehtäväksi sen selvittämistä, miten tuomioistuimet tosiasiallisesti toimivat, ja tämän jälkeen muodostaa tulkintasuosituksia pelkästään (mahdollisesti) havaittujen empiiristen säännönmukaisuuksien perusteella; tällainen toimintamalli edellyttäisi ”voimassaolevan” oikeuden oikeusrealistista samaistamista tuomioistuinjuristien toimintaan, mitä ei voitane pitää mielekkäänä ontologisena sitoumuksena. Eri asia on, että näytön arvioinnin teorian kannalta merkitystä on kyllä sillä, miten tuomioistuimet näytön arviointia perustelevat. Kuten tutkimuksen alussa jo todettiin, usein tuomion perusteluista ei välttämättä voida päätellä, millaista näytön arvioinnin teoriaa tuomioistuimet soveltavat.

Lisäksi näytön arvioinnin teorian tulisi ainakin jossakin määrin muistuttaa tuomioistuinten toimintaa. Jos todistusoikeudellisen tutkimuksen lähtökohdat ja tuomioistuinjuristien arki ovat täysin yhteismitattomia, vaarana on tutkijoiden ja tuomarien keskusteluyhteyden katkeaminen. Näytön arvioinnin osalta teorian ja käytännön välisen siteen sekä tuomareiden ja tutkijoiden välisen keskusteluyhteyden väitetään katkenneen ainakin Ruotsissa.⁴⁴⁸

Tämän kysymyksen selvittämiseksi tutkimuksessa olisi voitu suorittaa tuomioistuinjuristeille suunnattu kysely. Sitä ei kuitenkaan ole katsottu tarpeelliseksi, koska *Antti Jokela* on vuonna 2003 suomalaisille tuomareille ja syyttäjille suuntaamassaan kyselyssä selvittänyt sitä, miten nämä soveltavat prosessioikeustutkimuksessa kehitettyjä teorioita (esim. teemametodi, todistusarvometodi ja hypoteesimetodi); johtopäätöksenä voitaneen todeta, että teorioiden tuntemus ja vaikutus oikeuskäytännössä on melko vähäinen.⁴⁴⁹

Näytön arvioinnin teorian kehittämistä hankaloittaa, että kysymys ei ole vain oikeudellisesta, vaan myös tietoteoreettisesta asiasta. Norjalaisen *Eivind Kolflaathin* mukaan todistusoikeudellisesti relevantti kenttä kattaa kolme tietoteoreettista tasoa. 1) *Aleettisella* tasolla tarkoitetaan prosessinulkoista, menneisyydessä tapahtuneen tapahtumainkulun tasoa, joka eksistoi riippumatta siitä, millainen käsitys ja millaista näyttöä meillä siitä on. 2) *Episteemisellä* tasolla viitataan todistusaineistoon, joka ratkaisijalla on käytössään. Näytön arviointiin

⁴⁴⁷ *Kolflaath JV* 2004, s. 279–280.

⁴⁴⁸ *Mellqvist* 2007, s. 80–81.

⁴⁴⁹ Ks. *Jokela III*, s. 250–251.

liittyy myös 3) *psykologinen* taso, jolla viitataan näytön arvioijan kognitiivisiin prosesseihin.⁴⁵⁰ Ratkaisijalla ei milloinkaan ole pääsyä tapahtumainkulun (aleettiselle) tasolle, vaan näytön arvioinnissa keskeinen on episteeminen taso: se, mihin tuomarilla on asiassa esitetyn todistelun perusteella aihetta uskoa. Tällä kysymyksellä on myös psykologinen relevanssi. Näiden tasojen huomioon ottaminen yhdessä teoriassa ei liene mahdollista, mutta niiden vaikutus voidaan havaita näytön arviointia koskevissa teorioissa.

4.4.2 Prosessioikeudelliset tutkimustraditiot pääpiirteissään

Tutkimuksessa tarkastellaan kolmea näytön arvioinnin mallia. Ne liittyvät erilaisiin prosessioikeudellisiin tutkimustraditioihin, jotka tässä tutkimuksessa ovat pääpiirteissään samoja kuin *Tatu Leppäsen* erottamat tutkimustraditiot.⁴⁵¹ Tutkimuksessa otetaan annettuna Leppäsen havainto traditioiden taustalla vaikuttavista ideologisista suuntauksista.⁴⁵² Tutkimustraditioista ensimmäistä, jota Leppänen nimittää ”saksalaiseksi traditioksi”, nimitän vakuuttumismalliksi. Saksalaisperäisen tradition vaikutusvaltaisimmiksi suomalaisiksi edustajiksi voidaan lukea *Tauno Tirkkonen*, *Jouko Halila* ja *Tauno Ellilä*. Tradition ideologinen tausta oli oikeusvaltiollinen. Siinä siviiliprosessin perustehtäväksi (josta voidaan kirjoittaa myös funktiona) nähdään oikeussuojan antaminen asianosaisten yksityisoikeudellista laatua oleville subjektiivisille oikeuksille mahdollisimman joutuisassa, varmassa ja kohtuuhintaisessa (tarkoituksenmukaisessa) menettelyssä.

Saksalaisperäisen tradition edustajien tutkimusmetodia luonnehditaan konstruktiiiviseksi: keskeisimpiä kysymyksiä ovat prosessioikeudellisen normiston systematiikka sekä käsitteenmuodostus.⁴⁵³ Luonnehdinta voidaan kuitenkin todistus oikeudellisessa katsannossa esittää vain varauksin. *Jouko Halilan* todistustaakan jakoa koskevaan tutkimukseen (1955) se ei sovellu ollenkaan; *Tirkkosen* ja *Ellilän* todistus oikeudellisiin näkemyksiin se soveltuu paremmin. Ellilä ja Tirkkonen kannattivat muiden vanhemman ajan prosessioikeustutkijoiden tavoin todistustaakan jaon pääteorian edellä käsiteltyä tosiseikkojen kolmijakoteoriaa, jonka mukaan kantajalla on todistustaakka oikeutta perustavista tosiseikoista, vastaajalla oikeuden syntymistä ehkäisevistä ja kumoavista tosiseikoista.

Jouko Halila osoittaa tutkimuksessaan, että todistustaakan jaon ongelmat johtuvat juuri konstruktiiivisen menetelmän mukaisista tavoitteista: ennen muu-

⁴⁵⁰ *Kolflaath JV* 2004, s. 281.

⁴⁵¹ *Leppänen LM* 1998, s. 828.

⁴⁵² *Leppänen LM* 1998, s. 828–829.

⁴⁵³ *Leppänen LM* 1998, s. 828.

ta pyrkimyksestä ratkaista moninaiset todistustaakan jakoa koskevat ongelmat yhden tai muutaman todistustaakan jakoa koskevan teorian avulla. Tällainen tavoitteen asettelu ei ole yllättävä, koska todistustaakkanormeista käynnistyneen oikeustieteellisen keskustelun alkamisajankohta ajoittuu 1800-luvun saksalaiseen prosessioikeustutkimukseen. Keskustelun taustana vaikutti tuolloinen pyrkimys muovata käsitelainopin hengessä osin roomalaisesta oikeudesta, osin roomalaisen oikeuden keskiaikaisesta muokkaamisesta periytyviä presumptioita yleisiksi todistustaakkanormien teoriataustoiksi.⁴⁵⁴

Jouko Halilan omassa tutkimusotteessa korostuvat reaaliset argumentit – vieläpä siten, että tutkimuksen arvostellut *B. C. Carlson* katsoo Halilan tutkimuksen kirjoitetun ”skandinaaviselle oikeustieteen metodille” tyypillisellä tavalla.⁴⁵⁵ Carlson moitiskelee Halilaa siitä, että tämä ei todistustaakan jaon ratkaisemiseksi tukeudu juuri lainkaan oikeussääntöihin, vaan ”terveeseen maalaisjärkeen” ja ”banaaleihin tarkoituksenmukaisuusnäkökohtiin”. Mainittakoon, että nykytutkimuksessa Carlsonin omaa konstruktivistista metodia ei tietääkseni hyödynnä kukaan.⁴⁵⁶ Sitä vastoin reaalisia argumentteja pidetään jopa prosessinormien ”tulkinnan suolana” ja Halilan erinomaista monografiaa teoksena, jolla on ollut varsin suuri vaikutus todistustaakkanormien vakiintumiselle oikeuskäytäntöön.⁴⁵⁷

Skandinaavisen tradition, jota pidetään nykyisessä prosessioikeustutkimuksen vallitsevana, aatehistoriallinen tausta on skandinaavisena realismina tunnetussa oikeusfilosofisessa suuntauksessa. Skandinaavisen realismin vaikutuspiirissä ruotsalaisista prosessioikeustutkijoista olivat erityisesti *Karl Olivecrona* ja *Per Olof Ekelöf*, joiden oikeusajattelua voidaan luonnehtia instrumentalistiseksi. Siviiliprosessin tehtävänä ei näiden tutkijoiden mukaan ole oikeussuojan antaminen, vaan käyttäytymisen ohjaaminen; tämän vuoksi kirjoitan siitä tuonnempana ”ohjausteorian”.

Tämä instrumentaalisuus näkyy prosessioikeustutkimuksen harjoittamistavassakin. Siinä, missä saksalaisperäisen suuntauksen tutkimusmetodia voidaan, edellä mainituin varauksin, luonnehtia konstruktivistiseksi, skandinaavisen tradition edustajilla prosessilain tulkinnassa korostuvat reaaliset argumentit ja oikeusongelmien tarkastelu systeemitasolta. Nimitän skandinaavisen tradition mu-

⁴⁵⁴ *Klami 1995a*, s. 72. Ks. roomalaisoikeudellisista ja 1800-luvun todistustaakkateorioista *Olivecrona 1930*, s. 12–139 ja *Halila 1955*, s. 20–58.

⁴⁵⁵ *Carlson JFT 1956*, s. 301.

⁴⁵⁶ Ks. *B.C. Carlsonin* metodisista näkökohdista erit. *Minkkinen OTJP 2003*.

⁴⁵⁷ Reaalisia argumentteja ”tulkinnan suolana” pitää Jyrki Virolainen (*LM 1999*, s. 120). Ks. Halilan tutkimuksen vaikutuksesta oikeuskäytäntöön *Klami 2000*, s. 90. FINLEX-tietokannassa julkaistusta hovioikeuskäytännöstä voidaankin löytää useita ratkaisuja, joissa mainittuun teokseen on nimenomaisesti viitattu. Ks. I-SHO 25.03.1983 363/83, I-SHO 30.09.1982 1577/82, I-SHO 21.01.1982 TU-754/81, I-SHO 18.06.1981 TU-257/81, VaaHO 07.06.1979 27/79. Myös *Erkki Havansi (LM 2006, s. 906)* katsoo, että Halilan tutkimus on kestänyt ajan hammasta ikätovereihinsa nähden varsin hyvin.

kaista todistusoikeustutkimusta ”todennäköisyysmalliksi” näyttöratkaisun perusrakenteen vuoksi.

Suomen vanhemman prosessioikeustutkimuksen vakuuttumismalli ja skandinaavinen todennäköisyysmalli eroavat toisistaan myös todistusoikeudellisessa katsannossa. Skandinaavinen traditio on sisäisesti rikkonaisempi kuin vakuuttumismalli. Todistusoikeudellista tutkimusta ovat harjoittaneet sellaisetkin tutkijat, jotka eivät pidä siviiliprosessin tärkeimpänä funktiona käyttäytymisen ohjaamista, vaan kritisoiivat sitä voimakkaasti. Näiden tutkijoiden, joihin voidaan lukea etupäässä *Torstein Eckhoff* ja *Per Olof Bolding* sekä (aikaisemman tuotantonsa perusteella) *Bengt Lindell*, mukaan siviiliprosessissa ei voida ottaa huomioon systeemiargumentteja niin voimakkaasti kuin ohjausfunktion kannattajat antavat ymmärtää. Siviiliprosessin perustehtävää koskevalla käsityksellä on kaikkien skandinaavisten kirjoittajien tuotannossa merkitystä myös – ja ennen muuta – näyttökysymysten argumentoinnissa, kuten tutkimuksessa tullaan osoittamaan.

Tatu Leppäsen mukaan tärkeä kysymys vuosituhannen vaihtuessa on, missä määrin ”ekelöfiläiseen siviiliprosessiteoriaan” kuuluva käsitys siviiliprosessin tehtävästä on edelleen hyväksyttävissä.⁴⁵⁸ Leppänen ei kohdista kritiikkiä Ekelöfin teorian tieteenteoreettiseen puoleen, jonka hän katsoo olevan edelleen hyväksyttävissä, osin kenties siksi, että sille ei ole ilmestynyt näköpiiriin varteenotettavia haastajia prosessioikeustutkimuksessa; ennen muuta oikeudenkäyntiaineiston jäsentämistä koskevat käsitteet voivat siviiliprosessin tehtävään kohdistetusta kritiikistä huolimatta säilyä samoina.

Todistusoikeudellisessa katsannossa todennäköisyysmallille ei ole ilmestynyt haastajaa, joka olisi määriteltävissä samanlaiseksi koulukunnaksi kuin edeltäjänsä. Tämä ei johdu niinkään kritiikin puutteesta, vaan siitä, että erilaisilta uudemmassa prosessioikeustutkimuksessa kehitetyiltä teorioilta puuttuu yhteinen nimittäjä. Näitä teorioita voidaan nimittää todistusoikeustutkimuksen ”kolmanneksi aalloksi”, joka on edennyt vaiheittain. Tutkimuksessa tarkastellaan seuraavaksi prosessioikeustutkimuksessa kehitettyjä näytön arviointia koskevia teorioita.

⁴⁵⁸ Leppänen LM 1998, s. 829.

5 Vakuuttumismalli

5.1 JOHDATUS AIHEESEEN

”Vakuuttumismalli” on yhteisnimitys tutkimussuuntauksille, joiden mukaisessa näytön riittävyysarvioinnissa ratkaiseva painoarvo annetaan ratkaisijan subjektiiviselle vakuuttuneisuudelle. Suomen vanhemmassa prosessioikeustutkimuksessa näytön arvioinnin edellytettiin olevan objektiivista, mutta objektiivisuusvaatimuksen toteuttamisessa tärkeässä asemassa oli täyden näytön vaatimus, jota pidetään normaalinäyttökynnyksenä niin siviili- kuin rikosjutuissa. Täyden näytön käsite on peräisin legaalisesta todistusteoriasta, mutta sitä voidaan käyttää vapaan todistusharkinnan periaatteen vallitessakin. Sitä vastoin sellaisten käsitteiden kuin ”puoli näyttöä”, ”enemmän kuin puoli näyttöä” sekä ”vähemmän kuin puoli näyttöä” käyttämistä pidetään aiheellisesti sen vastaisena.⁴⁵⁹

Vapaan todistusharkinnan periaatteen myötä ”täyden näytön” merkitys muuttuu. Sillä tarkoitetaan tunnustamisen tai kahden jäävittömän todistajanlausuman sijasta todennäköisyysnäyttöä, täsmällisesti ottaen *Tauno Tirkkosen* tunnetun määritelmän mukaan ”sellaista korkeamman asteen todennäköisyyttä, joka saa asiaa harkitsevan huolellisen ja järkevän henkilön vakuuttuneeksi todistelun kohteena olevan oikeustositseikan olemassaolosta”.⁴⁶⁰

Täyden näytön määritelmä Tirkkosen tunnetuksi tekemässä muodossa on peräisin *R. A. Wredeltä*, jonka näkemyksiin vaikutti suuresti ruotsalaisen *C. J. Lindbladin* teos *Läran om bevisning inför rätta enligt Sveriges lag o.s.v.* (1842).⁴⁶¹ Ruotsalaisiin lakikomitean ehdotuksiin, ulkomaisiin lakeihin ja lakiehdotuksiin tukeutuen Lindblad perusteli näytön arvioinnin sääntelystä luopumista. Lindbladin mukaan absoluuttinen todistusteoria oli luonut erityisen *oikeudellisen varmuuden* käsitteen. Oikeudellinen varmuus on luonteeltaan historiallista varmuutta, joka koskee sattumanvaraisia, aikapaikkaisia kysymyksiä. Historiallinen varmuus voi perustua omaan kokemukseen tai toisten

⁴⁵⁹ *Tirkkonen 1949*, s. 25.

⁴⁶⁰ Ks. täyden näytön määritelmästä *Tirkkonen 1949*, s. 25. Tirkkonen pitäytyi määritelmässä myös oppikirjoissaan, ks. *Tirkkonen SP II*, s. 100 ja *Tirkkonen RP II*, s. 129–130. Tirkkosen määritelmän omaksuivat myös *Jouko Halila* ja *Tauno Ellilä* (ks. *Halila 1955*, s. 1 sekä *Ellilä 1947*, s. 122 ja sama *1949*, s. 172). Ekelöfin mukaan normaalinäyttökynnyks, jota termi ”näytetty” (ruots. ”styrkt/visat”) ilmentää, vastaa vapaassa todistusharkinnassa sitä, mitä täyden näytön vaatimus legaalisisessa todistusteoriassa; Ekelöf määrittelee täyden näytön aikaisemmassa tuotannossaan hyvin samalla tavalla kuin häntä edeltäneet tutkijat (*Ekelöf FS Lundstedt*, s. 11, *Ekelöf CP II*, s. 59, *Ekelöf SvJT 1952*, s. 219).

⁴⁶¹ Ks. Wreden todistusoikeudellisista näkemyksistä erit. *Nousiainen 1993*, s. 521–533.

kokemukseen, ja se syntyy, kun faktan totuudesta on sellaisia todisteita, jotka toisiinsa liittyneinä sulkevat pois todennäköisyyden, joskaan eivät varmuutta siitä, että asia on toisin.⁴⁶²

Lindblad haki tutkimukseensa virikkeitä erityisesti *common law* -järjestelmästä. Juryn vakaumus todistelun kohteena olevasta kysymyksestä ei ole subjektiivinen, tunteeseen perustuva vakaumus, vaan vakaumuksen tulee perustua objektiivisiin perusteisiin. Lindbladin mukaan objektiivisia perusteita voi olla kahdenlaisia; ero objektiivisten perusteiden välillä perustuu siihen, voidaanko ne välittää toisille ihmisille vakuuttavasti. Kun jokin peruste kyetään esittämään vakuuttavasti, kysymys on objektiivisista perusteista; objektiivinen peruste on käsillä silloin, kun ihminen kokee jotakin selkeässä mielentilassa ja vakuuttuu siitä aistiensa perusteella. Kun joku luotettavana pitämämme henkilö kertoo meille jotakin omasta kokemuksestaan, voimme vakuuttua siitä, mutta kertomus ei välttämättä riitä vakuuttamaan muita ihmisiä: kysymys on tällöin subjektiivisesta vakuuttuneisuudesta.⁴⁶³

Suomessa vapaan todistusharkinnan periaate murtautui oikeuskäytännössä läpi 1850- ja 1860-luvuilla. *Wreden* tehtäväksi jäi todeta muutos doktriinin tasolla. On sanottu, että *Wreden* todistus oikeudellisia näkemyksiä leimaa merkilinen kaksinaisuus. Oikeuskäytännön linjaukset, moderni kansainvälinen doktriini ja *Wreden* oma vakaumus saavat tämän tuomaan selvästi julki sympatiansa vapaata todistusharkintaa kohtaan, mutta kuitenkin *Wreden* on kyettävä selittämään ja tulkitsemaan kirjoitetun oikeuden *desuetudoon* vaipuneet säännökset.⁴⁶⁴

Näiden säännösten vaikutus näkyy esimerkiksi *Wreden* tunnetuksi tekemässä todistus oikeuden käsitteistössä, joka on osin yhä käytössä. *Wrede* tarkoitti ”todistusteemalla” sitä, mistä todistelulla oli saatava varmuus; ”todistusperusteilla” premissejä, joista todistusteema voitiin päätellä; ”todisteilla” keinoja, joiden avulla todistusperusteet voitiin tuomarille esittää. *Wrede* omaksui Lindbladilta myös sen, että oikeudellinen varmuus on historiallisen varmuuden laji, jolla tarkoitetaan tuomarin subjektiivista vakuuttuneisuutta. Oikeudelliselta varmuudelta edellytetään, että vakuuttuneisuus perustuu sellaisiin syihin, jotka riittäisivät vakuuttamaan muutkin.

Oikeudellisen varmuuden relatiivisen luonteen vuoksi *Wreden* mukaan vakuuttuneisuusvaatimuksen täsmentäminen ei käynyt päinsä muuten kuin määrittelemällä, että ”sellainen varmuus on käsillä, kun konkreettisen tapauksen kaikki seikat ovat omiaan vakuuttamaan jokaisen järkevän ja huolellisen henkilön”.⁴⁶⁵ *Wreden* mukaan olisi toki ollut mahdollista vaatia, että tuomiois-

⁴⁶² Nousiainen 1993, s. 522. Ks. myös *Wrede* 1894, s. 8. Ks. myös *Kallenberg* II, s. 529–531.

⁴⁶³ Nousiainen 1993, s. 522.

⁴⁶⁴ Pihlajamäki 1996, s. 105–106.

⁴⁶⁵ *Wrede* 1894, s. 8.

tuimen kokemuspäätelmät olisivat vieläkin varmempia. Täyttä näyttöä suuremman varmuuden edellyttäminen olisi kuitenkin tehnyt oikeusturvan ”näennäiseksi” sitä hakevalle, koska tämä ei useissakaan tapauksissa olisi kyennyt hankkimaan niin suurta vakuuttuneisuuden määrää.

Tämä näkemys, kuten todettua, omaksuttiin vanhemmassa tutkimuksessa yksimielisesti; tunnetuksi sen teki Tirkkonen. Täyden näytön määritelmää Suomen vanhemmassa prosessioikeustutkimuksessa on yksityiskohtaisimmin käsitellyt *Jouko Halila*, jonka mukaan todistelulta vaadittava varmuuden aste on enemmän kuin pelkkä todennäköisyys; kuitenkin ei voitane vaatia niin huomattavaa varmuutta, että seikka näyttäisi suorastaan ilmeiseltä. Muuten näytön riittävyydelle asetettaisiin liian ankarat edellytykset, minkä johdosta moni seikka jäisi prosessissa selvittämättä. Omat vaaransa ovat Halilan mukaan siinäkin, että tuomioistuimet ovat liian herkkiä täyttä näyttöä arvioidessaan: tuomarit tulevat tällöin helposti herkkäuskoisten maineeseen, mikä voi johtaa oikeudenkäyntien väärinkäyttämiseen. ”Täyttä näyttöä määriteltäessä ollaankin ikään kuin *Skyllan* ja *Kharybdiksen* välillä: on löydettävä oikea mittapuu ilmeisyyden ja todennäköisyyden välillä, millä alueella täyden näytön raja nähdäksemme sijaitsee.”⁴⁶⁶

5.2 NÄYTTÖKYNNYS JA TODISTUSTAAKKANORMIT VAKUUTTUMISMALLISSA

Vakuuttumismallissa näyttökynnys systematisoidaan osaksi todistusharkintaa. Täysi näyttö on normaalivaatimus, mutta lainsäädännössä voidaan edellyttää alemmanasteista todennäköisyyttä, jolloin säännöksen sanamuodossa puhutaan ”todennäköisistä syistä”; myös poikkeamat toiseen suuntaan ovat mahdollisia, mikä ilmenee sanamuodoista, kuten ”erityisiä aiheita” ja ”ilmeisesti epätodennäköistä”.⁴⁶⁷ Näyttökynnyksen ylittymättä jääminen yksittäistapauksessa laukaisee todistustaakan: ellei todistustaakan rasittaman asianosaisen todistelu ylitä näyttökynnystä, tulee soveltaa todistustaakkanormia. Mahdollista on myös se, että todistustaakan rasittaman asianosaisen vastapuoli esittää kantansa tueksi näyttöä: tällöinkin tuomioistuimen pitää soveltaa todistustaakkanormia.

Rajanveto todistusharkinnan ja todistustaakkanormin soveltamisen välillä on vakuuttuneisuusvaatimuksen vuoksi yksiselitteinen. Koska todistusharkinnan kysymyksiä ei kuitenkaan tutkittu, eikä oikeuskirjallisuudessa pyritty edes esimerkinomaisesti määrittelemään, millä kriteereillä tuomioistuin kykenee ar-

⁴⁶⁶ Halila 1950, s. 20–21.

⁴⁶⁷ Ks. Tirkkonen 1949, s. 25 ja Halila 1955, s. 1, 14–15. Vrt. kuitenkin *Alkio LM* 1949, s. 558, jossa katsotaan, että esimerkiksi ”ilmeisesti epätodennäköistä”-näyttökynnyksilmauksella ei ole vaadittu ”suurempaa näyttöä kuin mitä voidaan täytenä pitää; pikemminkin päinvastoin”.

vioimaan ”korkeammanasteisen todennäköisyyden” ja ”vakuuttuneisuuden” käsillä olemista, lienee rajanvedon yksiselitteisyys vain näennäistä. Juuri tähän seikkaan myöhempi tutkijasukupolvi on kohdistanut kritiikkiä, kuten jäljempänä huomataan.

Näyttökynnyksen ja todistustaakkanormiston yhteys tiedostettiin Suomen vanhemmassakin prosessioikeustutkimuksessa, mutta siihen suhtauduttiin kuitenkin oikeusturvanäkökohtien vuoksi pidättyväisesti. Tämä ilmentää vakuuttumismallin ideologista, oikeusvaltiollisuutta heijastelevaa taustaa. Täyden näytön vaatimuksesta tinkimisestä suuntaan tai toiseen ei pidetty mahdollisena oikeusturvaa vaarantamatta.⁴⁶⁸ Näyttökynnyksilmausten merkitystä tuomioistuinten ratkaisutoiminnan kannalta varottiin korostamasta myös siksi, että lainsäädännön todennäköisyysilmausten katsottiin valikoituneen usein sattumanvaraisesti. *Torstein Eckhoffin* tutkimukseen viitaten *Jouko Halila* toteaa, että ”näillä termeillä, kuten todennäköisellä, ilmeisellä ja selvällä, ei kuitenkaan ole ollut täsmällistä määrittelyä eikä niillä aina liene mitään erityistä tarkoitettukaan”.⁴⁶⁹

Suomen vanhemman prosessioikeustutkimuksen näyttökynnyksimuotoilu on hyvin samanlainen kuin näyttökynnyksen muotoilu Saksan prosessioikeustutkimuksessa.⁴⁷⁰ Saksan lainsäädännön vapaan todistusharkinnan periaatteen perussäännöksessä vuodelta 1877 (ZPO 286) edellytetään, että tuomari on, kaikkiin asiassa esiin tulleisiin seikkoihin nähden ja todisteiden vapaan harkinnan jälkeen, vakuuttunut siitä, että väite on totta tai että se ei ole totta.⁴⁷¹ Säännöksessä tuomioistuin veloitetaan myös ilmoittamaan vakuuttuneisuuteen johtavat pääperusteet.

Saksassa säännöksen katsotaan ilmaisevan riita-asioiden oikeudenkäynnissä noudatettavan normaalinäyttökynnyksen; Saksan lainsäädäntöön sisältyy säännöksiä, joissa näyttökynnystä on joko alennettu tai ankaroitettu normaalinäyttökynnykseen verrattuna.⁴⁷² Saksan oikeuskirjallisuuden vallitsevana kantana (”*herrschende Meinung*”) pidetään, että näyttökynnyksen ylittyminen edellyttää tuomarin henkilökohtaista vakuuttuneisuutta siitä, että todistusteemaväite

⁴⁶⁸ *Halila 1955*, s. 14–15.

⁴⁶⁹ *Halila 1955*, s. 67.

⁴⁷⁰ Esimerkiksi *Jouko Halila (1950, s. 21)* viittaaakin saksalaisen tutkimuksen (*Friedrich Stein*) näkemyksiin käsitellessään täyden näytön vaatimusta.

⁴⁷¹ ”*Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urteil sind die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind.*”

⁴⁷² Esimerkiksi OK 17:6:ää muistuttavassa ZPO 287:ssä näyttökynnystä alennetaan vahingon määrän arviointikysymyksissä; myös esimerkiksi väliaikaisen turvaamistoimen hyväksymisen (ZPO 294) edellyttää, että kantaja tekee väitteensä ”uskottavaksi” (”*Glaubhaftmachung*”).

on totta. Subjektiivisessa katsannossa näyttökynnyksen ylittyminen edellyttää näyttöä, jolla saavutetaan ”varmuutta lähenevä todennäköisyys”.⁴⁷³

5.3 TÄYDEN NÄYTÖN MÄÄRITELMÄN KRITIIKKI

Nykyään täyden näytön määritelmään suhtaudutaan pääosin kielteisesti. Sitä pidetään ”epäteoreettisena”, eikä siitä katsota olevan tuomioistuinten näytön arvioinnin apuvälineeksi.⁴⁷⁴ Täyden näytön määritelmään kohdistettu kritiikki perustuu täyden näytön vaatimuksen epätarkoituksenmukaisuuteen tuomioistuimen ratkaisuheuristiikan apuvälineenä samoin kuin siihen, että määritelmäs-
tä ei ole apua tuomioiden perustelemissa. Täyden näytön määritelmän katso-
taan jättävän näyttökynnyksen ylittymisen tuomioistuimen vapaaseen harkin-
taan, ja siitä voi olla ratkaisutoiminnassa jopa suoranaista haittaa.

Jyrki Virolaisen mukaan täyden näytön vaatimus hankaloittaa näytön ar-
viointiin liittyvien tekijöiden ymmärtämistä, sillä täydellä näytölläkin tarkoite-
taan todennäköisyysnäyttöä.⁴⁷⁵ *Olavi Heinosen* mukaan määritelmä jopa johtaa
kysymään, ”voidaanko totena pitää sellaista, mikä on vain todennäköistä”.
Vaikka väärät langettavat tuomiot rikosprosessissa johtuvat Heinosen mukaan
suurelta osin siitä, että tuomari edellyttää syyksilukemista tukevalta näytöltä
vain todennäköisyyttä, täydellisen varmuuden saaminen jonkin väitteen paik-
kansapitävyydestä on yhtä vaikeaa kuin tulevaisuuden ennustaminen täydelli-
sellä varmuudella.⁴⁷⁶ *Juha Lappalaisen* mukaan täyden näytön käsitteestä on
nykyään luovuttu; toimeen tullaan puhumalla vain ”riittävästä” näytöstä.⁴⁷⁷ Ai-
noana nykyprosessualistina täyden näytön vaatimusta on havaitakseni puolusta-
nut, tosin vain rikosprosessissa, *Antti Jokela*, jonka mukaan pääsääntöisesti ai-
noastaan täysi näyttö käy riittävästä näytöstä. Täyden näytön Jokela määrittelee
olennaisesti samalla tavalla kuin Tirkkonen.⁴⁷⁸

Oikeuskirjallisuudessa esitetty kritiikki on esitetty nykyihmisen näkökul-
masta ja nykyisiä oloja silmällä pitäen – siksi kritiikki ei tee oikeutta 1800-lu-
vun prosessioikeustutkijoiden näkemyksille. *Heikki Pihlajamäki* painottaa ai-
kaperspektiivin tärkeyttä tutkittaessa 1800-luvun lopulla vaikuttaneiden pros-
sessualistien tutkimuksia ja kehottaa muistamaan, että nämä pyrkivät selvittä-

⁴⁷³ Ks. *Musielak FS Kegel*, s. 453. Ks. tästä *subjektiivisesta näyttökynnysteoriasta* myös *Maassen 1975*, s. 23–31.

⁴⁷⁴ Klami ja hänen tutkijaryhmänsä voivat ”vain ihmetellä, mikä on se korkeamman asteen to-
dennäköisyys, joka saa rehellisen ja huolellisen henkilön vakuuttuneeksi siitä, että jokin seikka
on tosi” (*Klami 1995a*, s. 44, 69).

⁴⁷⁵ *Virolainen LM 1986*, s. 907. Ks. kuitenkin KKO 1984-II-71, jossa Virolainen ylimääräise-
nä oikeusneuvoksena käyttää mainittua käsitettä eriävässä mielipiteessään.

⁴⁷⁶ *Heinonen LM 1980*, s. 325–327.

⁴⁷⁷ *Lappalainen JJ Peltonen*, s. 187, alaviite 14.

⁴⁷⁸ *Jokela III*, s. 147.

mään oman aikansa oikeustilaa ja vaikuttamaan siihen.⁴⁷⁹ On syytä muistaa, että täyden näytön määritelmää ei alkujaan kehitetty todistusharkinnan kysymysten ratkaisemiseksi, vaan se viittasi vain ratkaisijan subjektiiviseen mielen-tilaan. Siksi sen arvosteleminen todistusharkinnan suorittamisen kannalta hyödyttömäksi on kuin sahan parjaamista siitä, että se ei sovellu naulojen lyömiseen.⁴⁸⁰

Suomen vanhemmassa prosessioikeustutkimuksessa tuomioistuinten todistusharkinnan tueksi ei pyritty kehittämään minkäänlaista todistusharkintamene-temää, eikä todistusharkinnan kysymyksiä käsitelty juuri lainkaan vanhemmassa prosessioikeustutkimuksessa.

Eräitä erityiskysymyksiä käsiteltiin kuitenkin artikkeleissa. Mainita voidaan mm. seuraavat kirjoitukset: *Bruno A. Salmiala*: Todistajain luotettavuudesta moottoriajoneuvoliikenneasioissa (DL 1957), *Tauno Tirkkonen*: Asianosai-sen kuulustelusta todistuskeinona (LM 1950) ja Asianosaisen kuulustelusta totuusvakuutuksen nojalla (LM 1954), *Tauno Ellilä*: Totuusvelvollisuudesta poliisikuulustelussa (Valvoja-lehti 1949), *Jorma S. Aalto*: Asianosaisen käyt-täytymisestä todisteena (LM 1967), *Paavo Alkio*: Todistajan luotettavuuden toteamisesta (LM 1964), *Valto Riekkinen*: Todistajan uskottavuudesta (LM 1960), *Margit Saarni-Rytkölä*: Todistajankertomusten arvioinnista (LM 1966), *Kaarlo L. Ståhlberg*: Asianomistajasta todistajana (DL 1961).

Todistuslainsäädännön uudistusta koskevassa lainvalmisteluaineistossakaan (HE 137/1945 vp) todistusharkinnan suorittamistavoista ja asianmukaiselle to-distusharkinnalle asetetuista vaatimuksista ei lausuta mitään. Suomen ja Ruot-sin lainvalmisteluaineistojen ero on melkoinen, sillä Ruotsin prosessilainsää-däntöuudistuksen valmisteluaineistossa todistusharkinnan kysymyksiä on käsi-telty yksityiskohtaisesti.⁴⁸¹ Ruotsin lainvalmisteluaineistosta ilmenee, että mie-livallan pelko, jolla aikanaan perusteltiin legaalista todistusteoriaa, johti asetta-maan tuomioistuimille lainvalmisteluaineistossa useita todistusharkintaa kos-kevia vaatimuksia.⁴⁸²

Ruotsin lainvalmisteluaineistossa korostetaan, että vapaan todistusharkinnan periaate ei saa merkitä, että tuomioistuin perustaisi tuomion subjektiivisiin nä-kemyksiin eri todisteiden arvosta. Tuomioistuimen pitää arvioida jokaisesta ve-dotusta oikeustosisesta esitetty näyttö kriittisesti ja ilman ennakkokäsityk-siä. Tuomiota ei saa perustaa todistusaineistosta saatavaan kokonaisvaikutel-maan. Lainvalmisteluaineistossa tuomioistuimille asetetaan seikkaperäinen pe-

⁴⁷⁹ *Pihlajamäki LM 1994*, s. 618.

⁴⁸⁰ Ilmaus pienin muutoksin *Markku Helinin (JJ Kartio)*, s. 26).

⁴⁸¹ Ks. SOU 1926:32, s. 255, SOU 1938:44, s. 377. Ks. näistä vaatimuksista myös *Lindell 1987*, s. 103–104.

⁴⁸² Ks. legaalisen todistusteorian perusteleminen lainkäyttäjän mielivallan pelolla erit. *Salmiala JJ Kivimäki*, s. 276–277.

rusteluvellisuus. Tuomioistuin velvoitetaan myös rajoittumaan vain lainmukaiseen oikeudenkäyntiaineistoon, pl. sellaiset (notoriset) seikat, joiden voidaan katsoa kuuluvan ”yleiseen koulutukseen” ja ”normaaliin elämäntapaan”.⁴⁸³ Nämä lainvalmisteluaineiston lausumat ovat hyväksyttävissä edelleen.

Täyden näytön määritelmä kehitettiin aikana, jolloin vapaan todistusharkinnan periaate murtautui läpi oikeuskäytännössä, ja määritelmän ydinajatuksella sellaisina, kuin ne vanhemman polven prosessioikeustutkijoiden tuotannosta ilmenevät, ovat peräisin tuolta ajalta. Myös määritelmän ympäripyöreys, jota myöhempi tutkijapolvi kritisoi, selittyy näillä seikoilla. Erityisten todistusharkintamenetelmien kehittäminen ei kuitenkaan ollut 1800-luvulla tarkoituksenmukainen tavoite, vaan todistusharkinnan ohjaaminen uusin normein samalla, kun siirryttiin noudattamaan vapaan todistusharkinnan periaatetta, olisi ollut jopa nurinkurista.⁴⁸⁴

Täyden näytön määritelmä on aikanaan ilmentänyt pyrkimystä todistusharkinnan objektivisoimiseen – ja sellaisena sillä lienee ollut käyttöä ainakin ennen varsinaisten todistusharkintamenetelmien kehittämistä. Täyden näytön määritelmä muistuttaa vahingonkorvausoikeudellisessa tuottamusarvioinnissa hyödynnettyä *bonus pater familias* -standardia, joka velvoittaa arvioimaan, miten normaalilla tavalla huolellinen henkilö, ”huolellinen perheenisä”, olisi ratkaistavana olevassa tilanteessa toiminut. Tuomioistuimen pitää verrata toteutunutta käyttäytymistä tuohon toimintaan, ja jos huolellinen mies olisi toiminut toisin – kuten luultavasti olisi, koska huolelliset miehet eivät tapaa aiheuttaa vahinkoja –, menettely on tuottamuksellista.⁴⁸⁵

Bonus pater familias -standardiakin arvostellaan siitä, että se jättää avoimiksi juuri ne kysymykset, joihin sen avulla tulisi vastata. Mittapuuta pidetään ”tuomioistuimen subjektiivisena kuvitelmana siitä, miten tuomioistuimen jäsenet toimisivat parhaimpina hetkinään”.⁴⁸⁶ Määritelmällä lienee ollut doktriinissa merkitystä tuottamusarvioinnissa tarkempien kriteerien kehittämiseen asti, mutta oikeuskäytännössä määritelmän merkitys lienee ollut vähäinen.⁴⁸⁷

Vaikka doktriinissa täyden näytön määritelmästä katsotaan luovutun, täyden näytön vaatimus on esiintynyt joitakin kertoja KKO:n julkaistussa oikeus-

⁴⁸³ Processnämnden, s. 67–68.

⁴⁸⁴ Ks. esim. *Kallenberg II*, s. 530–532 ja *Wrede 1910*, s. 9. Eri asia toki on, että Suomen todistuslainsäädännön uudistuksen tultua voimaan vapaan todistusharkinnan periaatetta oli oikeuskäytännössä noudatettu jo pitkän aikaa – mikään ei olisi estänyt Suomen prosessioikeustutkijoita selvittämään todistusharkinnan kysymyksiä samalla tavalla kuin Ruotsissa ja Norjassa 1940-luvulta alkaen tehtiin.

⁴⁸⁵ Ks. *bonus pater familias* -standardista esim. *Viljanen LM 2005*, s. 429–433.

⁴⁸⁶ Standardin rikosoikeudellisesta kritiikistä ks. *Nuutila 1996*, s. 334–336.

⁴⁸⁷ *Mika Viljasen* mukaan määritelmä hävisi käytöstä jo 1930- ja 1940-luvuilla, eikä sitä 1970-luvulta lukien ole sovellettu lainkaan (*Viljanen LM 2005*, s. 430).

käytännössä.⁴⁸⁸ Täyden näytön vaatimus mainitaan myös keinotekoisen varallisuusjärjestelyn sivuuttamissäännöksen (entinen UL 4:14.2, nykyinen UK 14:14.2) lainvalmisteluaineistossa. Säännöksen sanamuodon mukaan ”ulosmittausta ei kuitenkaan saa toimittaa, jos järjestelyssä mukana oleva sivullinen saattaa todennäköiseksi, että ulosmittaus loukkaa hänen todellista oikeuttaan”. Lainvalmisteluaineistossa todetaan nimenomaisesti, että ”ulosottomenettelyssä sivulliselta ei voida vaatia täyttä näyttöä oikeuksiensa loukkaamisesta, vaan jo todennäköisyysnäyttö estäisi ulosmittauksen”.⁴⁸⁹ Laajennettua hyödyn menettämistä koskevan lainkohdan (RL 10:3.2) lainvalmisteluaineistossakin todetaan näyttökynnysilmauksen ”syytä olettaa” merkitsevän sitä, että omaisuuden alkuperästä ei tarvitse esittää ”täyttä näyttöä”.⁴⁹⁰ Tutkimuksessa kysymystä tarkastellaan vielä jäljempänä.

⁴⁸⁸ Ks. KKO 1980-II-2, KKO 1983-II-5, KKO 1984-II-71 (vähemmistöön jäänyt ylim. oikeusneuvos Virolaisen lausuma), KKO 1985-II-132 ja KKO 1996:155,

⁴⁸⁹ HE 275/1998, s. 8. Ks. näytön arvioinnista keinotekoisuusedellytystä harkittaessa *Lindfors 2008*, s. 368 ss.

⁴⁹⁰ HE 80/2000, s. 25. Ks. näytön arvioinnista laajennetun hyödyn menettämistä harkittaessa *Rautio 2006*, s. 171–179 ja *Viljanen 2007*, s. 198–213.

6 Todennäköisyysmalli

6.1 JOHDATUS AIHEESEEN

Vaikka edellä käsitelty täyden näytön vaatimus on aikanaan ollut hyväksyttävä standardi, voidaan kuitenkin todeta, että nykyajan vaatimuksiin nähden se on vaillinainen. Tuomioistuimet eivät sen avulla voi jäsentää oikeudenkäyntiaineistoa eri elementteihin. Täyden näytön vaatimus viittaa vain ratkaisijan subjektiiviseen tilaan, eikä sen avulla voida päätellä sitäkään, miten tuomioistuinten tulisi punnita pää- ja vastanäyttöä. Siitä ei ole apua näytön arvioinnin ongelmien heuristisessa jäsentämisessä tai tuomioiden perustelemisessa. Näyttöratkaisun objektiivisuuden kontrolli jää tosiasiaa tuomarin oman harkinnan varaan, vaikka näytön arvioinnissa vertailukohtana ”muita huolellisia ja järkeviä henkilöitä” pidettäisiinkin. Kuten *Jaakko Jonkka* toteaa, mittapuuna käytetty ideaalihenkilö on ratkaisijan luoma, eikä voi sellaisena olla luojaansa ”järkevempi ja tunnollisempi”.⁴⁹¹ Lisäksi voidaan todeta, että eri henkilöt tulevat vakuuttuneiksi eri perusteilla. Kriteerin käyttäminen hankaloittaa ratkaisujen jälkikäteiskontrolloitavuutta.⁴⁹²

Näyttökynnys voi vakuuttumisvaatimuksen vuoksi myös nousta epätarkoituksenmukaisen korkeaksi, vaikka tämä ei olisi ollut määritelmän kehittäjien tarkoitus. Tuomioistuin voi vain harvoin ”vakuuttua” siitä, että jokin väite on ”totta”. Tuomioistuimella ei ole pääsyä aleettiselle tasolle (”totuuteen”); sama asia on tavattu ilmaista niin, että tuomioistuin ei koskaan saavuta ”aineellista” totuutta. ”Totuus” tapahtumainkulusta on jossakin muualla kuin tuomioistuimessa: vaikka tuomioistuin voisi tehdä todistusaineiston perusteella hyvinkin todennäköisinä pitämiään päätelmiä oikeudenkäyntiin johtaneesta tapahtumainkulusta, kysymys on kuitenkin aina vain ”todennäköisyydestä”.

”Totuuden” sijasta tuomioistuimet ovatkin, kuten todettua, tekemisissä ”todennäköisyyksien” kanssa. Ruotsin ja Norjan prosessioikeustutkimuksessa todistusharkinnan kysymykset nousivat pian tärkeään asemaan, ja niitä jäsennettiin juuri ”todennäköisyyksinä”. Ruotsin prosessioikeustutkimuksessa *Per Olof Ekelöf* esitteli ensimmäisen kerran vuonna 1948 julkaisemassaan siviiliprosessioikeuden yleisesityksessä loogis-matemaattisen tavan tarkastella todistusharkinnan kysymyksiä.⁴⁹³

⁴⁹¹ *Jonkka 1992*, s. 100.

⁴⁹² *Jonkka 1992*, s. 99.

⁴⁹³ *Ekelöf CP II*, s. 348 ss.

Nämä kaavat merkitsivät yritystä erilaisten todistuskeinojen sisältämän informaation näyttöarvon objektiiviseen määrittämiseen. Norjassa todistusharkinnan kysymyksiä frekvensseinä oli ehtinyt ennen Ekelöfiä tarkastella *Torstein Eckhoff*. Keskusteluun liittyivät sittemmin juristikunnasta myös *Per Olof Bolding* ja *Anders Stening*; lisäksi frekvenssiteorioiden, joiksi (Steningin ja Ekelöfin edustamaa) todistusarvometodia ja (Boldingin ja Eckhoffin edustamaa) teemametodia nimitetään, kehittämiseen osallistui myös tilastotieteilijöitä ja filosofejä.

Näytön arvioinnissa kysymys on, kirjoittaa *Per Olof Ekelöf*, lauseiden välisistä suhteista.⁴⁹⁴ Todistusteemat ovat hypoteeseja, joiden oikeellisuutta tuomioistuimien selvittää, eikä todistusharkinta kohdistu näihin seikkoihin, vaan siinä määritellään, miten todennäköisenä todistusteemaa voidaan todistusaineiston perusteella pitää. Tuomioistuimen, joka väitteiden totuudenmukaisuutta arvioi, jossaan rajoittuu todistusaineistoon, varmuus todistusteeman vastaavuudesta menneisyyden tapahtumainkulun kanssa voi olla eriasteinen.⁴⁹⁵ Ekelöfin mukaan merkittävä asema näytön arvioinnissa on paitsi todistusaineiston näyttöarvoa määrittävillä kaavoilla, myös lainsäädännön näyttökynnyksilmauksilla, joihin saavutettua todennäköisyyttä verrataan. Tämä ajatus havaitaan myös teemamethodissa.

Nimitän ”todennäköisyysmalliksi” sellaista käsitystä tuomioistuimen näyttöratkaisusta, jonka mukaan näyttökynnys on oikeustosisekkäväitettä koskeva abstraktinen todennäköisyysvaatimus, johon tuomarin tulee konkreettista todennäköisyysarvoa verrata.⁴⁹⁶ ”Todennäköisyysmallin” mukaan tuomioistuin tekee todistusaineistosta päätelmiä, joiden näyttöarvo perustuu kyseisenlaisia tyyppitilanteita koskeviin, numeerisina frekvensseinä ilmaistaviin todennäköisyyksiin; lisäksi todistusharkinnassa voidaan tukeutua erilaisten tyyppitilanteiden ratkaisemisessa matemaattisiin kaavoihin.

”Todennäköisyysmallia” todistusharkinnan kysymysten jäsentämistapana ei pidä käsittää yhtenäiseksi koulukunnaksi, vaan todennäköisyysmallin sisällä voidaan, kuten todettua, erottaa todistusarvometodi ja todistusteemamethodi, joiden kannattajien perusnäkemykset eräistä kysymyksistä eroavat toisistaan. Näitä näkemyseroja voidaan selittää sillä, että tutkijoiden näkemykset siviiliprosessin pääfunktioista eroavat toisistaan. Ennen tämän väitteen konkretisoinnista tutkimuksessa tarkastellaan yleispiirteisesti siviiliprosessin funktioista oikeuskirjallisuudessa esitettyjä näkemyksiä.

⁴⁹⁴ Ekelöf SSL 1964, s.

⁴⁹⁵ Jonkka 1991, s. 16.

⁴⁹⁶ Kolflaath JV 2004, s. 282.

6.2 SIVIILIPROSESSIN FUNKTIOT JA TODISTUSHARKINTAMENETELMÄT

Siviiliprosessioikeustutkimuksessa funktion käsitettä käytetään vaihtelevassa merkityksessä, mutta kirjoittajat eivät yleensä viittaa funktiolla sosiologian tavoin siihen, millaisia empiirisesti todennettavia ilmi- tai piilofunktioita siviiliprosessilla on.⁴⁹⁷ Skandinaavisessa siviiliprosessioikeustutkimuksessa ”funktioilla” lienee *Tatu Leppäsen* mukaan useimmiten tarkoitettu ”jonkinlaisia normatiivisia, prosessi-ideologisia metateorioita siitä, mikä on koko siviiliprosessin tehtävä yhteiskunnassa”.⁴⁹⁸ Tällaisessa merkityksessä ”funktioista” kirjoittaa ennen muuta *Per Olof Ekelöf*, joka tosin itse määrittelee tarkoittavansa lainkäytön funktiolla ”sen merkitystä tärkeille inhimillisille tarpeille”.⁴⁹⁹

Siviiliprosessin ”funktioista” kirjoittamisen sijasta tarkoituksenmukaisempaa olisi kirjoittaa yksinkertaisesti siviiliprosessin tehtävästä, jolloin tarkoitettaisiin sitä, millaisia yhteiskunnallisia tavoitteita siviiliprosessi palvelee. Se, miten tällaista näkemystä voitaisiin oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa hyödyntää, on toinen kysymys. Tässä tutkimuksessa siviiliprosessin tehtävällä ymmärretään *Leppäsen* tavoin tarkoitettavan metateoriaa siviiliprosessin yhteiskunnallisesta tehtävästä, jolla on, tai väitetään olevan, merkitystä prosessinormien tulkinnassa.

Kaijus Ervastian mukaan tuomioistuinten lainkäytön funktioita voidaan tarkastella neljällä tasolla käyttäen luokitteluperusteina 1) funktion yleisyys- ja abstraktiotasoa, 2) funktioiden liittymistä erilaisiin yhteiskunnallisiin käytäntöihin, 3) funktioiden liittymistä erilaisiin yhteiskunnallisiin ja tieteellisiin diskursseihin ja 4) funktioiden suhdetta yhteiskunnalliseen vallankäyttöön.⁵⁰⁰ Ervasti erottelee nämä tasot vielä kansalaisyhteiskunnan, tuomioistuimen, oikeuden, politiikan ja yhteiskunnan tasolla.⁵⁰¹ Ervastian tekemä erotelu osoittaa, miten moniulotteisesta asiasta kysymys oikeastaan onkaan.

Oikeuskirjallisuudessa siviiliprosessilla katsotaan olevan kolme perustehtävää: 1) oikeussuojan antaminen, 2) käyttäytymisen ohjaaminen ja 3) konfliktien ratkaiseminen. Oikeuskirjallisuudessa on esitetty myös välittäviä kantoja, joiden mukaan siviiliprosessilla on kaksoisfunktio. Eräiden tutkijoiden mukaan siviiliprosessi toteuttaa sekä käyttäytymisen ohjaamistehtävää että oikeussuoja- tai konfliktinratkaisutehtävää.⁵⁰² Oikeussuojan antamista korostivat erityisesti van-

⁴⁹⁷ *Leppänen* 1998, s. 32–33. Ks. funktioista sosiologiassa *Ervasti LM 2002*, s. 49–50.

⁴⁹⁸ Näin *Leppänen* 1998, s. 32.

⁴⁹⁹ *Ekelöf – Edelstam I*, s. 13.

⁵⁰⁰ *Ervasti LM 2002*, s. 52.

⁵⁰¹ *Ervasti LM 2002*, s. 52.

⁵⁰² Suomessa oikeussuoja- ja ohjaustehtäviä kannattavat *Virolainen* (1995, s. 86) ja *Lappalainen* (*SP I*, s. 5); Ruotsissa *Per Henrik Lindblom* (2000, s. 57) katsoo, että siviiliprosessin tärkein

hemman polven kirjoittajat; eräät nykyisetkin tutkijat pitävät oikeussuojan antamista siviiliprosessin tehtävänä.⁵⁰³ Todistusharkintamenetelmistä todistusarvometodi liittyy käyttäytymistä ohjaavaan funktioon ja teemametodi konfliktinratkaisufunktioon.

Lisäksi siviiliprosessilla on kaksi rikosprosessin kanssa yhteistä tehtävää, joita ovat oikeutta luova funktio ja kontrollifunktio.⁵⁰⁴ Oikeutta luovalla funktiolla tarkoitetaan, että tuomioistuimille on lainsäädäntöön sisällytetyillä jous-tavilla ja arvostuksenvaraisilla yleislausekkeilla annettu valta luoda uutta oi-keutta; kontrollifunktiolla viitataan tuomioistuimen velvollisuuteen kontrolloi-da PeL 106:n nojalla sitä, että lain säännös ei ratkaistavana olevassa yksittäista-pauksessa johda tulokseen, joka olisi ”ilmeisessä ristiriidassa” perustuslain kanssa. Siihen, mitä merkitystä funktioilla tuomioistuimen ratkaisutoiminnan kannalta on, palataan tutkimuksessa jäljempänä.

6.3 OHJAUSTEORIA JA SKANDINAAVINEN REALISMI

Nimitän ohjausteoriaksi skandinaavisen prosessioikeustutkimuksen koulukun-taa, jonka kannattajien mukaan siviiliprosessissa annettujen tuomioiden tavoit-teena on mahdollistaa aineellisoikeudellisten normien tavoitteiden yhteiskun-nallinen vaikuttavuus kansalaisten käyttäytymisen ohjaamisen kautta. Siviili-prosessin tulee vaikuttaa preventiivisesti eli turvata sitä, että kansalaiset täyttäi-sivät velvoitteensa vapaaehtoisesti. Ohjausteoriaa nimitetään siviiliprosessin käyttäytymisen ohjaamisfunktioiksi; koska siviiliprosessin tehtävää koskevat näkemykset välittyvät selvästi näytön arvioinnin systemaattisiin perusratkai-suihin, oikeampaa lienee kirjoittaa teoriasta.

Ohjausteorian tieteenteoreettiset juuret ovat skandinaavisen realismin nimel-lä tunnetussa koulukunnassa, joka kehitettiin alun perin filosofian piirissä, mut-ta jonka vaikutus tuntui etenkin 1930-luvulla koko ruotsalaisen korkeakulttuu-rin ilmastossa, oikeustieteellisessä tutkimuksessakin; prosessioikeustutkijoista suuntauksen välittömässä vaikutuspiirissä olivat *Karl Olivecrona* ja *Per Olof Ekelöf*. Ohjausteorian muita kannattajia ovat ainakin *Lars Welamson* ja *Robert Boman*.⁵⁰⁵

tehtävä on mahdollistaa aineellisoikeudellisten säännösten tavoitteiden yhteiskunnallinen läpäi-sykyky, mutta tämä tehtävä ei välttämättä sulje pois reparaatiota ja preventiota.

⁵⁰³ Ks. näistä yhteenvedonomaaisesti *Virolainen 2007a*, s. 61–65.

⁵⁰⁴ Ks. niistä *Virolainen 2007a*, s. 77–80 viitteineen.

⁵⁰⁵ Skandinaavisen realismin tieteenkuvaa on tutkinut mielenkiintoisella ja ansiokkaalla ta-valla Markku Helin väitöskirjassaan *Lainoppi ja metafysiikka (1988)*. Ks. skandinaavisen oi-keusrealismin filosofisesta taustasta sekä suuntauksen edustaman tieteenkuvan pääpiirteistä koo-tusti *Helin 1988*, s. 1–45. Markku Helinin mukaan skandinaavisia realisteja oikeustieteellisessä

Skandinaavisen realismin tieteenkuva, joka osaltaan määrittä myös skandinaavisten realistien suhtautumista oikeuteen ja oikeudellisiin ilmiöihin, on tiivistetty seuraavanlaiseksi: ”1) on olemassa objektiivinen, havainnoista riippumaton todellisuus, 2) todellisuus muodostaa ykseyden, ja on luonteeltaan ajallisaikallinen kokemusmaailma, 3) kokemusmaailma on sellainen kuin havainnot osoittavat, 4) saamme tietoa todellisuudesta havaintojen avulla, 5) arvot eivät kuulu (objektiiviseen) todellisuuteen, 6) lauseen kielipillinen (syntaktinen) muoto ei aina vastaa lauseen merkitystä, 7) lauseen merkitys on lauseen ”takana” olevan mentaalisen aktin sisältö, 8) tieteen tehtävänä on esittää kokemusmaailmaa koskevia, paikkansapitäviä arvostelmia”.⁵⁰⁶

Skandinaavinen realismi liittyy ajallis-ideologisesti ruotsalaisen hyvinvointivaltion syntyyn. *Markku Helinin* mukaan voidaan sanoa, vaikka skandinaavisen realismin yhteyksiä yleismaailmallisiin virtauksiin ei juuri ole tutkittu, että suuntaus ilmensi länsimailmalle yhteistä elämäntunnetta, joka oli vallalla 1920-luvulla. Siihen kuuluivat usko järkeen, tieteeseen ja tekniikkaan sekä ajatus, että ihmiskunta oli vuosituhantisen pimeyden jälkeen päässyt vaiheeseen, jolloin sen kehitystä uskonnon, myyttien ja vaistojen asemasta ohjaa tietoinen, rationaalinen suunnittelu.⁵⁰⁷ Usko oikeuden avulla tapahtuvaan ohjaamiseen näkyy skandinaavisen realismin kannattajien kirjoituksissa, joissa oikeus näyttäytyy sosiaalisena insinööritaitona. Erityisen selvästi ohjausajatus ilmenee Ekelöfin oikeusajattelussa, mutta se on havaittavissa myös Olivecronan tutkimuksessa. Tämä keskeisajatus näkyy myös – ja ennen muuta – siinä, miten Ekelöf ja Olivecrona kirjoittavat näytön arvioinnista.

6.3.1 Karl Olivecronan todistustaakkaoppi

Karl Olivecronaa luonnehditaan tutkijaksi, joka kenties parhaiten koulukunnan juristijäsenistä tunsi suuntauksen perustajana pidetyn filosofi *Axel Hägerströmin* ajatukset ja systemaattisemmin kuin kukaan muu rakensi tutkimuksensa niiden varaan.⁵⁰⁸ Olivecrona hyväksyi Hägerströmin ontologian, arvoteorian ja tämän oikeusteorian kriittiset lähtökohdat.⁵⁰⁹ Oikeussäännöt eivät olleet kenenkään käskyjä tai tahdonilmauksia, vaan velvoittavia ja sitovia sääntöjä. Koska

tutkimuksessa edustivat paitsi Olivecrona ja Ekelöf, myös Alf Ross, Vilhelm Lundstedt; vaikutteita skandinaavisesta realismista saivat myös Östen Unden, Knut Rodhe, Folke Schmidt, Åke Malmström, Knud Illum sekä Henry Ussing; ks. *Helin* 1988, s. 5–7.

⁵⁰⁶ *Helin* 1988, s. 44–46.

⁵⁰⁷ *Helin* 1988, s. 7.

⁵⁰⁸ *Helin* 1988, s. 89. Ks. Olivecronan ajatuksista myös *Lagerspetz* 2009, s. 11–34, jossa ei tosin tarkastella todistus-oikeudellisia kysymyksiä.

⁵⁰⁹ Ks. Hägerströmin ontologiaa koskevista näkemyksistä *Helin* 1988, s. 30–34 ja arvoteoriasta sama, s. 34–44.

kokemusmaailmaan ei kuulunut sellaisia predikaatteja kuin ”sitovuus” ja ”velvoittavuus”, oikeustieteen tutkimuskohde oli maailman ja tieteen mahdollisuuksien ulkopuolella.⁵¹⁰ Oikeustieteen konkurssitila ei kiinnostanut filosofi Hägerströmiä siinä määrin kuin Olivecronaa, jota on oikeusteoreetikkonakin luonnehdittu ensi kädessä lainoppineeksi. Olivecrona pyrki luomaan oikeustieteelle reaalisena olemassa olevan kohteen, jotta lainopissa olisi vältetty kohteen metafyyysisestä tulkinnasta seuraavat virheet.⁵¹¹

Olivecronan teoreettiset sitoumukset ja pyrkimys lainopillisen tutkimuksen uudelleen muotoiluun skandinaavisen realismin kritiikin kestäväällä tavalla näkyy myös Olivecronan tutkimuksessa *Bevisskyldigheten och den materiella rätten* (1930).⁵¹² Teoksesta muodostui skandinaavisen todistusoikeustutkimuksen klassikko, joka vaikutti suuresti *Per Olof Ekelöfin* oikeusajatteluun. Olivecronan vaikutus näkyy erityisesti tavassa, jolla Ekelöf kirjoittaa todistustaakasta ja näyttökynnyksestä, mutta eräät perusajatukset heijastuvat myös todistusarvometodiin. Molempien tutkijoiden ajatteluun vaikutti paitsi Axel Hägerström, myös *Vilhelm Lundstedt*. Olivecronan todistusoikeudellisten lähtökohtien omaksuminen selittää myös, miksi Ekelöf ja oppilaansa Boman suhtautuivat näyttöenemmyysperiaatteeseen hyvin kielteisesti.

Karl Olivecrona käsittelee tutkimuksessaan yksinomaan todistustaakkaoppia, ja hänen ilmeinen tarkoituksensa on poistaa todistusoikeudesta ”fiktioita”, joita siihen oli historiallisten syiden vuoksi päässyt pesiytymään. Erityisen jyrkästi Olivecrona kritisoi arvostelmateorian nimellä tunnettua teoriaa, jonka mukaan oikeudet ja velvollisuudet ovat olemassa olevia realiteetteja, ja tuomioistuimen ratkaisu mielletään asianosaisten oikeussuhdetta koskevaksi, totuusarvoiseksi arvostelmaksi.⁵¹³ Ajatus tuomiosta oikeussuhdetta koskevana, totuusarvoisena arvostelmana on Olivecronan mukaan kestävä, koska tuomioistuin saattoi vain todeta tosiseikat sekä tietää jotakin oikeuslähteistä.

Tosiseikkojen vahvistamista rajoittavat oikeudenkäyntiaineisto ja tuomioistuimen kiireet. Jotta tuomiota voitaisiin pitää totuusarvoisena arvostelmana, ja jotta tuomioistuimet voisivat säilyttää arvovaltansa, prosessioikeudelliseen doktriiniin oli kehitettävä konstruktio, muodollisen totuuden periaate. Ajatus tuomiosta asianosaisten oikeuksia ja velvollisuuksia koskevana lausumana selittyy lähinnä historiallisilla ja psykologisilla syillä – ”oikeustajunta” (ruots. *rättsmedvetandet*) vaatii, että tuomio on oikeussuhdetta koskeva arvostelma. Muodollisen totuuden periaate on Olivecronalle kuitenkin esimerkki juridisesta fiktiosta, jollaisia oikeustieteen käsitearsenaalista tuli poistaa.⁵¹⁴

⁵¹⁰ Helin 1988, s. 90.

⁵¹¹ Helin 1988, s. 90.

⁵¹² Ks. myös Olivecrona 1929.

⁵¹³ Ks. arvostelmateorian kritiikistä myös Olivecrona 1943. Arvostelmateoriasta voidaan kuitenkin yksityiskohtiensa osalta erottaa erilaisia variaatioita (Kaisto LM 2005, s. 667).

⁵¹⁴ Olivecrona 1930, erit. s. 31–41, 143 ss.

Olivecrona polemisoi voimakkaasti myös vanhemmassa prosessioikeustutkimuksessa omaksuttua tapaa perustella todistustaakkanormeja ”aineellisen oikeuden” toteuttamisella. Aineellisen oikeuden toteuttaminen vanhemman prosessioikeustutkimuksen tarkoittamassa mielessä tarkoittaa syllogismimallin mukaista oikeudellista ratkaisua, jossa tuomioistuin soveltaa aineellista oikeutta todistelulla selvitettyyn tosiseikastoon.⁵¹⁵ Tällainen näkemys on Olivecronan mukaan virheellinen, sillä silloin, kun todistustaakkanormeja sovelletaan, tuomioistuimella ei nimenomaan ole tietoa, mikä olisi ”aineellisen oikeuden” mukainen ratkaisu. Tuomioistuinhän ei todistustaakkanormia soveltaessaan ole saanut selville, mitä on tapahtunut, vaan seikan katsotaan ”jääneen näyttämättä”.

Todistustaakkanormien soveltaminen saattaa johtaa oikeudettomien vaatimusten hyväksymiseen, mitä seikkaa Olivecronan tutkimusta edeltäneessä oikeuskirjallisuudessa (*Erland Tybjerg* ja *Odin Augdahl*) pidettiin merkittävänä argumenttina todistustaakan jaosta päätettäessä, samoin kuin sen turvaamista, että tuomiosta muodostuisi aineellisesti oikea. Vaikka Tybjergin ja Augdahlin tutkimuksissa on tiettyjä eroja, molemmat kirjoittajat pitävät todistustaakkaa lainkäytön ”välttämättömänä pahana”, johon turvautumisen tulisi olla poikkeuksellista.⁵¹⁶ Olivecrona piti todistustaakan jaon perustelemista ”aineellisen oikeuden” toteutumisella ja oikeudenmukaisuusnäkökohdilla kestävämmänä.⁵¹⁷ Oikeudenmukaisuusarvostelmat eivät kuulu objektiiviseen todellisuuteen, joten ne eivät voi toimia myöskään todistustaakan jaon perusteluina.

Olivecrona hylkää Tybjergin ja Augdahlin näkemykset tuomioistuinkeskeisemmän lähestymistavan hyväksi. Olivecronan mukaan ”oikeudet” ovat seurausta viranomaiskoneiston toiminnasta; nämä näkemykset muistuttavat *Vilhelm Lundstedtin* näkemyksiä oikeuksista suojattuina positioina.⁵¹⁸ Tuomio ei myöskään ole arvostelma, vaan tahdonilmaus, jolla pyritään tietyn seuraamuksen aikaansaamiseen. Oikeusnormit ovat tuomarille suunnattuja normeja, eivätkä ne sääntelevä kansalaisten ”oikeuksia” ja ”velvollisuuksia”. Näillä käsitteillä on Olivecronan mukaan vain pedagoginen merkitys, ja toimeen tultaisiin ilman niitäkin. Säännösten tulisi vain sisältää tiettyjä tilanteita koskevia käyttäytymismalleja, joihin ”oikeuksilla” ja ”velvollisuuksilla” operoiminen ei tuo mitään lisäarvoa.⁵¹⁹

⁵¹⁵ Olivecrona 1929, s. 2.

⁵¹⁶ Ks. tutkijoiden näkemysten eroista ja perusvirheistä *Olivecrona 1929* (Tybjergin teoksen kritiikistä) ja *Olivecrona SvJT 1930* (Augdahlin teoksen kritiikistä).

⁵¹⁷ Ks. *Olivecrona 1930*, erit. s. 153: ”Grundfelet i läran om bevisbördan ligger i förutsättningen att processens ändamål är den materiella rättens förverkligande. ”Rätten” tänkes vara systemet av rättigheter och skyldigheter och processen ett medel att bringa det faktiska tillståndet i överensstämmelse med vad ”rätten” kräver”. Ks. myös *Olivecrona 1929*, s. 2.

⁵¹⁸ Ks. Lundstedtin näkemyksistä *Helin 1988*, s. 192–199.

⁵¹⁹ *Olivecrona 1930*, s. 151.

Tuomarin pyrkiminen ”oikeaan ratkaisuun” tarkoittaa Olivecronan mukaan lähinnä vain, että tuomarin pitää pyrkiä selvittämään mahdollisimman hyvin jutun faktat ja oikeussäännökset. Myös asianosaisilla on vastuuta; todistustaakanormien merkitys kansalaisten kannalta perustuu siihen, että asianmukaisella toiminnalla, kuten sopimusasiakirjan laatimisella, kansalaiset parantavat mahdollisuuksiaan ”toteuttaa oikeutensa” eli turvautua täytäntöönpanokoneiston apuun. Vaikka asianosaiset olisivat siis tehneet aineellisoikeudellisten normien perusteella pätevän sopimuksen, sopimusperusteisista ”oikeuksista” puhuminen ilman näyttöä sopimuksesta on tyhjää puhetta.⁵²⁰

Karl Olivecronalla ontologiset kysymykset yhdistyvät todistustaakkaopissa ajatukseen yhteiskunnan instrumentaalisesta ohjaamisesta. Lainsäädäntö perustuu intresseille, ja ”aineellinen oikeus” on ideaalikuva siitä, mihin sääntelyllä pyritään.⁵²¹ Vaikka ratkaisusyllogismin kumpikaan premissi ei sisällä määräystä todistustaakasta, todistustaakkanormit ovat välttämättömiä. Niiden välttämättömyys perustuu siihen, että syllogisminmallin mukaan aineellisoikeudelliset normit kiinnittävät oikeusseuraamukset tosiasialliseen tapahtumainkulkuun. Koska tuomarin tulee rajoittua oikeudenkäyntiaineistoon, tapahtumainkulku voi jäädä epäselväksi.

Aineellisoikeudellisten normien abstraktien käyttäytymismallien ja oikeudenkäynnin tason välillä tarvitaan välittävinä tekijöinä todistustaakkanormeja, jotka mahdollistavat ratkaisupakosta suoriutumisen, kun tuomarilla ei ole käsitystä tosiseikastosta. Koska oikeusseuraamukset liittyvät aineellisoikeudellisen oikeusnormin tunnusmerkistöä vastaavaan tapahtumainkulkuun, tuomion antamisen ei pitäisi olla lainkaan mahdollista silloin, kun tuomioistuim ei tiedä, mitä väitetä sen tulisi uskoa. Tuomioistuinhän ei tiedä, onko esimerkiksi kantajalla todella ”oikeus” vaatimaansa seuraamukseen ja onko kanne siksi hyväksyttävä. Kuitenkaan tuomioistuim ei voi sulkea pois sitäkään, ettei kantajalla tällaista ”oikeutta” olisi.

Oikeussäännöt ovat Olivecronan mukaan käyttäytymissääntöjä, jotka aineellisoikeudelliset ja prosessioikeudelliset normit yhdessä muodostavat – näin Olivecrona katsoo ratkaisseensa todistustaakan ja aineellisen oikeuden välisen suhteen ongelman.⁵²² Ajatus todistustaakkanormeista aineellisoikeudellisia normeja ja yksittäisen oikeudenkäynnin tasoa välittävinä normeina esiintyy oikeuskirjallisuudessa ennen Olivecronan tutkimusta; kysymys ei ole sellaisesta uudistuksesta, kuin Olivecrona esittää.⁵²³

⁵²⁰ Olivecrona 1930, s. 155.

⁵²¹ Olivecrona 1930, s. 156.

⁵²² Olivecrona 1930, s. 158.

⁵²³ Kuten *Håkan Nial* (SvJT 1930, s. 355) toteaa, ”kukaan ei ole kiistänyt sitä, että aineellisoikeudelliset säännöt ja todistustaakkasäännöt pitää yhdistää. Kysymys on vain siitä, miten tämän yhdistämisen pitäisi tapahtua”.

Olivecrona avasi kuitenkin todistustaakatutkimukseen uuden näkökulman väittäessään, että todistustaakkanormien tulee toteuttaa aineellisoikeudellisen lainsäädännön tavoitteita, eikä metafysisiä oikeudenmukaisuusnäkökohtia. Tämä oli uusi tapa jäsentää todistustaakkaa koskevaa kysymyksenasettelua, sillä aikaisemmassa tutkimuksessa todistustaakan jakoa oli perusteltu ”aineellisen oikeuden toteuttamisella”, mikä Olivecronan mukaan tarkoitti lähinnä eettispe-rusteista vaatimusta siitä, että tuomiot vastaisivat tosiasiallista tapahtumainkul-kua.⁵²⁴ Lisäksi Olivecronan tutkimusta edeltävänä aikana tukeuduttiin myös konstruktivisen menetelmän mukaisiin todistustaakan jakoperiaatteisiin, joissa todistustaakan jako ratkaistiin lähinnä systemaattisten argumenttien mukaises-ti.

Olivecronan ohjelmalauseen mukaan todistustaakkanormien muodostami-
sessa pitää ottaa huomioon ”käytännöllisen oikeuselämän vaatimukset”.⁵²⁵
Tämä ei käy päinsä oikeuskirjallisuudessa luotujen teorioiden avulla, vaan oi-
keuskäytännön ratkaisumalleja seuraamalla. Olivecronan mukaan vain oikeus-
käytännössä luodut todistustaakkanormit täyttävät käytännöllisen oikeuselä-
män vaatimukset.⁵²⁶ Todistustaakkateorioiden kehittämistä tarkoituksenmukai-
sempana Olivecrona piti todistustaakan jakautumisen määrittämistä instituutio-
kohtaisesti.⁵²⁷

Olivecronan teos on kirjoitettu skandinaavisen realismin pioneiritöille omi-
naiseen, poleemiseen sävyyn: Olivecrona ei säästele sanojaan katsoessaan esi-
merkiksi, että aikaisemmassa tutkimuksessa keskustelua oli käyty ”irrationaa-
lisella tasolla”.⁵²⁸ Olivecrona oli vielä tuossa vaiheessa ainoa prosessioikeustut-
kija, joka edusti skandinaavisen realismin yleisestikin arveluttavina pidettäviä
sitoumuksia. Skandinaavisen realismin arvoteoriasta 1930-luvun alussa käy-
dyssä keskustelussa sen tulosten implikaatiot nähtiin pelottavina ja kulttuurivi-
hamielisinä. ”Arvonihilismin ” väitettiin jopa tuhoavan moraalin ja sille raken-
tuvan kulttuurin.⁵²⁹

Ottaen huomioon Olivecronan kärjistävän kirjoitustyylin sekä muiden tuon
ajan prosessioikeustutkijoiden skandinaavista realismia vieroksuvan asen-
teen, ei olekaan yllätys, että Olivecrona ei vuonna 1930 saanut hakemaansa
prosessioikeuden professuuria *Ernst Kallenbergin* jälkeen. Olivecronan tie-
dekunnalta ja viran täytössä käytetyiltä asiantuntijoilta osakseen saamaa
kohtelua on ”oikeustieteelliseksi tragediaksi” luonnehtinut Ekelöf.⁵³⁰ Oli-

⁵²⁴ *Olivecrona 1930*, s. 153.

⁵²⁵ *Olivecrona 1930*, s. 161.

⁵²⁶ Ks. *Olivecrona 1930*, s. 160–161.

⁵²⁷ *Olivecrona 1930*, s. 160.

⁵²⁸ *Olivecrona 1930*, s. 142.

⁵²⁹ *Helin 1988*, s. 42.

⁵³⁰ Ks. *Ekelöf FS Hessler*. Olivecrona sai professuurin joitakin vuosia myöhemmin, 1933, jol-
loin hän oli laatinut teoksen *Förfarandet vid exekutiv försäljning av fast egendom*.

vecronan teos muodostui juuri Ekelöfin vaikutuksen myötä pohjoismaisen todistustaakatutkimuksen klassikoksi, mutta tuotannossaan Olivecrona ei enää palannut todistelukysymysten yksityiskohtaiseen selvittämiseen, vaan omistautui yleisempien oikeusteoreettisten kysymysten sekä aineellisen oikeuden ja prosessioikeuden välisen suhteen tutkimiseen.⁵³¹

6.3.2 Per Olof Ekelöfin todistusoikeudellisesta ajattelusta

Olivecronan todistustaakkaoppia ja ajatusta yhteiskunnan ohjaamisesta oikeuden avulla kehitti edelleen *Per Olof Ekelöf*, jonka oikeusajattelu, mukaan lukien hänen näkemyksensä todistusoikeudesta, rakentuu voimakkaasti oikeussääntelyn tavoitteellisuuden varaan. Ekelöf kehitti jopa oman, radikaaliteleologiseksi nimitetyn laintulkintateoriansa, joka muodostaa Ekelöfin oikeusajattelun punaisen langan yhdessä yhteiskunnan ohjausajatuksen kanssa. Radikaaliteleologista metodologiaa on arvosteltu, mutta teorialla on kannattajansa.⁵³² Juuri Ekelöfiin liitetään tavallisesti ajatus, jonka mukaan siviiliprosessin ensisijainen tehtävä on aineellisoikeudellisten normien tavoitteiden yhteiskunnallisen läpilyöntikyvyn mahdollistaminen, ei asianosaisten hyvittäminen. Siviilituomioilla pyritään vaikuttamaan yhteiskunnalliseen mielipideilmastoon niin, että esimerkiksi velat maksettaisiin ajallaan. Siviiliprosessi toimiikin parhaiten silloin, kun sen ei tarvitse toimia lainkaan.

Todettakoon, että Ekelöfin todistusoikeudellisista näkemyksistä kirjoittaesani viittaan, jollei toisin ilmoiteta, Rättegång-oppikirjasarjan neljännen osan kuudenteen painokseen. Tähän on syynä se, että kirjan uusimmassa painoksessa (2009) teosta on muokattu olennaisesti *Robert Bomanin* toimittamasta kuudennesta painoksesta, joka perustui Ekelöfin omille ajatuksille. Seitsemännessä painoksessa näyttökynnyksen ja todistustaakan kysymyksiä, jotka ovat Ekelöfin todistusoikeudellisen teorian kulmakiviä, käsitellään tavalla, joka on identtinen toisen kirjoittajan, *Lars Heumanin* oman tutkimuksen *Bevisbörda och beviskrav i tvistemål* (2005) kanssa. Kuvaavaa on, että teoksen jaksossa (s. 96–102), jossa käsitellään Ekelöfille tyypillistä näytön arvioinnin tapaa, tätä ei mainita edes nimeltä.

⁵³¹ Ks. kuitenkin *Olivecrona 1966*, s. 47–57 todistustaakasta.

⁵³² Radikaaliteleologisessa tulkintametodissa erotetaan selvät tapaukset (*klara fall*) ja erityiset tapaukset (*säregna fall*). Ensin mainittuihin säännöstä sovelletaan suoraan sen sanamuodon perusteella; epäselvissä tapauksissa säännöksen soveltamisen tueksi tarvitaan teleologisia argumentteja. Ensin ratkaisijan on vahvistettava säännöksen tavoite selvissä tapauksissa, ja tämän jälkeen ratkaisijan on arvioitava, onko kyseisiä tavoitteita sovellettava myös epäselvissä tapauksissa. Ks. metodista Ekelöf – Edelstam I, s. 79–95. Jyrki Virolainen pitää radikaaliteleologista laintulkintateoriaa ainoana kattavana pohjoismaisessa prosessioikeustutkimuksessa kehitettynä laintulkintametodina (Virolainen LM 1999, s. 121) ja tunnustautuu toisessa yhteydessä (Virolainen LM 1991, s. 370) ”tuon metodin kannattajaksi ja puolestapuhujaksi”. Hannu Tapani Klami pitää radikaaliteleologista tulkintametodia ”teleologian, empirismin ja laillisuuden onnistuneena kombinaationa” (Klami LM 1995, s. 1068, alaviite 4; ks. myös Klami SvJT 1990).

Ohjausajatus ilmenee Olivecronan todistustaakkaopissakin, mutta Olivecrona ei tarkastele sitä, mihin ohjausvaikutus voisi perustua. Ekelöfille kysymys on tärkeämpi, ja hänen teoriassaan tärkeään asemaan nousee kansalaisen velvollisuudentunto. Ekelöfin mukaan ihminen on moraalinen silloin, kun hän kokee lain noudattamisen velvollisuudekseen, eikä noudata lakia sanktion pelossa.⁵³³ Tässä Ekelöfin ajattelu niveltyy selvästi skandinaavisen realismin teoriaan rangaistuksen moraalialuovasta ja vahvistavasta vaikutuksesta.

Tätä *Vilhelm Lundstedtin* kehittämää teoriaa luonnehditaan ”omintakeiseksi yhdistelmäksi aikansa sosiologiaa, psykologiaa ja moraalifilosofiaa”.⁵³⁴ Teorian filosofis-psykologisiin olettamuksiin kuuluvat ajatukset sisäisten velvollisuuselämysten asemasta käyttäytymisen ohjaajana ja moitteen pedagogis-suggestiivisesta vaikutuksesta yksilön arvoihin ja asenteisiin. Moraaliarvostelmien katsotaan olevan siirrettävissä ja luonteeltaan suggestiivisia: kun jotakuta moititaan riittävän monta kertaa teosta X, moitteen kohde oppii pitämään tekoa X moitittavana.

Kun tekoon liitetään yhteiskunnan moitetta ilmentävä rangaistus, teko saa vähitellen kielteisen moraalisen värityksen, ja sitä aletaan pitää paheksuttavana ja hylättävänä. Teon tekemistä ei vältetä teon itsensä, vaan siihen liittyvän paheksunnan vuoksi. Normien sisäistämisessä on kysymys normeihin ja tuomituihin rangaistuksiin sisältyvien paheksumisarvostelmien suggestiivisesta vaikutuksesta, eräänlaisesta moraalipropagandasta, joka johtaa sisäistämään normien ja tuomioiden edustamat arvot.⁵³⁵

Ohjausteorian kannattajat eivät tosin ole yksimielisiä siitä, mihin ohjausvaikutus perustuu. *Vilhelm Lundstedt* ja *Per Olof Ekelöf* *Axel Hägerströmin* oppilaina ja täysverisinä skandinaavisina realisteina uskovat lainkäytön moraalialuovaan vaikutukseen.⁵³⁶ *Robert Bomanin*, *Bertil Bengtssonin* ja *Leif Carbellin* materialistisemman ja kenties realistisemman näkemyksen mukaan ohjausvaikutus perustuu fyysiseen, psyykkiseen tai taloudelliseen pelotukseen. Esimerkiksi liiketoiminnallisesti on kannattavaa pidätyä toimenpiteistä, jotka aiheuttavat enemmän kustannuksia kuin hyötyä.⁵³⁷

Ohjausteoriassa käyttäytymisen ohjaamisessa tärkeän aseman saavat todistustaakkanormit.⁵³⁸ Todistustaakkanormit saavat asianomaiset varautumaan todiste-

⁵³³ Ks. esim. *Ekelöf FS Hellner*, s. 231.

⁵³⁴ *Lappi-Seppälä 2000*, s. 27.

⁵³⁵ *Lappi-Seppälä 2000*, s. 57.

⁵³⁶ Ekelöf pyrki jopa kehittämään sanktio-oikeudeksi kutsumaansa oikeudenalaa tutkimuksessaan *Straffet, skadeståndet och vitet* (1942), mutta luopui sittemmin aikomuksestaan. Ks. siitä *Ekelöf FS Hellner*, s. 232.

⁵³⁷ *Lindblom FS Strömholm*, s. 605. Bomaninkin mukaan Uppsala-koulun eli skandinaavisten realistien todistustaakkateoriaa voi kannattaa ilman heidän oikeusfilosofiansa omaksumista (*Boman FS Bengtsson*, s. 64). Ks. myös *Heuman 2005*, s. 142.

⁵³⁸ *Boman FS Bengtsson*, s. 64.

luun oikeudenkäynnin ulkopuolella, ja niiden selväpiirteisyys saa asianosaiset harkitsemaan menestymisensä mahdollisuuksia sekä sitä, kannattaako asiaa ylipäätään viedä tuomioistuimeen. Näkemys todistustaakkanormeista kansalaisten ulkoprosessuaalista käyttäytymistä ohjaavana normina ei ole uusi. Jo *Ernst Kallenbergin* ja muiden vanhemman polven tutkijoiden mukaan todistustaakan jakoperiaatteet ovat yleisiä ja abstrakteja, eikä niitä sovi jättää tilannekohtaisen harkinnan varaan.⁵³⁹ Oikeussuojafunktion kannattajana pidetyn Kallenbergin näkemykset muistuttavat tältä osin suuresti ohjausteorian kannattajien ajatuksia.

6.4 OHJAUSTEORIAN MUKAINEN NÄYTTÖKYNKY

6.4.1 Näyttökynnyksen perusteleminen talouselämän toimivuudella

Ekelöf omaksui todistustaakkaa koskeviin näkemyksiinsä vaikutteita Olivecronan tutkimuksesta. Ekelöf viittaa Olivecronaan todetessaan, että todistustaakkanormeilla toteutettavien tavoitteiden tulee olla samoja kuin aineellisoikeudellisen lainsäädännön yleisten tavoitteiden.⁵⁴⁰ Olivecronan tutkimusta leimaa tietty luonnosmaisuus, mikä selittynee kirjoittajan tarkoituksella analysoida todistustaakkaoppia skandinaavisen realismin vaatimukset täyttävällä tavalla: tutkimukseen sisältyy jakso, jossa käsitellään todistustaakan jaon tyyppitilanteita ja esitetään niitä koskevia näkökohtia.

Olivecrona käsittelee erityiskysymyksiä käteiskauppaa, valtuutusta, hinnan määräytymistä sekä dispositiivisen sääntelyn merkitystä todistustaakan jaossa.⁵⁴¹ Näitä tilanteita arvioidaan lähinnä kyseisten instituutioiden tarkoituksen kannalta, ja tuon tarkoituksen perusteella pyritään määrittelemään, millainen todistustaakan jako kulloinkin parhaiten toteuttaisi instituution tavoitteita. Olivecrona ei tutkimuksessaan kuitenkaan käsittele yksityiskohtaisesti todistusharkinnan kysymyksiä saati sitä, millaista näyttökynnystä siviiliprosessissa tulisi soveltaa.

Ekelöfin ja Olivecronan todistustaakkaa koskevat näkemykset eroavat toisistaan kahdella tavalla. Ekelöf painotti Olivecronaa enemmän todistustaakkanor-

⁵³⁹ *Kallenberg CP II*, s. 686.

⁵⁴⁰ *Lars Heuman* kritisoi Ekelöfiä Olivecronan ajatusten väärintulkinnasta, sillä mainituksessa kohdassa Olivecrona ei lausu mitään aineellisen oikeuden merkityksestä todistustaakan jaon kannalta, vaan Ekelöfin sanatarkasti viittaama kohta (*Olivecrona 1930*, s. 130) liittyy Heumanin käsityksen mukaan Olivecronan analyysiin todennäköisyysteorioista (*Heuman 2005*, s. 50–51). Heumanin esittämä arvostelu ei osu oikeaan, vaan vaikuttaa siltä, että kysymys on, kuten Ekelöf katsoo, Olivecronan omasta näkemyksestä.

⁵⁴¹ *Olivecrona 1930*, s. s. 162–188.

miston merkitystä yhteiskunnallisessa moraalikasvatuksessa ja liitti näyttökynnyksen osaksi todistustaakkanormia.⁵⁴² Näyttökynnyksellä on Ekelöfin todistusosoikeudellisessa ajattelussa kahdenlainen merkitys. Ensinnäkin näyttökynnyksnormia voidaan käyttää aineellisoikeudellisten tyyppitilanteiden erottelussa. Näyttökynnyksellä on myös tekninen merkitys: näyttökynnyksen avulla todistusharkinta ja näytön arvioinnin normatiivinen osa voidaan liittää toisiinsa. (Näyttökynnyksen merkitystä tuomioistuimen todistusharkinnassa tarkastellaan tutkimuksessa todistusarvometodin yhteydessä.) Ohjausteoreetikkojen mukaan näyttökynnyks vaihtelee erilaisissa aineellisoikeudellisissa tyyppitilanteissa sillä perusteella, millaisia tavoitteita kyseisiin tyyppitilanteisiin liittyy. Näyttökynnyks liittyy siis yhteiskunnan ohjaamistavoitteeseen.

Todistustaakka- ja näyttökynnyksnormien argumentoimista aineellisoikeudellisten tavoitteiden toteuttamisella voidaan havainnollistaa ohjausteoreetikkojen suosimalla esimerkillä, joka koskee todistusoikeustutkimuksessa muutoinkin suosittua väitettä velan maksusta.⁵⁴³ Oikeuskirjallisuudessa vallitsevan kannan mukaan todistustaakka maksuväitteestä on velallisella, mitä perustellaan hyvin vaihtelevaisilla argumenteilla. *Jouko Halila* toteaa osuvasti, että oikeuskirjallisuuden velan maksua koskevan todistustaakan jaon perustelut tuntuvat ”jossakin määrin keinotekoisilta”: ”velan maksu on näet niissä vain sijoitettu kunkin tutkijan hyväksymään kaavioon”.⁵⁴⁴

Ohjausteoriassa todistustaakan jakoa perustellaan ensisijaisesti aineellisoikeudellisen säännöksen – ja yhteiskunnan – toimivuudella. Sopimuksenmukaiseen suoritukseen eräpäivänä velvoittava aineellisoikeudellinen säännös tähtää siihen, että varat ovat velkojan käytettävissä sovittuna ajankohtana. Todistustaakka turvaa tavoitteen toteutumista varmistamalla, että velkoja voi tarvittaessa turvautua täytäntöönpanokoneiston apuun.⁵⁴⁵ Ohjausteoreetikkojen mukaan maksuväitettä koskevan näyttökynnyksen tulee olla korkea aineellisoikeudellisen säännöksen toimivuuden vuoksi.⁵⁴⁶

Yhteiskunnan toimivuus edellyttää korkeaa näyttökynnystä, koska eritoten taloudellisina kriisiaikoina velallisilla on taipumus esittää perättömiä maksuväitteitä. Jos maksuväitteitä hyväksyttäisiin köykäisin perustein, luotonannon – ja yhteiskunnan – toimivuudelle aiheutuisi vaikeuksia. Ohjausteorian utilitaristisen keskeisajatuksen mukaan yksittäistapauksellisen oikeudenmukaisuuden on väistyttävä yhteiskunnan edun nimissä – siksi on hyväksyttävämpää

⁵⁴² *Boman FS Bengtsson*, s. 66. Boman unohtaa kuitenkin, että jo ennen Ekelöfiä oli ehdotettu, että todistustaakan jakautumista tarkasteltaisiin yhdessä todistusaineiston riittävyuden kanssa (*Eckhoff* 1943, s. 16). *Per Olof Bolding* huomauttaa myös, että Olivecrona tarkasteli lainsäädäntöä kokonaisuudessaan, Ekelöf jutussa sovellettavaa oikeussäännöstä (*Bolding* 1983, s. 17).

⁵⁴³ Ks. maksuväitteestä todistustaakan jaon tyyppitilanteena *Halila* 1955, s. 99–103.

⁵⁴⁴ *Halila* 1955, s. 100.

⁵⁴⁵ *Olivecrona* 1930, s. 167, *Ekelöf FS Lundstedt*, s. 15, *Ekelöf FS Hellner*, s. 240–241.

⁵⁴⁶ Ks. *Ekelöf FS Lundstedt*, s. 14–15.

”uhrata huolimaton velallinen luotonannon alttarille”, kuin hylätä velkomus-
kanne.⁵⁴⁷

Ohjausteorian kannattajien mukaan dispositiivisen riita-asian normaalinäyt-
tökynnys on korkea; tässä ohjausteoria muistuttaa vakuuttumismallia. Ohjaus-
teorian kannattajien mukaan näyttökynnyksen alentaminen edellyttää erityisiä
perusteluja, jotka tulee voida johtaa aineellisoikeudellisen normiston tavoit-
teesta. Näyttökynnyksen alentaminen tulee tyypillisesti kysymykseen sopimuk-
senulkoisen vahingonkorvausvastuun syy-yhteystilanteissa, joissa vahingon-
kärsijällä voi olla suuria vaikeuksia todistaa tunnusmerkistöön kuuluvia seikko-
ja. Näissä tapauksissa vahingonkorvauksen preventiivinen ja reparatiivinen
funktio eivät välttämättä toteutuisi, jos oikeudenkäynnissä vaadittaisiin nor-
maalinäyttökynnyksen ylittävää näyttöä. Normaalinäyttökynnyksen soveltami-
nen kyseisenlaisissa tilanteissa voisi johtaa jopa siihen, että vahingonkorvaus-
oikeudelliset normit eivät ylläpitäisikään yhteiskunnallista turvallisuutta.⁵⁴⁸

6.4.2 Ohjausteoria, näkökohtia pro & contra

Ohjausteoriaa on skandinaavisessa prosessioikeustutkimuksessa arvosteltu run-
saasti edellä käsitellyn, velan maksua ja sen näyttökynnystä koskevan esimer-
kin vuoksi. Ohjausteorian kritiikki perustuu teorian yliutilitaristiseksi koettui-
hin perusajatuksiin. Asianosaisten intresseillä ja kohtuullisilla odotuksilla ei
katsota olevan ohjausteoriassa mitään merkitystä, tai ainakin tuo merkitys on
hyvin vähäinen.⁵⁴⁹ On pidetty kyseenalaisena, voidaanko yhteiskunnan koko-
naisetu samaistaa isojen institutionaalisten luotonantajien etuun niin yksiselit-
teisesti kuin ohjausteoriassa annetaan ymmärtää.⁵⁵⁰

Ohjausteoriaa arvostellaan myös ylioptimistisesta suhtautumisesta käyttäy-
tymisen ohjaamiseen. Siviiliprosessissa annetuilla tuomioilla ei voida ohjata
kansalaisten käyttäytymistä tai ehkäistä oikeusriitojen syntymistä. Riitoja syn-
tyy erilaisista syistä ja riippumatta siitä, miten tuomioistuimet asioita ratkaise-
vat.⁵⁵¹ Käyttäytymisen ohjaaminen ei ole ylipäänsä mahdollista, koska kansalai-
set eivät tunne oikeussäännösten sisältöä.⁵⁵² Tämä pätee erityisesti todistustaa-
kan jakoa koskeviin sääntöihin, jotka eivät ole selviä edes lakimiehille. Sen pa-

⁵⁴⁷ Ks. Ekelöf *FS Lundstedt*, s. 15–17, Ekelöf *FS Welamson*, s. 130, Ekelöf – Boman *IV*, s. 91, Boman *FS Bengtsson*, s. 67.

⁵⁴⁸ Ekelöf – Boman *IV*, s. 107–109.

⁵⁴⁹ Heuman 2005, s. 129; Lindell *CP*, s. 95–96, 272. Bolding, joka pitää Ekelöfin argumentaa-
tiota sinänsä merkityksellisenä, on myös suhtautunut kielteisesti oikeudenmukaisuusnäkökohtien
sivuuttamiseen (Bolding 1989, s. 110–111).

⁵⁵⁰ Heuman 2005, s. 143–145.

⁵⁵¹ Lindell 1988, s. 93.

⁵⁵² Lindell 1988, s. 90–93.

remmin yksityishenkilöt kuin yrityksetkään eivät tunne todistustaakan jakautumiseen yksittäistapauksessa vaikuttavia näkökohtia, eivätkä siksi osaa mukauttaa toimintaansa niiden mukaisiksi, vaikka haluaisivatkin.⁵⁵³ Vaikka kansalaiset saisivat oikeusnormeista tietoa, ei siitä välttämättä seuraisi, että nämä ylipäänsä haluaisivat noudattaa lakia.

Gisela Knuts on käsitellyt käyttäytymisen ohjaamisen mahdollisuuksia post-modernissa yhteiskunnassa, jolle ominaista on suurten kertomusten häviäminen, moraalien pluralisoituminen ja uusliberalismin nousu. Knutsin mukaan tendenssit johtavat siihen, että siviiliprosessin johtavaksi funktioksi nousee konfliktinratkaisu.⁵⁵⁴ Olisi väärin väittää, että Ekelöf ei tiedostanut yhteiskunnan muutostekijöitä. Ekelöfin mukaan juuri yhteiskunnallinen ”pluralisoituminen” ja ”dynamisoituminen” johtavat siihen, että tuomioistuinten merkitys korostuu: yhteiskunnassa ei enää ole muita instansseja, jotka voisivat yhtä tehokkaasti määritellä oikean ja väärän häilyväisen rajan.⁵⁵⁵ Ekelöf ei muutoinkaan ollut sokea legitimitettiinäkökohdille lain noudattamisen perustana: hänen mukaansa esimerkiksi verolainsäädännön kiertäminen perustui juuri siihen, että kansalaiset eivät kokeneet lainsäädäntöä hyväksyttäväksi.⁵⁵⁶

Ohjausteorian kannattajat ovat pitäneet todistustaakkaopin arvostelua tunnepitoisena.⁵⁵⁷ *Robert Bomanin* mukaan käyttäytymisen ohjaamista ei tarvitse todistaa, vaan näkemys perustuu ”terveeseen järkeen”. Kansalaiset eivät tunne yksityiskohtaisesti muidenkaan sääntöjen sisältöä, mutta heidän edellytetään noudattavan niitäkin.⁵⁵⁸ Bomanin mukaan velkomusesimerkin riskinjakoa ei muutenkaan voida nimittää kyyniseksi, koska yhtä lailla kyynisinä voitaisiin pitää vanhempia, jotka sallivat lastensa ottaa riskejä. Bomanin mukaan riskien ottaminen on välttämätöntä, koska ”ylisuojelellut lapset eivät saa hyvää harjoitusta elämäänsä varten”. Kansalaisten edellytetään kykenevän päättämään omista asioistaan ja toimimaan omalla vastuullaan, joten sellaiset velalliset, jotka laiminlyövät pyytää kuitenkin maksustaan, saavat syyttää seurauksista itseään. (Tämä lienee mielenkiintoisin ohjausteorian todistustaakkaopille esitetty perustelu.)

Ohjausteorian arvosteleminen yksittäisen esimerkin varomattoman sanavallinnan (”uhraaminen luotonannon alttarille”) perusteella ei tee teorialle oikeut-

⁵⁵³ *Heuman* 2005, s. 142, 146 ja *Klami* 1995a, s. 66–67. *Peter Westberg* (JT 1992/93, s. 163) toteaa osuvan ironisesti, että ”korkeimman oikeuden tuomiot eivät kuulu jokamiehen ja -naisen lukemistoon”.

⁵⁵⁴ *Knuts* 2006, s. 42–43.

⁵⁵⁵ *Ekelöf–Edelstam I*, s. 24–26, *Ekelöf FS Boman. Lindblomin* (2000, s. 51) mukaan näkemys on liioiteltu, sillä toki esimerkiksi koululaitoksella, sosiaalishallinnolla ja poliisiviranomaisella on merkitystä sosiaalisen kontrollin välineinä: lainkäyttö muodostaa kuitenkin muiden ohjaus- ja konfliktinratkaisumekanismien selkärangan.

⁵⁵⁶ *Ekelöf FS Hellner*, s. 232, *Ekelöf SvJT* 1988, s. 26.

⁵⁵⁷ *Boman FS Bengtsson*, s. 66.

⁵⁵⁸ *Boman FS Bengtsson*, s. 67.

ta. Esimerkissä on kysymys riskinjaosta tilanteessa, jossa velan maksamisesta ei ole esitetty (riittävää) näyttöä, eikä riskinjaon perusteluista voida päätellä mitään siitä, pitääkö Ekelöf väärien tuomioiden antamista suotavana. Kysymykseen on Ekelöfin kirjoitusten perusteella vaikea vastata yksiselitteisesti, koska molemmat vaihtoehdot saavat tukea hänen laajasta tuotannostaan; vastaus riippuu myös siitä, tarkastellaanko asiaa ratkaistavana olevan yksittäistapauksen vai yhteiskunnan ohjaamisen kannalta.

Tiivistäen voitaneen todeta, että Ekelöf ei suhtaudu aineellisesti vääriin tuomioihin myönteisesti; tosin hän on todennut, että niitäkin tarvitaan tietty määrä, jotta todistustaakkanormit täyttäisivät tehtävänsä.⁵⁵⁹ Tämä todistustaakkanormien tehtävä on tietysti ohjata kansalaisia toimimaan oikein, kuten hankkimaan maksuistaan kuitin. Jos velallinen toimii asianmukaisesti, hän ei joudu kaksinkertaiseksi maksumieheksi. Käyttäytymisen ohjaaminen ei Ekelöfin mukaan kuitenkaan olisi mahdollista, jos menettelyssä ei olisi mahdollista päätyä aineellisesti oikeisiin lopputuloksiin.⁵⁶⁰

On tärkeää huomata, että todistustaakkanormit eivät pelkän olemassaolonsa vuoksi koidu kansalaisille vahingoksi, jos nämä varautuvat todisteluun. Korkea näyttökynnys voi kuitenkin johtaa tarpeettomiin oikeudenmenetyksiin, ja todistustaakkanormien ylikorostumiseen ratkaisutoiminnassa. Siksi prosessioikeustutkimuksessa on toisinaan ehdotettu todistustaakkanormeista luopumista tai niiden soveltamisalan kaventamista; juuri näyttöenemmyysperiaatteen on tullut merkittävän todistustaakkanormeista luopumista. Tämä ei kuitenkaan ole, kuten jäljempänä huomataan, oikea ajatus.

Ohjausteoriaan sisältyvä näkemys aineellisoikeudellisen normiston tavoitteiden välittymisestä näytön arviointiin on kannatettava. Oma kysymyksensä on kuitenkin, miten normatiiviset näkökohdat voidaan tuomioistuimen näytön arviointiin sisällyttää. Näyttökynnysnormeilla on, kuten todettua, merkitystä myös näytön riittävyysarviointissa. Tutkimuksessa tarkastellaan seuraavaksi näyttökynnysnormeja sekä sitä, mitä näyttökynnysnormi merkitsee todistusarvometodissa, joka on toinen skandinaavisen prosessioikeustutkimuksen frekvenssiteorioiksi nimitetyistä menetelmistä.

6.4.3 Näyttökynnys näytön riittävyysarviointissa

6.4.3.1 Todistusarvometodi ohjausteorian sovellutuksena

Ohjausteoriaan liittyy kiinteästi todistusarvometodi, jossa näyttökynnyksellä on merkitystä näytön riittävyysarviointissa. Todistusarvometodin kehittäjänä

⁵⁵⁹ Ekelöf FS Lundstedt, s. 15.

⁵⁶⁰ Ekelöf FS Welamson, s. 130.

pidetään *Per Olof Ekelöfiä*; teorian kehittämiseen osallistui juristikunnasta *Anders Stening* väitöskirjallaan *Bevisvärde* (1975) sekä eräitä tilastotieteilijöitä ja filosofeja.⁵⁶¹ Todistusarvometodin kannattajien näkemykset eräistä yksityiskohtista, kuten intuition merkityksestä todistusharkinnassa, vaihtelevat. Tutkijakohtaisten erojen yksityiskohtainen läpikäyminen ei ole tutkimuksen kannalta tarkoituksenmukaista, vaan seuraavassa todistusarvometodin perusajatuksia käsitellään sellaisina kuin ne Ekelöfin tutkimuksissa ilmenevät.

On kuitenkin syytä huomata, että Ekelöfin todistusoikeudelliset näkemykset vaihtelivat hänen pitkän tutkijanuransa aikana. Ekelöf ryhtyi kehittämään todistusaineiston näyttöarvoa määrittäviä kaavoja ensimmäisen kerran vuonna 1948 julkaistussa siviiliprosessioikeuden yleisesityksessä, jalostuneemman muodon ne saivat sittemmin Ekelöfin oppikirjasarjan todistusoikeutta käsittelevässä osassa.⁵⁶² Ennen todistusarvometodin kehittämistä Ekelöfin arvioidaan kannattaneen todistusteemametodia.⁵⁶³

Todistusarvometodissa on kolme todistusharkinnan tyyppitilannetta. Todistusharkinnan perustilanteessa tuomioistuimen pitää arvioida, millä todennäköisyydellä todistustosisiikka todistaa todistusteemasta. Todistusarvometodista on peräisin näyttöarvon käsite todistusmekanismin toimimista koskevana todennäköisyytenä. Todistusarvometodin kannattajat käyttävät todistustosisiikan näyttöarvon määrittelemisestä usein esimerkkinä henkilötodistelun arviointia, mitä perustellaan sen keskeisellä merkityksellä oikeudenkäynnissä sekä henkilötodistelun luotettavuusarviointiin liittyvillä vaikeuksilla.⁵⁶⁴ Henkilötodistelu muodostaa useammasta lenkistä koostuvan todistusketjun, joka näyttää seuraavalta⁵⁶⁵:

Tuomioistuimen havainto todistajan lausumasta – todistajan lausuma – se, mitä todistaja on lausumallaan tarkoittanut – todistajan muistikuva – todistajan havainto tapahtumasta – tapahtuma.

Jotta todistustosisiikalla olisi näyttöarvoa todistusteemasta, todistusarvometodissa edellytetään, että teeman ja tosiseikan välillä vallitsee kausaalinen tai looginen todistussuhde. Todistusteeman tulee olla todistustosisiikan välttämätön

⁵⁶¹ Ks. todistusarvometodia koskevista kirjoituksista *Ekelöf FS Baur*, s. 343 av. 4.

⁵⁶² Ks. Rättegång-oppikirjasarjan osan IV lisäksi todistusarvometodista myös *Ekelöf FS Baur*, *Ekelöf FT 1988*, *Ekelöf SvJT 1989* ja *Ekelöf RS 1990a*.

⁵⁶³ Ks. Ekelöfin todistusteemametodin mukaisesta asennoitumisesta Rättegång-oppikirjasarjan IV osan painokset vuosilta 1963 ja 1973 sekä tämän johdosta *Bolding 1983*, s. 11 sekä *Ekelöf FT 1988*, s. 12–19.

⁵⁶⁴ *Ekelöf – Boman IV*, s. 123. On tosin huomautettu, että todistusarvometodin kannattajat ovat muutoinkin taipuvaisia käsittelemään esimerkeissään näyttöä, joka muodostaa ”jäljen” todistusteemasta (*Eckhoff FS Bolding*, s. 87). Tähän syynä lieenee todistusteeman ja todistuskeinon kausaalisuhteen vaatimus.

⁵⁶⁵ *Ekelöf – Boman IV*, s. 124.

edellytys.⁵⁶⁶ Todistusharkinnassa pitää siksi arvioida, perustuuko todistajan lausuma siihen, että tämä on havainnut jotakin, mikä osoittaisi todistusteemana olevan väitteen todeksi – vai onko lausumaan syytä jokin muu tekijä. Muistaa-ko todistaja esimerkiksi tapahtumainkulun väärin, vai onko tuomioistuim- ymmärtänyt hänen lausumansa väärin?⁵⁶⁷

Kuten todistusketjusta huomataan, henkilötodistelu muodostuu yksinkertai- simmassakin muodossa monesta lenkistä, joista jokaiseen sisältyy potentiaalisia virhelähteitä. Näiden epävarmuustekijöiden huomioon ottaminen ja alhaisen näyttöarvon antaminen todistajan lausumalle ei merkitsekään, että tuomioistuim- katsoisi todistajan pyrkivän tietoisesti valehtelemaan. Vaikka todistaja pyrkisi kertomaan asiasta vilpittömästi ja totuudenmukaisesti, lausuma voi objektiivises- sa arvioinnissa olla siitä huolimatta totuudenvastainen. Tuomioistuimen pitää kui- tenkin näytön arvioinnissa ottaa huomioon näiden virhelähteiden vaikutus, joka on sitä suurempi, mitä pidemmäksi todistusketju muotoutuu.

Tämä perustelee myös sitä, miksi tuomioistuimen tulee suhtautua varauksel- lisesti kuulopuhetodisteluun. Kuulopuhetodistelulla tarkoitetaan tilannetta, jos- sa kuultava kertoo siitä, mitä hän on kuullut toisen henkilön sanovan, ja todis- telun kohteena on tuon henkilön havaintojen paikkansapitävyys.⁵⁶⁸

KKO on ottanut kuulopuhetodisteluun kantaa toistaiseksi kerran, rikospro- sessuaalisessa ennakkopäätöksessä 2008:68, jossa kysymys oli lapsen sek- suaalisesta hyväksikäytöstä. Alemmat oikeudet olivat hyväksyneet syytteen, perustaen näytön arviointinsa pääasiassa asiantuntevana todistajana kuullun psykologin lausumaan. Psykologia kuultiin lapsen kertomiksi väitetyistä asioista. KKO:n enemmistö totesi, EIT:n oikeuskäytäntöön viitaten, että kuulopuhetodistelu muodostaa poikkeuksen todistelun välittömyyden ja kontradiktorisen periaatteen kannalta. Tuomioistuimella ei ole mahdollista arvioida välittömästi todistajan itsensä kertomusta, eikä vastaajalla horjuttaa kertomuksen näyttöarvoa. KKO ei antanut jutussa psykologin kertomukselle asiallisesti mitään näyttöarvoa, ja hylkäsi syytteen, kun muu syytetä tukeva näyttö ei osoittanut tuomitsemiskynnyksen ylittävällä todennäköisyydellä, että vastaaja olisi syyllistynyt hänen viakseen väitettyyn tekoon.⁵⁶⁹ Tapauk- sen oikeusohje – varovainen suhtautuminen kuulopuhetodisteluun – voidaan ulottaa siviiliprosessiinkin.

Syytteen hylkäävä ratkaisu on perusteltu, koska kuulopuhetodistelun avulla ei voida lainkaan arvioida, ovatko kertomuksen tuottamiseen vaikuttaneet todista- janpsykologisessa tutkimuksessa yksilöidyt virhelähteet. Todistusarvometodis-

⁵⁶⁶ Ks. siitä, mitä syysuhteelta edellytetään *Stening* 1975, s. 35 ss., *Ekelöf – Boman IV*, s. 133.

⁵⁶⁷ Ks. henkilötodistelun virhelähteistä *Ekelöf – Boman IV*, s. 124–126.

⁵⁶⁸ Ks. kuulopuhetodistelun määritelmistä *Lappalainen SP II*, s. 168–169, *Pölönen* 2003, s. 49, *Virolainen – Pölönen RP I*, s. 375, *Ervo* 2005, s. 386.

⁵⁶⁹ Ks. tapauksen kommentista *Saranpää DL* 2008.

sa todistustositseikan ja todistusteeman välisen kausaalisuhteen arvioiminen ei välttämättä tarkoita todistelun virhelähteiden arvioimista esimerkiksi todistajanpsykologisten kokemussääntöjen avulla. Todistusarvometodi rakentuu yksisuuntaisen todennäköisyyskäsitteen varaan, joka velvoittaa tuomarin arvioimaan, miten monessa tapauksessa sadan vastaavanlaisen todistustilanteen joukossa kyseinen todistusteema olisi totta. Näiden ”todistustilanteiden” analyysi jää tuomioistuimen vastaavanlaisista tapauksista omaaman kokemuksen tai muun aineiston varaan. Tämä tarkoittaa sitä, että intuitio, jota todistusharkintamenetelmillä pyritään kontrolloimaan, kuljetetaan sisään ”keittiön kautta”.

6.4.3.2 *Todistusaineiston kokonaisnäyttöarvo ja näytön riittävyys*

Tuomioistuimen ratkaisutilanne on harvoin niin yksinkertainen, että sen tulisi arvioida vain yhden todisteen näyttöarvoa. Asianosaiset esittävät usein runsaasti näyttöä; myös se asianosainen, jolla ei ole todistustaakkaa. Syy siihen, miksi näyttöä esittää sekin asianosainen, jolla ei ole todistustaakkaa, liittyy preklusiosääntelyyn. Todistustaakan rasittaman asianosaisen vastapuoli voi toki tyytyä kiistämään kanteen luottaen siihen, että todistustaakan oikeustositseikasta kantava asianosainen ei kykene suoriutumaan todistustaakasta.

Passiiviseksi heittäytyminen silloin, kun asianosaisella olisi asian ratkaisemisen kannalta relevanttia vastanäyttöä, on kuitenkin riskialtista prosessitaktiikkaa, sillä tuomioistuin voi, esimerkiksi muun selvityksen puuttuessa, katsoa, että todistustaakan piiriin kuuluvista seikoista on esitetty riittävä näyttö.⁵⁷⁰ Mahdollisen vastanäytön esittäminen muutoksenhakuvaiheessa estyy todistusaineistoon kohdistuvan preklusioon vuoksi (ks. valittajan osalta OK 25:17.1 ja OK 26:4.2, jossa säännöstä ilmoitetaan sovellettavan myös vastapuoleen). Oikeuskäytännössä muutoksenhakuvaiheen preklusiosäännöstä on sovellettu tiukasti, mikä on perusteltua sen funktioihin nähden: säännöksellä turvataan paitsi sitä, että asianosaiset tuovat oikeudenkäyntiaineistonsa esiin mahdollisimman varhaisessa vaiheessa ja siten rajaavat oikeudenkäynnin kohteen, myös instanssijärjestyksen ylläpitämistä eli oikeudenkäyntien painopisteen säilymistä käräjäoikeuksissa.⁵⁷¹

Ennakkopäätöksessä KKO 2004:11 katsottiin, että hovioikeudessa väliintulijaksi ilmoittautuneella taholla ei ollut oikeutta vedota maanvuokraa koske-

⁵⁷⁰ Ks. myös *Kemppinen 2004*, s. 40, jossa tähdennetään, että ”huolellinen oikeudenkäyntiasiamies ei koskaan jätä esittämättä näyttöä, varsinkin jos todistustaakan jakautuminen asianosaisten välillä on vähänkin tulkinnanvarainen”.

⁵⁷¹ Ks. säännöksen johdosta *Lappalainen SP I*, s. 195–197 sekä *Jokela III*, s. 489–500; todisteiden osalta s. 495–496. Säännöstä sovelletaan myös hakemusasioihin (ks. velkajärjestelyasioita koskevat KKO 1997:23 ja KKO 1997:109) sekä ulosottoasioihin (KKO 1999:66).

vassa riita-asiassa uusiin todisteisiin, kun tämä oli ostanut pakkohuutokaupassa maanvuokrasopimuksen kohteena olevat kiinteistöt. KKO:n mukaan muutoksenhakuvaiheen preklusiosta ei ollut syytä joutua, kun väliintulija ei ollut edes väittänyt, että sen saantomies ei olisi voinut esittää uutta todistelua alioikeusvaiheessa tai sillä olisi ollut pätevä syy olla tekemättä niin. KKO katsoi myös, että väliintulija oli kiinteistön ostaessaan voinut ottaa huomioon riita-asian vireilläolon sekä saantomiehensä prosessitoimet. Ennakkopäätöksessä KKO 2004:70 katsottiin (ään. 3–2), että riita-asian asianosaisella, jota ei ollut kuulusteltu käräjäoikeudessa, ei ollut oikeutta tulla kuulustelluksi hovioikeudessa.

Todistusarvometodissa näyttökysymys ratkaistaan kolmivaiheisesti. Ensin arvioidaan, kummalla asianosaisella on oikeustositseikkaan kohdistuva todistus- taakka, ja millaista todennäköisyyttä tosiseikan toteennäyttäminen edellyttää. Tämän jälkeen tuomioistuimen pitää suorittaa todistusharkinta ja verrata todistusaineiston kokonaisnäyttöarvoa näyttökynnyksilmauksen edellyttämään todennäköisyysasteeseen määrittääkseen, onko näyttökynnys ylittynyt.⁵⁷² Todistusarvometodin mukaisen näytön arvioinnin voidaan kokonaisuudessaan katsoa etenevän seuraavasti⁵⁷³:

- 1) todistusteean analyysi: onko kysymyksessä yksi seikka vai kompleksinen oikeustositseikka, ja liittyykö todistusteeaan normatiivisia elementtejä
- 2) todisteiden jakaminen tosiseikkoihin ja aputositseikkoihin: tosiseikkojen kohdentaminen todistusteeoihin ja aputositseikkojen kohdentaminen todistus- totiseikan ja todistusteean välille, minkä vuoksi on:
 - a. arvioitava, millaiset kokemussäännöt tilanteeseen soveltuvat
 - b. minkä asteista todennäköisyyttä kokemussäännöt ilmentävät
 - c. mihin kokemussäännöt perustuvat – ovatko ne luotettavia
- 3) tämän jälkeen tosiseikkojen näyttöarvo on määriteltävä kokemussääntöjen avulla
- 4) minkä jälkeen yksittäisten tosiseikkojen todistusarvo määritellään rinnakkais- ja vastavaikutuksen kautta
- 5) tämän jälkeen todistusaineiston kokonaisnäyttöarvoa on verrattava näyttökynnykseen
- 6) jos näyttökynnyksen edellyttämä todennäköisyys ei ylity, tuomioistuimen tulee turvautua todistustaakkanormiin tai valita jutun todennäköisimmät tosiseikat faktapremissiksi.

Todistusarvometodissa saman- ja erisuuntaisten todisteiden näyttöarvo määritellään todisteiden rinnakkais- ja vastavaikutuskaavojen avulla.⁵⁷⁴ Todisteiden rinnakkaisvaikutuksesta on kysymys, kun on esitetty useita samansuuntaisia todisteita. Kun todisteet ovat toisistaan riippumattomia, voidaan soveltaa seuraa-

⁵⁷² Ks. *Boman TjR* 1988, s. 413 sekä samoin *Thornefors SvJT* 2007, s. 748.

⁵⁷³ *Klami* 1995a, s. 115.

⁵⁷⁴ Ks. niistä erit. *Goldsmith – Andersson TjR* 1973, erit. s. 89–101.

vaa todennäköisyysteoreettista sääntöä: todennäköisyys, että kahdesta mahdollisesta tapahtumasta ainakin toinen sattuisi, on sama kuin kummankin todennäköisyyden summa vähennettynä sillä todennäköisyydellä, että molemmat satuisivat.⁵⁷⁵ Todistusarvometodin vastavaikutuskaavat ovat monimutkaisia, mutta niiden ajatus on, että päänäytöstä vähennetään vastanäytön arvo.⁵⁷⁶

Ekelöfin itsensäkin mukaan vastavaikutuskaavojen soveltaminen on hankalampaa kuin yksittäisen todistustositseikan näyttöarvon tai samansuuntaisten todisteiden rinnakkaisvaikutuksen määrittäminen. Todistusoikeuden oppikirjansa ensimmäisessä painoksessa hän kertoo olleensa kaavasta niin epävarma, että sijoitti sen alaviitteeseen.⁵⁷⁷ Hän käyttää siitä esimerkkinä epäselvyyttä sopimusneuvotteluissa annetuista tahdonilmauksista sekä rikosprosessuaalista alibinäyttöä. Alibinäytön osalta kaava, yhdessä todistusarvometodin todennäköisyyskäsitteen kanssa, ilmentää, että tuomioistuin ei saa katsoa heikon näyttöarvon omaavaa alibinäyttöä syyllisyyttä tukevaksi todisteeksi: tuomioistuin ei tiedä tuossa tapauksessa tapahtumainkulusta mitään.⁵⁷⁸ Tähän näkemykseen voidaan yhtyä, sillä jos tuomioistuin toimisi näin, vastaajan olisi parempi olla esittämättä heikkoa vastanäyttöä lainkaan: tällainen toiminta vaikeuttaisi olennaisesti vastaajan puolustautumista.⁵⁷⁹

Todistusharkintakaavojen soveltamisen jälkeen kokonaisnäyttöarvoa verrataan näyttökynysnormin edellyttämään todennäköisyysvaatimukseen, ja jos konkreettinen todennäköisyys ei ylitä abstraktista todennäköisyysvaatimusta, sovelletaan todistustaakkanormia. Ohjausteoriassa käytetään vertailussa apuna asteikkoa, jolle eräät lainsäädännön näyttökynysilmaukset on porrastettu niiden edellyttämän todennäköisyyden mukaisesti. Ekelöfin mukaan normaalinäyttökynys, ”näytetty” (ruots. ”styrkt / visat”), tuomioistuimen subjektiiviseen harkintaan viittaavana vaatimuksena vastaa vapaassa todistusharkinnassa samaa, mitä täyden näytön vaatimus legaalisisessa todistusteoriassa.⁵⁸⁰ Muut näyttökynysilmaukset ovat ”oletettava”, ”todennäköinen”, ”ilmeinen” ja ”täysin varma”.⁵⁸¹

⁵⁷⁵ Jonkka 1993, s. 100–101. Ks. myös Kolflaath JV 2004, s. 284.

⁵⁷⁶ Ks. vastavaikutuskaavasta Stening 1975, s. 98–109 ja Goldsmith – Andersson TjR 1978, s. 96–101. Kuvaavaa on, että Ekelöfin Rättegång IV -oppikirjan 6. painoksen (1992) toimittanut Robert Boman ei ole katsonut toimitustyössään voivansa kajota teoksen todistusharkintaa koskeviin osiin, koska hänellä ei ole perustietoja ”todennäköisyyslogiikasta” (Ekelöf – Boman IV, s. 5–6).

⁵⁷⁷ Ekelöf FT 1988, s. 11.

⁵⁷⁸ Ekelöf FT 1988, s. 12–13.

⁵⁷⁹ Ks. tästä Klami 2000, s. 46 ja Gräns 2003, s. 203.

⁵⁸⁰ Ekelöf – Boman IV, s. 69. Myös Ekelöfin aikaisemmassa tuotannossaan esittämien näkemysten mukaan normaalinäyttökynnyksen tuli olla täysi näyttö (”fullt bevis”), jos laissa ei toisin säädetä (Ekelöf FS Lundstedt, s. 11, Ekelöf CP II, s. 59).

⁵⁸¹ Ks. asteikosta esim. Ekelöf – Boman IV, s. 56 ja Lindell CP, s. 506. Aikaisemmassa tuotannossaan Ekelöf käytti neljää ilmausta.

Ohjausteoriassa todistusharkinta ja näyttöratkaisun normatiivinen osa lomittuvat yhteen näyttökynnysten kautta: teorian puhdaspiirteinen soveltaminen edellyttäisi, että ilmaukset muunnettaisiin numeerisiksi arvoiksi. Ekelöf onkin esittänyt, että ”oletettava” vastaa arvoa 0,25, ”todennäköinen” arvoa 0,5, ”näytetty” arvoa 0,75 ja ”ilmeinen” arvoa 0,9.⁵⁸² Tuomioistuimen pitäisi siis verrata todistusaineiston numeerisesti ilmaistua kokonaisnäyttöarvoa näyttökynnysilmauksen numeeriseen arvoon – ja ellei näyttöarvo ei ylitä näyttökynnystä, tulee soveltaa todistustaakkanormia. Juuri tähän näkemykseen liittyy todistusarvometodissa näyttöratkaisun pitäminen ”todennäköisyystuomiona”. Toinen todennäköisyysmallin todistusharkintateoria, teemamethodi, sisältää, kuten jäljempänä huomataan, samanlaisen ajatuksen.

Näytön arvioinnin osa-alueiden yhdistämisen kannalta numeerinen muuntaminen merkitsee, että näytön arvioinnin faktinen puoli (todistusharkinta loogisempiirisenä toimintana) ja normatiivinen puoli (näytön riittävydestä ja todistustaakan jaosta päättäminen) lomittuvat toisiinsa saumattomasti. Jos näyttöratkaisun muuntaminen matemaattiseksi toiminnaksi olisi mahdollista, tämä merkitsisi myös, että samanlaiset tyypitilanteet voitaisiin ratkaista samanlaisella tavalla.

Ekelöf ei kuitenkaan itse, ainakaan myöhemmässä tuotannossaan, pitänyt tätä mahdollisena, vaan korosti, että todistusaineiston riittävyyskysymyksen ratkaiseminen on viime kädessä intuitionvarainen asia. Intuitio on kuitenkin varmemmalla pohjalla, kun todistusaineisto on eroteltu eri elementteihin, jolloin voidaan tarkastella yksilöidysti sovellettavia kokemussääntöjä.⁵⁸³ Näkemys on hyväksyttävä, mutta myönnytyksen tekeminen merkitsee paitsi tosiasioiden tunnustamista, myös sitä, että näyttökynnysilmausten merkitys näyttökysymyksen ratkaisemisessa jää auki.

Onko tuomioistuimen ratkaisutoiminnan kannalta todellakin jonkinlaista merkitystä sillä, millainen todennäköisyysilmaus sovellettavaan säännökseen kulloinkin sisältyy? Miten näyttöä voidaan yksittäistapauksessa verrata abstraktisiin näyttövaatimuksiin? Todistusarvometodissa näyttökynnysilmauksia voidaan käyttää vyöhykkeinä, joiden väliin todistusharkinnan lopputulos (todistusarvopiste) voidaan paikallistaa, mutta niiden merkitystä yksittäistapauksessa ei tule ylikorostaa.

Ekelöf katsoikin varhaisemmassa tuotannossaan, että käytännön tarpeisiin riittäisi kolmekin näyttökynnysvaihtoehtoa: 1) kantaja esittää täyden näytön, 2) vastaaja esittää täyden näytön tai 3) todistustaakka ei ennakkollisesti rasita kumpaakaan osapuolta, vaan sovelletaan näyttöenemmyysperiaatetta.⁵⁸⁴ Näyttöenemmyysperiaatteen soveltamisella Ekelöf tarkoittaa tässä todistus-

⁵⁸² Ekelöf: Rättegång IV (4. painos vuodelta 1977).

⁵⁸³ Ks. esim. Ekelöf FS Baur, s. 347, Ekelöf – Boman IV, s. 15, 132, 141, Ekelöf SvJT 1989, s. 34.

⁵⁸⁴ Ekelöf CP II, s. 71, Ekelöf SvJT 1952, s. 224.

taakkanormeista luopumista; todettakoon, että tässä tutkimuksessa todistustaakkanormeista luopumista ei pidetä mahdollisena tai edes perusteltuna. Todistustaakkanormien ja näyttöenemmyysperiaatteen suhde on, kuten huomataan, jossakin määrin monimutkaisempi. Todettakoon myös, että Ekelöf tunsi varsin hyvin ”vääää todistustaakkaa” koskevan ilmiön, jonka hän määritteli samalla tavalla, kuin ”vääää todistustaakka” on edellä kuvattu.⁵⁸⁵ Ekelöf ei kuitenkaan esimerkinomaisesti pyrkinyt kuvaamaan sitä, miten ilmiötä voitaisiin todistusarvometodin kannalta tarkastella. Tämä merkitsee mielestäni sitä, että Ekelöfin todistusoikeudellinen teoria on sisäisesti jotakuinkin epäjohdonmukainen – vääää todistustaakka voi vaihdella näytön esittämisen myötä puolelta toiselle, mutta tätä ilmiötä ei voida sijoittaa todistusarvometodiin, johon Ekelöf kuitenkin sijoittaa näyttökynnyksen ja ”aidon” todistustaakan.

6.4.3.3 Todistusarvometodin kritiikistä

Todistusarvometodin mukainen normaalinäyttökynys on korkea, mitä perustellaan lainkäytön ohjausvaikutuksella. Ohjausteoriassa tuomioistuimii parhaiten silloin, kun sen ei tarvitse toimia lainkaan – tällöin kansalaiset noudattavat velvollisuuksiaan vapaaehtoisesti, koska tuntevat olevansa siihen yksilömoraalisista syistä velvollisia. Ohjaustavoitteeseen nähden on johdonmukaista, että tuomioistuimii edellyttää todistustaakan kantavalta osapuolelta varsin vakuuttavaa näyttöä: jos tuomioistuimii hyväksyisi väitteitä ilman näyttöä tai köykäisin perustein, ei käyttäytymisen ohjaaminen olisi mahdollista. Todistusarvometodiin liittyy kuitenkin erinäisiä ongelmia.

Oikeuskirjallisuudessa katsotaan, että todistustaakkanormit saisivat, jos todistusharkinta tulisi suorittaa matemaattisesti, näyttöratkaisussa ylikorostuneen aseman. Jos siviiliprosessuaalinen normaalinäyttökynys on 75 prosenttia, tarkoittaisi tämä sitä, että asianosaisten todistusaineistoa toisiinsa verrattaessa todistustaakan rasittaman asianosaisen esittämän näytön tulisi olla neljä kertaa vakuuttavampaa kuin vastapuolen näytön.⁵⁸⁶ Vaikka todistusaineistojen vertaaminen toisiinsa ei tunnu erityisen luonteelta, huomataan, että kysymys on melko vaikeasti täyttyvästä vaatimuksesta.

Kun näyttökynnyksen ylittymisarvointiin yhdistetään todistusarvometodin kaavojen soveltaminen, vaatimuksesta muodostuu todistustaakan rasittaman asianosaisen kannalta jopa mahdoton. Esimerkiksi tavanomaisessa vahingonkorvausjutussa vahingonkäräjän todistustaakka kattaa kolme toisistaan riippumatonta, kumulatiivista elementtiä: tuottamuksellisen menettelyn, vahingon ja syy-yhteyden. Jos jokaisesta niistä esitetään näyttö, jonka numeerinen todennä-

⁵⁸⁵ Ks. tästä Ekelöf – Boman IV, s. 64–65.

⁵⁸⁶ Ks. tämän johdosta Lindell CP, s. 505–513 ja Diesen 1999, s. 120–124.

köisyysarvo on 0,9, ei normaalinäyttökynnys ylity ($0,9 * 0,9 * 0,9 = 0,73$).⁵⁸⁷ Kanteen hyväksyvä vahingonkorvaustuomio muodostuisi todistusarvometodia sovellettaessa täysin poikkeukselliseksi tilanteeksi, jos vastaaja esittäisi vasta-näyttöä, eikä näyttökynnystä alennettaisi.

On hyvin kyseenalaista, voidaanko asianosaistoimintoisuuden varaan rakentuvassa dispositiivisessa riita-asiassa todella edellyttää tällaista todennäköisyyttä. Ohjausteorian kannattajat eivät ota suoraan kantaa tähän kysymykseen, mutta edellyttäen, että dispositiivisten riita-asioiden näyttökynnys olisi näin vaativa, tuomioistuimen ei hyvin todennäköisesti tarvitsisi toimia ollenkaan. Tämä ei kuitenkaan johtuisi siitä, että kansalaiset olisivat muuttuneet lainkuuliaisemmiksi – vaan siitä, että kukaan tuskin nostaisi kanteita, joiden menestymisen mahdollisuus olisi lähinnä teoreettinen.

Oikeuskirjallisuudessa todistusarvometodia arvostellaan myös näyttöarvon kytkemisestä todistustositseikan ja todistusteeman kausaalisuhteeseen.⁵⁸⁸ Esimerkiksi henkilötodistelun näyttöarvon arvioinnissa tulisi edellyttää, jotta todistajan lausumalla ylipäänsä olisi näyttöarvoa todistusteemasta, että lausuman ”syynä” on todistajan tekemä aistihavainto, eikä mikään muu. Määritelmä on kapea, sillä näyttöarvon tulisi olla joko 100 prosenttia tai 0 prosenttia riippuen siitä, onko todistaja todella havainnut todistusteemana olevan väitteen. Tuomioistuimella ei ole tästä varmuutta, jolloin henkilötodistelun näyttöarvo muuntuu todennäköisyydeksi, jolla todistusmekanismin arvioidaan toimineen.

Henkilötodistelun arvioinnissa kausaalisuhteen vaatimus on hyväksyttävä, mutta todistusarvometodissa ei anneta konkreettisia ohjeita siihen, millä keinoilla vaihtoehtoisia selityksiä voidaan todistusharkinnassa koetella. Ohje ver-rata todistustilannetta ”sadan samanlaisen todistustilanteen” joukkoon ei merkitse ongelman ratkaisua, vaan siirtää sitä. Lisäksi tällainen kausaalisuus-arviointi soveltuu vain tapauksiin, joissa todistaja kertoo menneisyyden tapahtumainkulusta – näytön arvioinnissa joudutaan kuitenkin toisinaan arvioimaan myös kontrafaktuaalisia tapahtumainkulkua, esimerkiksi ansionmenetykskorvauksesta päätettäessä (VahL 5:2).⁵⁸⁹ Näihin tilanteisiin todistusarvometodi ei sovellu, eivätkä sen kannattajat ole käsitelleet sitä, miten näytön arviointi pitäisi näissä tilanteissa suorittaa.⁵⁹⁰

⁵⁸⁷ Normaalinäyttökynnys on 75 % tai 0,75.

⁵⁸⁸ Ks. *Lindell* 1987, s. 150–156.

⁵⁸⁹ Säännöksen sanamuodon mukaan ”ansionmenetyksestä määrätään korvaus ottamalla läh-tökohdaksi 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 hä-nen työkykynsä, koulutuksensa, aikaisempi toimintansa, mahdollisuutensa uudelleen kouluttau-tumiseen, ikänsä, asumisolosuhteensa ja näihin verrattavat muut seikat.”

⁵⁹⁰ Tästä huomauttaa *Torstein Eckhoff* (SvJT 1988, s. 322).

Kausaalisuusvaatimus ei vaikuta oikealta todistussuhteen määritelmältä niissä tilanteissa, joissa kysymys on usean todistustositseikan muodostamasta kokonaisuudesta. Todistusaineiston kokonaisuuden arvioinnissa myös muut kuin loogiset ja kausaaliset suhteet voivat olla merkityksellisiä.⁵⁹¹ Todistusarvometodissa todistussuhteen määritelmää on sittemmin jouduttu laventamaan rakenteellisen näytön konstruktiolla, jota verrataan palapelin kokoamiseen. Ennen todistusharkintaa tuomarilla on oltava yleiskäsitys tapauksesta sekä siitä, missä asemassa jokin tosiseikka tapahtumainkulussa vaikuttaa.⁵⁹² Kun kysymys on rakenteellisesta näytöstä, todistustositseikan ja todistusteeman välistä kausaaliyhteyttä ei ole, vaan erilaiset seikat saavat todistusharkinnassa merkitystä todistusteeman ja todistustositseikaston (aputositseikkojen) muodostamien rakenteiden vastaavuuden perusteella.⁵⁹³

Oikeuskirjallisuudessa esimerkkinä rakenteellisesta näytöstä käytetään Norjan Høyesterettin Treholt-tuomiota, jossa norjalainen virkamies tuomittiin vakoilusta. Ratkaisussa konstruktiota muistuttavaa päättelymallia käytettiin osoittamaan, että *Arne Treholt* oli luovuttanut venäläisille valtiosalaisuuksia sisältäviä asiakirjoja.⁵⁹⁴ Oikeuskirjallisuudessa ratkaisua on arvosteltu, koska tuomioistuimen katsotaan todistusharkinnassaan sitoutuneen syyllisyyshypoteesiin, vaikka aineisto sisälsi myös sellaisia seikkoja, jotka eivät olleet sovitettavissa siihen. Rakenteellisen näytön konstruktion sisällä on syytä erottaa yhden todisteen rakenne (todistusketju), joka on erilainen kuin useamman todisteen muodostama kokonaisuus.⁵⁹⁵ Rakenteellisesta näytöstä on tapana puhua vain, kun kysymyksessä on useamman todisteen muodostama kokonaisuus.

Rakenteellisen näytön konstruktiota voidaan todistusarvometodin kannattajien mukaan käyttää rikosprosessissa subjektiivisen syyksilukemisen tilanteissa, ei objektiivisen rikostunnusmerkistön eli tapahtumainkulun näyttämiseen: esimerkiksi pahoinpitelyrikoksissa ja murtovarkauksissa objektiivisen tunnusmer-

⁵⁹¹ Ks. myös *Walton* (2002, s. 19), jonka mukaan *Sir James Stephen* yritti määritellä relevanssin kausaalisuudeksi, mutta määritelmä huomattiin liian kapeaksi.

⁵⁹² *Jonkka* 1993, s. 105.

⁵⁹³ Ks. rakenteellisesta näytöstä erit. *Ekelöf RS 1990b*. Kirjoituksen s. 23–24 Ekelöf havainnollistaa todistusarvometodin normaalin näytön arvioinnin ja rakenteellisen näytön eroa vertaamalla strukturalismiin ja holismiin. Strukturalistinen katsantokanta (sellaisena kuin se *Claude Lévi-Straussilla* Ekelöfin mukaan esiintyy) vastaa asioiden tieteellistä tarkastelutapaa: todellisuuden katsotaan muodostuvan osasista, joiden syitä ja vaikutuksia tieteessä tutkitaan. Holistinen katsantokanta on kokonaisvaltaisempi: ”kokonaisuus on aina enemmän kuin osiensa summa”.

⁵⁹⁴ Tapauksesta on oikeuskirjallisuudessa keskusteltu runsaasti: ks. siitä esim. *Eckhoff KJ 1987*, s. 3–18, *Eckhoff LoR 1988*, s. 619–638, *Jonkka Oikeus 1989*, s. 259, *Klami – Hatakka LoR 1989*, s. 368–372, *Graver LoR 1990*, s. 364–368, *Ekelöf RS 1990b*, s. 25–28. Ks. rakenteellisesta näytöstä esimerkkinä myös Lindellin väitöskirjassaan kuvaamaa, näpistystä koskevaa tapausta (NJA 1965 s. 368) (*Lindell 1987*, s. 249 ss.).

⁵⁹⁵ *Lindell CP*, s. 476–477.

kistön täyttymisestä voidaan lähtökohtaisesti päätellä, että tekijällä on ollut pahoinpitely- tai anastustahallisuus, vaikka tekijä kiistäisi tämän.⁵⁹⁶

Rakenteellisen näytön soveltuvuus subjektiiviseen syyksilukemisarviointiin ilmentää sen konstruktio-luonnetta. Konstruktio tarkoittaa ”keinoja täyttää niitä kohtia systeemissä, jotka mallin avulla tehty tarkastelu jättää avoimeksi”.⁵⁹⁷ Todistusarvometodin soveltaminen subjektiivisessa syyksilukemisarviossa ei kävisi päinsä, ellei vastaaja tunnustaisi syytettä, koska tuomioistuimella ei vastoin kiistämistä olisi käytössä kausaalista näyttöä, joka mahdollistaisi syyksilukemisen – edellyttäen, että syyksilukemisarvioinnissa tarkastellaan tekijän subjektiivisia mielteitä. Toisaalta rakenteellinen näyttö on omiaan korostamaan myös todistusaineiston kokonaisvaltaisen arvioinnin merkitystä; rakenteellista näyttöä ei kuitenkaan tarkastella lainkaan siviiliprosessuaalisen todistelun näkökulmasta, joten avoimeksi jää, voisiko sillä olla merkitystä siviiliprosessissa, jossa pyrkimys ratkaisutoiminnan varmuuteen ei ole rikosprosessiin verrannollinen.

Bengt Lindellin mukaan todistusarvometodi on ongelmallinen myös siksi, että siihen sisältyy ajatus objektiivisesti arvotettavissa olevasta, subjektien mielteistä riippumattomasta todellisuudesta. Näin ei ole, vaan inhimillinen todellisuus edellyttää tulkintaa. *Bengt Lindellin* mukaan tämä käy hyvin ilmi Ekelöfin vastavaikutuskaavaa koskevasta esimerkistä. Ekelöfin (*Anders Steningiltä* peräisin oleva) esimerkki koskee tilannetta, jossa asianosaiset ovat erimielisiä sopimuksen syntymisestä⁵⁹⁸:

Myyjä väittää kysyneensä sopimusneuvotteluissa ostajalta, hyväksyykö tämä myyjän tarjouksen, mihin ostaja oli vastannut nyökkäämällä. Ostaja kiistää tämän, väittäen, että sopimusneuvottelussa esiin tulleet seikat osoittavat tämän hylänneen tarjouksen. Oikeuden pääkäsittelyssä kuullaan molempia asianosaisia ja näiden työntekijöitä, jotka olivat läsnä sopimusneuvotteluissa. Ekelöfin mukaan tuomioistuimen pitää tällöin soveltaa vastavaikutuskaavaa, ja vähentää vastanäytön todistusarvo päänäytön todistusarvosta.

Lindellin mukaan silloin, kun sopijapuolet ovat käyneet toistensa kanssa kauppaa – kuulleet jotakin, vaihtaneet kirjeenvaihtoa ja lähettäneet laskuja – ja ovat äkkiä erimielisiä jostakin seikasta, ”objektiivisesta” totuudesta puhuminen ei ole perusteltua. Tuomioistuimelle ei myöskään pitäisi asettaa tehtäväksi ”objektiivisen totuuden” selvittämistä – sillä eikö asianosaisten tapahtumainkulkua koskevien kertomusten vertaaminen pikemminkin ole, Lindell sanoo, kuin ”vertaisi omenaa ja päärynää”? Eikö ole mahdollista ajatella, että molempien asianosaisten mielestä heidän kertomuksensa ovat ”totta”? Vastavaikutuskaavaan sisältyvän vähennyslaskuajatuksen puitteissa ei kyetä ottamaan lainkaan

⁵⁹⁶ Ekelöf – Boman IV, s. 161, Ekelöf RS 1990b, s. 24–25.

⁵⁹⁷ Pöyhönen 1988, s. 84–87, tässä s. 84.

⁵⁹⁸ Ks. Lindell CP, s. 475. Ks. myös Lindell RS 1990, s. 14. Ks. esimerkistä Ekelöf – Boman IV, s. 147–148 ja Stening 1975, s. 106.

huomioon sitä, että todellisuus on tulkinnan kohde, ja tapahtumainkulusta voi olla useita, enemmän tai vähemmän perusteluja tulkintoja.⁵⁹⁹

Lisäksi todistusarvometodiin kohdistetaan arvostelua yksisuuntaisen todennäköisyyskäsitteen vuoksi. Todistusarvometodiin kuuluvan yksisuuntaisen todennäköisyyskäsitteen mukaan siitä, mikä todistusteeman todennäköisyys on, ei voida tehdä minkäänlaisia päätelmiä tuon todistusteeman vastakohtan todennäköisyydestä. Tässä todistusarvometodi eroaa olennaisesti teemametodista, jossa todistusteeman todennäköisyydestä katsotaan voitavan päätellä myös tuon teeman todennäköisyys.

Todistusarvometodissa jäännösarvo ilmentää selvittämättä jääneen osuutta. Todistusarvometodiin liittyy kysymys todistusaineiston kattavuudesta (ruots. ”robusthet”), jolla tarkoitetaan yksittäisessä oikeudenkäynnissä saavuttamaton-ta optimitilaa. Todistusaineisto on täydellisen kattavaa silloin, kun ei tiedetä olevan olemassa sellaista todistusaineistoa, jonka esittäminen vaikuttaisi todistusteeman todennäköisyyteen.⁶⁰⁰ Keskeisimpänä todistusarvometodia ja teemametodia erottavana tekijänä pidetään suhtautumista todistusaineiston kattavuuteen.⁶⁰¹ Kysymys ei ole vain systemaattista laatua, vaan tuomioistuinten arkipäivässä joudutaan ratkaisemaan, mikä merkitys todistusaineiston määrälle on annettava: onko todistusharkinta jollakin tavalla ”varmempaa” silloin, kun on esitetty paljon todistelua, kuin silloin, kun todistusaineisto on määrällisesti vaatimattomampaa.

Christian Diesen katsoo yksisuuntaisen todennäköisyyskäsitteen ilmentävän varovaisuussääntöä, jonka tarkoituksena on estää aineellisesti vääriä tuomioita, kun todistustaakan rasittaman asianosaisen vastapuoli ei esitä vastanäyttöä. Kuitenkin yksisuuntaisen todennäköisyyskäsitteen ottaminen todistusharkinnan apuvälineeksi johtaa oikeudellisen ratkaisutoiminnan erityispiirteiden si-vuuttamiseen ja niiden korvaamiseen luonnon- tai yhteiskuntatieteellisillä painotuksilla.⁶⁰² Todistusarvometodin kriitikoina esiintyneet *Bengt Lindell* ja *Christian Diesen* nimittävät todistusarvometodia ”totuusmalliksi” siksi, että tuomioistuin omaksuu yksisuuntaisen todennäköisyyskäsitteen myötä todistusharkinnan viitekehyydeksi prosessinulkoisen todellisuuden. Lindellin mukaan yksisuuntaisen todennäköisyyskäsite merkitsee myös OK 17:2:n loukkaamista,

⁵⁹⁹ *Lindell CP*, s 475: ”Vad som förbises med motverkansformeln är sålunda att verkligheten blir föremål för tolkning och att det kan finnas flera rimliga tolkingar” (kurs. alkuperäinen). Tämä on käsitykseni mukaan melko lähellä sosiaalista konstruktionismia sellaisena, kuin *Helena Jokila* sitä näytön arvioinnissa hyödyntää, vaikka Lindell ei sosiaalista konstruktionismia mainitsekaan.

⁶⁰⁰ Ks. todistusaineiston kattavuudesta *Lindell 1987*, s. 344–363, *Ekelöf FT 1988*, s. 13, *Ekelöf SvJT 1989*, s. 34–35, *Ekelöf – Boman IV*, s. 117 ss. ja *Lindell RS 1990*, s. 17–20.

⁶⁰¹ *Lindell RS 1990*, s. 17.

⁶⁰² *Diesen 1999*, s. 117.

eikä todistusarvometodi ei ole yhdenmukainen dispositiivisessa siviiliprosessissa noudatettavan käsittelymenetelmän kanssa.⁶⁰³

6.5 TEEMAMETODI JA KONFLIKTINRATKAISUFUNKTIO

Skandinaavisen todistusoikeustutkimuksen toisen keskeisen todistusharkintamenetelmän, todistusteema- tai teemametodin kannattajien sanotaan pitävän siviiliprosessin päätehtävänä konfliktinratkaisufunktiota, jossa oikeusongelmia ei tarkastella ohjausteorian tavoin systeemitasolla, vaan yksittäisen oikeudenkäynnin tasolla, siihen rajoittuen. Konfliktinratkaisufunktiossa näkökulma riidanratkaisuun on retrospektiivinen, ”taaksepäin katsova”, toisin kuin preventioajatuksen varaan rakentuvassa ohjausteoriassa. Konfliktinratkaisufunktiossa tärkeintä on oikeudenloukkauksen kärsineen asianosaisten hyvittäminen, *Per Henrik Lindblomin* sanoin tarkoitus on ”vahinkoa täsmällisesti vastaavalla hyvityksellä palauttaa tälle oikeudenloukkauksella menetetty neitseellinen oikeustila”.⁶⁰⁴ Tässä mielessä konfliktinratkaisufunktio muistuttaa oikeussuojafunktiona tunnettua teoriaa, joka on siviiliprosessin tehtäväkäsityksistä vanhin ja perinteikkäin.

Oikeussuojafunktion ja konfliktinratkaisufunktion katsotaan kuitenkin eroavan esimerkiksi siinä, miten tärkeänä aineellisen oikeuden mukaista tuomiota pidetään.⁶⁰⁵ Oikeussuojatehtävän kannattajien mukaan tuomiossa ei voida ottaa huomioon kuin juridisesti relevantteja argumentteja; konfliktinratkaisufunktion kannattajat antaisivat ratkaisutoiminnassa väitetysti enemmän painoarvoa myös sellaisiksi ”ulko-oikeudellisiksi” mielletyille tekijöille kuin ”kohtuus” ja ”asianosaisten välinen epätasapaino”. Oikeussuoja- ja konfliktinratkaisutehtävien erojen korostaminen vaikuttaa tältä osin liioitellulta, sillä argumentin määrittäminen ”juridiseksi” tai ”ei-juridiseksi” riippuu enemmän aineellisesta kuin prosessuaalisesta oikeudesta. Aineelliseen oikeuteen sisällytetään yhä enemmän joustavia ja arvostuksenvaraisia yleislausekkeita, mikä on omiaan liudentamaan rajanvedon merkitystä.

On syytä huomata, että ohjausteoria on prosessioikeudellisena koulukuntana kiinteämpi ja selväpiirteisempi kuin konfliktinratkaisufunktio. Konfliktinratkaisufunktio vaikuttaa olevan prosessioikeustutkimuksessa lähinnä yläkäsite, jonka alle on kerätty erilaista ainesta ilman, että näillä kysymyksillä olisi välttämättä ainuttakaan yhteistä nimittäjää.

⁶⁰³ Lindell 1987, s. 167–168, Lindell RS 1990, s. 17, Diesen 2002, s. 11.

⁶⁰⁴ Lindblom 2000, s. 55.

⁶⁰⁵ Gisela Knutsin (2006, s. 37) mukaan konfliktinratkaisufunktiossa tuomion ei tarvitse perustua yksinomaan aineellisoikeudellisiin normeihin ja muihin institutionaalsiin oikeuslähteisiin, vaan tuomio voidaan perustaa myös sellaisiin ulko-oikeudellisiin tekijöihin, kuten kohtuuteen ja asianosaisten väliseen epätasapainoon.

Konfliktinratkaisufunktio voidaan liittää vaihtoehtoiseen riidanratkaisuun⁶⁰⁶, kysymykseen tuomioistuimen ja asianosaisten rooleista sekä todistus oikeudellisessa katsannossa teemametodin ja näyttöenenemmyysperiaatteen kannattamiseen. Ajallisesti se voidaan hahmottaa pääpiirteissään seuraavasti: 1) 1940–1970-luvuilla konfliktinratkaisufunktion kannattajien (*Torstein Eckhoff* ja *Per Olof Bolding*) kirjoituksissa käsitellään näytön arviointia, 2) 1980-luvun lopulla keskustelu siviiliprosessin tehtävistä ja näytön arvioinnista kiihtyy, kun *Bengt Lindell* julkaisee väitöskirjansa *Sakfrågor och rättsfrågor* (1987) ja tämän jälkeen teoksen *Partsautonomins gränser* (1988); vasta vm. tutkimuksen myötä konfliktinratkaisufunktion voidaan liittää siihen tyypillisesti yhdistetty ajatus siitä, että asianosaisille tulisi antaa valta määrätä tuomioistuinta sitovasti oikeuskysymyksestä, 3) vaihtoehtoisten konfliktinratkaisumenetelmien esiinmarssi 1990-luvulla. Todistus oikeudellisesti relevantteja ovat ainoastaan kohdat 1 ja 2. Vaihtoehtoisen konfliktinratkaisun teoriaa ja asianosaisten oikeuskysymykseen kohdistuvaa määräämisvaltaa ei tässä tutkimuksessa ole tarpeen käsitellä.⁶⁰⁷

6.5.1 Teemametodin ja todistusarvometodin yhtäläisyyksistä ja eroista

Todistusteema- tai teemametodia pidetään todistusarvometodia vanhempana ja perinteikkäämpänä todistusharkintamenetelmänä. Teemametodi ja todistusarvometodi muistuttavat toisiaan eräiden perusratkaisujen osalta. Molempien metodien kannattajien mukaan todistusharkinnassa tuomioistuin ratkaisee, kuinka vahva todistusteemaa koskeva todennäköisyys on käsillä; näytön arviointiin kuuluva näyttökynnysnormi puolestaan määrittelee, millaista todennäköisyyttä todistusteeman katsominen näytetyksi tuossa tapauksessa edellyttää. Tuomioistuimen ratkaisutoiminnassaan käyttämällä todennäköisyydellä metodien kannattajat tarkoittavat frekvenssejä, jotka ilmaistaan numeerisesti. Abstraktinen näyttökynnyskin voidaan muuntaa numeeriseksi arvoksi, jonka suuruus perustuu siinä käytettyyn kielelliseen ilmaukseen kuten ”ilmeinen”, ”todennäköinen” ja ”oletettava”.⁶⁰⁸

Teemametodi ja todistusarvometodi eroavat toisistaan eräiltä osin merkittävästi. *Per Olof Boldingin* mukaan erot eivät ole vain akateemisia, vaan niillä on myös käytännöllistä merkitystä.⁶⁰⁹ (Tämän väitteen oikeellisuutta tarkastellaan

⁶⁰⁶ *Ervasti* 2004, ks. s. 77–91, *Knuts* 2006.

⁶⁰⁷ Ks. vaihtoehtoisesta konfliktinratkaisusta esim. *Ervasti LM 2000* ja *Ervasti 2005b* ja asianosaisten oikeuskysymystä koskevasta määräämisvallasta pro & contra *Lindell* 1988, s. 83–118.

⁶⁰⁸ Ks. teemametodin kannattajien näkemyksistä esim. *Bolding* 1951, erit. s. 55, *Bolding SSL* 1960, s. 12–19.

⁶⁰⁹ *Bolding* 1983, s. 15.

tuonnempana; sanottakoon kuitenkin, että itse suhtaudun siihen skeptisesti.) Teemamethodin todennäköisyyskäsite on kaksisuuntainen eli näytön arvioinnissa sovelletaan todennäköisyyden negaatiosääntöä.⁶¹⁰ Tämä merkitsee, että todistusteeman vastakohdasta katsotaan voitavan päätellä todistusteeman vastakohdan todennäköisyys. Jos todistusteeman näyttöarvoksi arvioidaan 0,7, teeman vastakohdan todennäköisyys on siis 0,3. Ero yksisuuntaisen todennäköisyyskäsitteen varaan rakentuvaan todistusarvometodiin on ilmeinen. Todistusarvometodissa jäännösarvosta 0,3 ei voida tehdä päätelmiä todistusteeman vastakohdan todennäköisyydestä, vaan jäännösarvo ilmentää selvittämättä jääneen osuutta: tuomioistuin ei 30 tapauksessa tiedä teeman todennäköisyydestä mitään.

Todistusarvo- ja todistusteemamethodi eroavat toisistaan kolmella tavalla: 1) todistusarvometodissa kausaalisuutta arvioidaan todistusteemamethodiin nähden käänteisessä järjestyksessä, 2) jäljelle jäävän epävarmuuden ei katsota todistusarvometodissa todistavan mistään, 3) alkuperäistodennäköisyyden merkitys on todistusarvometodissa vähäisempi.⁶¹¹ Seuraavassa näitä kohtia käsitellään yksilöidysti.

1) Teemamethodissa arvioidaan, miten todennäköisenä todistusteemaa voidaan todistusaineiston perusteella pitää. Todistusarvometodissa arvioidaan, millä todennäköisyydellä todistusmekanismi on toiminut. Vaikka ero vaikuttaa pieneltä, se on merkityksellinen. Teemamethodissa todistusaineiston kokonaisnäyttöarvo jaetaan kahden vaihtoehdon, todistusteema X:n ja sen vastakohta ei-X:n välillä. Teemamethodin kannattajien mukaan todistusteemaväite aktualisoi tuomioistuimen harkinnassa aina myös teeman vastakohdan.

Näkemyks soveltuu yhteen väittämistaakkaopin kanssa, sillä jokin oikeustosi-seikkaväite (X) tuo tutkinnan piiriin myös sen negaation. Tuomioistuimella on siten oikeus perustaa tuomio myös vedotun oikeustosisaikan kontradiktoriseen vastakohtaan eli jos väitetään, että vastaaja on allekirjoittanut sopimusasiakirjan, tuomioistuin voi katsoa myös, että vastaaja ei ole allekirjoittanut sopimusasiakirjaa. Kiistäminen muodostaa vedotun oikeustosisaikan kontradiktorisen vastakohdan, mutta jonkin oikeustosisaikan kontraariseseen vastakohtaan vastaajan on yleensä vedottava. Kontraarisella väitteellä tarkoitetaan sellaista väitettä, joka sulkee pois vastapuolen vetoaman oikeustosisaikan – mutta kysymys ei kuitenkaan ole kiistämisestä termin varsinaisessa merkityksessä.⁶¹² Asiaa lienee syytä havainnollistaa esimerkillä:

⁶¹⁰ Lappalainen SP II, s. 303.

⁶¹¹ Ks. Bolding SvJT 1988, s. 606–609, Bolding 1989, s. 75 ss., Diesen 2002, s. 10, Lappalainen SP II, s. 303.

⁶¹² Heuman JT 2007-08, s. 913. Heuman toteaa (s. 914), että kontraarinen seikka on oikeustosisikka, jos oikeusnormisto liittyy siihen oikeusseuraamuksen, mutta se voi kohdistua myös todistustosisikkaan.

Jos vastaaja vastustaa velkomuskannetta väittäen sopimuksen olevan pätemätön, koska hän ei ole itse allekirjoittanut sopimusasiakirjaa, tuomioistuimen tulee rajoittua arvioimaan pätemättömyyttä vain tämän väitteen nojalla. Jos asian käsittelyssä tulee ilmi, että vastaaja on allekirjoittanut sopimusasiakirjan, mutta ollut allekirjoitushetkellä syvässä humalassa, tuomioistuin ei väittämistaakkaopin kannalta hyväksyttävästi voi perustaa tuomiotaan vastaajan humalatilaa, jos tämä ei ole siihen vedonnut. Humalatilalla voinee olla merkityksellinen OikTL 33:n mukaisessa pätemättömyysarvioinnissa, koska sopimuksen voidaan väittää olevan tehty sellaisissa olosuhteissa, ”että niistä tietoisesti olisi kunnian vastaista ja arvotonta vedota oikeustoimeen, ja sen, johon oikeustoimi on kohdistettu, täytyy olettaa niistä tietäneen”.⁶¹³ Vastaajalla on kuitenkin väittämistaakka siitä, että hän on ollut humalassa, ja että kantaja on ymmärtänyt, että vastaaja on humalatilansa vuoksi ollut kykenemätön etuaan valvomaan.

Teemametodin mukaisessa todistusharkinnassa tuomioistuimen pitää rajoittua lainmukaiseen todistusaineistoon. Tämä tarkoittaa, että tuomioistuimen tulee (notorisia seikkoja lukuun ottamatta) arvioida asiaa yksinomaan esitetyn todistusaineiston perusteella; muita seikkoja se ei saa ottaa huomioon. Teemametodin katsotaan tältä osin muistuttavan vanhemman prosessioikeustutkimuksen muodollisen totuuden periaatetta, jota arvostelmateoriaksikin nimitetään.

Todistusarvometodin kannattajilla, jotka siis kannattavat tavallisesti ohjausfunktia, on jo historiallisten syiden vuoksi syytä arvostella teemametodia; tässä yhteydessä pitää muistaa *Karl Olivecronan* muodollisen totuuden periaatteeseen ja arvostelmateoriaan kohdistama kritiikki. Kuvaavaa onkin, että Olivecronan henkinen perillinen, Ekelöfin oppilas *Robert Boman* katsoo teemametodia kannattaneen *Bengt Lindellin* joutuneen sellaisen ”saksalaisen doktriinin harhaanjohtamaksi, jolla on juurensa ikivanhassa näkemyksessä tuomiosta syllogismina, joka koostuu faktoista ja oikeuslauseista ja tuomiosta oikeussuhdetta koskevana arvostelmana”.⁶¹⁴

Bengt Lindell toteaa, että *Karl Olivecrona* perustele arvostelmateorian kritiikkiä tismalleen samoilla seikoilla kuin todistusarvometodin kannattajat sitä, että jäännösarvo ilmentää todistusharkinnassa selvittämättä jääneen osuutta, ei teeman vastakohdan todennäköisyyttä. Tuomioistuin ei koskaan voi tietää, mitä todella on tapahtunut: siksi tuomion tosiseikasto ei voi olla ”totta”, eikä esitetyn todistelun perusteella voida tietää teeman vastakohdasta mitään. Teemametodin

⁶¹³ R. A. Wrede (1932, s. 132–133) edellyttää oikeustoimen pätemättömyydeltä sitä, että henkilö on juopumuksen vuoksi ollut ”kykenemätön selvästi arvostelemaan toimen sisältöä ja seurauksia, ja oikeustoimen teossa saapuvilla ollut sopimuskumppani on ollut täysin tietoinen siitä, missä tilassa toinen oli”. *Tauno Ellilän* (1976, s. 172) mukaan ”juopumus on lisäksi näytettävä siksi oleelliseksi, ettei ole kysymyksessä vain pienten ”harjakaisten” ottaminen ja että myöskin, että juovuksissa oltiin jo kauppa tehtäessä eikä esim. vasta sen jälkeen”. Ks. juopumuksesta pätemättömyysperusteena myös *Wilhemsson OTJP* 1978, s. 57–61 ja *Ämmälä* 1993, s. 68–74.

⁶¹⁴ *Boman TjR* 1988, s. 412.

voidaan, jos halutaan, sanoa muistuttavan arvostelmateoriaa siinä, että tuomioistuin katsoo todistusaineiston täydelliseksi. Lindellin mukaan Pohjoismaista ei kuitenkaan enää löytyne oikeustieteilijöitä, jotka kannattaisivat arvostelmateoriaa – eikä arvostelmateoriaa Lindellin mukaan ole milloinkaan liitetty Bomanin tavoin näytön arviointiin.⁶¹⁵

2. Todistusarvometodissa tuomioistuin on kiinnostunut, millä todennäköisyydellä todistuskonkreettisuusmekanismi on toiminut. Tuomioistuin on yksittäisen todistustositseikan näyttöarvoa määrittäessään velvollinen ottamaan huomioon todistusketjun virhelähteiden vaikutuksen todistusharkinnan lopputulokseen. Tämä näkemys on kannatettava, mutta liian pitkälle viedyllä erittelyllä on myös vaaransa, kuten teemametodin kannattajat ovat huomauttaneet. Jos yksittäiset todisteet irrotetaan siitä yhteydestä, jossa ne esiintyvät, ja niitä analysoidaan erillään muusta aineistosta, vaarana on kokonaiskuvan häviäminen. Erityisesti inhimillistä käyttäytymistä koskevien todisteiden arvioinnin katsotaan edellyttävän kokonaisvaltaisempaa näkökulmaa.⁶¹⁶

Todistusarvometodin mukaisessa näytön arvioinnissa otetaan huomioon todistusaineiston kattavuus. Todistusaineiston kattavuudella tarkoitetaan sellaista tilannetta, jossa ei enää tiedetä olevan olemassa sellaista selvitystä, jonka esittäminen voisi vaikuttaa todistusteeman näyttöarvoon. Todistusarvometodissa kattavuuden käsite mahdollistaa todistusaineiston laadullisen ja määrällisen ulottuvuuden erottamisen: olisi mahdollista sanoa, että ”uskon 75-prosenttisella todennäköisyydellä, että todistusteema X on 80-prosenttisen todennäköinen”. Teemametodissa vastaavaa eroa ei tehdä, koska todistusaineisto oletetaan määrältään täydelliseksi, ja tuomioistuimen tehtäväksi mielletään todistusaineiston kokonaisnäyttöarvon jakaminen todistusteeman ja sen vastakohtan välillä.

3. Todistusarvometodin ja teemametodin väitetään eroavan myös siten, että teemametodissa alkuperäistodennäköisyys saa suuremman painoarvon näytön arvioinnissa. Alkuperäistodennäköisyydellä tarkoitetaan teeman todennäköisyyttä ennen todisteiden esittämistä.⁶¹⁷ Teemametodissa todisteiden esittäminen ”korjaa” alkuperäistodennäköisyyttä todennäköisyydeksi *ex post*. Todistusarvometodissa alkuperäistodennäköisyyttä ei *Anders Steningin* mukaan voida todistusharkinnassa ottaa huomioon kuin aputositseikan asemassa ja silloinkin vain, jos se on hyvin korkea tai matala.⁶¹⁸ *Ekelöfin* mukaan kokemussäännöt voivat saada merkitystä silloin, jos huolellisesta etsimisestä huolimatta todis-

⁶¹⁵ Lindell RS 1990, s.10–12. Ks. kuitenkin *Kärkkäinen* 2004, s. 137, jossa kirjoittaja ilmoittaa kannattavansa arvostelmateoriaa. Ks. myös *Kaisto LM* 2005, s. 669, jossa Kaisto katsoo arvostelmateorian ”johtavan väistämättä vastakkainasetteluun vallitsevien oikeusteoreettisten jäsenysten kanssa” ja s. 669–670 siitä, miltä oikeusteorian perusteet arvostelmateorian näkökulmasta vaikuttavat.

⁶¹⁶ Ks. *Jonkka Oikeus* 1989, s. 258–259.

⁶¹⁷ *Eckhoff FS Bolding*, s. 93.

⁶¹⁸ *Stening* 1975, s. 86.

tusaineistoa ei löydy.⁶¹⁹ Todistusarvometodin ja todistusteemametodin eroa havainnollistetaan usein esimerkillä, joka koskee lehmää.⁶²⁰

Oletetaan, että maanviljelijän kukkaistutukset on tuhonnut lehmä. Maanviljelijällä ei ole lehmää, mutta hänen kahdella naapurillaan on: toinen naapuri omistaa yhden lehman, ja toisella naapurilla lehmää on yhdeksän. Teemametodia sovellettaessa enemmän lehmää omistava naapuri olisi todistusarvometodin kannattajien mukaan mahdollista tuomita korvausvelvolliseksi, sillä on 90-prosenttisen todennäköistä, että istutukset on tuhonnut jokin hänen lehmistään. Todistusarvometodin soveltamisessa sitä vastoin korvausvelvollisuuden asettamista joudutaan arvioimaan kausaalisuhteen perusteella: lehmien omistaminen ei ole vielä missään loogisessa tai kausaalisessa suhteessa istutusten turmelemiseen, joten vahingonkorvauskanne olisi tällä perusteella hylättävä.⁶²¹

Tämän esimerkin katsotaan osoittavan, että todistusarvometodissa kiinnitetään enemmän huomiota todistusaineiston laatuun, minkä vuoksi todistusarvometodi olisi todistusharkintaan paremmin soveltuva malli. Omasta mielestäni esimerkki yksinkertaistaa todistusharkinnan kysymyksiä, ja on omiaan antamaan teemametodista harhaanjohtavan kuvan. En ole huomannut, että teemametodin kannattajat olisivat käyttäneet mainittua tai sitä edes etäisesti muistuttavaa esimerkkiä, tai että nämä hyväksyisivät johtopäätökset, jotka todistusarvometodin kannattajat heidän väittävät tekevän.

Todistusarvometodikaan ei ole niin immuuni alkuperäistodennäköisyyden vaikutukselle kuin sen kannattajat väittävät, koska kokemusperäinen todennäköisyys saa merkitystä ohjausteoreetikkojen ajattelussa esimerkiksi todistus- taakanormien perusteluina (yhdessä aineellisoikeudellisten normien tavoitteiden kanssa) ja näytön arvioinnissa. Kuitti on vahva näyttö velan maksusta, koska ”yleisen elämäkokemuksen” mukaan velkoja ei anna kuittia ennen kuin velka on maksettu. Eri asia on, että aineellisen oikeuden normien tavoitteiden toteutumiseksi on tarkoituksenmukaista tukeutua juuri kuittiin näyttövaatimuksen ylittämisperusteena.

Kokemusperäisen todennäköisyyden merkitys todistustaakan jakoproblematiikassa ei riipu yksinomaan prosessuaalisesta oikeudesta, koska esimerkiksi sopimusoikeudessa sopimusvelvoitteiden määräytymisarvioinnissa joudutaan toisinaan tukeutumaan sopijapuolten sopimussuhteessaan omaksumaan käytäntöön tai kauppatapaan, jos jälkimmäisellä on normatiivista merkitystä. Jos sopijapuoli vetoaa sopimusperusteisia velvoitteita määritettäessä tulkintansa tueksi sopijapuolten sopimussuhteessaan noudattamaan käytäntöön, todistelu-

⁶¹⁹ Stening 1975, s. 43–44, 84–90; Ekelöf – Boman IV, 5. painos, s. 23.

⁶²⁰ Klami – Rahikainen – Sorvettula 1987, s. 13, Klami 2000, s. 29.

⁶²¹ Ks. esimerkistä Ekelöf – Boman IV, s. 131, Klami 2000, s. 29 ja Klami – Rahikainen – Sorvettula 1987, s. 13.

kysymykset ajankohtaistuvat; todistustaakka eli riski tavan sisällön ja sitovuuden selvittämättä jäämisestä rasittanee tällöin sitä, joka siihen vetoaa.⁶²²

Kokemussääntöjen merkitys todistustaakkanormien perusteluina ilmenee *Per Olof Boldingin* käyttämästä oikeustapausesimerkistä (NJA 1948:554).⁶²³ Tapauksessa turkkuri velkoi kreivittäreltä turkiskaupan perusteella huomattavaa summaa. Kreivitär tunnusti ostaneensa turkikset, mutta vaati kanteen hylkäämistä ennenaikaisena, koska turkkuri oli myöntänyt hänelle 10 vuotta maksuaikaa. Koska kreivitär väitti, että sopimukseen oli sisällytetty poikkeuksellisen edullinen ja voimakkaasti alalla vallinneen käytännön vastainen ehto, hänelle asetettiin todistustaakka väitteestään. Tällaisen todistustaakan jaon hyväksynevät myös todistusrvometodin kannattajat.

6.5.2 Teemametodi ja näyttöenenemmysperiaate

Näyttöenenemmysperiaate liitetään prosessioikeustutkimuksessa teemametodiin. Näyttöenenemmysperiaatteen mukaan tuomioistuimen tulee perustaa tuomionsa sellaiseen seikkaan, joka on asiassa esitetyn todistelun perusteella vastakohtaansa todennäköisempi. Näyttöenenemmysperiaatteeseen liittyy siten todennäköisyyden negaatio sääntö. Näyttöenenemmysperiaatetta sovellettaessa pienikin näyttöenenemmys riittää tuomion perustamiseksi kyseiseen seikkaan. Näyttöenenemmysperiaatteessa näyttökynnys – tai todistustaakkapiste, kuten sitä nimitetään – asetetaan todistusrvometodin näkökulmasta asteikon keskivaiheelle. Todistustaakka ei tämän mukaan rasittaisi kumpaakaan asianosaista, vaan tuomioistuimen tulisi perustaa tuomionsa siihen vaihtoehtoon, joka todistelun perusteella vaikuttaisi todennäköisemmältä.

Näyttöenenemmysperiaatteen soveltamista puolustetaan tavallisesti sillä, että tuomioista muodostuu tällöin todennäköisimmin aineellisen totuuden mukaisia. Tämä ilmaus, jotta se olisi mielekäs, pitää ymmärtää teemametodin lähtökohdista. Teemametodissa ”pienin mahdollinen näyttöenenemmys” tarkoittaa sitä, että todistusteemana oleva väite on – numeerisesti ilmaisten – totta vähintään 51 tapauksessa sadasta. Vaikka tuomioistuimella ei ole tietoa siitä, mikä ”aineellinen totuus” kulloinkin on, voidaan kuitenkin ajatella, että tuomion faktapremissi vastaa ainakin todennäköisemmin aineellista totuutta kuin sen vasta kohta. Todistusrvometodissa näyttöenenemmysperiaate ei vastaavalla tavalla turvaa (luultavasti) aineellisen totuuden mukaisia tuomioita, kuten jäljempänä huomataan.

Näyttöenenemmysperiaatetta kannattaneille tutkijoille – *Torstein Eckhoffille* ja *Per Olof Boldingille* – näyttöenenemmysperiaate on vain näyttöratkaisun läh-

⁶²² Ks. kauppatapaa koskevasta todistustaakan jaosta *Halila* 1955, s. 185–186.

⁶²³ Ks. esimerkiksi *Bolding* 1951, s. 78–79.

tökohta – nykytermein ilmaistuna pääperiaate. Siitä voidaan poiketa esimerkiksi, kun sovellettavaan oikeusnormiin sisältyy näyttökynnsilmaus. Teemamettodissakin näyttökynnsilmaukset katsotaan voitavan muuntaa numeerisiksi ilmauksiksi. Näyttöenemmyysperiaatteen soveltaminen ei käy päinsä, ellei todistusarvopiste sijoitu näyttövaatimuspisteeseen, eikä silloinkaan, kun todistustee- ma ja sen vastakohta ovat yhtä todennäköiset. *Eckhoff* tosin piti tällaista ratkaisutilannetta (*”absolutt tvil”*) harvinaisena.⁶²⁴ Näyttöenemmyysperiaatteen täydentäjänä voidaan molempien kirjoittajien mukaan käyttää erilaisia näkökohtia kuten todisteluun varautumista, eli sen arvioimista, onko jommallakummalla asianosaisella ollut erityistä aihetta hankkia selvitystä.⁶²⁵

Tutkimuksessa tarkastellaan seuraavaksi näyttöenemmyysperiaatteen asemaa Ruotsissa ja Norjassa. Näissä maissa käyty keskustelu on relevanttia siksi, että tutkimuksessa pyritään perustelemaan sitä, että näyttöenemmyysperiaatetta tulisi myös Suomessa soveltaa johtavana näytön arviointia koskevana periaatteena dispositiivisissa riita-asioissa. Tällainen systematisointipyrkimys edellyttää muun ohessa sitä, että tutkimuksessa kyetään puntaroimaan näyttöenemmyysperiaatteen soveltamisesta esitettyjä *pro-* ja *contra* -argumentteja. Nämä argumentit, jotka ovat tuttuja Suomenkin prosessioikeustutkimuksessa, ovat peräisin pääosin Ruotsin ja Norjan prosessioikeustutkimuksesta.

6.5.3 Näyttöenemmyysperiaate Ruotsissa

6.5.3.1 Näyttöenemmyysperiaate Ruotsin oikeuskirjallisuudessa

Ruotsissa näyttöenemmyysperiaatteen asema on kiistanalaisempi kuin Norjassa. Näyttöenemmyysperiaatetta ovat kirjallisuudessa kannattaneet *Per Olof Bolding* ja *Bengt Lindell*, joista kumpikaan ei olisi valmis luopumaan todistustaakanormeista näyttöenemmyysperiaatteen hyväksi. Myös *Lars Heuman* suhtautuu näyttöenemmyysperiaatteeseen varauksellisen myönteisesti: vaikka sitä ei voida soveltaa todistustaakkanormit korvaavana periaatteena, pyrkimys aineellisesti oikeisiin tuomioihin ei voi olla peruste, joka olisi todistustaakan kannalta täysin merkityksetön.⁶²⁶

Näyttöenemmyysperiaatetta vastustavat Ruotsissa erityisesti ohjausteorian kannattajat, joiden mukaan näyttöenemmyysperiaatteen soveltaminen ei johda aineellisesti oikeisiin tuomioihin, vaan siihen, että tuomioistuin joutuu perustamaan tuomionsa heikoimpaan mahdolliseen näyttöön ja ratkaisemaan jutun

⁶²⁴ *Eckhoff* 1943, s. 65. Samoin *Bolding* 1952, s. 25–26 ja *Kokott* 1998, s. 1.

⁶²⁵ *Eckhoff* 1943, s. 70–76.

⁶²⁶ *Heuman* 2005, erit. s. 45–46.

vaillinaisen todistusaineiston perusteella.⁶²⁷ Dispositiivisessa riita-asiassa tuomion perustaminen todennäköisimpään seikkaan merkitsisi, että velallinen voisi vastanäytön puuttuessa vapautua veloistaan vähäisellä näytöllä.⁶²⁸

Ohjausteorian kannattajien kritiikki ei kuitenkaan osu maaliin. Ohjausteorian kannattajien käyttämässä velkomusesimerkissä ”korkean normaalinäyttökynnyksen” katsotaan ylittyvän, jos velallisella on maksustaan kuitti. Näyttö-enemmyysperiaatteen kannattajatkin antavat merkitystä kuitille, kun harkitaan, onko velallinen maksanut velkansa. Jos velallisella ei ole esittää kuittia, tätä pidetään indisiona siitä, että hän ei ole maksanut velkaansa.⁶²⁹ Tämä indisio voi riittää velkomuskanteen hyväksymiseen. Käytännön ratkaisutoiminnassa ei välttämättä olekaan eroa sillä, sanotaanko tuomioistuimen soveltavan näyttö-enemmyysperiaatetta vai korkeaa normaalinäyttökynnystä.⁶³⁰

Näyttö-enemmyysperiaatetta on vastustettu myös muista syistä. Näyttö-enemmyysperiaatteen soveltamisen katsotaan johtavan todistustaakkanormeista ja ratkaisutoiminnan ennakoitavuudesta luopumiseen.⁶³¹ Näyttö-enemmyysperiaatteen soveltamisen katsotaan myös johtavan turhiin muutoksenhakuihin, sillä tuomioistuin joutuisi sitä soveltaessaan ottamaan kantaa sellaisiin seikkoihin kuin asianosaisten luotettavuus. Asianosainen hakisi näyttö-enemmyysperiaatetta sovellettaessa todennäköisemmin muutosta alioikeuden tuomioon, koska voisi uskoa suoriutuvansa todistelusta paremmin muutoksenhakuasteessa.⁶³²

Näyttö-enemmyysperiaatetta – sen etuja ja haittoja – lienee yksityiskohtaisimmin käsitelty juuri Ruotsin oikeuskirjallisuudessa, josta omaksutut näyttö-enemmyysperiaatteen *contra*-argumentit ovat kulkeutuneet Suomenkin prosessioikeustutkimukseen. Siksi juuri Ruotsin prosessioikeustutkimuksessa esitetyt väitteet ovat merkityksellisiä, kun arvioidaan sitä, voidaanko näyttö-enemmyysperiaatetta soveltaa näyttöratkaisun pääperiaatteena.

⁶²⁷ Ks. esim. *Ekelöf FS Lundstedt*, s. 15, *Ekelöf SvJT* 1952, s. 226, *Ekelöf – Boman IV*, s. 104 ja *Boman TjR* 1988, s. 415.

⁶²⁸ *Ekelöf FS Lundstedt*, s. 15.

⁶²⁹ *Eckhoff* 1943, s. 142 ss.

⁶³⁰ Ekelöfin mukaan joissakin tapauksissa, kun kysymys on esimerkiksi kovin heikkolahjaisesta vastaajasta, kertomus kuitin pyytämisen laiminlyömisestä voisi neutralisoida indision näyttöarvon (minkä vuoksi kertomusta voitaisiin pitää täytenä näyttönä) – yleiseksi säännöksi siitä ei kuitenkaan hänen mukaansa ole, sillä muuten velalliset voisivat pyrkiä veloistaan eroon perusteettomilla väitteillä (*Ekelöf FS Lundstedt*, s. 15).

⁶³¹ Suomen oikeuskirjallisuudessa esitetyistä mielipiteistä, joiden mukaan näyttö-enemmyysperiaatteen soveltaminen merkitsee todistustaakkanormeista luopumista ks. *Halila* 1955, s. 58 ja *Lappalainen SP II*, s. 330. Jouko Halila on myös katsonut, että kiinteiden todistustaakkasääntöjen hylkääminen johtaisi turvattomuuden tunteen leviämiseen yhteiskunnan jäsenten keskuudessa (*Halila* 1955, s. 65).

⁶³² *Boman RS* 1990, s. 116–117.

6.5.3.2 Näyttöenemmyysperiaate Ruotsin oikeuskäytännössä

Näyttöenemmyysperiaatteen asema on kiistanalainen Ruotsin oikeuskäytännössäkin. Oikeuskäytäntöön ei sisälly viitteitä siitä, että näyttöenemmyysperiaatetta sovellettu edes joissakin tapausryhmissä siten, että todistustaakkanormeista olisi luovuttu. Ruotsin oikeuskäytännössä on Suomen tavoin lähdetty siitä, että todistustaakka rasittaa ennakkollisesti jompaakumpaa asianosaista, jolla todistustaakka säilyy koko oikeudenkäynnin ajan.

Ruotsin oikeuskäytännössä sovellettua, siviiliprosessuaalista normaalinäyttökynnystä luonnehditaan korkeaksi.⁶³³ Normaalinäyttökynnyksestä esitetyt arviot kuitenkin vaihtelevat: erään näkemyksen mukaan siviiliprosessuaalinen normaalinäyttökynnys olisi jopa korkeampi kuin rikosprosessuaalinen tuomistuskynnys.⁶³⁴ Tämän kysymyksen arvioimista vaikeuttaa se, että Ruotsin tuomioistuimet eivät yleensä perustele tuomioitaan sellaisella tavalla, että niiden käyttämästä todistusharkintamenetelmästä ja normaalinäyttökynnyksestä voitaisiin sanoa mitään varmaa.⁶³⁵

Näyttöenemmyysperiaatteelle tyypillinen argumentaatio Ruotsissa liittyy normaalinäyttökynnyksen alentamiseen. Näyttökynnyksen alentamisen nimitys vaihtelee: siitä on käytetty niin ”näyttöenemmyden” (”bevisövertikt”) vaatimuksen⁶³⁶, ”vertailevan näyttökynnyksen” (”komparativ beviskrav”)⁶³⁷, ”vertailumallin” (”jämförelsemodell”)⁶³⁸ kuin ”kvalitatiivisenkin menetelmän” (”kvalitativ metod”)⁶³⁹ nimityksiä. Oikeuskäytännössä näyttökynnystä on alennettu seuraavissa ratkaisuissa:

NJA 1976 s. 667. Tapauksessa oli kysymys velkomuksesta. Kantaja velkoi vastaajalta 1.200 kruunun summaa korkoineen, ja esitti vaatimuksensa tueksi kuitenkin. Vastaaja kiisti sekä velkomuksen että väitteen siitä, että hän olisi allekirjoittanut kuitenkin. HD katsoi olevan ”kohtuullisen todennäköistä” (”övervägande sannolikt”), että vastaaja oli allekirjoittanut kuitenkin 7.12.1967. Kuitti hyväksyttiin tämän vuoksi näyttönä siitä, että kantajalla oli väittämänsä saatava vastaajalta. Kun muitakaan seikkoja, joiden vuoksi vastaaja olisi voinut välttyä maksuvelvollisuudelta, ei ollut tuotu esiin, kanne hyväksyttiin.⁶⁴⁰

NJA 1977 s. 176. Tapauksessa liikenneonnettomuudessa kuolleen henkilön kuolinpesä nosti vahingonkorvauskanteen Ruotsin tielaitosta (*Vägverket*)

⁶³³ Ks. esim. *Heuman 2005*, s. 66 sekä *Westberg FS Lindblom*, s. 732

⁶³⁴ *Diesen 1999*, s. 82, alaviite 11.

⁶³⁵ Eri asia on, että oikeuskäytännössä viitataan siviilijutuissa noudatettavan normaalinäyttökynnystä (ks. esim. NJA 1986 s. 470 sekä NJA 1993 s. 764, jossa normaalinäyttökynnyksen kielelliseksi muotoiluksi määritellään ”styrkt”).

⁶³⁶ *Brun – Diesen – Olsson 2000*, s. 449.

⁶³⁷ *Westberg FS Lindblom*, s. 738.

⁶³⁸ *Lindell CP*, s. 509–513.

⁶³⁹ *Diesen 1999*, s. 121–124.

⁶⁴⁰ Ks. tapauksen johdosta erit. *Boman FS Bolding*, s. 49–56.

vastaan väittäen, että tiessä ollut kuoppa oli onnettomuuden syy. Vastaaja kiisti kanteen. HD:n perusteluissa todettiin, että vahingonkorvausjutuissa on usein riitaa siitä, mikä vahingon aiheutti. ”Usein erilaiset tapahtumainkulut voivat olla täysin ajateltavissa ja jokainen toisistaan riippumattomista syistä voi vaikuttaa mahdolliselta vahingon aiheuttajalta”. ”Sellaisissa tapauksissa voidaan tuskin koskaan saavuttaa täyttä näyttöä ilmaisun varsinaisessa merkityksessä”. HD:n mukaan vahingonkorvauskanteen hyväksymiseksi riittää, että kokonaisarvioinnissa vahingon aiheuttajaksi väitetty syy vaikuttaa ”selvästi todennäköisemmältä” (*”klart mer sannolikt”*) kuin muut syyt.

NJA 1977 s. 549 Tapauksessa oli kysymys holografisesta testamentista. HD edellytti, että syy, jonka vuoksi holografisen testamentin laatimisedellytysten katsottiin olevan käsillä, vaikutti ”paljon todennäköisemmältä kuin muut ajateltavissa olevat mahdollisuudet” (*”mycket mer sannolik än andra tänkbara möjligheter”*).

NJA 1981 s. 622. Tapauksessa oli kysymys vahingonkorvauskanteesta. Kalankasvattaja vaati kunnalta vahingonkorvausta väittäen, että kunnan jätevesipäästöt olivat myrkyttäneet hänen kalansa. HD katsoi, että kalojen kuolinsyystä ei saatavilla olleen selvityksen perusteella ollut saavutettu täyttä varmuutta, mutta tämän seikan ei kuitenkaan katsottu muodostavan estettä vahingonkorvausvaatimuksen hyväksymiselle. Aikaisempaan ennakkopäätökseensä (NJA 1977 s. 176) viitaten HD katsoi, että vahingonkorvausjutuissa, joissa riitaa on syy-yhteydestä, kanteen hyväksymiseen riittää, että vahingonkärsijän väite tapahtumainkulusta vaikuttaa selvästi todennäköisemmältä (*”klart mer sannolikt”*) kuin vastapuolen väite vahingon aiheutumisesta ja että väite on myös todennäköinen jutussa esitettyyn selvitykseen nähden. HD katsoi, näyttöä kokonaisuutena arvioiden, että kantaja oli saattanut syy-yhteyden niin todennäköiseksi kuin olosuhteet huomioon ottaen voidaan kohtuudella edellyttää, ja hyväksyi kanteen.

NJA 1982 s. 421 (ns. Kontrast U-målet). Tapauksessa oli kysymys vahingonkorvauskanteesta. Kantajat vaativat vahingonkorvausta katsoen, että heille aiheutuneet henkilövahingot oli aiheuttanut eräs sairaalan käyttämä röntgenin varjoaine. HD katsoi, että viisi kantajaa olivat vahingoittuneet ns. myleografiahoidon yhteydessä ja että jutussa riittäisyys kohdistui siihen, olivatko vahingot aiheutuneet varjoaineesta vai sairaalan käyttämästä nukutusaineesta. HD katsoi asiantuntijatodisteluun nojautuen, että varjoainetta voitiin pitää ”itsessään todennäköisenä vahingon aiheuttajana” (*”som en i och för sig sannolik skadeorsak”*), mutta samaa saatettiin sanoa myös nukutusaineesta. Koska selvityksen perusteella ei voitu päätellä, miten näitä olisi tullut punnita keskenään, ja kun ”varjoainetta ei siksi voida pitää selvästi todennäköisempänä (ruots. *”klart mer sannolikt”*) syynä vahingon aiheutumiselle kuin muita jutussa esiin tulleita, ajateltavissa olevia syitä”, kanne hylättiin.⁶⁴¹

⁶⁴¹ Stefan Björk on kirjoittanut ratkaisusta käytännöllisen filosofian alalta hyväksytyn väitöskirjan (*Björk 1988*), jossa Ruotsin HD:n ratkaisua tarkastellaan argumentaatioanalyttisesti.

NJA 1984 s. 501 I ja II. Tapauksissa kysymys oli vakuutuskorvauksesta. Molemmissa tapauksissa kantaja vaati, että vastaajana ollut vakuutusyhtiö velvoitettaisiin korvaamaan tälle autovarkauudesta aiheutunut vahinko. HD katsoi, että todistustaakka vakuutustapahtuman sattumisesta oli vakuutuksenottajalla, mutta koska autovarkauden sattumisesta on mahdotonta esittää täyttä näyttöä, näyttökynnystä oli alennettava normaalinäyttökynnyksestä. HD:n mukaan näyttökynnyksen korkeudesta päätettäessä oli otettava huomioon vakuutuksenottajan suojantarve sekä toisaalta vakuutuksenottajien kollektiivin edut. Näyttökynnyksen ylittyminen edellytti, että kokonaisarvioinnissa ”vaikuttaa oletettavammalta, että vakuutustapahtuma on sattunut, kuin että näin ei olisi laita” (ruots. ”*framstår som mera antagligt att försäkringsfall föreligger än att så inte är förhållandet*”).⁶⁴²

NJA 1991 s. 481. Tapauksessa kysymys oli sopimuserusteisesta vahingonkorvausvastuusta. Toimeksisaaja oli korjannut veneen moottoria kaksi kertaa. Toimeksiantaja kieltäytyi maksamasta toisesta korjauksesta, väittäen, että moottorissa ollut virhe oli johtunut toimeksisaajan huolimattomuudesta ensimmäisellä korjauskerralla. HD katsoi, että toimeksiantajalla oli väitteestään todistustaakka. Näyttökynnyksen ylittymiseksi kuitenkin riitti, että tämä saattoi tehdä vahingon syyn (virheellinen asentaminen) selvästi todennäköisemmäksi (”*klart mer sannolikt*”) kuin toimeksisaaja oman väitteensä.

NJA 1992 s. 740 I ja II. Tapauksissa oli kysymys rikosvahingon korvaamisesta sekä syy-yhteyttä koskevasta näyttökynnyksestä tilanteessa, jossa asianomistajien henkilövahinkojen väitettiin johtuneen heidän aikaisemmista terveysongelmistaan. Molemmissa tapauksissa HD katsoi (tapauksessa II ään. 3–2), että oireet johtuivat kohtuullisella todennäköisyydellä (”*överbägende sannolikhet*”) pahoinpitelyistä, vaikka ainakin toisessa tapauksessa asianomistajan perussairaus oli vaikuttanut uusiin oireisiin. Vastaajat tuomittiin maksamaan asianomistajille vahingonkorvausta.

NJA 1992 s. 896. Tapauksessa oli kysymys vahingonkorvausoikeudellisesta syy-yhteydestä. Vastaajayhtiön väitettiin räjäytystyön yhteydessä aiheuttaneen rakennuksen julkisivun rappaukseen halkeaman. HD katsoi olevan kohtuullisen todennäköistä (”*överbägende sannolikt*”), että räjäytysten aiheuttamat värähtelyt olivat irrottaneet rappausta, vaikka asiassa esitetyn selvityksen perusteella värähtelyjen taso olikin jäänyt niin alhaiseksi, että asianmu-
kaisessa kunnossa olevan rappauksen olisi tullut kestää ne vahingoittumatta.

⁶⁴² Ks. ratkaisun johdosta myös *Lindell NFT 1992*, passim. Ruotsin HD on ratkaisussa NJA 1992 s. 113 katsonut, että kuluttajavakuutustapauksille ominainen näyttökynnyksen alennus ei tule kysymykseen, kun pienyrittäjä hakee vakuutuskorvausta. Pienyrittäjältä edellytetään, että vakuutustapahtuman sattumista voidaan kokonaisarvioinnissa pitää selvästi todennäköisempänä (”*klart mer sannolikt*”) kuin että vakuutustapahtumaa ei olisi sattunut. Ratkaisussa NJA 1986 s. 3 on katsottu, että kuluttajavakuutustapahtumille ominainen näyttökynnyksen alennus ei tullut kysymykseen, kun riittäisyys kohdistui siihen, oliko auto varastettu vai kavallettu, jolloin oikeutta vakuutuskorvaukseen ei ollut. Ruotsin HD katsoi (ään. 3–2), näyttöä kokonaisuutena arvioiden, että auton varastetuksi tuleminen ei vaikuta ”oletettavammalta” (”*mera antagligt*”) kuin se, että auto olisi kavallettu, ja hylkäsi kanteen.

HD sovittelikin vahingonkorvausta katsoen, että vahingon aiheutumiseen oli osaltaan vaikuttanut rappausten huono kunto.

NJA 1993 s. 764. Tapauksessa oli kysymys vakuutuksenantajan regressioikeudesta sekä siitä, millaista näyttökynnystä sovelletaan jutussa, jossa regressikannetta ajava vakuutuksenantaja väitti vahingon aiheutuneen kunnallisen jätevesiverkon tulvimisesta. HD katsoi aikaisempaan ratkaisukäytäntönsä (NJA 1991 s. 481 ja ko. tapauksessa mainitut ratkaisut) viitaten, että sellaisissa jutuissa, joissa riittävyys kohdistuu syy-yhteyteen ja joissa on erityisen vaikeaa sulkea pois muiden kuin kantajan väittämän syyn todennäköisyys, sovelletaan alennettua näyttökynnystä. HD:n mukaan syy-yhteyden todistamiseen näissä tapauksissa riittää, että kantajan vetoamaa tapahtumainkulkua voidaan, näyttöä kokonaisuutena arvioitaessa, pitää selvästi todennäköisempänä (*”klart mer sannolikt”*) kuin vastaajan väittämää vahingon syytä. HD katsoi kantajan näytön ylittäneen näyttökynnyksen ja hyväksyi kanteen.

NJA 1999 s. 197. Tapauksessa ravihevosen omistaja vaati vahingonkorvausta ravivalmentajalta, jonka kanssa hän oli tehnyt sopimuksen siitä, että ravivalmentaja ottaisi hevosen haltuunsa ja valmentaisi siitä kilpahevosen. Hevonen oli vahingoittunut ravivalmentajan hoidossa seurauksin, että se jouduttiin myöhemmin lopettamaan. Hevosen vahingoittuminen oli tapahtunut olosuhteissa, joilla ei ollut yhteyttä hevosen harjoittamiseen tai kilpailuttamiseen. HD:n (ään. 4 – 1) mukaan ravivalmentaja ei ollut näyttänyt, että hevosen vahingoittuminen tapaturman johdosta oli selvästi todennäköisempää (*”klart mer sannolikt”*) kuin se, että vahingoittuminen oli johtunut hevosen sijoittamisesta hakaan yhdessä toisen hevosen kanssa. HD:n mukaan ravivalmentaja ei ollut saattanut kohtuullisen todennäköiseksi (*”överbagande sannolikt”*) sitäkään, että hevonen olisi vahingoittunut oman käyttäytymisensä johdosta tai sellaisesta syystä, joka olisi yhteydessä valmennuksen aiheuttamaan rasitukseen.⁶⁴³

NJA 2001 s. 368. Tapauksessa kantaja vaati vahingonkorvausta jätevesilaitoksen omistajalta huvilalleen aiheutuneesta vesivahingosta. Kantaja väitti vahingon johtuneen siitä, että jätevesi ei ollut päässyt poistumaan huvilalta syistä, jotka kuuluvat vesilaitoksen vastuupiiriin. HD katsoi aikaisempaan ratkaisukäytäntönsä viitaten, että kantaja on kyennyt ylittämään syy-yhteyttä koskevan näyttökynnyksen, jos hänen väitettään vahingon aiheuttaneesta tekijästä voidaan, näyttöä kokonaisuutena arvioiden, pitää selvästi todennä-

⁶⁴³ HD on aikaisemmassa ratkaisukäytännössään (NJA 1983 s. 617) katsonut vastaavanlaisessa tapauksessa, että kun ravihevonen vahingoittuu kilpailun tai valmentamisen yhteydessä, ravivalmentajan vastuu on ravivalmentamiseen liittyvien riskien vuoksi tuottamusperusteista. Ks. ratkaisun NJA 1983 s. 617 johdosta *Agell FS Hessler*, s. 9–12. Suomen KKO:n oikeuskäytännöstä ks. 1991:65: tapauksessa tallinpitäjä veloitettiin korvaamaan hevosen omistajalle aiheutunut vahinko, kun hevostalliin korvausta vastaan sijoitettu hevonen oli vahingoittunut niin, että se jouduttiin lopettamaan, eikä tallinpitäjä ollut näyttänyt vahingon johtuneen olosuhteista, joita hän ei ollut voinut välttää ja joiden seurauksia hän ei olisi voinut estää. (Ratkaisussa ei myöskään soviteltu vahingonkorvausta, kun vakuuttamisesta ei ollut sovittu, eikä jutussa ollut esitetty selvitystä alan vakuuttamismahdollisuuksista ja -käytännöstä).

köisempänä (*”klart mer sannolikt”*) kuin vastaajan väittämää syytä vahingolle. HD katsoi, että kantajan näyttö ylitti näyttökynnyksen ja asetti vastaajan tuottamuksesta riippumattomaan vahingonkorvausvastuuseen aiheutuneesta vahingosta.

NJA 2001 s. 657. Tapauksessa vakuutuskorvausta vaatinut kantaja väitti selkäkipujensa olevan seurausta työtapaturmasta, kun taas vastaajana olevan vakuutusyhtiön mukaan selkäkivut johtuivat kantajan selän degeneratiivisista muutoksista, jotka olisivat ennen pitkää johtaneet työkyvyttömyyteen. HD otti vakuutustapahtuman ja oireiden syy-yhteyden lisäksi kantaa siihen, miten on arvioitava vakuutuksenottajaa hoitaneen lääkärin ja vakuutuslääkäreiden kertomuksia. HD katsoi kantajasta esitetyillä hoitopäiväkirjoilla näytetyksi, että tällä oli ollut selkäkipuja aikaisemminkin. HD kiinnitti kuitenkin huomiota siihen, että kantaja ei ollut joutunut olemaan kipujensa vuoksi päiväkään sairaalomalla. Asiassa oli myös selvitetty, että kantajan terveydentila oli heikentynyt akuutisti tapaturman jälkeen, ja että heikentyminen oli lopulta johtanut työkyvyttömyyteen. Vaikka asiassa oli jäänyt selvittämättä, olisiko kantaja ilman tapaturmaa ollut työkykyinen edelleenkin, HD piti selvästi todennäköisempänä (*”klart mer sannolikt”*), että työkyvyttömyyteen johtaneet selän oireet olivat johtuneet tapaturmasta kuin että oireet olisivat olleet tapaturmasta riippumattomia.

NJA 2006 s. 721. Tapauksessa vakuutuskorvausta vaatinut kantaja väitti, että hänen autonsa takapeili oli vahingoittunut, kun siihen oli osunut vastaan tullut auto. Kantajan mukaan vastaan tullut auto oli ajanut kapealla tiellä liian kovaa vauhtia, ja auto oli myös ollut osin vastaan tulijan kaistalla. Vastaan tulleen auton kuljettaja ei kuitenkaan ollut törmäyksen jälkeen pysähtynyt, joten hän oli jäänyt tuntemattomaksi. HD katsoi, että tapaus erosi aikaisemmasta vakuutus oikeudellisesta ratkaisusta (NJA 1984 s. 501) siten, että kantaja oli itse ollut paikalla vahingon sattuessa; ”useissa tällaisissa tapauksissa todistusaineiston voidaan olettaa olevan parempi kuin varkaustapauksissa”. Myös sen, että vakuutusta vaadittiin muusta kuin vahingonkäräjien omasta vakuutuksesta, katsottiin voivan tulla kysymykseen näyttövaatimuksen ankaroitamisperusteena. HD viittasi vahingonkorvausoikeudelliseen oikeuskäytäntöön ja katsoi, vahingonkäräjien ja vakuutuksenottajien kollektiivin etuja punnittuaan, näyttökynnyksen ylittymisen edellyttävän, että kantajan väittämää vahingon syytä voidaan pitää selvästi todennäköisempänä (*”klart mer sannolikt”*) kuin sitä, että vahinko olisi aiheutunut jostakin muusta syystä. Kun näyttö ei riittänyt ylittämään näyttökynnystä, kanne hylättiin.

NJA 2007 s. 461. Tapauksessa liikenneonnettomuudessa vahingoittunut kantaja vaati, että työkyvyttömyysajalta maksettavan ansionmenetyskorvauksen määrä laskettaisiin niiden tulojen perusteella, jotka hän olisi saanut, jollei liikenneonnettomuutta olisi sattunut. Kantaja oli vahingon sattumisaikaan työtön, mutta hän väitti, että olisi päässyt Norjaan rakennustöihin, jollei vahinkoa olisi sattunut. HD:n mukaan täyden näytön esittäminen siitä, millaisiksi vahingonkäräjien tulot olisivat ilman vahinkoa muodostuneet, on mahdotonta. HD:n mukaan vahingonkäräjien tuleekin saada ansionmenetyskorvaus suurempien tulojen perusteella laskettuna, jos vaikuttaa todennäköiseltä

(”om det framstår sannolikt”), että hän olisi ollut oikeutettu tällaisiin tuloihin ilman vahingon aiheutumista. HD hyväksyi kanteen katsoen, että kantaja oli saattanut todennäköiseksi, että hän olisi mennyt töihin Norjaan, jollei vahinkoa olisi sattunut.

Edellä mainittujen ratkaisujen perusteella voidaan tiivistetysti todeta, että Ruotsin oikeuskäytännössä näyttökynnystä on alennettu tyypillisesti silloin, kun juttuun on liittynyt erityisiä näyttövaikeuksia, joiden vuoksi olisi kohtuutonta edellyttää vahingonkäräjältä tai kuluttajalta ”täyttä näyttöä” tai korkeahkoa todennäköisyysnäyttöä.⁶⁴⁴ Kuluttajavakuutusasioissa ja ympäristövahingoissa vaatimus on madallettu näyttöennemmyyteen, kun taas yritysvakuutustilanteissa sekä silloin, kun vahinkoon vaikuttaa olevan useita mahdollisia syitä, edellytetään, että todistustaakan rasittaman asianosaisen väite vaikuttaa ”selvästi todennäköisemmältä” kuin muut vaihtoehdot.⁶⁴⁵ Ruotsin oikeuskäytännössä voidaan tältä osin selvästi nähdä *Per Olof Ekelöf*n teorian vaikutusta.

6.5.4 Näyttöennemmyysperiaate Norjassa

6.5.4.1 Näyttöennemmyysperiaate Norjan oikeuskirjallisuudessa

Näyttöennemmyysperiaate on Norjan oikeuskirjallisuudessa riita-asioiden näytön arvioinnin johtava periaate.⁶⁴⁶ Näyttöennemmyysperiaatteen isänä pidetään, kuten todettua, *Torstein Eckhoffia*; periaatteeseen ovat suhtautuneet myönteisesti myös muut tutkijat, kuten *Jens Edvin A. Skoghøy*, *Jo Hov*, *Tore Schei*, *Nils Nygaard* ja *Magne Strandberg*. Näistä tutkijoista kukaan ei kuitenkaan ole sitä mieltä, että näyttöennemmyysperiaatetta tulisi soveltaa todistustaakkanormit korvaavana yksinomaisena sääntönä, vaan kysymys on pääperiaatteesta, josta voidaan poiketa useammallakin perusteella.

⁶⁴⁴ Anders Agell (*FS Ekelöf*, s. 19 – 20) katsoo, että syy-yhteyksikysymyksissä on mahdollisesti sovellettu näyttöennemmyysperiaatetta; Agellin mukaan tilanteissa, joissa todistusaineisto koostuu olennaisesti lääketieteellisestä selvityksestä, kummallekaan asianosaiselle ei tulisi asettaa todistustaakkaa, vaan tuomioistuimen tulisi soveltaa näyttöennemmyysperiaatetta.

⁶⁴⁵ Ks. myös *Diesen* 1999, passim. sekä *Brun – Diesen – Olsson* 2000, s. 453. Lainvalmisteluaineistossa katsotaan, että näyttöennemmyysperiaatetta (*övertviktsprincip*) hyödyntää myös poikkeuslupan edellytyksiä harkitseva kilpailuviranomainen, joka punnitsee yhteiskuntahyötyä sekä kilpailurajoituksen haittavaikutuksia (Prop. 1992/93:56, s. 23). Näyttökynnyksen on katsottu olevan näyttöennemmyysperiaatteen tasolla myös silloin, kun vindikaatiokannetta ajavalla alkuperäisellä omistajalla on todistustaakka luovutuksensaajan vilpillisestä mielestä (Prop. 1985/86:123, s. 53).

⁶⁴⁶ *Skoghøy* 2001, s. 675 viitteineen. *Magnus Stub* (*LoR* 2006, s. 631) katsoo, että sitä tulisi noudattaa johtavana periaatteena myös hallintoprosessissa.

Näyttöenemmyysperiaatteen merkitystä on varoitettu ylikorostamasta. Näyttöenemmyys on perusmuodossaan lievin mahdollinen näyttökynnys.⁶⁴⁷ Sitä ei voida soveltaa, kun tuomioistuim ei pidä mitään seikkaa todennäköisenä. Kun ”täydellinen epäily” vallitsee, tuomioistuimen tulisi *Eckhoffin* mukaan soveltaa vaihtelevia näkökohtia; todisteluun varautumisenäkökohtien lisäksi todistelun riski voidaan säilyttää sille asianosaiselle, joka vaatii vallitsevaan oikeustilaan muutosta.⁶⁴⁸ Käytännössä todistustaakka rasittaisi kantajaa. Oikeustila, johon muutosta vaaditaan, presumoidaan lainmukaiseksi, ja todistustaakan jako voidaan sanoa liitettävän oikeutta perustavaan tai oikeutta muuttavaan seikkaan.⁶⁴⁹ Tällainen todistustaakan jakoperuste voidaan liittää tosiseikkojen kolmijakoteoriaan, johon Suomessa suhtaudutaan nykyään nuivasti.

Todistustaakan säilyttämistä kantajalle voidaan nimittää myös *status quo* -periaatteeksi. Se on yhdenmukainen liberalistisen vahingonkorvausoikeudellisen järjestelmän peruslähtökohtien kanssa. Vahinkojen korvaamisen ei katsota edustavan järjestelmän periaatteellista lähtökohtaa, vaan yksilöllisyyttä painottavaan maailmankuvaan soveltuu paremmin, että jokainen kärsii vahinkonsa itse. Velvollisuus korvata toiselle aiheutunut vahinko edellyttää oikeusperustetta. *Korvauksettomuuden periaate* voidaan esinevahinkojen osalta liittää yksityisomistuksen keskeisiin piirteisiin. Omistajalla on paitsi oikeuksia, myös velvollisuus huolehtia omaisuudestaan. Jos omaisuusvahingot aina korvattaisiin, helposti vahingoittuvaan omaisuuteen investoineet tai huolimattomat henkilöt päätyisivät muita parempaan asemaan, koska heille annettaisiin näin mahdollisuus käyttää osuuttaan enemmän yhteisön kokonaisresursseista, kuin huolellisesti menetelleille.⁶⁵⁰

Vahingonkorvausoikeudellinen peruslähtökohta vaikuttaa osapuolten toimintavelvollisuuksiin korvausoikeudenkäynnissä. Korvauksettomuuden periaatteeseen nähden on johdonmukaista edellyttää, että korvausta vaativa näyttää oikeudenkäynnissä toteen korvausvastuun syntyminen edellytykset.⁶⁵¹ Ellei vahingonkorvausta vaativa asianosainen kykene todistamaan niitä, tuomioistuimen tulee hylätä kanne. Kanteen hylkäävä tuomio merkitsee (korvauksettomuuden periaatteen nojalla presumoidun eli) vallitsevan oikeustilan säilyttämistä. Oikeustilan muuttaminen eli korvausvelvollisuuden asettaminen vastajalle edellyttää tuomioistuimen vahvistus- ja suoritustuomiota.

Status quo -periaate soveltuu myös sopimusoikeudellisiin todistelutilanteisiin. Kun asianosaisten välinen riitaisuus kohdistuu sopimuksen syntymiseen, tuomioistuim ei voi perustaa tuomiota sopimuksen syntymiseen, ellei tästä seikasta vallitse näyttöenemmyyttä. Lähtökohdaksi oletetaan siten sopimukseton

⁶⁴⁷ *Skoghøy* 2001, s. 676.

⁶⁴⁸ Ks. *Eckhoff* 1943, s. 122 ss, *Eckhoff TjR* 1949, s. 303.

⁶⁴⁹ *Skoghøy* 2001, s. 677.

⁶⁵⁰ *Häyhä OTJP* 1999, s. 117.

⁶⁵¹ *Häyhä OTJP* 1999, s. 118.

tila, mikä vastaa toista varallisuus oikeudellista peruslähtökohtaa, sopimusvapauden periaatetta. Vastaavasti, kun riittävyys kohdistuu sopimuksen pätevyyyteen ja sopimussidonnaisuuden syntyminen on osoitettu, ei tuomioistuin voi vahvistaa sopimusta pätemättömäksi, ellei jonkin pätemättömyysperusteen kärsillä olemisesta vallitse näyttöönemmyyttä.⁶⁵²

Status quo -periaatetta vastaan voidaan kuitenkin tehdä huomautuksia. Argumentaatio muistuttaa erityisesti sopimusoikeudellisissa tilanteissa aivan erehdyttävästi todistustaakan jaon kolmijakoteoriaa, eikä esimerkiksi reaalisilla argumenteilla vaikuta olevan sijaa todistustaakan jaossa. Periaate liittyy myös jatkuvuusteorian tunnettuun todistustaakan jakoperiaatteeseen, jossa lähtökohtana on pidetty oikeudellisen tilan ja siinä tapahtuvien muutosten välistä vastaakohtaa. Jos oikeudellisen tilan selvittämisessä on onnistuttu, yleinen elämäntilanne puhuu sen jatkumisen puolesta. Oikeustila siis presumoidaan oikeaksi. Jatkuvuusteorialla on esimerkiksi esineoikeudellisen hallinnan jatkumisen osalta merkitystä, mutta yleisemmäksi todistustaakan jakoperiaatteeksi siitä ei edes esineoikeuden alalla ole, puhumattakaan siitä, että periaatetta voitaisiin hyödyntää yleisemmällä tasolla. Useissa tapauksissa jatkuvuuden edellyttäminen on perusteetonta: näin esimerkiksi silloin, kun riittävyys kohdistuu kauppahinnan suuruuteen, tavarantoiminnan tai ylivoimaiseen esteeseen.⁶⁵³

Näyttöönemmyysperiaatetta ei voida Norjassa soveltaa myöskään silloin, kun lainsäädännössä säädetään kvalifioitavista todennäköisyydestä eli normiin sisältyy jokin näyttökynnysilmaus.⁶⁵⁴ Norjan oikeudessa tunnetaan todistustaakan normejakin. Sopimusoikeudellisissa jutuissa sovelletaan käännettä todistustaakkaa. Käännettä todistustaakkaa käytetään esimerkiksi seuraavissa laeissa.⁶⁵⁵

Sotaeläkelainsäädännössä (*lov om krigspensjonering*), jota sovelletaan yli kuusi kuukautta sotavankeina toisen maailmansodan olleisiin henkilöihin, työkyvyn menettämisen oletetaan johtuvan sotavankeudesta, ”ellei ole ilmeistä, että työkyvyn menettämisen ja vankeuden välillä ei ole yhteyttä” (*”med mindre det er åpenbart at det ikke kan være sammenheng mellom tap av ervedsevne og fangenskap”*). Työtapaturmavakuutuslaissa (*lov om yrkesskadeforsikring*) työtapaturman oletetaan johtuvan työpaikan olosuhteista, ellei työnantajan vakuutusyhtiö voi näyttää, että ”tämä ei ilmeisesti pidä paikkaansa” (*”kan bevise at dette åpenbart ikke er tilfellet”*).⁶⁵⁶ Tartuntatautilain-

⁶⁵² Skoghøy 2001, s. 677.

⁶⁵³ Halila 1955, s. 33.

⁶⁵⁴ Ks. niistä Skoghøy 2001, s. 681–684.

⁶⁵⁵ Ks. käännettä todistustaakasta lainsäädännössä NOU 2004:23, s. 206 sekä oikeuskirjallisuudessa Hov 1999, s. 272–273 ja Skoghøy 2001, s. 676–680.

⁶⁵⁶ Lainvalmisteluaineistossa (NOU 1988:6, s. 73–74) todistustaakan kääntämistä perustellaan syy-yhteyden näyttövaikeuksilla sekä tavoitteella säästää yhteiskunta ja asianosaiset ammatitaitajia koskevilta oikeusridoilta. Korvauksen saamista ei kuitenkaan pidetä lainvalmisteluaineistossa automaationa, vaan vakuutusyhtiö voi välttyä korvausten maksamiselta näyttämällä

säädännössä (*smittevernloven*) valtio asetetaan vahingonkorvausvastuuseen pakollisten tai suositeltujen rokotusten väitetystä aiheuttamasta henkilövahingosta, jollei valtio voi ”osoittaa, että yksi tai yksi tai useampi muu syy on todennäköisempi (*”ikke kan godtgjøre at en eller flere andre årsaker er mer sannsynlig”*) vahingon aiheuttajia kuin rokotus.

Osin käännettyä todistustaakkaa sovelletaan myös syrjintäasioissa, joissa kantajan tulee esittää syrjintäpresumption muodostavaa näyttöä, jotta todistustaakka kääntyisi vastapuolelle; tältä osin todistustaakkasääntely muistuttaa muiden Pohjoismaiden säännöksiä.⁶⁵⁷ Muita näyttöenemmyysperiaatteesta poikkeamiseen oikeuttavia perusteita ovat esimerkiksi aineellisesti väärän tuomion kustannukset⁶⁵⁸, epävarmuudella spekuloinnin estäminen, todisteluun varautumismääräkohdat⁶⁵⁹, todistustaakkanormien käyttäminen illojaalin prosessaamisen sanktiona jne.⁶⁶⁰ Nämä todistustaakan jakoargumentit tunnetaan myös Suomen oikeuskirjallisuudessa.

6.5.4.2 Näyttöenemmyysperiaate Norjan oikeuskäytännössä

Näyttöenemmyysperiaate on johtava näytön arvioinnin periaate myös Norjan oikeuskäytännössä, jossa se omaksuttiin vähitellen.⁶⁶¹ Høyesterettin ensimmäinen näyttöenemmyysperiaatetta ilmentävä ratkaisu, jonka perusteluista oikeuskirjallisuudessa on tosin arvosteltu epäselviksi, on vuodelta 1955. Tuossa tapauksessa Høyesterett käytti perusteluissaan ensimmäisen kerran muotoilua *kohtuullinen todennäköisyys* (*”rimelig sannsynlighet”*), joka on sittemmin muutettu muotoon *kohtuullinen todennäköisyyksenemmyys* (*”rimelig sannsyn-*

jonkin muun synn.

⁶⁵⁷ Ks. tämän johdosta NOU 2002:12, s. 254, jossa arvioidaan, että kysymyksessä ei ole merkittävä poikkeus yleisistä prosessuaalisista säännöistä. Vastaajat esittävät yleensä muutenkin vastanäyttöä, mutta syrjintäasioissa tähän asetetaan ”suurempi muodollinen vastuu”, koska epävarmuus voi helpommin koitua vastaajan vahingoksi.

⁶⁵⁸ Tähän näkökohtaan viitataan nimenomaisesti esim. jäljempänä käsiteltävässä ratkaisussa Rt. 1996 s. 864.

⁶⁵⁹ Høyesterett on esimerkiksi ratkaisussa Rt. 1989 s. 674 katsonut lääkäreiden päiväkirjamerkintöjen puutteellisuuden johtavan siihen, että näiden on katsottu menetelleen tuottamuksellisesti. Ratkaisussa Rt. 2009 s. 920 näyttöenemmyysperiaatteesta poikettiin työtapaturmavakuutusasiassa, koska vahingonkäräjällä katsottiin olleen vakuutusyhtiötä paremmat mahdollisuudet varautua todisteluun.

⁶⁶⁰ Ks. niistä kootusti *Nygaard* 1986, s. 479, *Hov* 1999, s. 262–263, *Skoghøy* 2001, erit. s. 673–676 ja *Strandberg* 2005, s. 85 ss. Ks. Norjan vahingonkorvausoikeudessa esitetystä perusteista kääntää todistustaakka vahingonaiheuttajalle *Lødrup* 1999, s. 327–330 ja *Nygaard* 2000, s. 335–343.

⁶⁶¹ Näyttöenemmyysperiaatteen johtava asema todetaan myös lainvalmisteluaineistossa: ks. NOU 2000:33, s. 49, NOU 2002:12, s. 253, NOU 2004:23, s. 206 ja NOU 2004:3, s. 223, Ot.prp. nr.69, 2006–2007, s. 29, Ot.prp.nr.33, 2004–2005, kappale 11.2, Ot.prp.nr.103, 2004–2005, s. 24.

lighetsovervekt”) ja jonka katsotaan ilmentävän näyttöenemmysperiaatteen soveltamista.

Rt. 1955 s. 919. Tapauksessa oli kysymys näyttöepävarmuudesta tilanteessa, jossa erään miehen väitettiin vuonna 1949 kuolleen sotakokemustensa aiheuttamaan tai pahentamaan verenpainetautiin. Hän oli vuoden 1941 loka-kuussa ollut Pohjois-Atlantilla laivassa, johon osui torpedo, ja kärsinyt tuossa yhteydessä vaikeita henkilövahinkoja. Mies oli ennen mainittua kokemustaan ollut täysin terve ja työkykyinen, mutta sen jälkeen hän oli joutunut sairaalaan puoleksitoista vuodeksi, ja muuttunut täysin hermoraunioksi. Høyesterett katsoi, asiantuntijatodisteluun viitaten, että syy-yhteys sotakokemusten ja kuoleman välillä oli ”kohtuullisen todennäköinen” ja vaikutti kokonaisarviointissa ”läheisimmältä” (*”den mest naerliggende”*).⁶⁶²

Rt. 1961 s. 973. Tapauksessa vaadittiin vakuutusyhtiöltä korvausta kuolemantapauksesta, jonka väitettiin olleen syy-yhteydessä liikenneonnettomuuteen. Liikenneonnettomuudessa olivat törmänneet auto ja pyöräilijä, joka noin kuuden viikon kuluttua onnettomuudesta oli hukkunut. Kannetta ajaneet omaiset väittivät, että hukkumisen syynä oli aivovamma, jonka mies oli saanut onnettomuudessa. Høyesterett katsoi äänin 3–2 näytetyksi, että mies ei ollut saanut aivovammaa onnettomuudessa; vähemmistön mukaan aivovamman mahdollisuutta ei voitu poissulkea, mutta vamma ei kuitenkaan olisi ollut syy-yhteydessä kuolintapaukseen.⁶⁶³

Rt. 1975 s. 82. Tapauksessa oli kysymys liikenneonnettomuudessa saatujen vammojen ja vuosia myöhemmin puhjenneen epilepsian välisestä syy-yhteydestä. Høyesterett katsoi syy-yhteyden hyväksi vallitsevan ”kohtuullisen todennäköisyyksen myyden”; tämä tapaus lienee ensimmäinen, jossa Høyesterett käytti kyseistä ilmausta.⁶⁶⁴

Rt. 1979 s. 1224. Tapauksessa kantaja väitti, että kunnan toimittama vesi oli sisältänyt erityisen paljon rautaoksidia, mikä oli muodostanut erään pesulan painekattilan ohjauslaitteelle ruostepinnoituksen, jonka vuoksi kattila ei ollut toiminut normaalisti, vaan vaurioitunut. Høyesterett katsoi, riitakysymykset teemakohtaisesti analysoiden, että syy-yhteys vastuuperusteen ja aiheutuneen vahingon välillä oli kohtuullisen todennäköinen.⁶⁶⁵

⁶⁶² Ks. tapauksesta *Nygaard – Hagen – Nome* 1986, s. 60–61, 136–137 sekä *Nygaard TjR* 2002, s. 55.

⁶⁶³ Ks. tapauksesta *Nygaard – Hagen – Nome* 1986, s. 112–113 ja *Nygaard* 2000, s. 338, 342.

⁶⁶⁴ Ks. tapauksesta *Nygaard* 2000, s. 337.

⁶⁶⁵ Ks. tapauksesta *Nygaard – Hagen – Nome* 1986, s. 129, 138, *Nygaard FS Eckhoff*, s. 487–488.

Näyttöenemmyysperiaatteen lopullisena läpimurtona pidetään Høyesterettin ratkaisua Rt. 1992 s. 64, joka tunnetaan oikeuskirjallisuudessa nimellä *P-Pilledom II*.⁶⁶⁶

Ratkaisussa kysymys oli ehkäisy pillereiden käytöstä aiheutuneiksi väitettyjen, vaikeiden henkilövahinkojen korvaamisesta. Tapauksen kantaja, 23-vuotias nainen, sai kesäkuussa 1976 aivohalvauksen, joka johti liikunta- ja puhekyvyn menettämiseen. Naiselle myönnettiin syksyllä 1976 täysi työkyvyttömyyseläke. Vahingonkorvauskanne, jossa henkilövahinkojen väitettiin aiheutuneen ehkäisy pillereiden käyttämisestä, nostettiin vuonna 1984 ehkäisy pillereitä Norjassa markkinoinutta yhtiötä vastaan.

Alioikeus (Asker og Bærum herredsrett) katsoi, että ehkäisy pillereiden ja aivohalvauksen välillä oli syy-yhteys, ja että vastaaja oli tuottamuksesta riippumattomassa vastuussa aiheutuneista vahingoista. Alioikeus katsoi myös, että oikeus korvaukseen ei ollut vanhentunut. Lagmannsrett (Eidsivating lagmannsrett) katsoi, että syy-yhteyttä ei ollut, eikä siksi otanut kantaa vastuunmuotoon. Høyesterett katsoi (ään. 3–2), että syy-yhteyttä pillereiden käyttämisen ja henkilövahinkojen välillä oli pidettävä todennäköisempänä kuin sitä, että vahingot olivat aiheutuneet pillereiden käytöstä riippumatta. Høyesterett asetti vastaajan myös tuottamuksesta riippumattomaan vahingonkorvausvastuuseen sekä katsoi, että oikeus vahingonkorvaukseen ei ollut vanhentunut.

Ratkaisulla muutettiin aikaisempaa oikeuskäytäntöä: vuonna 1974 (Rt. 1974 s. 1160, ns. P-Pilledom I) Høyesterett hylkäsi vastaavanlaisen kanteen, jossa perilliset vaativat vahingonkorvausta vainajan kuoleman johdosta, katsoen sen aiheutuneen ehkäisy pillereiden käyttämisestä. Høyesterett katsoi, että ”kohtuullisen näyttöenemmyyden” (*”rimelig sannsynlighetsovervekt”*) vaatimus ei ylittynyt ja hylkäsi kanteen; tuossa ratkaisussa ei tosin otettu kantaa vastuunmuotoon.⁶⁶⁷

Vaikka P-Pilledom II -jutussa näyttöenemmyysperiaatetta sovellettiin vain syy-yhteyskysymyksen osalta, tuomiota on tulkittu niin, että tuon ratkaisun myötä näyttöenemmyysperiaatteesta on muodostunut johtava siviilijutuissa noudatettava periaate.⁶⁶⁸ Høyesterett on ratkaisun jälkeisessä oikeuskäytännössään ope-

⁶⁶⁶ Norjan oikeuskirjallisuudessa näkemys P-Pilledom II -tapauksesta näyttöenemmyysperiaatteen läpimurtona näyttää olevan hyvin yksimielinen: ks. esim. *Hov* 1999, s. 264–265, *Michelsen* 1999, s. 211, *Skoghøy* 2001, s. 675, *Nygaard TjR* 2002, s. 53, *Strandberg* 2005, s. 83 ja *Kolflaath LoR* 2008, s. 162.

⁶⁶⁷ Ks. ratkaisusta P-Pilledom I esim. *Nygaard FS Eckhoff*, s. 479, *Nygaard – Hagen – Nome* 1986, s. 61–62 sekä *Nygaard SSL* 2001, passim.

⁶⁶⁸ Ks. esim. *Skoghøy* 2001, s. 675, *Hov* 1999, s. 265, *Nygaard TjR* 2002, s. 53 ja *Strandberg* 2005, s. 83. Ratkaisua on lainvalmistelulainuudessa (NOU 2000:16, kappale 1.15.2) pidetty myös ”tärkeimpänä Norjan vahingonkorvausoikeuden syy-yhteysvaatimusta koskevana oikeuslähteenä”.

roinut näyttöönemmyysperiaatteelle tyypillisillä ilmauksilla.⁶⁶⁹ Norjan siviili-prosessia on uudistettu 1.1.2008 voimaan tulleella lailla riita-asioiden sovittelusta ja oikeudenkäyntimenettelystä (*tvisteloven*), mutta näyttöönemmyysperiaate säilyttäneen asemansa jatkossakin, koska uudistuksessa ei muutettu näytön arvioinnin sääntelyä.⁶⁷⁰ Näyttöönemmyysperiaatetta on hyödynnetty ainakin seuraavissa Høyesterettin ratkaisuisa:

Rt. 1997 s. 883. Vastaaja oli aiheuttanut kantajalle vakavan ruumiinvamman. Høyesterettissä kysymys oli enää vahingonkorvauksesta, jota oli soviteltu jo lagmansrettissä. Vastaaja vetosi lisäsovittelevaatuksensa tueksi usealla perusteella siihen, että kantajan terveydentila ja ansiotulot olisivat ilman vastaajan tekoakin johtaneet heikkoon terveydentilaan ja alhaisiin ansioihin: tällaisia perusteita olivat esimerkiksi kantajan lapsena kärsimät sairaudet, heikko aineenvaihdunta, iskiasvaivoista johtuvat sairaslomat sekä hänen joutumisansa auto-onnettomuuteen, mistä oli voinut aiheutua niskan retkahdusvamma. Høyesterett katsoi kuitenkin, että vastaajan olisi tullut esittää vetoamis-taan perusteista edes näyttöönemmyyden (*”overvekt av sannsynnlighet”*) ylittävää näyttöä, jotta niiden vaikutusta olisi voitu arvioida – vahingonkär-sijän todistustaakkaa ei katsottu voitavan ulottaa tällaisten seikkojen todista-miseen.

Rt. 2000 s. 418. Tapauksessa oli kysymys vakuutuskorvauksesta. Høyesterett katsoi, että vakuutustapahtumaksi vedotun autokolarin ja niskan retkahdus-vamman välillä vallitsi syy-yhteys. Høyesterettin mukaan vakuutusyhtiö ei ollut esittänyt näyttöä, jonka perusteella voitaisiin pitää todennäköisempänä (*”overveiende sannsynlig”*), että oireet olisivat aiheutuneet, vaikka perään-ajoa ei olisi sattunut. Todistustaakka syy-yhteydestä toisin sanoen käännetiin: vakuutusyhtiöltä edellytettiin näyttöä siitä, että oireet olisivat aiheutu-neet vakuutustapahtumasta huolimatta. Høyesterett kuitenkin hylkäsi kan-teen katsoen, että syy-yhteydestä huolimatta oireet olivat siten ennalta-ar-vaattomia, että vakuutusyhtiötä ei ollut kohtuullista velvoittaa korvaamaan vahinkoa.⁶⁷¹

Rt. 2000 s. 915. Tapauksessa oli kysymys lääkevahingosta. Høyesterett kat-soi (ään. 3–2), että lääkeaineen (Dispril) käyttämisen ja kantajalle aiheutu-neen vaikean ihosairauden (Stevens-Johnsonin oireyhtymä) välisestä syy-yhteydestä esitetty näyttö riitti ylittämään näyttöönemmyyden (*”sannsynli-hgetsovervekt”*) vaatimuksen, eikä oikeus vaatia vahingonkorvausta ollut van-hentunut. 9-vuotiaan kantajan äidin katsottiin olleen riittävän aktiivinen va-hingin syyn selvittämisessä.

⁶⁶⁹ Näyttöönemmyysperiaatteen johtava asema on todettu myös esim. ratkaisuisa Rt. 1996 s. 864, Rt. 2005 s. 495 ja Rt. 2009 s. 920. Ks. P-Pilledom II -tapauksen jälkeisestä oikeuskäytän-nöstä myös *Skoghøy 2001*, s. 675, alaviite 25.

⁶⁷⁰ Ks. näytön arvioinnin kysymyksistä *NOU 2001:32A*, s. 455–460, erit. s. 455 ja 459, joissa todetaan, että näyttöönemmyysperiaate on johtava näytön arvioinnin periaate.

⁶⁷¹ Ks. tapauksen johdosta *Nygaard LoR 2000*, passim.

Rt. 2005 s. 495. Tapauksessa kantaja oli saanut keuhkosityövän tupakoituaan n. 10–15 savuketta päivässä 19 vuoden ajan (1977–1992) ja altistuttuaan myös työssään ravintolassa passiiviselle tupakoinnille 15 vuoden ajan (1977–1992). Kysymys oli siitä, voitiinko sairaus kokonaisuudessaan katsoa korvattavaksi ammattitaudiksi. Høyesterett katsoi, näyttökynnyksen näyttöenemmyysperiaatteen mukaisesti asettaen, että koska passiivista tupakointia ei voitu pitää keuhkosityövän pääasiallisena syynä, sairautta ei korvattu ammatitautina.⁶⁷²

Rt. 2007 s. 1370. Tapauksessa kantaja vaati työtapaturmakorvausta väittäen, että vuonna 2000 ajankohtaistuneet niskan oireet olivat syy-yhteydessä vuonna 1995 sattuneeseen työtapaturmaan, jossa kantaja oli väitetysti pudonnut kahden metrin korkeudesta. Høyesterettin mukaan todistustaakka syy-yhteydestä rasitti kantajaa; näytön arvioinnissa Høyesterett päätyi siihen, että kantaja ei todistelullaan kyennyt ylittämään näyttöenemmyyden vaatimusta.⁶⁷³

Rt. 2010 s. 224. Tapauksessa oli kysymys asianajajien kurinpitolautakunnan päätöksen pätevyydestä sekä siitä, millaista näyttökynnystä sovelletaan arvioitaessa sitä, onko asianajaja menetellyt hyvän asianajotavan vastaisesti. Høyesterettin mukaan kurinpitoasioissa ei ollut perustetta poiketa näyttöenemmyysperiaatteesta, sillä ankaramman näyttövaatimuksen asettaminen horjuttaisi kurinpitojärjestelmää, eikä ankarammalle näyttövaatimukselle ollut tukea myöskään laissa tai lainvalmisteluaineistossa.

Näyttöenemmyysperiaatteen soveltaminen tarkoittaa käytännössä sitä, että tuomio perustetaan sellaiseen seikkaan, jonka hyväksi vaikuttaa näytön perusteella ”kohtuullinen todennäköisyyksenemmyys”. Näyttöenemmyysperiaatetta sovellettaessa jonkin todistusteeman tulee siis olla todennäköisempi kuin tuon todistusteeman vastakohta on. Todistusteeman vastakohdalla tarkoitetaan jokaista seikkaa, joka sulkee todistusteeman pois.⁶⁷⁴ Näyttöenemmyyden vaatimuksen on numeerisesti määritellen tulkittu edellyttävän, että todistusteeman todennäköisyys on ratkaistavana olevassa jutussa vähintään 51 prosenttia sadasta. Oikeuskirjallisuudessa on esitetty myös, että ”kohtuullinen” näyttöenemmyys edellyttäisi vähintään 55 prosentin todennäköisyyttä.⁶⁷⁵

Näyttöenemmyysperiaatteesta on Høyesterettin oikeuskäytännössä katsottu voitavan poiketa molempiin suuntiin. Näyttöenemmyyttä ankarampaa näyttöä, ”selvää näyttöenemmyyttä” on edellytetty ratkaisuisissa Rt. 1990 s. 688, Rt. 1990 s. 1082, Rt. 1995 s. 1641 ja Rt. 1996 s. 864.⁶⁷⁶

⁶⁷² Ks. tapauksen johdosta *Skjerdal TjE* 2005, erit. s. 270–273.

⁶⁷³ Ks. tapauksen johdosta *Nygaard TjE* 2008, erit. s. 298–303.

⁶⁷⁴ *Strandberg* 2005, s. 83.

⁶⁷⁵ Norjan lainvalmisteluaineistossa (Ot.prp.nr.103, 2004–2005, s. 24) näyttöenemmyyden vaatimuksen on tulkittu olevan prosentuaalisesti 51 %. Ks. *Diesen* 1999, s. 102–103.

⁶⁷⁶ *Anne Robberstad (FS Fleischer*, s. 468) katsoo ”selvän näyttöenemmyyden” olevan ”paljon enemmän kuin 51 %”.

Rt. 1990 s. 688. Tapauksessa oli kysymys liikennevakuutuskorvauksesta. Riitaisuus kohdistui siihen, oliko kantaja ajanut autoa alkoholin vaikutuksen alaisena. Kantajaa vastaan ajettu rattijuopumussyte oli aikaisemmin hylätty. Høyesterett kuitenkin hylkäsi kanteen. Ratkaisun perustelujen mukaan näyttökynnyksen ylittyminen asiallisesti rattijuopumusta tarkoittavan väitteen osalta edellyttää lähtökohtaisesti ”selvää näyttöenemmyyttä” (*”klar sannsynlighetsovervekt”*). Näyttökynnystä voidaan kuitenkin alentaa, kun henkilö laiminlyö vaikuttaa asian selvittämiseen, vaikka hänellä on siihen painavia syitä. Näyttöä kokonaisuutena arvioiden Høyesterett katsoi, että kantajan rattijuopumuksesta esitetty näyttö ylittää ”selvän näyttöenemmyyden” vaatimuksen.

Rt. 1990 s. 1082. Tapauksessa oli kysymys vakuutuskorvauksesta. Vakuutuksenottajan aviopuolisoa oli syytetty vakuutustapahtuman muodostaneen tulipalon sytyttämisestä, mutta syyte oli hylätty. Vakuutusyhtiö oli kieltäytynyt Norjan vakuutussopimuslain (*forsikringsavtaleloven*) 18 ja 19 §:ien nojalla korvaamasta vakuutustapahtumaa. Høyesterett katsoi, että palon syttymiselle ei ollut esitetty ”muuta järkevää selitystä” (*”noen annen rimelig forklaring”*) kuin se, että palon oli sytyttänyt jompikumpi aviopuoliso tai molemmat yhdessä. Vaikka vakuutussopimuslain 18 ja 19 §:ien soveltaminen edellyttää Høyesterettin mukaan ”selvää näyttöenemmyyttä” (*”klar sannsynlighetsovervekt”*), näyttövaatimus ei kuitenkaan voi olla niin ankara, että nämä säännökset jäävät käytännössä merkityksettömiksi. Jutussa esitetyn näytön perusteella vakuutusyhtiön näytön katsottiin ylittäneen näyttökynnyksen, joten kanne hylättiin.

Rt. 1995 s. 1641. Tapauksessa oli kysymys vakuutuskorvauksesta. Vakuutuksenantaja vaati, että vakuutuksenottaja veloitetaan suorittamaan maksettu vakuutuskorvaus takaisin. Høyesterettissä riitaisuus kohdistui vakuutustapahtuman, haaksirikon, aiheutumissyyn. Kysymys oli tarkkaan ottaen siitä, oliko laivan pohjaventtiili irrotettu tarkoituksella – vai oliko uppoaminen johtunut siitä, että venttiili oli yllättävällä ja täydellisellä tavalla rikkoutunut. Høyesterett viittasi näyttökynnyksen osalta aikaisempiin ratkaisuihinsa (Rt. 1985 s. 211, Rt. 1987 s. 657 ja Rt. 1990 s. 1082) ja totesi, että tahallista vahingonaiheuttamista koskeva näyttökynnys edellytti ”selvää” tai ”vahvaa” ”näyttöenemmyyttä” (*”klar/sterk sannsynlighetsovervekt”*). Høyesterett katsoi näytetyksi, että laivan kapteeni ja perämies olivat tahallaan irrottaneet pohjaventtiilin ja hyväksyi kanteen.

Rt. 1996 s. 864. Tapauksessa lagmansrett oli vuonna 1994 vapauttanut vuonna 1965 syntyneen vastaajan seksuaalista hyväksikäyttöä koskevasta syyttestä. Syytteen mukaan teot oli tehty vuosina 1986–1990. Asianomistaja valitti vahingonkorvauksen osalta Høyesterettiin, missä asian käsittelyä jatkettiin riita-asioiden käsittelyjärjestyksessä. Høyesterett kuuli asianosaisia sekä 21:tä todistajaa. Tapauksessa otettiin kantaa vapauttavan rikostuomion ja vahingonkorvausvaatimuksen suhteeseen erityisesti EIS 6 artiklan valossa sekä vahingonkorvausjutun näyttökynnyskseen. Høyesterett katsoi EIT:n Sekanina-ratkaisuun (25.08.1993) viitaten, että syyttömyysolettamalla oli merkitystä sen jälkeenkin, kun syyte oli hylätty. Kuitenkaan syyttömyysolettama ei

muodosta estettä vaatia vahingonkorvausta syytteenalaisen teon johdosta syytteen hylkäämisen jälkeen, jollei siviilituomio anna vaikutelmaa syyksilukemista koskevasta erimielisyydestä tai herätä tätä koskevaa epäilyä. Høyesterett katsoi, että seksuaalista hyväksikäyttöä koskevan väitteen tueksi esitetty näyttö ylitti ”selvän näyttöenemmyyden” (*”klar sannsynlighetsovervekt”*) vaatimuksen ja velvoitti miehen suorittamaan 75.000 NOK vahingonkorvausta.

Rt. 2008 s. 1409. Tapauksessa valittajalle oli määrätty alkujaan 60 prosentin suuruinen lisävero, jonka suuruuden lagmannsretten oli vähentänyt 30 prosenttiin. Høyesterett ratkaisi täysistunnossa kysymyksen siitä, millaista näyttökynnystä lisäveron määräämiseen sovellettiin. Enemmistö (seitsemän tuomaria) katsoi, että näyttökynnyksenä sovelletaan ”selvän näyttöenemmyyden” (*”klar sannsynlighetsovervekt”*) vaatimusta; vähemmistön (neljä tuomaria) mukaan näyttökynnys tuli seuraamuksen rangaistuksenluonteisuuden vuoksi asettaa vastaamaan rikosprosessuaalista tuomitsemiskynnystä.

6.5.5 Näyttöenemmyysperiaate Ruotsissa ja Norjassa – yhteenveto

Näyttöenemmyysperiaatteen asema Ruotsissa ja Norjassa on kovin erilainen. Ruotsissa todistustaakka rasittaa oikeudenkäynnin ajan samaa asianosaista ja normaalinäyttökynnystä luonnehditaan korkeaksi, mutta ei kuitenkaan yhtä korkeaksi kuin rikosprosessuaalista tuomitsemiskynnystä. Siviiliprosessuaalinen normaalinäyttökynnys on rinnastettu rikosprosessuaaliseen syytekyntseen. Näyttöenemmyysperiaatetta ei Ruotsissa ole varauksettomasti hyväksytty sen paremmin oikeuskirjallisuudessa kuin -käytännössäkään, vaan näyttöenemmyysperiaatelle ominainen argumentaatio liittyy vaativaksi mielletyn normaalinäyttökynnyksen alentamiseen.

Ruotsin oikeuskäytännön kanta muistuttaa *Per Olof Ekelöfin* esittämiä näkemyksiä. Näyttökynnyksen alentaminen on tullut kysymykseen, kun juttuun liittyy poikkeuksellisia näyttövaikeuksia; ohjausteoreetikkojen mukaan juuri tällaisissa tilanteissa vahingonkorvausoikeuden reparatiivinen ja preventiivinen tavoite edellyttävät näyttökynnyksen alentamista. Ruotsin oikeuskäytännössä ei kuitenkaan ole viitteitä siitä, että tuomioistuimissa sovellettaisiin esimerkiksi todistusarvometodia kaavoineen; lähinnä todistusarvometodin ajatuksilla on merkitystä jonkinlaisina harkintaa ohjaavina peukalosääntöinä, kuten Ekelöf esitti.⁶⁷⁷ Tosin esimerkiksi tuomioistuimen varauksellista suhtautumista pitkiin todistusketjuihin ei ole välttämätöntä perustella todistusarvometodin peukalosääntöjen soveltamisella, vaan todistelun kontradiktorisuus- ja välittömyysvaatimuksilla.

⁶⁷⁷ Diesen 2002, s. 24–27.

Siinä, missä Ruotsin oikeuskäytännössä voidaan nähdä Ekelöfin oikeusajattelun vaikutusta, Norjassa vastaavassa asemassa on *Torstein Eckhoff*. Näyttö-enemmyysperiaatteen on katsottu olevan nykyisessä asemassaan pitkälti hänen ansiostaan.⁶⁷⁸ Näyttö-enemmyysperiaatetta on Norjassakin sovellettu ennen muuta vahingonkorvausoikeudellisissa syy-yhteyskysymyksissä, mutta sen katsotaan kuitenkin olevan johtava näytön arvioinnin periaate. Näyttö-enemmyysperiaatteesta voidaan kuitenkin poiketa useammalla perusteella, vaikka se onkin johtavan periaatteen asemassa. Näyttö-enemmyysperiaatteen syrjäyttäviä perusteita ei ole oikeuskirjallisuudessa tai – käytännössä systematisoitu niin, että nämä perusteet olisi asetettu keskinäiseen järjestykseen, vaan periaatteessa mitä tahansa argumenttia voidaan yksittäisessä tilanteessa punnita vastakkain näyttö-enemmyysperiaatteen kanssa.

Näyttö-enemmyysperiaatteen syrjäyttävien argumenttien systematisoimattomuus saattaa hämmentää tutkijoita, joiden mukaan todistustaakkanormien tärkein ominaisuus on tuomioistuinten ratkaisutoiminnan ennakoitavuuden turvaaminen. Jos oikeudellinen ratkaisutoiminta on täydellisen tilannekohtaista, ei ennakoitavuudesta juuri voida puhua; tällaisessa kokonaisvaltaisessa harkinnassa piilee myös helposti mielivallan vaara. Oikeustieteellisen tutkimuksen systematisointitehtävällä sekä etukäteen määritellyillä oikeuslähdeopillisilla argumentaatiomalleilla pyritään kontrolloimaan ratkaisutoimintaa; sama merkitys on kiinteillä todistustaakkanormeilla.

Norjassa tilanneherkkyyttä korostava lähestymistapa ei rajoitu todistusoikeuteen, vaan on ominaista myös oikeuslähdeopille. Tämä näkyy erityisesti siinä, millaisen aseman *Torstein Eckhoff*, joka on kirjoittanut myös oikeuslähdeopista, antaa reaalisille näkökohdille. Reaaliset näkökohdat ovat erityinen oikeuslähdetekijöiden laji, joilla ratkaisun hyvyttä arvioidaan. Tuomarin on arvioitava, onko jutun ratkaisussa muodostettava yleinen sääntö sisällöllisesti ja oikeusteknisesti hyvä; lisäksi on arvioitava, onko säännön soveltamiseen perustuva ratkaisu hyvä juuri tuossa yksittäistilanteessa. Tuomari joutuu ottamaan huomioon reaalisten näkökohtien yleiset ja tapauskohtaiset vaikutukset sekä toimimaan eräänlaisessa kaksoisroolissa: yhtäältä tuomarin täytyy jatkaa lainsäätäjän työtä, toisaalta hänen tehtävänään on mahdollistaa, että ratkaisu on samalla oikeudenmukainen.⁶⁷⁹

Ratkaisutoiminnan ennakoitavuus ei norjalaisessa oikeuslähdeopissa sen paremmin kuin todistustaakkaopissakaan ole kiinteiden sääntöjen ennakoitavuutta, vaan ennakoitavuuden voidaan tulkita viittaavan pikemminkin tapaan, jolla kysymyksiä yksittäistapauksessa ratkaistaan. Reaalisilla näkökohdilla on ratkaisutoiminnassa merkitystä perinteisemmänkin oikeuslähdeopin mukaan siinä, että tavoitteellisen argumentaation näkökulmasta tietyt tulkintavaihtoehdot

⁶⁷⁸ Nygaard FS *Eckhoff*, s. 479.

⁶⁷⁹ Ks. *Eckhoffin* oikeuslähdeopista *Karhu LM 2003*, s. 802–803.

ovat toisia vaihtoehtoja tarkoituksenmukaisempia; lain selvän sanamuodon si-
vuuttamiseen pelkkien reaalisten argumenttien nojalla tulisi kuitenkin suhtau-
tua hyvin pidättyvästi.⁶⁸⁰

Ainakin teoriassa voitaisiin ajatella, koska näyttökynnysten abstraktinen
muotoilu eroaa olennaisesti Ruotsin ja Norjan oikeuskäytännössä, että esimer-
kiksi vahingonkorvausjutun näyttöä harkittaisiin eri tavalla näissä valtioissa.
Vaikuttaisi luultavalta, että esimerkiksi vahingonkorvauskanteen menestymi-
nen olisi todennäköisempää Norjassa kuin Ruotsissa, koska Norjassa vahingon-
kärsijältä edellytettäisiin näyttöä, jonka perusteella hänen kanneperustettaan
voitaisiin pitää vain vähän todennäköisempänä kuin todistusteemojen negaa-
tioita. Ruotsissa menestyminen olisi vaikeampaa: ellei normaalinäyttökynnystä
alennettaisi, kantajan tulisi esittää kanteen hyväksymiseksi näyttöä, joka riittäi-
si ylittämään korkeaksi luonnehditun normaalinäyttökynnyksen.

Onko asia todella näin? Ovatko Norjan tuomioistuimet ”kantajaystävälli-
sempiä” kuin Ruotsin tuomioistuimet? Jos näin on asian laita, Norjan tuo-
mioistuimet joutuvat luultavasti usein tekemisiin *forum shoppingina* kansainvä-
lisen yksityisoikeuden doktriinissa tunnetun ongelman kanssa. *Forum shopping*-
ilmiöllä tarkoitetaan kantajien pyrkimystä saada kanteensa tutkituiksi sellaisis-
sa valtioissa, joiden tuomioistuimet tunnetaan kantajamyönteisinä tai joiden
prosessilainsäädäntö sisältää muita etuja, kuten mahdollisuuden valmistelutut-
kinta-instrumenttien tms. käyttämiseen.

Vahingonkärsijöiden kannattaisi, jos näyttöenemmyysperiaate todella mer-
kitsee prosessuaalista helpotusta, panna siviilijuttunsa vireille Norjan tuomiois-
tuimissa – edellyttäen, että tämä on Norjan tuomioistuinten yleistöimivaltaa
koskevien säännösten nojalla mahdollista. Vastaavasti kantajien tulisi viimei-
seen asti karttaa esimerkiksi Saksan tuomioistuuksia, joissa sovellettavan nor-
maalinäyttökynnyksen mukaan edellytetään, että ”tuomioistuin vakuuttuu” sii-
tä, että todistusteemana oleva väite on totta.⁶⁸¹

Christian Diesen lienee kuitenkin oikeassa todetessaan, että tuomioistuinten
toiminta eri oikeusjärjestysten piirissä tuskin poikkeaa toisistaan niin paljon
kuin näyttökynnysilmausten perusteella voitaisiin päätellä. Näyttökynnysil-
mausten erot selittynevät pikemminkin historiallisilla, terminologisilla ja teo-
reettisilla seikoilla kuin eroilla tavassa, jolla tuomioistuimet näyttöä konkreetti-
sesti harkitsevat. Norjan Høyesterettin P-Pilledom II -tuomion näyttökysymyk-
sen perustelut eivät vaikuta eroavan olennaisesti siitä, miten Ruotsin tuomiois-
tuimet ovat harkinneet näyttöä joissakin vahingonkorvausasioissa.

Myös emeritusprofessori *Per Henrik Lindblomin* mukaan Ruotsin ja Norjan
prosessioikeustutkijoiden tavassa argumentoida todistustaakkakysymyksiä

⁶⁸⁰ Tästä ns. contra legem-tilanteen problematiikasta ks. esim. *Pöyhönen 1988*, s. 38–39.

⁶⁸¹ Ks. Saksan siviiliprosessuaalisesta normaalinäyttökynnyksestä esim. *Bender FS Baur ja Leipold 1985* sekä *Zöller 2005*, 284 §, kohta 28.

on selvästi nähtävissä ”vanhojen jumalien” vaikutus: nämä jatkavat keskusteluun uusien tutkijoiden suilla. Ruotsin tutkijoiden ”jumaliksi” hän nimitää *Karl Olivecronaa* ja *Per Olof Ekelöfiä*, Norjan tutkijoiden ”jumalaksi” *Torstein Eckhoffia*. Asiallisesti tutkijoiden mielipiteet eivät kuitenkaan vaikuta Lindblominkaan mukaan eroavan toisistaan.⁶⁸²

Christian Diesenin ja Per Henrik Lindblomin väitteiden paikkansapitävyyden empiirinen testaaminen on kuitenkin mahdotonta. Ensinnäkin tutkimusekonomisten syiden vuoksi olisi tuskin mahdollista lähteä mittaamaan sitä, miten tuomioistuimet eri maissa tosiasiaassa toimivat. Toiseksi, empiirinen mittaaminen olisi käytännössä mahdotonta siksi, että näytön arviointi ei inhimillisenä toimintana ole kovin yhteismitallista tai muunnettavissa sellaiseksi: erilaiset ihmisten vakuuttuvat samasta aineistosta eri tavalla. Tämä pätee niin erilaisten kulttuuripiirien välillä kuin saman kulttuuripiirin sisälläkin. Tuomioistuimen todistusharkintaan kuuluu aina intuitiivinen elementti, jonka kitkeminen ei ole mahdollista – ellei näytön arviointia ryhdytä jälleen sääntelemään samankaltaisilla puhtaan aritmeettisilla säännöillä kuin legaalisessa todistusteoriassa.⁶⁸³

6.6 TODENNÄKÖISYYSMALLIN ONGELMAT

6.6.1 Todistusharkintamenetelmät heuristisina apuvälineinä

Oikeuskirjallisuudessa frekvenssiteoriat kehitettiin, jotta aikaisemmalle tutkimukselle ominaisista, puhtaasti ratkaisijan subjektiiviseen vakuuttuneisuuteen viittaavien, arkikielestä peräisin olevien määreiden (”vakuuttuneisuus”) tuottamista ongelmista olisi päästy eroon.⁶⁸⁴ Frekvenssiteorioiden kannattajat pyrkivät niiden sijasta käyttämään numeerisia arvoja, joiden avulla subjektiivisen vakuuttuneisuuden ilmaiseminen kävi aikaisempaa täsmällisemmin.⁶⁸⁵

Ensimmäisenä frekvenssiteorioille tyypillistä argumentaatiota hyödynsi skandinaavisessa oikeuskirjallisuudessa tuolloinen opiskelija, myöhempi professori *Sjur Brækhus* (1918–2009), joka artikkelissaan totesi näyttöratkaisun koostuvan seuraavista ongelmista: 1) mikä todistusvoima todistuskeinoilla on, 2) millaista todennäköisyyttä seikan katsominen näytetyksi edellyttää ja 3) mil-

⁶⁸² Ks. *Lindblom 2006*, s. 415 ss., jossa käsitellään Pohjoismaisessa Juristikokouksessa (elokuussa 2005) pidettyjä alustuksia syrjinnän näyttökysymyksistä.

⁶⁸³ On tosin syytä huomata, että *Bengt Lindellin* (1987, erit. s. 84–89) mukaan legaalisen todistusteoriankin näyttösäännöksiä tulkitessa tuomioistuimella oli tiettyä harkintavaltaa, joka kohdistui esimerkiksi sen arvioimiseen, olivatko kahden todistajan lausumat VOK 17:29:ssä tarkoitettulla tavalla ”yhtäpitäviä”.

⁶⁸⁴ Ks. esim. *Bolding 1952*, s. 11–12, *Bolding SSL 1960*, s. 15–16, *Ekelöf FS Baur*, s. 347.

⁶⁸⁵ Ks. todennäköisyyskäsitteestä todistusharkinnassa erit. *Bolding 1951*, s. 55 ss. ja sen *Ekelöf SvJT 1952*, erit. s. 218–219 ja *Eckhoff TjR 1952*, erit. s. 31–32.

lainen seikasto ratkaisun perusteeksi otetaan, jos kumpikaan asianosainen ei ole näyttänyt väitteitään riittävällä todennäköisyydellä toteen.⁶⁸⁶ Brækhusin mukaan kohdat 1 ja 2 kuuluvat vapaaseen todistusharkintaan; kohta 3 kuuluu todistustaakan piiriin, ja on oikeuskysymys. Kuitenkaan kohtien 2 ja 3 välillä ei ole eroa, koska molemmat käsittelevät samaa ongelmaa, ”epävarmuuden riskiä”.

Brækhusin ajatuksia työsti ”juridiseksi todennäköisyysteoriaksi” Torstein Eckhoff, näyttöenemmyysperiaatteen isä.⁶⁸⁷ Näyttöenemmyysperiaatteen teoriaa kehittänyt Per Olof Bolding tunsikin myös filosofi *Bertrand Russellin* (1872–1970) tiedon ja todennäköisyyden käsitteitä koskevat ajatukset ja katsoi, että matemaattisen ja juridisen todennäköisyyden välillä ei kenties ollut laatueroa, vaan aste-ero, sillä molemmat oli mahdollista ilmaista numeerisina frekvensseinä.⁶⁸⁸

Per Olof Ekelöf kertoo kiinnostuneensa todennäköisyyksistä ensimmäisen kerran 1950-luvulla, työstäessään todistusoikeuden oppikirjaansa.⁶⁸⁹ Ekelöf tiedusteli tuolloin eräältä tilastotieteen professorilta, mitä tarkoittaa, että ”syytetty on 75-prosenttisella todennäköisyydellä syyllinen”. Saatuaan vastaukseksi toteamuksen, jonka mukaan syyllisyys on 75-prosenttisen todennäköistä silloin, kun sadan tuomarin otoksesta 75 tuomaria ajattelee niin, Ekelöf ei tyytynyt vastaukseen – vaan tutustui sittemmin Sören Halldenin teoriaan, jossa todennäköisyys samaistetaan todistustositseikan ja todistusteeman kausaalisuhteeseen ja jossa todistusarvo muuntuu todennäköisyydeksi, jolla kausaalisuhteen arvioidaan olevan olemassa.

Molemmissa todistusharkintateorioissa frekvenssit ovat numeeriseen muotoon puettuja kokemussääntöjä. Kokemussääntöjen numeerinen arviointi kohdistuu kokemussäännön varmuuteen eli esiintymistiheyteen tietyissä verrokkiryhmässä. Näytön arvioinnissa konkreettista todennäköisyyttä, joka perustuu induktiivisiin, frekvensseinä ilmaistuihin kokemussääntöihin, verrataan abstraktiin todennäköisyysvaatimukseen, ja, riippuen niiden vastaavuudesta kanne joko hyväksytään tai hylätään. Näihin näyttöratkaisun lähtökohtiin perustuu tutkimuksessa omaksuttu nimitys ”todennäköisyysmalli”; oikeuskirjallisuudessa malliin sisältyvää näkemystä näyttöratkaisusta kutsutaan myös ”todennäköisyystuomioksi”.⁶⁹⁰

⁶⁸⁶ Ks. Brækhusin artikkelista *Nygaard FS Brækhus*, s. 401 (viittaa toisen käden lähteeseen, koska alkuperäistä artikkelia ei ollut saatavilla). *Nygaard (FS Brækhus)*, s. 401) toteaa, että Brækhusia pidetään nykyään ensimmäisenä tutkijana, joka liitti toisiinsa näyttökynnyksen ja todistustaakan; saman toteaa myös *Henrik Zahle (1976)*, s. 133–134).

⁶⁸⁷ Ks. *Eckhoff 1943*, erit. s. 15–16.

⁶⁸⁸ Ks. *Russelin* ajatuksista *Russell 1966*, s. 353–417.

⁶⁸⁹ Ks. *Ekelöf FT 1988*, s. 3.

⁶⁹⁰ *Musiellak FS Kegel*, s. 451.

Aiheellisesti on huomautettu, että kokemussääntöjen muuntaminen numeeriksi arvoiksi ei poista kokemussääntöjen valintaan liittyviä asiallisia epäselvyyksiä. Tuomioistuimella ei välttämättä ole tiedossaan kokemussääntöjä, joiden nojalla asianosaisten väitteitä olisi arvioitava. Tämä käy ilmi *Per Olof Boldingin* omasta esimerkistä, jota hän käyttää usein tuotannossaan.⁶⁹¹

Jutussa kysymys oli vakuutusriidasta, jossa tapaturmavakuutetun vainajan omaiset vaativat vakuutusyhtiöltä korvausta tämän menehtymisen vuoksi, ja yhtiö eväsi korvauksen, koska vainaja oli yhtiön mukaan tehnyt itsemurhan, joka ei ollut korvattava vakuutustapahtuma. Tapauksessa asianosaisten riitaisuus kohdistui siihen, oliko henkilö kuollut tapaturmaisesti vai tehnyt itsemurhan. Tapauksen todistusaineiston perusteella molemmat vaihtoehdot vaikuttivat mahdollisilta, mutta tuomioistuin päätyi siihen, että vakuutuskorvaus tuomittiin maksettavaksi. *Per Olof Boldingin* mukaan tuomioistuimen olisi pitänyt tukeutua yhteiskuntatieteellisiin kokemussääntöihin. *Bengt Lindell* huomauttaa, että todistusharkinnasta muodostuisi silloinkin puhdas ”arvaus”, sillä saatavilla ei varmasti olisi kokemussääntöjä siitä, miten usein ”tyttärensä pankkikirjan luvottomasti pantanneet ja hänen nimikirjoituksensa väärentäneet henkilöt” (kuten jutussa) tekevät itsemurhan.⁶⁹²

Näyttökynnyksellä tulisi olla merkitystä todistusharkinnassa. Tällä tarkoitan, että vaikka intuitiivisen elementin kitkeminen näytön arvioinnista ei ole mahdollista, näytön arvioinnin eri tuomioistuimissa ei tulisi poiketa aivan olennaisesti. Todennäköisyysmallissa kokemussääntöjen numeerisella arvioinnilla pyritään näytön arvioinnin kysymysten yhteismitallistamiseen. Todennäköisyysmalliin liittyy kuitenkin niin merkittäviä ongelmia, että numeerisista arvoista puhuminen muissa kuin tarkasti rajoitetuissa tilanteissa voitaisiin perustellusti lopettaa: se ei liene perusteltua edes esitysteknisistä syistä. Kansainvälisessä todistusoikeustutkimuksessa matemaattisten mallien keskeisimmiksi ongelmiksi on määritetty seuraavat⁶⁹³:

- 1) Tilastollis-matemaattinen, tieteellisesti perusteltu näyttöarvo voidaan antaa vain sormenjäljille, DNA-näytteille ja muille vastaavanlaisille todistuskeinoille. Muissa tilanteissa numeerinen arvio määrittyy oikeuden elämäkokemuksesta käsin, eikä merkitse muuta kuin pohjimmiltaan intuitionvaraisen arvion naaioimista pseudoeksaktiin kaapuun.⁶⁹⁴ Tässä yhteydessä ”intuitionvaraisuudella” tarkoitetaan sitä, että numeeristen arvojen määrittäminen perustellulla tavalla esimerkiksi henkilötodistelul-

⁶⁹¹ Ratkaisu on NJA 1941, avd. A, 218. Ks. siitä *Bolding 1951*, s. 56 ss. Ks. myös *Bolding 1952*, erit. s. 36–39, siitä, miten näyttökynnys vastaavanlaisissa tapauksissa on oikeuskäytännössä asetettu. *Boldingin* tarkastelun kohteena ovat ratkaisut NJA 1936 s. 439, NJA 1938 s. 93 ja NJA 1938 s. 564.

⁶⁹² *Lindell CP*, s. 467.

⁶⁹³ *Diesen 1999*, s. 107. Ks. myös *Kolflaath JV 2004*, s. 287–291 ja *Twining FS Strömholm*, s. 822–823.

⁶⁹⁴ *Lindell CP*, s. 478, *Diesen 1997*, s. 18.

le ei ole mahdollista. Näytön arvioinnin intuitionvaraisuus ei kuitenkaan tarkoita esimerkiksi sitä, ettei tuomioistuimien olisi velvollinen harkitsemaan näyttöä analyyttisesti ja tuomaan tekemänsä johtopäätökset avoimesti ja seikkaperäisesti esiin tuomion perusteluissa.⁶⁹⁵

- 2) Useimmissa tapauksissa näyttöä ei voida rajata johonkin tunnettuun populaatioon. Tuomioistuimella ei ole käytössään tietoa ”sadasta samanlaisesta todistustilanteesta”, eikä fiktiivisillä frekvensseillä operoiminen paranna todistusharkinnan varmuutta, vaan ilmentää ainoastaan kriteerejä, joihin tilannetta tulisi verrata.
- 3) Todistusharkintamenetelmiä ei voida korjata, eikä niiden luotettavuutta testata, koska mahdollisuus todistusharkinnan tulosten verifioimiseen puuttuu. Tuomioistuimien ei tiedä, vastaako tuomion tosiseikasto prosessinulkoista todellisuutta, eikä siten sitä, onko se hyödyntänyt ”oikeita frekvenssejä”. Tämä ei tosin ole vain frekvenssiteorioiden ongelma – tuomioistuimien ei koskaan tiedä prosessinulkoisesta todellisuudesta, vaan sillä voi todistusaineiston perusteella olla siitä vain enemmän tai vähemmän perusteltu käsitys.
- 4) Tuomioistuimien ei myöskään tiedä sitä, miten eri tekijät riippuvat toisistaan, mitä esimerkiksi todistusarvometodin rinnakkais- ja vastavaikutuskaavojen soveltaminen edellyttää.

Ongelmaa voidaan havainnollistaa viittaamalla tunnettuun yhdysvaltalaiseen ratkaisuun *People v. Collins* (68 Cal.2d 319, 1968), joka koski ryöstöä. Asianomistajan kuvauksen mukaan tekijä oli nuori nainen, jolla oli vaalea poninhäntä. Tekijä poistui paikalta tummaihoisen miehen ajamalla keltaisella urheiluautolla. Miehellä oli viikset ja parta. Poliisit saivat kiinni pariskunnan, johon henkilötuntemerkit sopivat. Jutun tutkinnassa apuna käytetty tilastotieteilijä arvioi tunnusmerkeille seuraavat arvot: keltainen urheiluauto (1/10), viiksekäs mies (1/4), tummaihoisen, partainen mies (1/10), nainen, jolla on poninhäntä (1/10), vaalea nainen (1/3), eri etnistä alkuperää oleva pariskunta (1/1000). Tämän jälkeen laskettiin ominaisuuksien yhteinen todennäköisyysarvo, joksi saatiin 1/12 000 000.

Todennäköisyysarvon järeydestä huolimatta malli ei ole ongelmaton, sillä tekijöiden riippuvuutta toisistaan ei kyetä määrittelemään, kuten ei urheiluautojen, viiksien ja poninhäntien suhteellista osuuttakaan. Ongelma on siinäkin, mihin nämä arvot tulisi suhteuttaa: pitäisikö esiintymistiheyttä arvioida ainoastaan tekopaikan (Kalifornia) vai koko Yhdysvaltojen osalta, ja mistä tällaiset arvot voidaan luotettavasti saada? Oikeudenkäynnissä asioita käsitellään arkikielellä, jolta puuttuu keinoitekoisille, luonnontieteen ja matematiikan kielille ominainen eksaktius, mistä saattaa myös aiheutua ongelmia: tarkoitetaanko parralla esimerkiksi ainoastaan kokopartaa, vai myös leukapartaa?

- 5) Siinäkin hypoteettisessa tapauksessa, että näyttöarvo olisi mahdollista määritellä abstrakteja tyyppitilanteita koskevinä frekvensseinä, se olisi vasta todistusharkinnan ensi askel. Nämä frekvenssit koskevat vain yk-

⁶⁹⁵ Samassa tarkoituksessa intuitiosta kirjoittaa Dan Frände (LM 1998, s. 1250).

sittäisiä tyyppitilanteita: sitä vastoin ne eivät lausu mitään siitä, kuuluuko ratkaistavana oleva yksittäistapaus tuohon populaatioon.

Myös Pohjoismaiden todistusoikeustutkimuksessa frekvensseihin tukeutumista pidetään esitysteknisenä keinona: skandinaavisten todistusoikeustutkijoiden mukaan todistusharkintaa ei ole mahdollista suorittaa määrittelemällä todistustosiseikkojen näyttöarvo numeerisesti ja / tai todistusharkinnan kaavojen soveltamalla. Todistusarvometodin kaavat voivat toimia enintään jonkinlaisina peukalosääntöinä; teemametodin kannattajat puolestaan jättivät todistusharkinnan numeerisesti ilmaistujen johtopäätösten vertaamisen tuomioistuinten tehtäväksi.

Todennäköisyysmallin ongelmat merkitsevät kuitenkin sitä, että teemametodin ja todistusarvometodin erot, jotka kiteytyvät erityisesti näytön riittävyysarvioinnissa, jäänevät käytännön ratkaisutoiminnassa merkitystä vaille. Kun näytön arvioinnin kysymyksiä ei voida edes todistusharkintamenetelmien kannattajien mukaan muuntaa numeerisiksi kysymyksiksi, voidaan kysyä, mitä merkitystä käytännön tuomioistuintoiminnan kannalta olisi esimerkiksi sillä, voidaanko jäännösarvosta päätellä todistusteeman vastakohdan todennäköisyys, kuten teemametodissa – vai ilmentääkö se kenties selvittämättä jääneen osuutta, kuten todistusarvometodissa.

Teoriassahan metodit eroavat toisistaan merkittävästi. Todistusarvometodin mukainen tapa ratkaista maksuväitettä koskeva näyttökysymys olisi se, että näyttökynnys asetettaisiin ennakkollisesti johonkin kohtaan todennäköisyysasteikkoa. Tämän jälkeen arvioitaisiin päänäytön todistusarvo, minkä jälkeen päänäytöstä vähennettäisiin vastanäytön todistusarvo. Erotusta verrattaisiin näyttökynnnykseen – ja ellei vaatimus ylittyisi, kanne pitäisi hylätä. Teemametodissa tuomioistuimen pitäisi arvioida maksuväitteen todennäköisyyttä esitetyn todistusaineiston valossa – ja jos maksuväite vaikuttaisi todennäköisemmältä kuin että velkaa ei ole maksettu, tuomioistuimen pitäisi lähtökohtaisesti hyväksyä kanne. Teemametodissa voidaan joissakin tilanteissa edellyttää yksinkertaista näyttöenemmyyttä vaativampaa näyttöä, jolloin tuomioistuimen olisi verrattava konkreettista todennäköisyyttä abstraktiseen vaatimukseen – ja jos näyttökynnys ei ylittyisi, kanne olisi hylättävä.

Oikeuskirjallisuudessa näytön arvioinnista on keskustelu oikeastaan vain käyttämällä esimerkkinä velan maksua koskevaa todistustaakan jakoa ja maksuväitettä koskevaa näyttökynnystä. Todistusharkintamenetelmien edustajien keskustelun painottuminen yksinkertaiseen esimerkkiin viittaa siihen, että konkreettisia näytön arvioinnin kysymyksiä tärkeämmässä asemassa vaikuttavat olleen asiat, jotka liittyvät siviililainkäytön yhteiskunnalliseen tehtävään. Millainen tehtävä siviililainkäytöllä yhteiskunnassa on, ja miten tuo tehtävä voitaisiin ratkaistavana olevissa yksittäistapauksissa parhaiten täyttää?

Teemametodin kannattajien mukaan näytön arvioinnissa tulisi ottaa huomioon aineellisoikeudellinen tyypitilanne – onko kysymys esimerkiksi läheisvelkasuhteesta vai ammattimaisesta luotonannosta. Tarkastelun painopiste on siten yksittäistapauksessa. Todistusarvometodin – ja ohjausfunktion – kannattajien mukaan näytön arvioinnissa merkityksellisintä on yhteiskunnan ohjaaminen: jos velallinen ”uhrataan luotonannon alttarille”, tämä toimii varoituksena muille velallisille, ja on omiaan ehkäisemään perättömien maksuväitteiden esittämistä. Koska ohjausteoreetikot eivät ole ottaneet kysymykseen suoraan kantaa, ei voida sanoa, tulisiko näyttökynnyksen vaihdella tilannekohtaisesti. Houkuttelevalta tuntuisi ajatella, että todistusarvometodin kannattajienkin mukaan näytön arvioinnissa tulisi ottaa huomioon tilannekohtaisia erityispiirteitä; näinhän *Karl Olivecrona* ja *Per Olof Ekelöf* (erityisesti aikaisemmassa tuotantonsaan) esittivät.⁶⁹⁶

6.6.2 Todistusharkintamenetelmät tuomion perustelemissa

Oikeuskirjallisuudessa todistusharkintamenetelmiin on suhtauduttu myönteisesti, sillä kaavat ”opettavat tuomareita ajattelemaan oikein”.⁶⁹⁷ Tätä pidetään kuitenkin kyseenalaisena, eikä näyttöenemmyysperiaate Norjassa välttämättä merkitse samanlaista ”helpotusta” kantajan kannalta kuin Ruotsissa. Näyttöenemmyysperiaatteen yhdistäminen todennäköisyyssääntöihin sopimuksenulkoisessa vahingonkorvausasiassa, joka koostuu kolmesta kumulatiivisesta rekvisiitasta (tuottamus, vahinko ja syy-yhteys) merkitsee, jos näitä tunnusmerkistöjä vastaavat tekijät ovat toisistaan riippumattomia, että jokaisen tekijän todennäköisyyden on oltava vähintään 0,8, jotta näyttöenemmyysperiaate ylittyisi ($0,8 * 0,8 * 0,8 = 0,512$). Jos todistelun kohteena oleva tunnusmerkistö koostuu useammasta tunnusmerkistötekijästä, jotka ovat toisistaan riippumattomia, näyttöenemmyydenkin vaatimuksen ylittäminen todistelulla käy hyvin vaativaksi.⁶⁹⁸

”Oikein ajattelemisella” voidaan tarkoittaa myös, että todistusharkintateorioiden hyödyntäminen velvoittaisi tuomarit arvioimaan todistusaineiston koostumusta ja eri seikkojen keskinäisiä suhteita. Suomen prosessioikeustutkimuksessa todistusharkintamenetelmien edut näytön arvioinnissa on liitetty tähän piirteeseen.⁶⁹⁹ Erityisesti todistusarvometodin katsotaan ohjaavan tuomioistuinta analyttiseen ja huolelliseen todistusharkintaan. Tämä näkemys väistää to-

⁶⁹⁶ Ks. *Olivecrona 1930*, s. 162–188, jossa Olivecrona käsittelee eräitä aineellisoikeudellisia tyypitilanteita sekä *Ekelöf CP II*, s. 72, jossa Ekelöf *expressis verbis* toteaa, että todistustaakkaongelmia tulee käsitellä kulloisenkin siviilioikeudellisen instituutin yhteydessä; Ekelöf käsittelee (s. 72 ss.) esimerkinomaisesti eräitä todistustaakan jaon tyypitilanteita.

⁶⁹⁷ *Kolflaath JV 2004*, s. 287.

⁶⁹⁸ Ks. *Kolflaath JV 2004*, s. 288–291, *Kolflaath LoR 2008*.

⁶⁹⁹ *Jonkka 1991*, s. 48, *Jonkka 1993*, s. 100, *Lappalainen SP II*, s. 304.

dennäköisyysmallin ongelmat, jotka liittyvät todistelun numeeriseen muuntamiseen, ja on mielestäni hyväksyttävissä. Todistusarvometodiin liittyvä ketjuajattelu on erityisen hyödyllinen, koska se osoittaa havainnollisesti, miten jokaiseen lenkkiin voi sisältyä potentiaalisia virhelähteitä; tuomioistuimen tulisi pohtia todistelun virhelähteitä ja kokemussääntöjä, jotka ovat aputosiseikkojen valossa relevantteja.⁷⁰⁰

Todistusarvometodin hyödyntäminen tuomioiden perustelemissä ei välttämättä sulje pois teemametodin mukaista tarkastelutapaa näytön arviointiin.⁷⁰¹ Tuomioistuimella on kaksi vaihtoehtoa, joiden välillä se joutuu tekemään ratkaisunsa: se voi katsoa joko todistusteeman näytetyksi – tai, että teemaa ei voida pitää näytettynä. (Tämä ei tosin merkitse, että tuomioistuin pitäisi todistusteeman vastakohtaakaan todennäköisenä.) Teemametodin mukaisessa ratkaisutoiminnassa tuomio ei koskaan voi perustua todistelun valossa epätodennäköisempään vaihtoehtoon. Teemametodi korostaa näytön arviointiin liittyvää ratkaisupakkoa ja sitä, miten yksittäistapauksessa on – ainakin lähtökohtaisesti – perusteltua valita vaihtoehto, joka vaikuttaa konkreettisen todistusaineiston perusteella todennäköiseltä. Vaikka tuomioistuimella ei olekaan tietoa siitä, mikä on ”aineellinen totuus”, tuomion faktapremissi lienee teemametodin mukaisessa arvioinnissa lähempänä prosessinulkoista tapahtumainkulkua kuin sen vaihtoehto, joka ei siis ole kenties lainkaan todennäköinen.

Mika Huovilan mukaan todistusharkinnan perustelujen malli ei kuitenkaan voi perustua pelkästään todistusteoreettisiin metodeihin, mihin syynä on institutionaalisen tuen puute ja todistusharkintamenetelmien heuristinen luonne. Todistusharkintamenetelmien soveltamista voitaisiin kuitenkin Huovilan mukaan perustella varmuuden ja aineellisen totuuden periaatteilla ja sillä, että menetelmien soveltaminen mahdollistaa laadukkaamman todistusharkinnan, kuin vakuumukseen ja intuitioon perustuvat menetelmät.⁷⁰²

Tuomioistuin ei voi hyödyntää menetelmiä todistusharkinnan perusteluissa ainakaan vahvassa muodossa. Asianosaiset tuskin ilahtuisivat, jos tuomioistuin ilmoittaisi perusteluissa konkreettiset arvot sekä mekaanisen laskuprosessin. Silloin, jos tuomioistuin ”purkaa” kaavojen soveltamisen kielellisiksi kuvauksiksi, ei todistusharkintamenetelmien hyödyntämisessä ole ongelmaa. Tämä tarkoittaisi sen ilmoittamista, miksi tuomioistuin ei ole katsonut joihinkin aputosiseikkoihin nojautuen todistajan kertomusta luotettavaksi. Näinhän tuomioistuimet toimivatkin. Tämä ei kuitenkaan johdu siitä, että ne ainakaan tietoisesti soveltaisivat jotakin todistusharkintamenetelmää.

⁷⁰⁰ Lappalainen *SP II*, s. 304.

⁷⁰¹ Ks. *Eckhoff SvJT 1988*, s. 322.

⁷⁰² Näin *Huovila 2003*, s. 211–212.

7 Todennäköisyysmallin vaihtoehdoista – kolmas aalto

7.1 HENRIK ZAHLEN NORMATIIVITEORIA

Oikeuskirjallisuudessa näytön arvioinnista käytyyn keskusteluun osallistui sittemmin sellaisiakin kirjoittajia, jotka eivät tarkastelleet todistusharkintaa frekvenssiteorioiden mukaisesta näkökulmasta – vaan suhtautuivat frekvenssiteorioihin jopa voimakkaan kielteisesti. Ensimmäinen skandinaavisessa todistus-oikeudessa kehitetty, frekvenssiteorioihin nähden vaihtoehtoinen lähestymistapa oli tanskalaisen *Henrik Zählen* normatiiviteoria.⁷⁰³ Normatiiviteoria eroaa lähtökohdiltaan olennaisesti frekvenssiteorioista. Vaikka Zahle hyväksyy todennäköisyysmallin lähtökohdat esimerkiksi isyysjutuissa, joissa todistusaineisto voidaan tieteellisesti perusteltavissa olevalla tavalla määritellä numeerisesti, hän katsoo frekvenssiteorioiden laiminlyöväen oikeudellisen näytön arvioinnin luonteen ja lähtökohdat.

Oikeudenkäynnissä todistusaineiston hankkimisesta ja esittämisestä vastaavat asianosaiset, eikä tuomioistuimen arvioitavaksi tuleva todistusaineisto valikoidu siten, kuin todennäköisyysteorioiden soveltaminen teoreettisessa katsannossa edellyttäisi. Normatiiviteorian keskeisajatuksen mukaan näytön arviointi kohdistuu asianosaisten käyttäytymiseen niin oikeudenkäynnissä kuin sen ulkopuolellakin. Arviointi on luonteeltaan normatiivista: sen perusteella tuomioistuin tekee päätelmänsä siitä, mihin seikastoon tuomio on perustettavissa. Vaikka asianosaisten käyttäytyminen voidaan ottaa todennäköisyysmallissakin huomioon todistustaakan jaossa, Zählen teoriassa käyttäytymisen arvioiminen nousee hallitsevaan asemaan: näytön arviointi lähenee tuottamusarviointia.⁷⁰⁴

Normatiiviteoriassakaan todistusharkintaa ja todistustaakkanormien soveltamista ei erotella, vaan vaiheiden katsotaan kuuluvan yhteen.⁷⁰⁵ Lähtökohta muistuttaa todennäköisyysmallille ominaista tapaa yhdistää todistusharkinta ja todistustaakkanormit numeeristen frekvenssien ja numeeriseksi arvoksi muutetun näyttökynnyksen avulla. Normatiiviteoria eroaa kuitenkin todennäköisyysteorioista merkittävästi. Normatiiviteoriassa on kahdenlaisia arviointikriteerejä: objektiiviset vaatimukset ja yleiset edellytykset. Objektiivisia vaatimuksia on neljä: 1) todisteluun varautuminen, 2) todistelun turvaaminen, 3) todistelun

⁷⁰³ Suomeksi mallin nimi kääntyynee parhaiten ”normatiiviseksi käyttäytymisen arviointiteoriaksi”.

⁷⁰⁴ Zahle *SSL* 1979, s. 263.

⁷⁰⁵ Zahle 1976, s. 410.

säilyttäminen ja varastoiminen, 4) todistelun esittäminen. Yleisiä edellytyksiä on kolme: 1) todistelun mahdollisuus, 2) huolimattomuus, 3) relevanssivaatimus.⁷⁰⁶

Oikeudenkäyntimenettelyssä näytön arviointi kohdistuu oikeudenkäyntimenettelyä edeltävään aikaan, jolloin objektiivisista vaatimuksista aktualisoituvat 1–3. Aineellisoikeudellisessa katsannossa voidaan eri tilanteissa lähteä siitä, että asianosaisten kannattaa varautua todisteluun oman etunsa vuoksi. Sopimusasiakirjoja laaditaan muun muassa siksi, jotta ulkopuolinen riidanratkaisija voisi tarvittaessa määrittää asianosaisten sopimuserusteiset oikeudet ja velvollisuudet, jos näiden välillä syntyy riita, jota ei saada muuten ratkaistua.⁷⁰⁷ Asianosaisten täytyy varautua todisteluun riippumatta siitä, joudutaanko oikeussuhteessa konfliktiin tai oikeusriidan asteelle. Asianmukainen todisteluun varautuminen on myös omiaan vähentämään oikeudenkäynteihin turvautumisen tarvetta.

Sopimusoikeudellisissa tapauksissa voitaneen viitata siihen, että vaikka täydellisiä sopimuksia ei olekaan, hyvässä sopimusasiakirjassa asianosaisten sopimussuhteen keskeisistä kysymyksistä on kyetty sopimaan yhteistyön mahdollistamalla tavalla ja selkeästi, jolloin sopijapuolten välisistä velvoitteista ei valitse epäselvyyttä. Todisteluun varautuminen liittyy kiinteästi todistelun turvaamiseen, joka ajankohtaistuu erityisesti silloin, kun asianosaisten oikeussuhteessa tapahtuu muutoksia, jotka saavat oikeudellista merkitystä.⁷⁰⁸

Todistelun säilyttämis- ja varastoisvaatimukset liittyvät kiinteästi kahteen edelliseen vaatimukseen, jotka jäisivät merkityksettömiksi, ellei asianosainen säilyttäisi todistuskeinoja. Todisteluun varautumisvaatimusta voidaan kuitenkin rajoittaa sellaisten syiden nojalla, jotka perustuvat oikeusriidan syntymisen todennäköisyyteen sekä toisaalta kustannuksiin ja vaivaan, joka todistelusta asianosaiselle aiheutuu. Mitä epätodennäköisempää jonkin riidan syntyminen on ja mitä enemmän kustannuksia ja vaivaa todisteluun varautuminen sekä todistusaineiston säilyttäminen aiheuttaisivat, sitä perustellumpaa on lieventää näitä vaatimuksia.⁷⁰⁹

Oikeudenkäynnissä asianosaisen pitää esittää ennen oikeudenkäyntiä hankkimansa näyttö. Normatiiviteorian avainkäsitteenä pidetään ”havaittavissa olevaa todistuskeinoa” (tansk. ”*manifest bevisdatum*”, eng. ”*manifest evidential data*”), jonka tuomioistuin ottaa huomioon empiirisesti. *Per Olof Bolding* kritisoi käsitettä ja sen käyttöä epämääräiseksi: ei ole selvää, pitäisikö tuomioistui-

⁷⁰⁶ Zahle 1976, s. 412, Zahle SSL 1979, s. 264.

⁷⁰⁷ Sopimusoikeudellisessa kirjallisuudessa tosin painotetaan myös sopimusten muita funktioita: sopimusten käyttäjien ja täyttäjien kannalta ne merkitsevät kunkin työssä, esimerkiksi tuotannossa, hankinnoissa, lähettämössä, huollossa tai laskutuksessa tarvittavien tietojen riittävän ja helpon saatavuuden mahdollistamista (*Haapio* 2002, s. 3).

⁷⁰⁸ Zahle SSL 1979, s. 265.

⁷⁰⁹ Zahle SSL 1979, s. 265.

men esimerkiksi ottaa todistajan lausuma tuomiossa huomioon sellaisenaan, vai saako tuomioistuin teorian mukaan tehdä omat päätelmänsä lausuman perusteella.⁷¹⁰ Normatiiviteorian toinen keskeinen käsite on ”standarditodiste” (tansk. ”*standardbevis*”). Sillä tarkoitetaan todistuskeinoa, joka tietyssä tyyppitilanteessa riittää tuomion perustamiseksi johonkin väitteeseen.⁷¹¹

Normatiiviteorian yleiset edellytykset vaikuttavat näytön arviointiin oikeudenkäynnissä. Todistelumahdollisuudet toimivat objektiivisten vaatimusten rajoittimena.⁷¹² Ajatus on yksinkertainen: asianosaiselta ei tulisi edellyttää näyttöä sellaisista kysymyksistä tai sellaisella tavalla, että aineellisen oikeuden toteuttaminen käy mahdottomaksi. Ajatus on Zahlen mukaan tuttu jo negatiiviteoriasta, jonka mukaan negatiivisten seikkojen todistaminen on mahdotonta.

Huolimattomuus yleisenä edellytyksenä liittyy myös objektiivisiin vaatimuksiin.⁷¹³ Objektiiviset vaatimukset koskevat prosessisubjekteja yksilökohtaisista ominaisuuksista riippumatta: kaikkien edellytetään toimivan tietyissä tyyppitilanteissa samalla tavalla. Joillekin ryhmille voidaan kuitenkin asettaa erityisvaatimuksia, jotka laiminlyömillä näiden voidaan katsoa menetelleen huolimattomasti. Relevanssivaatimus tarkoittaa, että jonkin objektiivisen edellytyksen laiminlyönnin edellytetään olevan relevanttia todistusaineiston laadun heikentymisen kannalta.⁷¹⁴

Henrik Zahlen normatiiviteoria on vaikeaselkoinen, eikä se ole saanut osakseen suosiota skandinaavisissa prosessioikeustutkimuksessa.⁷¹⁵ Normatiiviteorian soveltaminen olisi käytännössä varmaankin vaikeampaa kuin frekvenssteorioiden, joiden kritiikiksi se kehitettiin. Sen ymmärtämistä hankaloittaa olennaisesti teorian korkea abstraktiotaso: objektiivisten vaatimusten ja yleisten edellytysten välinen suhde ei vaikuta kovin selvältä. Myöskään normatiiviteorian käsitteistö ei vaikuta tarkoituksenmukaiselta todistusoikeudellisten kysymysten selventämiseksi.

Normatiiviteorian keskeisajatukset siitä, että tuomioistuimen todistusharkinta kohdistuisikin asianosaisten käyttäytymiseen, ei kuitenkaan ole mahdoton. Perustuuhan ohjausteorian kannattajien esimerkki velan maksua koskevasta todistustaakan jaosta ja näyttökynnyksestä käsitykseen siitä, miten velallisen kyseisessä tapauksessa tulisi toimia. Kuitti todistaa yleensä velallisen maksaneen velkansa. On syytä huomata, että missään laissa ei velvoiteta kuitenkin pyytämiseen sopimuksenmukaisesta suorituksesta: se, että näin kuitenkin yleensä tehdään, perustuu sosiaalisiin käytäntöihin, jotka ovat niin voimakkaita, että tuomioistuimet voivat hyödyntää niitä näyttöratkaisuisaankin. Käteismaksusta

⁷¹⁰ Bolding *TjR* 1978, s. 531–532.

⁷¹¹ Ks. niistä *Zahle* 1976, s. 508 ss.

⁷¹² Ks. *Zahle* 1976, s. 420–423 sekä *Zahle SSL* 1979, s. 266–267.

⁷¹³ Ks. *Zahle* 1976, s. 423–424 sekä *Zahle SSL* 1979, s. 267–269.

⁷¹⁴ Ks. *Zahle* 1976, s. 424–427 sekä *Zahle SSL* 1979, s. 269.

⁷¹⁵ Ks. kritiikistä Bolding *TjR* 1978, s. 530–539.

annettava kuitti on standarditodiste, jota normatiiviteoriassa tarkoitetaan. Se, tarvitaanko prosessioikeuden käsitteistöön tällaista käsitettä, on kuitenkin eri asia.⁷¹⁶

Normatiiviteoriassa tärkeään asemaan nousee todisteluun varautuminen: jos asianosainen laiminlyö esittää todistusaineistoa, jonka hankkimiseen hänellä olisi ollut aihetta ja mahdollisuus, tuomioistuin perustaa tuomion asianosaisen vastapuolen versioon riidanalaisesta todistusteemasta. Tanskalaisessa prosessioikeustutkimuksessa juuri varautumisenäkökohdat ovat saaneet todistustaakan jakoperusteena painoarvoa jo aikaisemmin: ne ovat keskeisessä asemassa esimerkiksi *Erland Tybjergin* teoriassa.⁷¹⁷

Normatiiviteoriassa varautumisenäkökohdat voidaan ottaa huomioon myös kokemussääntöjen valinnan yhteydessä. Ero todistusharkinnan mallintamiseen todennäköisyyksien arvioimisena on ilmeinen. Todennäköisyysteorioissahan tuomioistuimen todistusharkintaa pidetään empiirisenä ja loogisena kysymyksenä, joka tapahtuu kokemussääntöjen avulla. Niiden valintaakaan ei pidetä oikeuskysymyksenä, vaan tuomioistuimen kokemussääntövalinta perustuu, ratkaistavana olevasta kysymyksestä riippuen, esimerkiksi tieteelliseen tutkimukseen tai kokemusperäiseen olettamukseen asioiden säännönmukaisesta kulusta. Frekvenssiteorioissakin kokemussääntöjen valintaan voi kuitenkin liittyä oikeudellinen väritys.

Kun tuomioistuin joutuu esimerkiksi tekemään päätelmiä myymälänäpistäjän anastustahdosta, kokemussääntö täsmentyy jutun apotosiseikkojen perusteella. Tuomioistuin lienee taipuvainen uskomaan väitteen pussilakanoiden maksun unohtumisesta silloin, kun väitteen esittää ministerin puoliso, tunnettu kulttuurihenkilö, joka vie lakanat kävellen autoonsa, palaa hakemaan muita ostoksia ja joutuu kiinniotetuksi vasta liikkeestä poistuttuaan. Väitteen uskominen lienee tällöin ainakin todennäköisempää kuin jos väitteen esittää alkoholisoitunut ja rahaton pitkäaikaistyötön, joka juoksee samanlaiset lakanat käsissään kassojen ohi.⁷¹⁸ Kokemussääntöjen valinta voisi olla normatiivista siten, että tuomioistuin arvioi, miten vastaavanlaisessa tilanteessa tulisi toimia (”pussilakanat olisi tullut maksaa oma-aloitteisesti kassalla – kun henkilö ei tehnyt näin, hänellä oli aikomus anastaa ne, tilaisuus tekee varkaan”). Tällöin todistusharkinta ei eroa olennaisesti siitä, mitä normatiiviteoriassa esitetään.⁷¹⁹

⁷¹⁶ Mainittakoon, että tanskalainen *Bernhard Gomard* (2000, s. 490) näyttää käyttävän käsitettä, mutta toteaa, että näytön arvioinnin täytyy kuitenkin mukautua kulloiseenkin todistustilanteeseen.

⁷¹⁷ Ks. *Tybjerg 1904*, passim. sekä sen johdosta *Halila 1955*, s. 69–76.

⁷¹⁸ Myymälävarkaan anastustahdon selvittämiseen kohdistuvaa todistusharkintaa on todistusoikeustutkimuksessa käsitelty aiheen käytännölliseen merkitykseen nähden varsin paljon. Ks. *Lindell 1987*, s. 234–236, 249–259.

⁷¹⁹ Ks. kuitenkin *Heuman 2005*, s. 451–452, jonka mukaan moraalisia ja normatiivisia käytäytymismalleja ei tulisi sekoittaa todistusharkinnassa käytettävään alkuperäistodennäköisyyteen.

7.2 HANNU TAPANI KLAMIN TUTKIJARYHMÄN RATIONAALINEN NÄYTTÖKYNNYSTEORIA

Hannu Tapani Klami ja hänen tutkijaryhmänsä ovat kehittäneet päätöksentekoteorian varaan rakentuvan teorian, jota kutsun rationaaliseksi näyttökynnykseksi. Rationaalisen näyttökynnyksen teoriassa tuomioistuimen edellytetään ottavan näyttöratkaisussa huomioon myös väärän tuomion kustannukset.⁷²⁰ Todistustaakkanormin soveltaminenhan tarkoittaa, että tuomioistuin ei ota kantaa väitteen oikeellisuuteen lainkaan, vaan toimii siten, kuin mitään näyttöä ei olisi esitettykään. Tuomiossa vahvistettu tosiseikasto perustuu oikeusnormiin, ei todistusharkintaan.

Jos normaalinäyttökynnys on korkea, siitä seuraa, että myös aineellisesti väärien tuomioiden määrä todennäköisesti kasvaa. Täyden näytön vaatimusta on arvosteltu juuri tästä syystä. Klamin mukaan kiinteiden todistustaakkanormien toimiminen edellyttäisi, että näyttökynnys olisi jokaisen todistustaakkanormin soveltamisalueella kiinteä. Olettama ei ole Klamin mukaan realistinen, eikä perusteltu, sillä yleisen todistustaakkateorian kehittäminen edellyttäisi myös, että teoriasta olisi johdettavissa konkreettinen perustelu jokaiselle todistustaakkanormille.⁷²¹

Klamin kritiikki ei vaikuta osuvan oikeaan, sillä vanhemmassa prosessioikeustutkimuksessa tiedostettiin riittävän näytön ja todistustaakkanormien yhteys, vaikka normaalinäyttökynnyksenä täyttä näyttöä pidettiinkin. Klamin väite ei anna vanhemmasta prosessioikeustutkimuksesta oikeaa kuvaa siksikään, että aikaisemmin näyttökynnystä ei yhdistetty osaksi todistustaakkanormia, vaan todistusharkintaan. Todistustaakkaan turvautuminen tulee vanhemman kirjallisuuden mukaan kysymykseen, kun ratkaisutilanteessa vastakkain on kaksi väitettä, jotka eivät ole keskenään yhteensopivia ja joista kummastaan ei ole esitetty täyttä näyttöä.

Näitä todistustaakan jakotilanteita vanhemmassa prosessioikeustutkimuksessa ei suinkaan perustella vain yksittäisellä teorialla, vaan *Jouko Halilan* tutkimukseen sisältyy useiden tyyppitilanteiden analyysi, jossa relevanssia saavat erilaiset seikat ja reaaliset argumentit. (Tosin muut vanhemman polven prosessualistit kannattivat johtavana todistustaakan jakoteoriana oikeustosiseikkojen kolmijakoon perustuvaa teoriaa.)

Klamin mukaan todistustaakkanormeja perustellaan yleisimmin seuraavalla neljällä näkökohdalla:

⁷²⁰ Diesen 1999, s. 90.

⁷²¹ Klami 2000, s. 81.

- 1) tietyn seikan alkuperäistodennäköisyys yleisen elämäkokemuksen valossa, esimerkiksi oikeustoimien vastikkeellisuus
- 2) asianosaisten aihe ja mahdollisuudet varautua näyttöön ja esittää sitä oikeudenkäynnissä, esimerkiksi kuitin pyytäminen velan maksusta
- 3) oikeussäännösten tavoitteet
- 4) väärästä päätöksestä aiheutuvan riskin sosiaalinen kantokyky, joka perustelee esimerkiksi rikosjutuissa korkeaa näyttökynnystä.⁷²²

Nämä näkökohdat ovat pitkälti samoja kuin *Jouko Halilan* esittämät yleiset suuntaviivat todistustaakan jaolle. Halilan mukaan todistustaakan jaossa merkitykselliset näkökohdat on haettava aineellisen oikeuden tavoitteista, yleisestä elämäkokemuksesta ja näytön esittämismahdollisuuksista.⁷²³ Sosiaalisten näkökohtien merkityksen yleisempänä todistustaakan jakoperusteena Halila hylkää.⁷²⁴

Jouko Halilan ja Klamin tutkimusotteet eroavat olennaisesti. Halilalla näkökohtia voidaan hyödyntää tyyppitapausten argumentoinnissa; Klamin mallissa näyttökynnys määrittyy neljän haitallisuuskriteerin suhteellisen painoarvon perusteella. Klamin mukaan kriteereitä tulisi verrata pareittain analyttisen hierarkisoinnin menetelmällä.⁷²⁵ Rationaalinen tuomitsemiskynnys muodostuu tietyn laskutoimituksen, ja mallin soveltaminen edellyttäisi tietokoneen käyttämistä.⁷²⁶ Näkemykseni rationaalisen näyttökynnyksen teorian soveltamisesta on sama kuin *Jaakko Jonkalla*, jonka mukaan lainkäyttöä ei käytännön päätöksen teon tasolla voida matematisoida, vaan matemaattisten mallien merkitys perustuu lähinnä näyttöongelmien teoreettiseen jäsentämiseen, jonka apukeinona niitä voidaan käyttää.⁷²⁷

Ongelmaksi rationaalisen näyttökynnyksen soveltamisessa muodostuu niiden normien määrittäminen, joiden perusteella väärän ratkaisun haittoja voidaan yleisellä ja yksittäisellä tasolla määritellä.⁷²⁸ Tämä käy ilmi esimerkiksi, joka käsittelee – jälleen kerran – velanmaksuväitettä koskevaa näyttökynnystä. *Bengt Lindellin* mukaan näyttökynnyksen tulee olla erilainen silloin, kun: 1) velka on 500 kruunua, 2) velka on 500 000 kruunua, 3) velkoja ja velallinen ovat avopuolisoita, 4) velallinen on kuluttaja ja velkoja ammattimainen luotonantaja, 5) velallinen ja velkoja ovat molemmat elinkeinonharjoittajia.⁷²⁹

⁷²² Ks. esim. *Klami 2000*, s. 82, *Klami – Gräns – Sorvettula 2000*, s. 128–129.

⁷²³ *Halila 1955*, s. 119 sekä erit. s. 306 Ks. myös *Lappalainen SP II*, s. 345, *Lindell CP*, s.

515.

⁷²⁴ *Halila 1955*, s. 291–307.

⁷²⁵ Ks. analyttisestä hierarkisoinnista esim. *Klami 1997*, s. 166–167.

⁷²⁶ *Jonkka RS 1990*, s. 87–88, *Jonkka LM 1995*, s. 154.

⁷²⁷ *Jonkka LM 1995*, s. 155.

⁷²⁸ *Diesen 2002*, s. 18.

⁷²⁹ *Lindell CP*, s. 514–515. Samansuuntaisesti *Diesen 1999*, s. 91.

Lindell ei tarkemmin analysoi, miten kannevaatimuksen suuruus pitäisi ottaa huomioon näyttöratkaisussa. Vaikuttaa kuitenkin, että Lindellin mukaan tuomioistuimen tulisi epäselvissä tilanteissa tuomita heikomman osapuolen eduksi.⁷³⁰ Tuomioistuimen ratkaisutoiminnassa kysymys ei ole neutraalista päätöksenteosta, vaan se joutuu tuomiossa päättämään sitovasti asianosaisten eduista ja rasituksista. Tuomioistuimet voivat kokea tuomitsemisen vaikeaksi esimerkiksi, kun vastaajana olevalle yksityishenkilölle asetetaan hänen taloutensa hyvin todennäköisesti raunioittava maksuvelvollisuus; tuomioistuimella oletettavasti saattaisi olla kiusaus säilyttää maksuvelvollisuus kantajana olevalle ammattimaiselle luotonantajalle, jolle väärän tuomion kustannusten kantaminen on huomattavasti helpompaa ja jonka liiketoimintariskiinkin kuuluu myös luotonannosta johtuva tappioriski. On kuitenkin syytä huomata, että mikro-oikeudenmukaisuuden toteuttaminen voi johtaa täysin päinvastaisiin seurauksiin, kun asioita tarkastellaan makrotasolla.⁷³¹

Sosiaalisilla näkökohdilla on ilmeisiä rajoituksia päätettäessä varallisuusoi-keudellisten juttujen näyttökynnyksestä. Varallisuuden yhteiskunnalliseen uusjakoon ei tuomioistuinta pidä käyttää. Skandinaavisessa prosessioikeustutkimuksessa erityisen kielteisesti sosiaalisten näkökohtien hyödyntämiseen näyttökynnyksen määräytymisessä on suhtautunut *Lars Heuman*, jonka mukaan kannevaatimuksen suuruudella ei tule olla merkitystä näyttökynnyksen kannalta. Näyttökynnyksen alentaminen ei tule kysymykseen siksi, että varallisuusoi-keudellisissa jutuissa aineellisesti väärä tuomio on yhtä vahingollinen molempien asianosaisten kannalta.⁷³² Oikeusseuraamuksen laadulla on kuitenkin eräisissä tapauksissa merkitystä. Rikosprosessuaalista tuomitsemiskynnystähän perustellaan sillä, että väärä langettava tuomio on haitallisempi kuin kymmenen väärää vapauttavaa.

⁷³⁰ Tällaista on ehdottanut *von Eyben* 1986, s. 40.

⁷³¹ Ks. esimerkkinä tällaisesta argumentaatiosta KKO 1998:88, jossa KKO katsoessaan, että työnantaja ei tullut asettaa ankaraan vastuuseen työntekijälle aiheutuneista, ennalta-arvaamattomista vahingoista, toteaa: ”hovioikeuden mainitsemista syistä riskin säilyttäminen tällaisessa tilanteessa työnantajalle, jota useimmiten voidaan pitää työsuhteessa vahvempänä osapuolena, voisi tuntua luontealta. Tällaisen yleisen periaatteen omaksuminen ilman kirjoitetun lain tukea saattaisi kuitenkin johtaa työnantajan kannalta arvaamattomiin ja kohtuuttomiinkin seurauksiin”. KKO toteaa myös, että ”työntekijän osalta kohtuuttomuutta taas on omiaan vähentämään se, että työntekijät on vakuutettu työtapaturmien ja ammattitautien varalta ja pääosa vahingoista tulee sitä kautta korvatuksi”.

⁷³² *Heuman* 2005, s. 58–59.

7.3 BENGT LINDELLIN NORMISIDONNAINEN TODISTUSHARKINTATEORIA

Bengt Lindell on kehittänyt frekvenssiteorioille vaihtoehdoksi teorian, jonka keskeisajatuksen mukaan oikeuskysymyksen ja näyttökysymyksen ratkaisemisessa ei ole olennaista eroa, vaan kokemussäännöt vaikuttavat näytön arvioinnissa samalla tavalla kuin oikeusnormit. Kutsun teoriaa ”normisidonnaiseksi” todistusharkintateoriaksi.⁷³³ Lindellin mukaan tuomioistuimen kokemussäännöt määräytyvät useimmissa tapauksissa tuomarin elämäkokemuksesta käsin, ja todistusharkinta on pohjimmiltaan siten intuitiivista, että todistusaineiston näyttöarvon muuntaminen numeerisiksi arvoiksi ei ole mahdollista.⁷³⁴

Kokemussääntöjä ja todistelua voidaan kuitenkin tulkita samalla tavalla kuin oikeusnormeja. Tuomioistuimen tulee ratkaista kokemussääntöjen tulkinta juttuun sovellettavan aineellisoikeudellisen normin perusteella. Esimerkiksi rikosprosessissa tuomioistuimen tulee soveltaa aineellisoikeudellisia normeja rajoittavasti – samoin kokemussääntöjä ja todistajan lausumia tulisi soveltaa rajoittavasti, kun ne vaikuttavat syytetyn vahingoksi. Jos kokemussääntö tai todistajan lausuma vaikuttaa syytetyn eduksi, tuomioistuimen pitäisi tulkita sitä laventavasti.⁷³⁵

Normisidonnaista todistusharkintateoriaa on arvosteltu siitä, että teorian soveltaminen muodostuisi käytännössä hankalaksi.⁷³⁶ Oikeus- ja näyttökysymysten yhteenliittäminen on tarkoituksenmukaista, koska käsitys oikeuskysymyksestä ohjaa näytön arviointia. Tuomarilla on esiymmärryksensä (koulutuksensa ja kokemuksensa) perusteella tyyppitilanteita koskevia odotuksia, joihin hän esitettyä todistusaineistoa vertaa. Nämä odotukset vaikuttavat todistusharkinnassa samalla tavalla kuin kokemussäännöt, jotka frekvenssiteorioissa täsmenntyvät apotosiseikkojen perusteella. Nämä odotukset voivat olla peräisin hyvin eri lähteistä, ja todistusharkinnassa ne vaikuttavat samalla tavalla kuin oikeusnormit. Erottelu, jossa tosiseikat erotetaan empiiris-loogisina kysymyksinä omaksi oikeusnormeista esitetyksi ryhmäkseen, on peräisin Saksan prosessioikeudesta, ja tämä erottelu voidaan Lindellin mukaan pätevin perustein kyseenalaistaa.

Lindellin normisidonnaisen todistusharkinnan teoria vaikuttaa tuovan näyttökysymyksen ratkaisemisen lähelle vuorovaikutusmallia, jota tutkimuksessa on sivuttu aikaisemmin ja jolla siviiliprosessioikeustutkimuksessa kuvataan tuomioistuimen ratkaisuprosessia. Vuorovaikutusmalliin on otettu vaikutteita hermeneutiikkana tunnetusta tieteenfilosofisesta suuntauksesta, joka korostaa

⁷³³ Teorian ruotsinkielinen nimitys on ”rättsnormerad bevisvärdering”.

⁷³⁴ Tässä tarkoituksessa intuitiosta on puhunut *Frände* (LM 1998, s. 1250).

⁷³⁵ Ks. normisidonnaisesta todistusharkinnasta *Lindell* 1987, s. 291–300.

⁷³⁶ Tästä huomauttaa aiheellisesti *Jonkka* (1993, s. 43–44).

inhimillistä ymmärtämistä tekstien merkitysten tulkinnassa. Hermeneutiikan tunnetun edustajan, *Hans-Georg Gadamerin* (1900–2002) mukaan tulkitsija tuo tekstin tulkitsemisprosessiin mukaan esiymmärryksensä, joka vaikuttaa tekstin ymmärtämiseen. Tulkitsija muodostaa kohteensa kanssa hermeneuttisen kehän, jossa kokonaisuutta ei voida ymmärtää ilman tekstin osia, eikä osia voida ymmärtää ilman kokonaisuutta, johon ne liittyvät.⁷³⁷

Oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa hermeneuttinen kehä ilmenee normi- ja faktapremissin vuorovaikutuksena. Menneisyyden tapahtumainkulusta riippuu, mitä oikeusnormia siihen sovelletaan; näiden normien tulkinnasta riippuu, mikä tosiseikaston osat saavat jutussa oikeudellista merkitystä – ja millaiseksi merkitys muodostuu. Tuomarin ja muiden lakimiesten oikeuskysymykseen kohdistuvaa päätöksentekoa ohjaa koulutuksen ja kokemuksen muodostama esiymmärrys, jonka perusteella kanneperusteessa kuvattu tapahtumainkulku voidaan sijoittaa aineellisoikeudellisen normiston kontekstiin.⁷³⁸ Tuomioistuinten esiymmärrys määrittää sitäkin, millaista näyttöä jutussa voidaan esittää ja mikä tuon näytön merkitys jutun ratkaisemisen kannalta on.

Bengt Lindell havainnollistaa kokemussääntöjen ja oikeusnormien yhtäläisyyttä Ruotsin HD:n ratkaisun (NJA 1991 s. 476) avulla, jossa oli kysymys vuokralaisen velvollisuudesta korvata vuokranantajalle asunnossa olleen akvaarion rikkoutumisesta aiheutunut vesivahinko. Jutussa HD asetti vuokralaisen vahingonkorvausvastuuseen, vaikka jutussa ei ollut näytetty ainuttakaan sellaista seikkaa, jonka perusteella tämän voitaisiin katsoa menetelleen huolimattomasti.

Tuomion perustelujen mukaan ”tapauksessa on kysymys vesivahingosta, joka vuokralaisen antamien tietojen mukaan on aiheutunut asunnossa sijainneen akvaarion saumojen pettämisestä. Nämä tiedot hovioikeus on asettanut tuomionsa perusteeksi. Nyt kyseessä olevan kaltainen akvaario on hovioikeuden mukaan tyypillisesti sellainen esine, jonka vuokranantaja ei odota olevan huoneistossa. Jos akvaariossa on valmistusvirhe tai kulumaa, vedellä täytetyn akvaarion rikkoutumisesta aiheutuu asunnolle normaalitapauksessa todennäköisesti merkittäviä vahinkoja. Tämän vuoksi hovioikeus on asettanut esimerkiksi vedellä täytettyä akvaariota huoneistossaan säilyttävälle vuokralaiselle erityisen huolellisuusvelvollisuuden, jonka nojalla vuokralainen on velvollinen huolehtimaan akvaariostaan. Asiassa esitetyn selvityksen perusteella hovioikeus katsoo yhtiön osoittaneen, että vesivahinko on aiheutunut sellaisesta huolimattomuudesta, josta Kerstin W. on vuokralaisena vastuussa”.⁷³⁹

⁷³⁷ Ks. hermeneuttisesta ymmärtämisen kehästä filosofiassa *Gadamer 2004* erit. s. 29–39.

⁷³⁸ Edellyttäen, että olen tulkinnut Tuoria oikein, hän viittaa esiymmärrykseen lakimiesten ammatillisissa käytännöissä vaikuttavana hiljaisena tekijän tietona, jota ei esimerkiksi oikeusjuttujen käsittelyssä tematisoida nimenomaisesti kirjoittamalla se esimerkiksi tuomion perusteisiin. Ks. tästä käytännöstä *Tuori 2003*, s. 36–39, *Tuori 2007*, s. 29–30.

⁷³⁹ *Lindell CP*, s. 491–492.

Ratkaisu ilmentää näyttö- ja oikeuskysymysten liukumista toisiinsa. Oikeudella ei ollut akvaarion rikkoutumisesta muuta näyttöä kuin vastaajan kertomus, jonka perusteella tämän ei voitu katsoa tahallaan rikkoneen sitä. Kuitenkin koh- tuullinen riskinjako osapuolten välillä puoltaa tulkintaa, jonka mukaan ”tuotta- muksellista” oli akvaarion tuominen asuntoon.⁷⁴⁰ Vahingonkorvausoikeustutki- muksessa ja oikeuskäytännössä on myös kehitetty eräitä vastuuperusteita, joilla voidaan välttää juuri näyttövaikeuksista johtuvat oikeudenmenetykset. Esimer- kiksi ”korostuneen huolellisuusvelvollisuuden” tilanteissa korvausvastuu pre- sumoidaan, ja todistustaakka siirtyy rakennuksen omistajalle, jonka tulee vas- tuulta välttyäkseen näyttää, että rakenteen rikkoutuminen on johtunut muista kuin hänen vastuulleen luettavista seikoista. Tämä on perusteltua, koska raken- nuksen omistajalla on velvollisuus huolehtia, että rakennuksessa voidaan liik- kua turvallisesti.

Esimerkiksi juuri vahingonkorvausoikeudellisessa tuottamusarvioinnissa näyttökysymyksiä ei usein voida erottaa oikeuskysymyksistä, sillä käsitys oi- keuskysymyksestä väistämättä ohjaa näytön arviointia. Normisidonnainen to- distusharkintateoria vaikuttaa lähtevän siitä, että todistusharkinnassa ja näytön riittävyysarvioinnissa kysymys ei ole yksinomaan todistelun luotettavuusar- vioinnista, vaan tuomioistuimella on vertailukohtana käsitys ratkaistavana ole- vasta tyyppitapauksesta siihen liittyvine huolellisuusvelvollisuuksineen.

Huolellisuusvelvollisuusnormit voidaan sisällyttää todistusharkintaan myös epäsuorasti. Esimerkiksi vaihtoehtoisen tapahtumainkulun näyttäminen on vain harvoin mahdollista täysin luotettavalla tavalla. Vaihtoehtoisen tapahtumainku- lun näyttämisessä kysymys ei ole todistusharkinnasta siinä mielessä, että todis- telulla selvitetäisiin menneisyyden tapahtumainkulkua todistelun perusteella. Vaihtoehtoinen tapahtumainkulku on ”vaihtoehtoinen” juuri siksi, että sitä ei ole milloinkaan tapahtunut. Vahingonkorvausoikeudessa vaihtoehtoisella ta- pahtumainkululla on kuitenkin merkitystä esimerkiksi syy-yhteysarvioinnis- sa.⁷⁴¹

Bengt Lindellin mukaan esimerkiksi silloin, kun auto on törmännyt hirveen, joka on juossut tielle koiran ajamana, joudutaan pohtimaan, onko vahinko joh- tunut vapaana juosseen koiran omistajan viasta vai olisiko hirvi juossut tielle joka tapauksessa. Tällaisessa tilanteessa voidaan vain harvoin luotettavasti sel- vittää viimeksi mainitun vaihtoehdon todennäköisyys. Näytön edellyttäminen siitä voisi johtaa kanteen hylkäämiseen. Siksi kysymyksenasettelu pitäisi py- säyttää huolellisuusnormin rikkomiseen, joka riittäisi vahingon ”tuottamuksel-

⁷⁴⁰ Tuottamusarviointi muistuttaa rikosoikeudellista ryhtymistuottamusta, jossa tuottamus- moite kohdistuu siihen, että henkilö on ryhtynyt johonkin toimintaan tietoisena kykenemättö- myydestään hallita siihen liittyvää vahinkoriskiä. Ks. ryhtymistuottamuksesta *Nuutila 1996*, s. 565–580 ja *Nuutila 1997*, s. 267–272.

⁷⁴¹ Ks. vaihtoehtoisesta tapahtumainkulusta vahingonkorvausoikeudessa erit. *Viljanen 2008*, esim. s. 122–131 ja *Schultz 2008*, passim.

liseen” aiheuttamiseen. Huolellisuusnormin rikkomisen selvittäminen on ratkaisevasti helpompaa kuin vaihtoehtoisen tapahtumainkulun. Luonteeltaan normatiivinen argumentaatio etenee tällöin seuraavasti: koirat tulee pitää kytkettyinä muun muassa siksi, että ne eivät aiheuttaisi kanteessa tarkoitettuja vahinkoja – kun näin ei ole tapahtunut, omistaja pitää tuomita vahingonkorvausvelvolliseksi.⁷⁴²

Normisidonnainen todistusharkintateoria muistuttaa tältä osin vahingonkorvausoikeudellista, normin suojatarkoitusta koskevaa oppia; oikeastaan se on opin todistusoikeudellinen muunnos. Oikeusnormisidonnaisen todistusharkinnan mukainen näytön arviointi eroaa normin suojatarkoituksesta siinä, että vaikka molemmat vaikuttavat syy-yhteysarvioinnissa, normin suojatarkoitusta vaikuttaa ensisijaisesti vahinkoa rajaavana tekijänä.⁷⁴³ Todistusharkinnassa normin tarkoitusta käytetään, jotta voitaisiin väistää vaihtoehtoisen tapahtumainkulun näyttövaikeudet ja sisällyttää toiminta vahingonkorvauksen piiriin.

Normisidonnaisessa teoriassa näytön arviointiin voidaan sisällyttää teleologisia näkökohtia. Ohjausteoreetikot hyväksyisivätkin luultavasti edellä käsitellyissä esimerkeissä omaksutun riskinjaon, mutta eivät välttämättä tapaa, jolla johtopäätökseen päädytään. KKO:n oikeuskäytännöstä voidaan löytää eräitä ratkaisuja, joita voidaan mallintaa normisidonnaisen todistusharkinnan kautta.

Ennakkopäätöksessä KKO 1991:172 vahingonkorvauskanne hylättiin, koska pankin työntekijä ei ollut toimeksiantoa puhelimitse vastaanottaessaan tehnyt muistiinpanoja tai pyrkinyt muulla tavalla varmistamaan, että oli käsittänyt toimeksiannon oikein. Asiakkaalla ei siksi ollut mahdollisuutta esittää vastanäyttöä. ”Näissä olosuhteissa ja ottaen erityisesti huomioon, että väärinkäsitysten mahdollisuus puhelinkeskusteluissa on ilmeinen”, katsottiin jääneen näyttämättä, että vastaaja olisi antanut pankille myyntitoimeksiannon, jonka täyttämättä jäämisestä aiheutuneesta vahingosta hän olisi ollut vastuussa.

Ennakkopäätöksessä KKO 1997:137 päävelallinen velvoitettiin suorittamaan takautumissaatava takaajan kuolinpesälle, kun hän ei kyennyt näyttämään toteen, että takaaja oli luopunut takautumisoikeudestaan. Takaamisoikeudesta luopumisesta oli esitetty näyttönä ulkopuolisen todistajan kertomus, jonka sisältöön liittyi merkittäviä epävarmuustekijöitä. Todistajan kertomusta ei tapauksen olosuhteissa voitu pitää yksin riittävänä näyttönä takautumisoikeudesta luopumisesta.

Molemmissa ratkaisuissa tuomioistuimien katsoi henkilötodistelun riittämättömäksi selvitykseksi jostakin oikeustositseikasta. Ratkaisussa KKO 1991:172 kysymys oli sana sanaa vastaan -tilanteesta, jossa asianosaisten erimielisyys koski puhelimitse annetun toimeksiannon sisältöä. Asiassa ei annettu merkitystä osa-

⁷⁴² Lindell CP, s. 492.

⁷⁴³ Ks. normin suojatarkoituksesta Hemmo 2005, s. 140–142.

puolten prosessirooleille, eikä tuomioistuimella ollut aihetta pitää kummankaan (vastaaja / kantajan palveluksessa oleva todistaja) kertomusta tapahtumainkulusta toistaan uskottavampana. Ratkaisussa 1997:137 oli myös kysymys henkilötodistelun epäluotettavuuteen liittyvistä tekijöistä. Molemmissa tapauksissa selvittämättä jäämisen riski asetettiin sellaiselle taholle, jolla olisi ollut vastapuolta paremmat mahdollisuudet ja aihe varmistua todistusaineiston laadusta. Asianmukainen varautuminen todisteluun olisi ehkäissyt myös oikeusriidan syntymistä. Todisteluun varautumisenäkökohdat ovat näytelleet merkittävää osaa todistusoikeudellisissa teorioissa; Pohjoismaissa niiden merkitystä on viimeksi voimallisesti korostanut ruotsalainen *Lars Heuman*, jonka teoriaa tutkimuksessa seuraavaksi tarkastellaan.

7.4 LARS HEUMANIN TODISTUSTAAKKA- JA NÄYTTÖKYNNYSTEORIA

Ruotsin viimeaikaisessa prosessioikeustutkimuksessa todistustaakan jako- ja näyttökynnyskysymyksiä on yksityiskohtaisimmin tarkastellut *Lars Heuman*.⁷⁴⁴ Heumanin mukaan eräitä oikeuskysymyksiä ei ole säännelty laissa, eikä niiden ratkaiseminen käy päinsä antamalla ennakkopäätöksiä tai prejudikaattisarjojaan. Tällaisia oikeuskysymyksiä ovat esimerkiksi lain- ja sopimusten tulkintaa koskevat kysymykset sekä todistustaakkaoppi. Niiden ratkaisemisessa harkintaa ohjaavat usein periaatteet, joista kirjoitettu laki ei sisällä säännöksiä.

Koska tuomioistuimet eivät pyri metateorioiden kehittämiseen, vaan ovat si-dottuja ratkaistavana olevaan yksittäistapaukseen, Heumanin mukaan on ole-massa riski, että tuomion perustelut ovat epätäydellisiä. Oikeus kehittyy oikeus-käytännön ja tieteisopin vuorovaikutuksessa; teorianmuodostuksessa oikeustie-teellisellä tutkimuksella on ratkaiseva rooli.⁷⁴⁵ Heumanin mukaan oikeustieteel-lisessä tutkimuksessa voidaan kehittää ja tutkia todistustaakkateorioita, jotka määrittävät tuomioistuinten harkintaa todistustaakkakysymysten ratkaisemi-nessä. Todistustaakkateoriat ovat selitysmalleja, jotka vaikuttavat yhdensuuntai-sesti tai kilpailevat keskenään.

Heuman tutkii todistustaakkakysymyksiä menetelmällä, jota hän nimittää ”luonnontieteelliseksi”.⁷⁴⁶ Oikeuskirjallisuuden ja oikeuskäytännön avulla on mahdollista kehittää hypoteeseja, jotka verifioituvat ja falsifioituvat sitä mukaa, kun niiden tueksi kerätään empiiristä aineistoa. Heuman erottaa tutkimukses-saan kahdeksan teoriaa, joista viiden tarkastelemiseen tutkimuksessa keskity-tään. Heuman arvioi näiden teorioiden merkitystä oikeuskirjallisuudessa ja tes-

⁷⁴⁴ *Heuman 2005*.

⁷⁴⁵ *Heuman 2005*, s. 15.

⁷⁴⁶ Ks. Heumanin metodisista näkemyksistä *Heuman 2005*, s 15 – 34.

taa niitä oikeuskäytännön (n. 300 ruotsalaista tapausta, joista 250 HD:n ratkaisuja) avulla. Samalla hän kartoittaa niiden soveltamisalaa eli sitä, millaisissa tilanteissa tuomioistuimet turvautuvat kyseisiin teorioihin. Kattavan tutkimusaineiston perusteella eräiden todistustaakkateorioiden merkitys on Heumanin mukaan mahdollista eliminoida tai ainakin niiden soveltamisalaa voidaan rajoittaa.

On syytä korostaa sitä, että Heuman keskittyy nimenomaan todistustaakka- ja näyttökynnyskysymysten selvittämiseen – sinänsä mahdollista olisi tutkia todistustaakkakysymyksiä esimerkiksi oikeudenaloittain. Tällaisen tutkimusotteen Heuman kuitenkin hylkää, koska erilaiset yleisempää relevanssia omaavat kysymykset voivat esiintyä tietyillä oikeudenaloilla vain satunnaisesti.⁷⁴⁷

Dogmaattisilla teorioilla Heuman tarkoittaa vanhemman prosessioikeustutkimuksen teorioita, joille ominaista on todistustaakan jaon perusteleminen puhtaan dogmaattisilla näkökohdilla. Kysymys on teorioista, kuten ”*actori incumbit probatio*” (”kantajalla on aina todistustaakka”), ”*actori incumbit probatio; exceptio reus fit actor*” (”kantajalla on todistustaakka kanneperusteista ja vastaajalla edukseen tekemistään väitteistä”), oikeustositseikkojen luonteeseen perustuva todistustaakan jakoteoria jne. Kysymys on samoista teorioista, joita jo *Karl Olivecrona* ja Suomessa *Jouko Halila* kritisoivat. Heumanin mukaan dogmaattisilla teorioilla ei ole merkitystä kuin rajoitetusti eräillä oikeudenaloilla (sopimus- ja vakuutus-oikeus).⁷⁴⁸ Näissäkään tilanteissa todistustaakan jako ei kuitenkaan perustune seikkojen formaaliin asemaan vaan erilaisiin tarkoituksenmukaisuusnäkökohtiin.

Ruotsin ja Suomen vakuutus-oikeudessa todistustaakka vakuutustapahtuman sattumisesta, joka voidaan määritellä ”oikeutta perustavaksi seikaksi” on asetettu vakuutuksenottajalle. Kun vakuutuksenantaja katsoo, että vakuutustapahtumaa ei kuitenkaan tule korvata rajoitusehdon tai suojeluohjeiden laiminlyönnin vuoksi, tällä on todistustaakka väitteestään, joka on ”oikeutta kumoava”. Nämä todistustaakkasäännöt eivät kuitenkaan perustune, kuten todettua, seikkojen ”luonteeseen”, vaan vakuutus-oikeuden aineellisiin lähtökohtiin ja tavoitteisiin.⁷⁴⁹

⁷⁴⁷ Heuman 2005, s. 39.

⁷⁴⁸ Heuman 2005, s. 480.

⁷⁴⁹ Ks. todistustaakkasäännöistä vakuutus-oikeudessa *Hoppu – Hemmo* 2006, s. 168, 180, *Lindell NFT* 1992, s. 216, *Westberg FS Lindblom*, s. 747 sekä Heuman 2005, s. 489. Ruotsin oikeuskäytännössä kanta on hyväksytty ratkaisuihin NJA 1986 s. 470 ja NJA 1990 s. 93. Ks. myös *Hoppu – Hemmo* 2006, s. 169–173 esiteltyjä ratkaisuja vakuutuslautakunnan ratkaisukäytännöstä.

Materiaalisilla teorioilla tarkoitetaan ohjausteorian todistustaakkaoppia, jota tutkimuksessa on käsitelty edellä.⁷⁵⁰ Näitä teorioita Heuman pitää oikeuskirjallisuudessa vaikutusvaltaisimpina ja eniten keskustelua herättäneinä. Nimitys juontuu siitä, että Heumanin tulkinnan mukaan tässä teoriassa todistustaakka-sääntöjen tärkeimpänä tehtävänä pidetään siviilioikeudellisen säännön läpilyöntivoiman turvaamista. Heumanin tulkinta ohjausteoriasta ei kuitenkaan osu oikeaan, sillä ohjausteorian todistustaakkaopissa tavoitteena ei ole *säännön*, vaan *sen taustalla vaikuttavan tavoitteen* läpilyöntikyvyn turvaaminen.⁷⁵¹ Ero on pieni, mutta merkityksellinen. Lindellin mukaan teorioiden nimitys ei ole onnistunut, vaan parempi nimitys olisi ”tavoiteteoriat”.⁷⁵² Heuman suhtautuu Ekelöfin todistustaakkaoppiin kriittisesti: johtopäätöksenä teoriasta hän esittää, että oikeuskirjallisuudessa ohjausteoriaan suhtaudutaan myönteisesti, mutta oikeuskäytännöstä voidaan löytää vain muutamia ratkaisuja, joissa lainsäädännön tavoitteilla olisi ollut merkitystä tuomioistuimen näyttöratkaisussa.⁷⁵³

Todennäköisyysteorioilla tarkoitetaan teorioita, joiden mukaan todistustaakka-sääntöjen tavoitteena on riidan aineellisesti oikea ratkaisu.⁷⁵⁴ Todennäköisyysteorioissa voidaan erottaa kolme vaihtoehtoa: 1) alkuperäistodennäköisyyden varaan rakentuvat teoriat, 2) teoriat, joiden mukaan tavanomaisesta poikkeavan väitteen esittäjälle voidaan asettaa todistustaakka sekä 3) näyttöenemmyysperiaate. Todennäköisyysteorioiden perusongelma on se, vaikuttaako todennäköisyys vain todistusharkinnassa vai vain todistustaakan jaossa.⁷⁵⁵

Ruotsin oikeuskirjallisuudessa esitetyn kannan mukaan alkuperäistodennäköisyyden merkitys todistustaakan jaon kannalta on rajoitettu. Todennäköisyysteorioiden merkitys todistustaakan jakoperusteena näkyy eräissä siviilioikeudellisissa tilanteissa. Kysymys on tällöin kauppatavasta tai asianosaisten välisestä sopimuskäytännöstä. Oikeuskäytännössä melko korkean alkuperäistodennäköisyyden on katsottu olleen todistustaakan jakoperusteena joissakin tapauksissa. Näihin tilanteisiin liittyy Heumanin mukaan kuitenkin riski siitä, että tuomiosta muodostuu aineellisesti väärä, koska alkuperäistodennäköisyydelle annetaan liian suuri presumptiomerkitys.

Seuraamusteorioilla tarkoitetaan teorioita, joiden mukaan oikeusseuraamuksen laadulla olisi merkitystä näyttökynnyksen ja todistustaakan jaon kannalta. Nämä teoriat muistuttavat rationaalisen näyttökynnyksen keskeisajatusta, jonka

⁷⁵⁰ Heuman 2005, s. 48–54, 129–165.

⁷⁵¹ Lindell SvJT 2007, s. 349.

⁷⁵² Lindell SvJT 2007, s. 350. Teorioiden nimittäminen ”tavoiteteorioiksi” merkitsisi myös Olivecronan ja Ekelöfin näkemysten kunnioittamista. Esimerkiksi Olivecronahan polemisoi voimakkaasti todistustaakan jaon perustelemista ”aineellisen oikeuden toteuttamisella” – ”materiaalinen teoria” nimityksenä viittaa kuitenkin helposti juuri tällaiseen ajatteluun.

⁷⁵³ Heuman 2005, s. 165.

⁷⁵⁴ Heuman 2005, s. 44–48, 416–459.

⁷⁵⁵ Heuman 2005, s. 44.

mukaan tuomioistuimen tulee ottaa huomioon aineellisesti väärän ratkaisun kustannukset sekä asianosaisten mahdollisuus selviytyä väärän tuomion haittoista. Seuraamusteorioilla on ilmeisiä rajoituksia: ne eivät sovellu esimerkiksi varallisuusoikeudellisiin riitoihin, joissa aineellisesti väärä tuomio on molempien asianosaisten kannalta yhtä haitallinen. On myös painotettu sitä, että todistustaakkanormeja ei tulisi käyttää varallisuuden uusjaon välineinä.⁷⁵⁶

Todisteluun varautumisteorioilla Lars Heuman tarkoittaa teorioita, joiden mukaan todistustaakka on asetettava sille asianosaiselle, joka voi helpoimmin varautua todisteluun. Ruotsin oikeuskirjallisuudessa todisteluun varautumisnäkökohtien merkitys on tiedostettu muutenkin, mutta varautumisnäkökohtien merkitystä ei ole tutkittu systemaattisesti.⁷⁵⁷ Heumanin tutkimuksen parhaana antina pidetään todisteluun varautumisteorian kartoittamista, ja se saa myös tässä tutkimuksessa ratkaisevan osan.⁷⁵⁸

Heumanin mukaan tuomioistui-
met ovat useissa tapauksissa asettaneet todistustaakan asianosaiselle käyttämällä ainoana perusteluna todisteluun varautumisnäkökohtia. Ruotsin oikeuskäytännössä todisteluun varautuminen on ollut ratkaisevassa roolissa esimerkiksi eräässä kuluttajaoikeudellisessa ratkaisussa (NJA 2001 s. 77), jossa Ruotsin HD muutti täysistuntoratkaisussa aikaisempaa oikeuskäytäntöä ja asetti kuluttajalle todistustaakan siitä, että asianosaiset ovat sopineet kiinteästä hinnasta tai tietystä laskutusperusteesta. Varautumisteorian suosiota oikeustieteessä selittää, että asianosaisten vastakkaiset intressit ovat usein yhtä painavia, eikä todistustaakan jakoa voida ratkaista esimerkiksi turvautumalla oikeussäännöksen tavoitteeseen. Usein käsillä ei ole myöskään sel-
laista korkeaa alkuperäistodennäköisyyttä, joka voisi todennäköisyysteorioiden mukaan ratkaista jutun.⁷⁵⁹

Heumanin tutkimus on mielenkiintoinen, vaikka hänen tutkimusmenetelmänsä liittyy ongelmia.⁷⁶⁰ ”Luonnontieteellinen” tutkimusmenetelmä on kriitille altis siksi, että oikeudellinen kieli on sopimuksenvaraista. Siksi ei ole mahdollista määritellä, mitä esimerkiksi ”näytetyllä” tai ”todennäköisellä” konkreettisessa ratkaisutilanteessa tarkoitetaan. Samasta syystä oikeuskäytännön ohjaaminen näyttökynnyksilmausten avulla on ongelmallista. Tuomioistui-
met eivät myöskään tunne teorioita niin hyvin, että olisi perusteltua väittää, että konkreettisissa ratkaisuissa olisi tukeuduttu joihinkin teorioihin; tämä voi tosin Heumanin tutkimuksen myötä olla muuttumassa, sillä Ruotsin HD on viitannut useasti kyseiseen tutkimukseen perustellessaan näytön arvioinnin kysymyk-
siä.⁷⁶¹

⁷⁵⁶ Heuman 2005, s. 461.

⁷⁵⁷ Ks. esim. Westberg FS Lindblom, s. 752–753.

⁷⁵⁸ Lindell SvJT 2007, s. 365.

⁷⁵⁹ Heuman 2005, s. 501–502.

⁷⁶⁰ Lindell SvJT 2007, s. 343–344.

⁷⁶¹ Tällaisia ratkaisuja ovat NJA 2006 s. 120, NJA 2006 s. 170, NJA 2006 s. 367, NJA 2006 s.

7.5 YHTEENVETO NÄYTÖN ARVIOINNIN TEORIOISTA

7.5.1 Näyttökynnys ja mielivaltaisen ratkaisutoiminnan kieltö

Tutkimuksessa on edellä väitetty, että näyttökynnyksen käsite konkretisoi oikeuden syvärakenteesta versovaa, tuomioistuimelle suunnattua mielivaltaisen ratkaisutoiminnan kieltoa. Tämä näkemys on mielestäni perusteltu, koska todistus oikeuden historiassa näytön arviointia on pyritty sitomaan erilaisin keinoin, jotta tuomarin henkilökohtaiset mieltymykset eivät pääsisi vääristämään näytön arvioinnin lopputulosta. Tavoite nähdään ensimmäisen kerran muodollisessa todistusteoriassa, jossa näytön tuottaminen uskottiin jumalolentojen kontrolloitavaksi; legaaliossa todistusteoriassa näytön arviointia säänneltiin normein, jotka nykyihmisen näkökulmasta vaikuttavat saivartelulta, mutta joiden tarkoituksena oli tuomioistuinten näytön arviointia sitomalla turvata oikeusalamaisia mielivallalta. Normeilla oli myös muita funktioita.

Legaalisen todistusharkinnan ongelmat sekä yleisemmät yhteiskunnalliset muutostendenssit johtivat vapaan todistusharkinnan periaatteen läpimurtoon, joka suomalaisessa rikosasioiden oikeudenkäynnissä ajoittuu 1800-luvun puoliväliin ja todistuslainsäädännössä vuoden 1949 todistuslainsäädännön uudistukseen.⁷⁶² Eräissä siviilioikeudellisissa laeissa tuomioistuimelle oli annettu oikeus vapaaseen todistusharkintaan jo aikaisemmin. Vaikka tuomioistuimen näyttöratkaisua ei enää sidottu lakimääräisin normein, oikeuskirjallisuudessa korostetaan tavan takaa, että tuomioistuimen näyttöratkaisu ei vapaan todistusharkinnan vallitessa voi olla täysin vapaata, so. mielivaltaista.

Oikeuskirjallisuudessa harkintavaltaa on pyritty sitomaan erilaisilla teorioilla, joihin sisältyy varsin erilaisia näkemyksiä näyttökynnyksestä. Näyttökynnyksellä tarkoitetaan, kuten todettua, määräystä riittävästä näytöstä, jonka käsillä ollessa tuomioistuin voi perustaa tuomionsa todistelun kohteena olevaan oikeustositteeseen. OK 17:2.1:n onkin tulkittu sisältävän subjektiivis-kognitiivisen ja objektiivis-normatiivisen näyttökynnyksen. Ensin mainittu viittaa ratkaisijan subjektiivisen vakuuttuneisuuden asteeseen; objektiivis-normatiivinen näyttökynnys tarkoittaa käytännössä sitä, että tuomioistuimen näyttöratkaisu ei saa perustua puhtaan subjektiivisiin kriteereihin, vaan subjektiivisten kriteerien on saatava tukea todistusaineistosta.

Rikosprosessin keskeisenä ongelmana pidetään sitä, että tuomioistuimet eivät osaa tehdä eroa näiden välillä, vaan samaistavat ne. Tämä tarkoittaa käytän-

721, NJA 2007 s. 540, NJA 2008 s. 826, NJA 2008 s. 1053, NJA 2009 s. 64, NJA 2009 s. 210 ja NJA 2010 s. 8.

⁷⁶² Ks. siirtymisestä legaaliossa todistusteoriasta vapaaseen todistusteoriaan Ruotsin, Saksan ja Ranskan oikeuden osalta tiivistetysti *Pihlajamäki 1997*, s. 140–141.

nössä, että tuomioistuimet ovat taipuvaisia lukemaan teon vastaajan syyksi pelkästään henkilökohtaisen vakuuttuneisuuden perusteella silloinkin, kun tuo vakuuttuneisuus ei saa tukea todistusaineistosta tavalla, joka riittäisi ylittämään näyttökynnyksen (”järkevä / varteenotettavan epäilyn vaatimus”).⁷⁶³ Vaikka näkemys koskee rikosprosessia, voitaneen sanoa, että samainen ongelma – subjektiivisten ja objektiivisten kriteerien samaistamisen ongelma, on käsillä myös siviiliprosessissa, ainakin jos on uskominen oikeuskirjallisuuden perusteella saatavaa vaikutelmaa.

Dispositiivisten riita-asioiden oikeudenkäynnin osalta tilanne vaikuttaa olevan vieläpä ongelmallisempi kuin rikosprosessissa, koska oikeuskirjallisuudessa ei vallitse yksimielisyyttä edes siitä, millainen dispositiivisten riita-asioiden normaalinäyttökynnyks on, ja – mikä tärkeämpää – miten näyttökynnyks tulisi ratkaistavana olevan kaltaisessa jutussa konkretisoida. Onko normaalinäyttökynnyks ”täyden näytön vaatimus”, ”korkea-asteinen todennäköisyys” vai kenties ”näyttöenemmysperiaate”?

Koska näyttökynnyksen muotoilemisesta ei vallitse yksimielisyyttä, ei myöskään voitane mielekkäästi keskustella siitä, miten abstraktinen näyttökynnyks tulisi ratkaistavana olevassa yksittäistapauksessa konkretisoida. Ero rikosprosessiin, jossa hypoteesimetodi muodostaa varsin kelvollisen apuvälineen näytön arviointiin, on siksi huima. Näytön arvioinnin tulisi siviiliprosessissakin ohjautua näyttökynnyksen kautta. Jollei oikeuskirjallisuudessa ei kyetä kehittämään teoriaa, joka antaisi tuomioistuimille valmiuksia näytön arviointiin, oikeustieteellisen tutkimuksen harjoittajilla ei juuri voine olla puhevaltaa ainaakaan siviiliprosessuaalisen todistusharkinnan kysymyksistä käytävässä keskustelussa.

Ruotsin prosessioikeustutkimuksessa on vastikään esitetty, että todistusharkinnan kysymykset eivät ylipäänsä ole oikeustieteellisen tutkimuksen kannalta relevantteja, eikä prosessioikeustutkimuksessa tulisi kehittää erityisiä todistusharkintateorioita.⁷⁶⁴ Tällaisten teorioiden kehittämistä pidetään jopa suorastaan lainvastaisena toimintana, sillä vapaan todistusharkinnan periaatteen tarkoitus on mahdollistaa ”aineellisesti oikeiden tuomioiden” löytäminen oikeuskäytännössä. Oikeuslähteistä ei siksi katsota löytyvän institutionaalista tukea ”todistusharkintateorian” kehittämiseksi. Todistusharkinnan kysymyksiä pidetään relevantteina ylipäänsä muiden tieteenalojen kuin oikeustieteen kannalta.

Näyttökysymysten yhteys muihin tieteenaloihin ilmenee esimerkiksi yhdysvaltalaisen *John Henry Wigmoren* todistusharkintaa koskevasta klassikkoteoksen nimestä (*The Science of Judicial Proof, as Given by Logic, Psychology, and General Experience*). Kuitenkaan Ruotsissa esitettyyn yksittäiseen – ja monessa mielessä suppeaan – näkemykseen ei ole syytä yhtyä, sillä tuomioistuinnan

⁷⁶³ Gräns 2003, s. 187.

⁷⁶⁴ Axberger — Mentés — Palmgren Goodhe — Västberg JT 2006/2007, s. 985–986.

suorittaa todistusharkinnan oikeusnormien muodostamissa rajoissa. Todistusharkinnan suorittaminen ei kuulu tuomioistuimen ”vapaan harkinnan” piiriin, sillä OK 17:2.1 (ja Ruotsin lainsäädännön samansisältöinen RB 35:1) velvoittaa tuomioistuimen huolelliseen (”samvetsgrann”) harkintaan. Lainopillista tutkimusta voidaan myös harjoittaa hyödyntämällä aputieteenä esimerkiksi todistajanpsykologiaa, jolla tarkoitetaan todistajan havaintojen, muistiprosessien, haastattelun ja lausuntojen luotettavuuden psykologisen selvittämisen tutkimusta ja käytäntöä.⁷⁶⁵

”Aineellisesti oikea” tuomio on niin ikään ilmiö, joka on mahdollista ymmärtää vain oikeusnormeista käsin; käsite ei ole lainkaan ongelmaton. Ongelmatonta ei ole sekään, että institutionaalisen tuen vaatimus samaistetaan lainsäädäntöön, jossa näytön arviointia koskevia normeja on vähän, ja tästä tehdään johtopäätös, että todistusharkinta ei ole oikeustieteelliseltä kannalta merkityksellinen tutkimuskohde. Näkemys ei suppeudessaan tunnista lainkaan oikeuden pintatasoa syvempiä kerroksia, ja käsitys ”oikeustieteellisen tutkimuksen” harjoittamisesta on muutenkin köykäinen – vaikuttaa jopa siltä, että oikeustieteellisen tutkimuksen harjoittaminen samaistetaan yksinomaan kirjoitetun lainsäädännön referointiin.

7.5.2 Todistusoikeudelliset teoriat ja prosessioikeustutkimuksen perinteet

Tutkimuksessa on tarkasteltu Suomen, Ruotsin ja Norjan prosessioikeustutkimuksessa kehitettyjä näytön arvioinnin teorioita. *Kaarlo Tuorin* kriittisen oikeuspositivismin terminologiaa käyttäen voidaan sanoa, että mielivallan kielto kytkeytyy rekursiivisesti näihin teorioihin, jotka samalla liittyvät erilaisiin historiallisiin aikakausiin ja tutkimusperinteisiin. Näytön arvioinnin teoriat ovat aikanaan merkinneet pyrkimystä kontrolloida tuomioistuinten ratkaisutoimintaa ja tarjonneet heuristisia apuvälineitä näyttöratkaisuun. Näytön arvioinnin teoriat myös linkittyvät mielekkäällä tavalla toisiinsa, muodostaen ”oikeustieteellisen jatkokertomuksen”, jossa uudet tutkijat jatkavat keskustelua siitä, mihin edeltäneet tutkijat ovat sen päättäneet.

⁷⁶⁵ Näin todistajanpsykologian määrittelee *Jaana Haapasalo* (2000, s. 11). Esimerkiksi ruotsalainen *Lena Schelin* on vastikään julkaistussa väitöskirjassaan pyrkinyt lähentämään käyttäytymistieteitä ja juridiikkaa. Schelin on asettanut tutkimustehtäväkseen: 1) sen selvittämisen, miten käyttäytymistieteellinen tutkimustieto suhtautuu niihin todistusharkintaa koskeviin kriteereihin, joita Ruotsin HD on hyödyntänyt rikosprosessuaalisissa oikeuskäytännössä sekä 2) sen selvittämisen, voidaanko niitä lähtökohtia ja olettamuksia, joille Ruotsin RB:n todistelun vastaanottamista koskevat säännökset rakentuvat, pitää perusteltuina (*Schelin* 2007, ks. s. 18). Ks. suomalaisesta todistajanpsykologisesta kirjallisuudesta esim. *Klami DL* 1991, *Jonkka* 1993, s. 58–98 sekä *Haapasalo* 2000, s. 11–145.

Suomen vanhemmassa, saksalaisperäisestä doktriinista vaikuttuneessa prosessioikeustutkimuksessa todistusharkinnan käsittelemiseen ei tunnettu mielenkiintoa, vaan näyttökynnys miellettiin, samoin kuin *R. A. Wreden* tuotannossa ja Ruotsin vanhemmassa prosessioikeustutkimuksessa, kiinteäksi suureeksi, jonka ylittyminen edellyttää tuomioistuimen vakuuttuneisuutta todistelun kohteena olevan seikan totuudenmukaisuudesta, so. korkea-asteista todennäköisyyttä. Täyden näytön vaatimuksen konkretisoiminen yksittäistapauksessa ei kuitenkaan ole mahdollista kuin viittaamalla ”muiden järkevien henkilöiden” hyväksymiseen vertailukohtana.

Ruotsin ja Norjan prosessioikeustutkimuksessa näytön arvioinnin subjektiiviset kriteerit (”vakuuttuneisuus”) johtivat käsittelemään todistusharkintaa vaihtoehtoisista lähtökohdista käsin. Teema- ja todistusarvometodien mukaista näytön arviointia on käsitelty edellä ”todennäköisyysmallin” nimellä. Todennäköisyysmallissa näyttöratkaisun kysymyksiä pyritään objektivomaan muuntamalla ongelmalliset arkikielen ilmaukset, kuten ”vakuuttuneisuus”, numeerisiksi arvoiksi. Todennäköisyysmallin mukaan näyttökynnysilmaukset ilmaisevat, millaista frekvenssein ilmaistavissa olevaa todennäköisyyttä tuomion perustaminen todistusteemaan edellyttää.

Erotuksena vakuuttumismalliin, todennäköisyysmallissa käsitys näyttöratkaisutilanteista monipuolistuu, ja huomiota aletaan kiinnittää todistusaineiston koostumukseen. Aikaisemmassa täyden näytön varaan rakentuvassa näytön arvioinnissa oli yksi perustilanne: vastakkain oli kaksi väitettä, jolloin tuomioistuim joutui pohtimaan, onko jommastakummasta esitetty korkeammanasteinen todennäköisyysnäyttö, joka vakuuttaisi tuomioistuimen ja muut järkevät henkilöt väitteen totuudenmukaisuudesta tai poikkeuksellisesti ylemmän- tai alemmanasteinen näyttö. Ellei ollut, tuomioistuimen piti todistustaakkanormia soveltamalla ratkaista asia jommankumman asianosaisen vahingoksi. Lisäksi tuomioistuin saattoi perustaa tuomion myös tuomitsemishetken väärään todistustaakkaan.

Todistusarvometodissa erotetaan kolme todistusharkintatilannetta ja näytön riittävydestä päättäminen, joka systematisoidaan oikeuskysymykseksi. Näytön riittävyysarvioinnin systematisoiminen oikeuskysymykseksi on omiaan korostamaan, että näyttökysymystä ei saa ratkaista ”vapaan harkinnan” perusteella. On kuitenkin eri asia, missä määrin todennäköisyysmallin teorioilla todella kyetään ohjaamaan tuomioistuimen näytön arviointia. Jotta näyttökynnyksen systematisoiminen oikeuskysymykseksi olisi todella merkityksellinen tuomioistuinten toiminnan kannalta, olisi kyettävä yksilöimään, miten näyttökysymyksen ratkaiseminen voidaan yksittäistapauksessa suorittaa.

Todennäköisyysteorioita yhdistää näkemys näyttöratkaisusta toimintana, jossa näyttöarvo verrataan abstraktiseen näyttövaatimukseen. Yksinkertaisimmassa ratkaisutilanteessa todistusosiseikan näyttöarvo määritellään turvautumalla kokemussääntöihin, jotka ovat hypoteeseja tosiseikkojen välisistä riippu-

vuussuhteista. Todistusharkinta nähdään päättelynä, jossa tuomioistuin ratkaisee esitetyn todistelun perusteella, millä todennäköisyydellä todistusaineisto todistaa todistusteemasta. Todistusharkinta on yksinkertaisimmassa muodossaan samanlaista deduktiota kuin loogisen syllogismin mukainen oikeudellinen ratkaisutoiminta.

Kokemussääntö: jos X ilmenee, myös Y ilmenee

Tosiseikka: tässä tapauksessa X ilmenee

Johtopäätös: kun X ilmenee, myös Y ilmenee tässä tapauksessa.⁷⁶⁶

Tämä on todistusharkinnan perustilanne, vaikka käytännössä harvinainen. Usein asianosaiset esittävät paljon todistusaineistoa, joka voi olla yhden- tai erisuuntaista. Useammasta todisteesta muodostuvan todistusaineiston kokonaisnäyttöarvon määrittäminen sekä sen ratkaiseminen, riittääkö näyttö vaadittuun prosessitoimeen, muodostuu molempien todistusharkintamenetelmien akillen kantapääksi. Abstraktisen näyttövaatimuksen konkretisoiminen yksittäisessä ratkaisutilanteessa ei onnistu ilman, että ratkaisutoiminnan peruslähtökohdista tingitään.

Teemametodissa tuomioistuin jakaa todistusaineiston kokonaisnäyttöarvon kahden vaihtoehdon välillä, ja perustaa tuomion todennäköisempään seikkaan, ellei sovellettavaksi tulevassa näyttökynnyssäännöksessä edellytetä korkeampaa näyttökynnystä. Teemametodissa ei kuitenkaan yksilöidä, milloin käsillä on riittävä näyttö, vaan kysymyksen ratkaiseminen jätetään nimenomaisesti tuomioistuimen harkintaan.⁷⁶⁷ Todistusrvometodissa tuomioistuin arvioi ensin abstraktisen todennäköisyyden ja määrittää sen jälkeen tosiseikkojen todistusarvon rinnakkais- ja vastavaikutusta koskevien kaavojen avulla, ja vertaa näin saatua kokonaisnäyttöarvoa abstraktiseen näyttövaatimukseen. Ellei näyttökynnyksen edellyttämä todennäköisyys ylity, tuomioistuimen tulee turvautua todistustaakkanormiin tai valita jutun todennäköisimmät tosiseikat faktapremissiksi.

Oikeuskirjallisuudessa on keskusteltu kiivaasti esimerkiksi siitä, mistä todistusteeman todennäköisyyden jäännösarvo todistaa, teeman vastakohdan todennäköisyydestä vai ei-mistään, ja millainen merkitys alkuperäistodennäköisyydellä näytön arvioinnissa on. Edellä on pyritty osoittamaan, miten näistä eroista käytyä keskustelua voidaan selittää näkemyseroilla, jotka kohdistuvat itse asia- ja siviiliprosessin funktioon.

Ohjausteoreetikkojen mukaan siviiliprosessin tehtävänä on ohjata yhteiskuntaa mahdollistamalla aineellisoikeudellisten normien yhteiskunnallinen läpilyöntikyky. Käsitys suodattuu todistusrvometodin mukaiseen näytön arvioin-

⁷⁶⁶ Ekelöf SSL 1960, s. 49.

⁷⁶⁷ Ks. Bolding SSL 1960.

tiin, jossa – jos todistusarvometodin ajatukset otetaan kirjaimellisesti – todistustaakkanormien merkitys ylikorostuu. Jos näytön arviointi todella suoritetaan siten, kuin Ekelöf esitti, eli todistusaineiston kokonaisnäyttöarvo määritellään kaavojen avulla, näyttökynnyksen ylittyminen muodostuu mahdottomaksi.⁷⁶⁸ Jos näytön arviointia pidetään toimintana, jossa asianosaisten todistusaineistoa verrataan keskenään, havaitaan, että todistustaakan rasittaman asianosaisten tulisi, jotta normaalinäyttökynnys (75 %) ylittyisi, esittää monta kertaa vakuuttavampaa näyttöä kuin vastapuolensa.

Teemametodin kannattajien mukaan tuomioistuinten tehtävänä ei ole yhteiskunnan ohjaaminen, vaan konfliktien ratkaiseminen. Näyttöratkaisun kysymyksiä tarkastellaan ratkaistavana olevan yksittäistapauksen näkökulmasta. Teemametodin kannattajien mukaan yksittäistapauksessa on tärkeää saada aikaan tuomio, jonka faktapremissi todennäköisimmin vastaisi ulkoprosessuaalista tapahtumainkulkua. Tältä osin teemametodin ja todistusarvometodin kannattajien näkemyksissä ei ole eroa, sillä Ekelöfin mukaan todistusharkinnassa tulisi pyrkiä siihen, että tuomioista muodostuisi oikeita; tosin myös vääriä tuomioita tarvitaan tietty määrä, jotta todistustaakkanormit täyttäisivät tehtävänsä eli ohjaisivat kansalaisia toimimaan aineellisoikeudellisten normien edellyttämällä tavalla.

Todistusarvometodin kannattajien mukaan näytön arvioinnilla tulisi toteuttaa aineellisen oikeuden tavoitteiden yhteiskunnallista läpilyöntikykyä. Todistusharkintamenetelmien kannattajien näkemyksissä ei tältäkin osin ole eroa, sillä teemametodin kannattajat eivät ole sokeita aineellisen oikeuden tavoitteille. Näyttöönemmysperiaate on teemametodissa vain lähtökohta, ja toisinaan toiselta asianosaiselta voidaan edellyttää vielä vaativampaa todennäköisyyttä. Aineellisoikeudelliset näkökohdat lomittuvat ratkaisutoimintaan punninnan avulla.⁷⁶⁹

Teemametodin mukainen tarkastelutapa vaikuttaa nyansoidummalta kuin todistusarvometodi: esimerkiksi velkomusjutussa ratkaistavana olevan tyyppitapauksen erityispiirteet saavat teemametodissa korostuneemman aseman kuin todistusarvometodissa, jossa suoraviivaisesti edellytetään vakuuttavaa näyttöä velan maksusta, ja perustellaan näyttövaatimusta luotonannon toimivuuden turvaamisella. Teemametodin kannattajien mukaan esimerkiksi silloin, kun kysymys on läheissuhteessa annetuksi väitetystä velasta, käsillä ei ole perusteita asettaa asianosaisten toiminnalle samanlaisia vaatimuksia, kuin silloin, kun luoton on myöntänyt ammattimainen luotonantaja.⁷⁷⁰

⁷⁶⁸ Ks. Ekelöf: Rättegång IV (4. p. vuodelta 1977), s. 31–32, jossa Ekelöf tosin suhtautuu itsekin melko skeptisesti todistusarvojen numeeriseen muuntamiseen ja niiden vertaamiseen numeerisiin näyttökynnyksilmauksiin.

⁷⁶⁹ Ks. esim. Bolding 1983, s. 23, Bolding 1992, s. 108–128.

⁷⁷⁰ Ks. esimerkiksi Bolding 1983, s. 19–21. Myös Eckhoffin (FS Bolding, s. 86) mukaan tyyppitilanteisiin liittyvät intressinäkökohdat pitää ottaa huomioon: jollei perustetta ole suosia kum-

Teema- ja todistusarvometodien kannattajat ovat käyneet keskustelua lähinnä velan maksua koskevan todistustaakan ja maksuväitettä koskevan näyttökynnyksen tiimoilta. Esimerkki on ollut kuin veteen heitetty kivi, jonka ympyrät ovat laajenneet näytön arvioinnin konkreettisista kysymyksistä hyvin abstrakteihin kysymyksiin: millaista tehtävää tuomioistuimen tulisi yhteiskunnassa toteuttaa. Tässä keskustelussa on, näin väitän, kuitenkin laiminlyöty eräitä kriittisiä kysymyksiä, joita ovat: miten perustellusti näyttöratkaisua voidaan tarkastella loogis-matemaattisena toimintana, ja mitä tästä tuomioistuinten konkreettiseen ratkaisutoimintaan nähden seuraa?

Todistusharkintamenetelmien kannattajat eivät tosin pidä mahdollisena todistustositseikkojen näyttöarvon muuntamista numeerisiksi arvoiksi, vaan kysymyksessä on lähinnä esitystekninen keino, jolla pyritään häivyttämään arkikieleen epäselvyyttä. Tämän vuoksi frekvenssiteorioiden paljon keskustellut ja kiistellyt peruserot jäävät merkitystä vaille, ja keskustelussa on palattu alkupisteeseen. Näytön riittävyysarvioinnin luonteella oikeuskysymyksenä ei ole merkitystä tuomioistuinjuristien toiminnan kannalta, sillä vaikka oikeuskysymykset tulee ratkaista ennakoitavalla ja yhdenvertaisella tavalla, vaatimus jää merkitystä vaille, kun ei kyetä osoittamaan, millä keinoin näyttöä sitten tulisi arvioida. Todistusharkinnan kaavojen käyttäminen ”peukalosääntönä”, kuten Ekelöf katsoo, ei ole tämän vaatimuksen kannalta kovinkaan informatiivista.

Näytön arvioinnin ongelmien abstrahoiminen matemaattis-tilastotieteellisiksi kysymyksiksi on, näin väitetään, johtanut tuomareiden ja tutkijoiden keskusteluyhteyden katkeamiseen. Todistusharkinnan perusteita ja menetelmiä koskevat teoriat ovat Ruotsissa *Mikael Mellqvistin* mukaan tuntemattomia useimmille tuomareille, ja sellaisetkin tuomarit, jotka niistä ovat kuulleet, tietävät vain pintapuolisesti, mistä niissä on kysymys.⁷⁷¹ Tämän arvostelun kärki kohdistuu juuri todistusarvo- ja todistusteemam metodeihin. Suomessakin on laadittu tuomioistuinjuristeille kyselyjä, joihin annetut vastaukset tukevat Mellqvistin kokemukseen perustuvaa näkemystä. (Norjassa johtavana periaatteena noudatetaan näyttöönemmyysperiaatetta. Kuitenkaan Norjan tuomioistuinten tuomioita ei ole perusteltu niin, että niiden voitaisiin katsoa soveltavan jotakin tiettyä todistusharkintamenetelmää.)

paakaan, sovelletaan näyttöönemmyysperiaatetta. Mainittakoon, että *Jouko Halilan* (1955, s. 115–116) mukaan sukulaisuuden ei tulisi saada merkitystä ainakaan todistustaakan kääntävänä perusteena, vaan todistusharkinnassa: ”varminta onkin jättää todisteiden arvioinnin tehtäväksi ottaa varteen kunkin tilannetyypin yksilöllisyys ja antaa sukulaisuudelle sille kuuluva, kenties hyvinkin huomattava arvo todisteena. Todistustaakan jaossa sitä vastoin lieenee parasta noudattaa samaa jakoa kuin muutenkin”.

⁷⁷¹ *Mellqvist 2007*, s. 80–81. Ks. myös *Lambertz SvJT 2008*, jossa käsitellään rikosprosessuaalista näytön arviointia, ja moititaan oikeuskirjallisuudessa kehitettyjä teorioita (kirjoittaja mainitsee *Anders Steningin*, *Bengt Lindellin*, *Christian Diesenin* ja *Lena Schelinin* teoriat) siitä, että keskustelua ei ole kytetty ”käytännön oikeuselämään”.

Oikeustieteellistä tutkimusta voidaan – ja tuleekin – suorittaa myös muista kuin käytännöllisesti suuntautuneista lähtökohdista käsin. Se, että tuomarit eivät tunne teorioita, ei *välttämättä* merkitse todistusoikeustutkimuksen epäonnistumista. Kun teorioita kuitenkin on kehitetty tuomioistuinjuristien ratkaisuheuristiikan parantamiseksi, tilanne on ongelmallinen. Tämä merkitsee, että todistusharkintateoriat yleisten oppien tasolle sijoittuvina oikeuskulttuurin menettelmällisinä ainesosina eivät täytä funktioita, jotka oikeustieteen yleisille opeille voidaan kohtuudella asettaa. Oikeustieteellisen tutkimuksen tulisi lisätä käytännön lakimiesten ongelmanratkaisukykyä – vähimmäisvaatimus on, että tutkimustulokset kestäisivät kohtaamisen oikeuskäytännön kanssa.

Bengt Lindellin mukaan todistusoikeustutkijoiden ja tuomioistuinjuristien välisen yhteyden katkeaminen merkitsee kommunikaation ongelmaa, joka muistuttaa *Kurt Vonnegutin* romaanin Mestarien aamiainen (1973, suom. 1974) sisältävää tapausta. Teoksessa avaruusolento Zog tulee kertomaan maan asukkaille, miten nämä voisivat parantaa syövän ja välttyä sodilta. Zog laskeutuu Connecticutiin ja huomaa talon, jossa on tulipalo. Zog ryntää taloon kertomaan asukkaille näitä uhkaavasta vaarasta – ja talon isäntä lyö tätä golfmailalla päähän. Todistusoikeusteoreetikot kohtaavat Lindellin mukaan samanlaisia ongelmia yrittäessään vakuuttaa tuomareita matemaattisten kaavojen hyödyntämisestä todistusharkinnassa. Tuomareilla ei ole koulutusta muista tieteistä, eikä vaikeita kaavoja aina ymmärretä. Tuomarit eivät varmastakaan tapa viestintuojia tai edes suutu näille – mutta mahdollisesti he suhtautuvat viestintuojiin epäillen.⁷⁷²

Per Olof Bolding katsoo, että tuomareiden ja tutkijoiden keskusteluyhteys tulisi palauttaa yhteistyön kautta. Oikeustieteellisessä tutkimuksessa voitaisiin esimerkiksi kehittää malleja, joita tuomioistuinjuristit voisivat kokeilla esimerkiksi koeoikeudenkäyntien kautta. Koeoikeudenkäyntien tuloksista voitaisiin keskustella ja koostaa oppikirjoja ratkaisutoiminnan avuksi, tai ainakin herättämään ajatuksia sellaisten tuomareiden joukossa, jotka joutuvat ratkaisemaan kyseisiä asioita, mutta joilla ei ole aikaa syvällisiin tutkimuksiin.⁷⁷³ Kun kysymys on todistusoikeudesta, lakimiesammattien osaamista kunnioittava ehdotus on varteenotettava. Tässä tutkimuksessa pyrin kunnioittamaan näytön arvioinnin käytännön lähtökohtia, mutta tämä ei tapahdu Boldingin ehdottamalla tavalla, vaan eräisiin kansainvälisessä todistusoikeustutkimuksessa kehitettyihin teorioihin tukeutuen.

⁷⁷² Lindell CP, s. 477–478.

⁷⁷³ Bolding 1983, s. 24.

8 Näyttöenemmyys normaalinäyttökynnyksenä?

Tässä jaksossa väitetään ja pyritään perustelemaan, että tuomioistuimen tulisi dispositiivisen jutun subjektiivis-kognitiivisena normaalinäyttökynnyksenä soveltaa näyttöenemmyysperiaatetta eli perustaa tuomio lähtökohtaisesti sellaiseen oikeustositseikkaväitteeseen, joka on vastakohtaansa todennäköisempi. ”Näyttöenemmyysperiaatteella” ei tarkoiteta samaa kuin *Torstein Eckhoff* ja *Per Olof Bolding*, jotka liittävät näyttöenemmyysperiaatteen frekvenssiteorioille tyypilliseen tarkastelutapaan, vaan oma näkemykseni näytön arvioinnista on hermeneuttisempi.

Näyttökynnyksen ei jaksossa myöskään katsota välttämättä ”täsmäntävän” todistustaakanormia siten, että näyttökynnyksilmauksesta voitaisiin päätellä todennäköisyys, jota seikan ”näytetyksi” katsominen edellyttäisi. Näyttökynnyksilmauksilla voi jäljempänä tarkasteltavalla tavalla olla merkitystä tuomioistuinten näytön arvioinnin ohjauskeinona, mutta ohjausvaikutusta ei voida välittää tuomioistuinten ratkaisutoimintaan siten kuin erityisesti todistusarvometodin kannattajat katsovat.

Näyttöenemmyysperiaatteen mukainen näytön arviointi on objektiivis-normatiivisessa katsannossa päättelyä, jossa tuomioistuin asianosaisten vetoamislausemien ja esitetyn todistusaineiston rajoissa arvioi, kumman asianosaisten eduksi vaikuttava tosiseikkahypoteesi selittää paremmin käytössä olevan todistusaineiston. Näyttöenemmyysperiaatteen soveltaminen merkitsee sitä, että tuomioistuimen tulee lähtökohtaisesti perustaa tuomio tällaiseen hypoteesiin. Katson ja pyrin perustelemaan, että tällainen tarkastelutapa on yhdenmukainen positiivisen oikeuden määräysten kanssa, ja että tällaisessa tarkastelutavassa voidaan parhaiten ottaa huomioon näytön arvioinnissa välttämätön vaatimus todistusharkinnan erittelevästä ja kokonaisvaltaisesta tarkastelutavasta.

Näyttöenemmyysperiaatteen soveltaminen on kuitenkin vain lähtökohta, josta voidaan poiketa eri perusteilla. Normiteoreettiselta statukselta näyttöenemmyysperiaate on, kuten jäljempänä konkretisoidaan, nimenomaan periaate, joka voi ratkaisutoiminnassa väistyä muiden periaatteiden tieltä. Samalla näyttöenemmyysperiaate on juridinen teoria, jonka avulla pyritään määrittelemään, miten näytön arviointi olisi suoritettava. Näyttöenemmyysperiaatteen soveltaminen näytön arvioinnin johtavana periaatteena, on myös – ja ennen muuta – oikeuspoliittinen kysymys. Kysymys on siitä: 1) mitä näyttöenemmyysperiaatteen soveltamisesta johtavana periaatteena seuraisi ja 2) voidaanko näyttöenemmyysperiaatteen soveltamista pitää hyväksyttävänä vaihtoehtona.

Näyttöenemmyysperiaatetta koskevia *pro-* ja *contra*-argumentteja on sivuttu edellä. Tässä jaksossa argumentteja pyritään arvioimaan avoimesti, ilman nimenomaista sitoutumista mihinkään siviiliprosessin funktiota koskevaan käsitykseen. Totean kuitenkin, että näytön arvioinnissa voidaan käsitykseni mukaan ottaa huomioon vain rajoitetusti sellaisia makronäkökohtia kuin ohjausteoria edellyttää. Yhteiskunnan ohjaamista ja aineellisoikeudellisten normien yhteiskunnallisen läpäisyn turvaamista tärkeämpää on taata asianosaisille oikeudenmukainen oikeudenkäynti. Aineellisoikeudelliset tavoitteenasettelut suodattuvat kuitenkin tuomioistuimen näyttöratkaisuunkin; myös näiden tavoitteiden suodattuminen on tarkoituksenmukaista ymmärtää tapahtuvaksi periaatteiden kautta.

8.1 NÄYTTÖENEMMYYSPERIAATE – MITEN?

8.1.1 Todistustaakkanormit ja näyttöenemmyysperiaate

8.1.1.1 Todistustaakkanormit oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa

Oikeuskirjallisuudessa näyttöenemmyysperiaatetta vastustetaan ennen muuta siksi, koska sen katsotaan merkitsevän todistustaakkanormeista luopumista. Näyttöenemmyysperiaatteen on todistustaakkanormien vaihtoehtona katsottu soveltuvan huonosti yhteen siviiliprosessuaalisen todistustaakan jaon yleissäännöksen (OK 17:1.1) ja todistustaakan jaon erityissäännösten kanssa.⁷⁷⁴ *Juha Lappalaisen* mukaan on vaikea perustella käsitystä, että sääntelemättömissäkään tilanteissa tulisi luopua jommallekummalle asianosaiselle asetettavasta todistustaakasta ja ratkaista näyttökysymys sen mukaan, kumman asianosaisen puolesta on esitetty luotettavampaa selvitystä.

Tutkimuksessa on edellä tarkasteltu todistustaakkaa sekä pyritty osoittamaan, että sillä on tuomioistuimen ja asianosaisten kannalta keskeinen merkitys, vaikka sitä sovelletaan vasta ratkaisuvaiheessa, kun jonkin oikeustositseikan katsotaan jääneen näyttämättä. Kun todistustaakan jako on tiedossa jo valmisteluvaiheessa, oikeus voi alustavasti arvioida sitä, millaisista seikoista näyttöä kulloisessakin tyyppitilanteessa edellytetään, ja kontrolloida, esitetäänkö näyt-

⁷⁷⁴ *Nybergh JFT* 1951, s. 309, *Halila* 1955, s. 63, *Tirkkonen SP II*, s. 117, *Lappalainen SP II*, s. 332 ja *Jokela III*, s. 258. *Lappalainen (SP II)*, s. 333–334) ja *Jokela (III)*, s. 258) eivät kuitenkaan suhtaudu näyttöenemmyysperiaatteen täysin kielteisesti, vaan katsovat, että periaatetta voidaan pitää varteenotettavana vaihtoehtona, kun asiaa ei voida ratkaista vakiintuneiden todistustaakkanormien avulla. Lisäksi näyttöenemmyysperiaatetta voidaan soveltaa eräissä erityistilanteissa, joissa ratkaisu on tehtävä uskottavamaksi katsotun vaihtoehdon mukaisesti – ja joissa tällainen ratkaisu on löydettävä. Esimerkiksi lasten huoltoriidat, testamentin tulkintakanteet, turvaamistoimiasiat sekä sopimuksenulkoista vahingonkorvausta koskevat ovat tällaisia asioita.

töä kaikista seikoista. Tuomioistuिन voi alustavasti arvioida myös oikeuskysymyksiä: voivatko esimerkiksi pätemättömyysväitteeseen vetoavan osapuolen faktat tulla ylipäänsä kysymykseen aineellisoikeudellisen tunnusmerkistön täyttävinä seikkoina. Asianosaisten kannalta todistustaakan jakosäännökset ohjaavat todistelutoimintaa oikeudenkäynnissä, mutta niillä on merkitystä myös oikeudenkäynnin ulkopuolella, vaikka ohjausvaikutukselle ei tarvitse antaa samanlaista painoarvoa kuin ohjausteoreetikot.

Todistustaakkaan on toisinaan suhtauduttu kielteisesti todistustaakan jakosäännösten kategorisen luonteen vuoksi. Todistustaakan soveltamisen katsotaan johtavan helposti kohtuuttomiin ratkaisuihin, sillä todistustaakalla asia ratkaistaan jommankumman asianosaisen eduksi – ja vastaavasti toisen vahingoksi.⁷⁷⁵ Todistustaakan jakosäännösten kategorisuus sekä se, että todistustaakan soveltaminen merkitsee perinteisen käsityksen mukaan tuomion perustumista todistelun kohteena olevien oikeutusiseikkojen näyttämättä jäämisen, on saanut eräät tutkijat pitämään todistustaakkaa jopa ”lainkäytön konkurssijulistukseksi”.⁷⁷⁶

Todistustaakan soveltamista sanotaankin voitavan ”pehmentää” erilaisilla varallisuus oikeudellisen lainsäädännön keinoilla, kuten sopimuksen tulkintaperiaatteilla, joita sovellettaessa saavutetaan ”kohtuullisempia” ratkaisuja kuin todistustaakan jakosäännöksillä.⁷⁷⁷ Tämä pitänee paikkansa, koska sopimuksen tulkintaperiaatteita sovellettaessa ratkaisijalla on harkintavaraa arvioitaessa sitä, mitä asianosaisten ”voidaan katsoa sopineen”. Sopimusoikeudellisten tulkintaperiaatteiden soveltaminen voineekin jossakin tapauksessa olla todistustaakan vaihtoehto, mutta todistustaakkaopin ja sopimusten tulkintaperiaatteiden suhde ei ole yksiselitteinen kysymys; sitä ei ole tarpeen käsitellä tässä yksityiskohtaisemmin.⁷⁷⁸

Siviiliprosessioikeudellisesta todistustaakan jakosäännöksistä pitää erottaa varallisuus oikeudelliset sovittelusäännökset (esim. OikTL 36.1 ja 2, VahL 2:1.2, RikosVahL 22, TakausL 7, KauppaL 70.2), joita soveltamalla todistustaakan jaon ”kohtuuttomuutta” voitaisiin myös ajatella vähennettävän. Vaikka asian ratkaiseminen vaillinaisen näytön vuoksi kokonaan toisen asianosaisen vahingoksi tuntuisi epäoikeudenmukaiselta, kannevaatimuksen määrää ei voida sovitella siksi, että tapahtumainkulkua ei ole kyetty luotettavasti selvittämään. Kannevaatimuksen sovittelu esimerkiksi puoleen merkitsisi tosin sitä, että myös virheellisen ratkaisun seuraamukset jaettaisiin asianosaisten kesken, jolloin molemmat voittaisivat (ja häviäisivät) yhtä paljon. Jos kantaja olisi oikeas-

⁷⁷⁵ Halila 1955, s. 3, toteaa, että todistustaakkanormeille ominaista on niiden kategorinen sisältö: ”joko A:n tai B:n on kärsittävä haitta näyttötoiminnan epäonnistumisesta”.

⁷⁷⁶ Ks. näistä mielipiteistä Klami 1995a, s. 66.

⁷⁷⁷ Näin Westberg FS Lindblom, s. 740.

⁷⁷⁸ Ks. kysymyksestä esim. Lindell 1988, s. 78–82, Klami 2000, s. 106, Westberg FS Lindblom, s. 740.

sa, hän saisi puolet summasta, johon hän olisi oikeutettu. Jos taas vastaaja olisi oikeassa, häntä ei velvoitettaisi korvaamaan niin paljon kuin kantaja on vaatinut.

Michael Saarikoski on ehdottanut, että näytöllisesti vaikeissa vahingonkorvausjutuissa tulisi soveltaa taloustieteellistä ”todennäköisyysastemenetelmää”, jotta yli- ja alikompensaatiolta vältyttäisiin. Saarikosken mukaan esim. tuotevastuujutussa, jossa kantaja ei näyttövaikeuksien vuoksi kykene todistamaan syy-yhteyttä täyden näytön edellyttämällä varmuudella, kantaja olisi oikeutettu vahingonkorvaukseen syy-yhteyden todennäköisyyden suuruisesa suhteessa. Jos syy-yhteyden todennäköisyys arvioitaisiin esim. 50-prosenttiseksi, olisi vastaaja velvoitettava korvaamaan 50 prosenttia aiheutuneesta vahingosta. Ehdotus on mielenkiintoinen, mutta ei sellaisenaan toteuttamiskelpoinen.⁷⁷⁹

Sovittelunormien soveltamisen etuna todistustaakkaan turvautumisen sijasta, voitaisiin pitää sitä, että jos tuomioistuin ”asettaisi kirkon keskelle kylää”, tuomion tosiseikasto ei poikkeaisi prosessinulkoisesta tapahtumainkulusta niin paljon kuin todistustaakkaan turvauduttaessa. Kun tuomio perustetaan todistustaakkaan, tämä merkitsee sitä, että tuomioistuin ei *de jure* tiedä mitään oikeustosiseikkaväitteen todenperäisyydestä. Tällöin ei tietenkään voi olla mitään takeita siitäkään, että tuomio vastaisi lainkaan prosessinulkoista tapahtumainkulkua.⁷⁸⁰

Todistustaakan jako on kuitenkin syytä visusti erottaa varallisuus oikeudellisista sovittelunormeista. Sovittelunormeilla korjataan sopimuksella luodun tai lainsäätäjän normin soveltamisesta johtuvaa seurausta, ja niitä voidaan soveltaa vasta siinä vaiheessa, kun jokin tosiseikasto, kuten sopimus tai vahingonkorvausvelvollisuus, katsotaan näytetyksi. Lisäksi vaatimuksen sovittelu edellyttää, että tosiseikasto on ”kohtuuton”, mikä on oikeuskysymys.⁷⁸¹

Todistustaakan jakosäännöksillä on ollut myös kannattajia, jotka ovat tähdentäneet, että todistustaakan soveltaminen ei voi merkitä lainkäytön epäonnistumista. Jollei todistustaakkaa olisi, vaatimus olisi hyväksyttävä ilman näyttöä.⁷⁸² Tuomio ei silloinkaan perustuisi todistusharkinnassa saatuun käsitykseen tapahtumainkulusta, jota todistustaakan kriitikot ovat pitäneet tärkeänä. Jos vaatimuksia ryhdyttäisiin hyväksymään ilman näyttöä, menettelyllä olisi merkittäviä yhteiskunnallisia seurannaisvaikutuksia. Todistustaakka ei pelkällä olemassaolollaan merkitse kielteisiä seuraamuksia asianosaisille. Sitä sovelletaan,

⁷⁷⁹ Ks. *Saarikoski LM 2001*. Klamikaan ei ole pitänyt asianmukaisena sitä, että mutkikkaissa syy-yhteyksikysymyksissä epävarmuuden alue luettaisiin kokonaisuudessaan väitetyin aiheuttajan hyväksi (*Klami 1995a*, s. 123).

⁷⁸⁰ Ks. myös *Halila 1955*, s. 3.

⁷⁸¹ *Helin JJ Wirilander*, s. 55.

⁷⁸² *Olivecrona 1930*, s. 10.

jos – ja vain jos – asianosainen on laiminlyönyt relevantin näytön esittämisen. Todistustaakkanoormeja tarvitaan prosessiekonomisistakin syistä: todellisuuden rekonstruointi ei aina ole tarkoituksenmukaista – tai edes mahdollista.⁷⁸³

8.1.1.2 Näyttöenemmyysperiaate ei tarkoita todistustaakkanoormeista luopumista

Todistustaakan kritiikki liittyy ennen muuta todistustaakan jakosäännökseen liitettävään näyttökynnykseen. Mitä ankarammaksi se asetetaan, sitä useammin todistustaakkaa pitää soveltaa. Todistustaakan epäkohtia pitää siksi vähentää niihin liittyvän näyttökynnyksen kautta. Näyttöenemmyysperiaate sijoittuikin näytön arvioinnin tasolle: katson, että sen systematisoiminen riita-asioiden normaalinäyttökynnykseksi merkitsee todistustaakan kielteiseksi koettujen vaikutusten vähentämistä. Näyttöenemmyysperiaatella voidaan kuitenkin säilyttää todistustaakan edut. Näyttöenemmyysperiaatteen lisäksi tarvitaan myös todistustaakan jakoa.

Näyttöenemmyysperiaatteen soveltaminen ei välttämättä tarkoita todistustaakasta luopumista edes teemametodissa. Teemametodissa näyttöenemmyysperiaate vaikuttaa näytön riittävyysarvioinnissa, jossa lähtökohdaksi asetetaan asianosaisten yhdenvertaisuus. Tuomioistuim voi lähtökohtaisesti perustaa tuomion todistusteemaan, joka on näytön perusteella vastakohtaansa todennäköisempi. Näyttöenemmyysperiaatetta sovellettaessa ”todistustaakkapiste” sijoitetaan todennäköisyysasteikon keskipisteeseen, ja tuomio voidaan perustaa todistusteemaan (tai sen vastakohtaan), kun käsillä on näyttöenemmyys. Tämän todistusharkintaa koskevan metaforan on tulkittu merkitsevän, että näyttöenemmyysperiaatteen soveltaminen merkitsisi todistustaakkanoormeista luopumista.

Näyttöenemmyysperiaatteen soveltaminen tarkoittaa näytön riittävyysarvioinnissa, asiaa subjektiivisin kriteerein arvioituna, ”vakuuttuneisuuden” vaatimuksesta luopumista. Teemametodin mukaisessa arvioinnissa, frekvenssiteoriassa, toimitaan toisin kriteerein: tuomioistuim voi perustaa tuomion sellaiseen seikkaan, josta esitetty näyttö saavuttaa todennäköisyyksenemmyyden. Tuomio voidaan perustaa senkin asianosaisten tosiseikkahypoteesiin, jolla ei ole todistustaakkaa. Ajatus ei ole tuntematon vakuuttumismallisakaan, jossa näyttöenemmyysperiaatteen soveltaminen merkitsee sitä, että tuomio perustetaan tuomitsemishetken näyttöön; jos näytön on esittänyt asianosainen, jolla ei ole todistustaakkaa, kysymys on tuomitsemishetken väärästä todistustaakasta.⁷⁸⁴

Näyttöenemmyysperiaatetta todistustaakan vaihtoehtona pitävät myös ohjausfunktion kannattajat. Todistusrvometodissa näyttöenemmyysperiaate on

⁷⁸³ Bolding 1951, s. 15.

⁷⁸⁴ Halila 1955, s. 64.

soveltamisalaltaan marginaalinen periaate, mikä johtuu yksisuuntaisesta todennäköisyyskäsitteestä. Tuomioistuimen tulee todistusarvometodissa arvioida teeman todennäköisyyttä sadan samanlaisen todistustilanteen oston vertailukohtanaan pitäen. Todistusarvometodissa ”pienimmällä mahdollisella todennäköisyydellä” eli näyttöenemmyydellä tarkoitetaan siten tilannetta, jossa todistusteemana oleva väite on totta vain yhdessä tapauksessa sadasta, eikä tuomioistuimella tiedä mitään siitä, mikä tilanne on 99 muussa tapauksessa.⁷⁸⁵

Todistusarvometodissa normaalinäyttökynnyksen ylittyminen edellyttää todistusteeman olevan totta arviolta 75 tapauksessa sadasta. Kun otetaan huomioon, että ohjausteorian mukaan siviiliprosessissa annettavilla tuomioilla on tarkoitus ohjata yhteiskuntaa ja siten mahdollistaa aineellisoikeudellisten normien tavoitteiden läpilyöntikyky, näyttöenemmyysperiaate voi ohjausteoriassa tulla kysymykseen vain erityistilanteissa, kuten vahingonkorvausoikeudellisessa syy-yhteysarvioinnissa, jossa sen soveltamista puoltavat vahingonkorvausoikeuden preventiivinen ja reparatiivinen tavoite.

Teemametodin ja todistusarvometodin todennäköisyyskäsitteiden erosta johtuu, että todistusarvometodin kannattajien väite ei pidä paikkaansa – ainakaan, jos asiaa tiedustellaan teemametodin kannattajilta. Teemametodissa, johon sisältyy todennäköisyyden klassinen negaatiosääntö, todistusteema on näyttöenemmyysperiaatetta sovellettaessa totta ainakin 51 tapauksessa sadasta. Näyttöenemmyyden vaatimus on teemametodissa vain lähtökohta, eikä sitä voida soveltaa todistustaakkanoimit korvaavana sääntönä.⁷⁸⁶ Näyttöenemmyysperiaate voi joutua väistymään, kun tuomioistuimella ei kykene pitämään mitään seikkaa todennäköisempänä, mutta siitä voidaan poiketa myös silloin, kun asianosaiselta vaaditaan yksinkertaista näyttöenemmyyttä vaativampaa näyttöä joko näyttökynnyksilmauksen tai muiden syiden vuoksi. Näyttöenemmyysperiaatteen johtavan periaatteen asemasta huolimatta todistustaakkanoimeja siis tarvitaan teemametodissakin.

En sitoudu teemametodin mukaiseen käsitykseen näytön arvioinnista – en siis katso, että tuomioistuimen tulisi arvioida todistusaineiston näyttöarvo frekvenssien avulla ja verrata sitä abstraktiseen todennäköisyysvaatimukseen, mutta totean, että näyttöenemmyysperiaate sellaisena, kuin mitä sillä tarkoitan, ei merkitse todistustaakasta luopumista. Koska lainsäädäntöön sisältyy melko runsaasti todistustaakan jakosäännöksiä⁷⁸⁷, näyttöenemmyysperiaatteen katso-

⁷⁸⁵ Ekelöf – Boman IV, s. 105–106.

⁷⁸⁶ Per Olof Boldingin mukaan hänen väitöskirjansa tavoite oli osoittaa, että näyttöenemmyysperiaatteeseen ei ole syytä suhtautua täysin kielteisesti. Joissakin jutuissa sitä voidaan soveltaa, joissakin jutuissa näyttöenemmyysperiaatteen soveltaminen on poissuljettua. Ks. Bolding 1952, s. 24. Boldingin kyseinen tutkielma on kokonaisuudessaan esimerkki siitä, miten aineellisoikeudelliset tavoitteet jollakin rajatulla oikeudenalalla (vakuutus-oikeudessa) kanavoituvat näyttökysymysten argumentoimiseen.

⁷⁸⁷ Termi ”todistustaakka” tosin esiintyy vain 10 laissa. Lainkohdat ovat MaksupalveluL 72,

minen niiden korvaajaksi ei olisi *de lege lata* mahdollista. Todistustaakalla on riita-asioiden oikeudenkäynnissä niin keskeisiä funktioita, että sitä pidetään aiheellisesti ”siviiliprosessin selkärankana”.⁷⁸⁸ Todistustaakasta ei siksi voida ajatella luovuttavan myöskään *de lege ferenda*.

8.1.1.3 Todistustaakkanormeista näytön riittävyysarvioinnissa

Näyttöenemmyyden vaatimus vaikuttaa näytön arvioinnissa. Jaksossa pyritään perustelemaan sitä, miksi näyttöenemmyysperiaatteen tulisi olla johtava näytön arvioinnin periaate. Todistustaakan soveltamisen kannalta merkityksellinen kysymys on, millaiseen näkemykseen näytön arvioinnista se liitetään. Jos todistustaakkanormeihin liitetään subjektiivisessa katsannossa ”vakuuttuneisuuden” vaatimus, todistustaakasta tulee asianosaisen kannalta ankara normi. Tuomioistuimen kannalta vaatimuksesta ei juuri ole apua tuomion perustelemissa. Merkitystä on myös sillä, miten näyttövaatimus voidaan konkretisoida (näyttöennäköksen objektiivis-normatiivinen puoli).

Näyttöenemmyysperiaatteen soveltaminen merkitsee, että riski ei ole todistustaakan kantavan asianosaisen kannalta yhtä ankara kuin täyden näytön määrätelmä, koska näyttöenemmyys riittää lähtökohtaisesti todistustaakasta suoriutumiseen. Jos todistustaakan jostakin oikeustositseikasta kantavan asianosaisen faktaväitteet ovat todistusaineiston perusteella todennäköisempiä kuin vastapuolen väitteet, tuomioistuimen pitää katsoa tämän suoriutuneen todistustaakastaan. Jos taas todistustaakan kantavan asianosaisen vastapuolen faktaväitteet ovat todistusaineiston perusteella todennäköisempiä, tuomioistuimen pitää soveltaa todistustaakkaa ja katsoa todistustaakan piiriin kuuluvien seikkojen ”jääneen näyttämättä”.

Tuomioistuimen tulee siis aina ottaa ratkaisutilanteessa lähtökohdaksi todistustaakkanormi. Kuitenkaan pelkkä tieto todistustaakan kohteesta ja siitä, kumman asianosaisen vahingoksi joidenkin seikkojen näyttämättä jääminen koituu, ei ole informatiivinen arvioitaessa, miten tuomioistuimen tulee näyttöä arvioida. Erityisen tärkeää on arvioida, millaisista seikoista näyttöä on esitettävä, ja kumman asianosaisen vahingoksi näyttämättä jääminen koituu.

Bengt Lindellin vaikean ilmauksen mukaan todistustaakka on ”abstraktis-sisällöllinen” ja ”konkreettis-prosessuaalinen”.⁷⁸⁹ Todistustaakkanormi on ”abstraktis-sisällöllinen”, koska se jakautuu samalla tavalla abstraktisissa tyyppitilanteissa, sisältäen määräykset sekä siitä, millaisista seikoista näyttöä on esitet-

KorkeakoulueksintöL 12, YhdenvertaisuusL 17, KunViranhaltijaL 12, VähemmistövaltuutettuL 7j, TSL 2:2, VirkamiesL 4:1, Tasa-arvoL 9a, MerimiesL 15a ja KSL 12.

⁷⁸⁸ *Baumgärtel* 1996, s. 5

⁷⁸⁹ *Lindell* 1988, s. 61.

tävä, että siitä, kenen vahingoksi kyseisten seikkojen jääminen vaille riittävää näyttöä koituu. Todistustaakan ”konkreettis-prosessuaalinen” puoli ilmenee niin, että tuomioistuimen on ratkaistava, onko todistustaakanormin tarkoittamista seikoista esitetty näyttöä, ja riittääkö näyttö tuomion perustamiseksi ko. seikkaan. Tämä ilmaus viittaa näytön riittävyysarviointiin yksittäistapauksessa – tässä tärkeässä asemassa on juuri näyttökynnysnormi.

8.1.1.4 Millaisesta ”todennäköisyydestä” näytön arvioinnissa on kysymys?

Oikeuskirjallisuudessa usein esitetyn näkemyksen mukaan näytön riittävyysarvioinnissa arvioidaan todistusteeman näyttöarvo eli todennäköisyys esitetyn näytön perusteella; tämän jälkeen näyttöarvoa verrataan näyttökynnykseen. Mutta millaista ”todennäköisyyttä” tuolloin tarkoitetaan? Näytön arvioinnin todennäköisyyskäsitteen valinta on systemaattinen, mutta tärkeä kysymys, koska systematiikka ohjaa kysymyksenasettelua ja rajaa kysymyksiä, joita teorian rajoissa voidaan esittää. Jos näyttökynnys liitetään ”totuuden” ja ”vakuuttuneisuuden” vaatimuksiin, kysymyksenasettelut muodostuvat epätarkoituksenmukaisiksi: niissä painottuu vain subjektiivinen elementti. Kun todennäköisyyskäsite on loogis-matemaattista laatua, näyttökynnys pitää johdonmukaisuuden nimissä muuntaa numeeriseksi arvoksi; tällöin myös näytön arviointi muuttuu laadultaan todennäköisyysmallin loogis-matemaattiseksi toiminnaksi.

Näytön arviointi ei ole vain subjektiivista harkintaa eikä sellaista pseudo-objektiivista harkintaa, jossa näyttökysymys ratkaistaisiin vertaamalla kaavoja hyödyntämällä saatua todennäköisyyttä abstraktiseen todennäköisyysvaatimukseen – ei ainakaan kiperää näyttökysymystä ratkaisevan tuomarin näkökulmasta. Näytön arvioinnin abstrahointi tällaiseksi toiminnaksi voi johtaa siihen, että näytön arvioinnin ongelmista käytävä keskustelu tutkijoiden ja tuomioistuinjuristien välillä lakkaa, kun akateemisten ja käytännön juristien puhe-
tapojen kuilu käy ylittämättömäksi. Tämä on todistusoikeustutkimuksen kannalta epätarkoituksenmukainen tilanne: teoreettisesti etevät mallit näivettyvät abstraktioiksi, joilla ei ole käytännön relevanssia. Todistusoikeustutkimuksella ei ole varaa eristäytyä ”tieteen nimissä” täysin siitä tavasta, jolla tuomioistuimissa toimitaan.

Kansainvälisessä todistusoikeustutkimuksessa matemaattiset näytön arviointia koskevat teoriat ovat menettäneet jalansijaansa hermeneuttisempien mallien hyväksi viime vuosikymmeninä. Keskustelu tilastotieteellis-matemaattisten lähestymistapojen vaihtoehtoista käynnistyi angloamerikkalaisessa järjestelmässä, jossa niitä kritisoi ensimmäisenä professori *Lawrence Tribe*.⁷⁹⁰ Erityisesti ri-

⁷⁹⁰

Ks. kansainvälisen keskustelun kehitysvaiheista *Twining FS Strömholm*, s. 822–825, *Kol-*

kosprosessissa näyttökysymysten muuntaminen tilastotieteellis-matemaattisiksi kysymyksiksi on Triben mukaan sopimatonta ja oikeusturvan kannalta vaarallista. Tähän on kolme syytä: 1) niin kauan, kun juristit ja valamiehistöt ovat ”laskutaidottomia”, heille tulisi puhua kieltä, jota he ymmärtävät, 2) matemaattinen argumentointi voi olla pettävän vakuuttavaa, koska järeä todennäköisyysarvo ei välttämättä perustu asianmukaisiin kriteereihin (kuten oli laita Collins-tapauksessa), 3) rikosprosessuaalisen tuomitsemiskynnyksen muuntaminen numeeriseksi arvoksi on myös poliittisesti sopimatonta.

Seuraavan puheenvuoron keskustelussa käyttää *L. Jonathan Cohen*, joka kyseenalaistaa todennäköisyysargumenttien matemaattisen luonteen.⁷⁹¹ Cohen osoittaa, että ”todennäköisyys” voi olla muuta kuin matemaattista laatua, ja näin asia tulee erityisesti näytön arvioinnin kannalta ymmärtää. Vaikka Cohenin tutkimus on filosofinen, sillä on oikeuspoliittisia seurannaisvaikutuksia. ”Asiantuntijoiden kultin” ei pidä omata yksinoikeutta näyttökysymysten argumentoimiseen, vaan tavallisen kadunmiehen päättely on yhtä pätevää – Cohenin tutkimus antaa tälle väitteelle teoreettisia perusteita.⁷⁹² Cohenin kehittämä induktiivinen todennäköisyyskäsite muodostaa *Christian Diesen*in hypoteesimetodin teoreettisen rungon.⁷⁹³ Suomessa induktiiviseen metodiin ovat suhtautunut hyväksyvästi *Antti Jokela* ja *Päivi Hirvelä*, joka tosin käyttää siitä nimitystä ”induktiometodi”.⁷⁹⁴

Induktiometodiin liittyy läheisesti eräiden tutkijoiden edustama teoria, jossa annetaan vahva paino oikeudenkäynnin rakentumiselle erilaisten kertomusten varaan; induktiometodin ja tämän teorian kannattajien väliset mielipiteet samaistuvat eräiltä osin toisiinsa, eikä erilaisten teorioiden välille voida vetää jyrkkää rajaa.⁷⁹⁵ Oikeudenkäynnin kertomuksellista luonnetta näytön arvioinnissa painottaneiden tutkijoiden – muun muassa yhdysvaltalaiset *Nancy Pennington*, *Reid Hastie*, *W. Lance Bennett*, *Martha S. Feldman*, *Ronald J. Allen*, hollantilaiset *Hans Crombag*, *Peter van Koppen*, *Willem Wagenaar* ja norjalaiset *Eivind Kolflaath* ja *Audun Kjus* – mukaan näyttöä arvioivat henkilöt tekevät päätelmiä tapahtumainkulusta arvioimalla ”kertomusten uskottavuutta”.⁷⁹⁶

Näyttökysymyksiä ratkaisevat henkilöt vertaavat asianosaisten tapahtumainkulusta esittämiä kertomuksia toisiinsa ja/tai rekonstruoivat heille esitetyn todistusaineiston perusteella oman versionsa tapahtumainkulusta; väitetään jopa, että ”hyvä tarina on näytön parempi puoli” (*”A good story is the better half of*

flaath JV 2004.

⁷⁹¹ Ks. *Cohen 1977*.

⁷⁹² Ks. Cohenin näkemyksistä myös *Diesen 1996*, s. 287–293.

⁷⁹³ Ks. *Diesen 1993*, 405–411 sekä *Diesen 2002*, s. 20–23.

⁷⁹⁴ Ks. *Jokela III*, s. 249–250 ja *Hirvelä 2006*, s. 311–316, 523–524.

⁷⁹⁵ Esimerkiksi *Päivi Hirvelä (2006, s. 314–316)* pitää Penningtonin ja Hastien teoriaa yhtenä induktiivisen metodin sovellutuksena.

⁷⁹⁶ Ks. kertomusmallista pääpiirteissään *Kolflaath JV 2004* ja *Kjus 2008*, s. 21–26.

the proof”).⁷⁹⁷ Vaikka suurin osa tutkimuksista on rikosprosessuaalisia, tämä arviointitapa soveltuu myös siviiliprosessiin, koska kysymys on näytön arvioinnin rakenteellisesta tarkastelusta – lainkäyttäjien tavassa tarkastella näyttökysymyksiä ei tältä osin ole olennaisia eroja.

Suomen todistus oikeudessa kertomusmallia ei ole tutkittu, lukuun ottamatta *Minna Gränsin* rikosprosessuaalista artikkelia.⁷⁹⁸ Gräns kertoo kuulleen väitteen ”hyvästä tarinasta näytön parempana puolena” suomalaisten ja ruotsalaisten tuomioistuinjuristien kanssa käymisissä keskusteluissa, mutta katsoo, että väitettä on vaikea ottaa vakavasti, mikä johtuu väitteen ”spekulatiivisesta luonteesta” sekä suoranaisesta lainvastaisuudesta. Laista käy Gränsin mukaan ilmi, että syyksilukemisesta voidaan tehdä johtopäätöksiä vain esitetyn näytön perusteella. Laissa ei tosin nimenomaisesti kielletäkään, että ”kertomusten parimmuudella” ei saisi olla merkitystä näytön arvioinnissa: OK 17:2.1:n mukaan oikeuden tulee vain ”harkita huolellisesti kaikkia esiintulleita seikkoja”. Gränsin mukaan tällaiset näkemykset eivät ole täysin tuntemattomia, sillä esimerkiksi todistusarvometodiin kuuluva rakenteellisen näytön konstruktio perustuu tämän tyyppiselle ajatukselle.⁷⁹⁹

On syytä korostaa jo tässä vaiheessa, että kun tutkijat katsovat tuomioistuinten arvioivan näyttöä ”kertomusten uskottavuutena”, tällä ei tahdota väittää, että tuomioistuimet olisivat herkkäuskoisia tai retoristen tehokeinojen viettäviä. Tai että tuomioistuimet uskovat mieluummin ”hyvää tarinaa”, kuin ”kovaa todistusaineistoa”. Tästä ei ole kysymys. Eri asia on, että *Reid Hastien* ja *Nancy Penningtonin* suorittamien tutkimusten mukaan ”hyvä tarina” voi todella olla ”näytön parempi puoli”: tietyntyyppiset kertomukset todistusaineiston jäsentämistapana ovat omiaan johtamaan ratkaisijaa harhaan konkreettisesti ratkaisutilanteessa, ellei tämä punnitse näyttöä analyttisesti.

Näytön arvioinnin kysymysten tarkasteleminen kertomusmallin kautta on mielestäni tarkoituksenmukainen lähtökohta. Kun katson, että näytön arvioinnin kysymyksiä tulisi lähestyä tällaisesta näkökulmasta, en kuitenkaan tarkoita, että dispositiivisissa riita-asioissa tuomioistuimen tulisi ratkaista näyttökysymys ansiokkaan tarinankerronnan perusteella.

Tarkoitan, että todistusharkinnassa kysymys on ratkaisevissa määrin siitä, missä määrin todistusaineisto kyetään ankkuroimaan asianosaisten esittämiin todistusteemoihin. Todistussuhteet eivät ole yksinomaan loogisia tai kausaalisia, vaan erityisesti useamman todisteen kokonaisuudet saavat merkityksensä

⁷⁹⁷ *Wagenaar – van Koppen – Crombag* 1993, s. 44.

⁷⁹⁸ *Gräns* 2003. Ks. myös *Kunnas DL* 2007, s. 762–763, jossa kertomuksia tarkastellaan asianajajan toiminnan näkökulmasta.

⁷⁹⁹ *Gräns* 2003, s. 188–189.

suhteessa joihinkin kontekstikertomuksiin.⁸⁰⁰ Dispositiivisten riita-asioiden normaalinäyttökynnykseksi on valittu näyttöenemmyys siksi, että ilmaukselle on tuomioistuinten ratkaisutoiminnassa löydettävissä samanlaista metodista merkitystä kuin rikosprosessuaalisella ”järkevä tai varteenotettavan epäilyn” vaatimuksella. Lisäksi näyttöenemmyysperiaate soveltuu parhaiten yhteen menettelysääntelyn sekä asianosaisten yhdenvertaisuusvaatimuksen kanssa.

Näyttöratkaisun kysymyksiä lähestytään kertomusmallin mukaisista lähtökohdista myös siksi, että tämä on käsitykseni mukaan hyvin lähellä tapaa, jolla tuomioistuinjuristit näyttökysymyksiä jäsentävät. Näytön arvioinnin mallintaminen kertomusten uskottavuusarviointina on joka tapauksessa ratkaisevan paljon lähempänä lainkäyttäjän arkea kuin Suomen ja Skandinavian todistusoi-keustutkimuksen teorit, joita tutkimuksessa on käsitelty edellä. Tämä seikka on – ja sen tulee olla – merkityksellinen arvioitaessa sitä, miten tuomioistuimen tulisi näytön arviointi suorittaa.⁸⁰¹

Tarkoitin ”kertomuksella” todellisen tai kuvitellun tapahtumainkulun kielellistä kuvausta.⁸⁰² ”Kertomuksen” käsite eroaa käsitteen merkityksestä arkikielessä, jossa ymmärrän kertomuksella tarkoitettavan fiktiivistä seipitelmää. Kertomuksen käsite on riippumaton kertomuksen totuudenmukaisuudesta. Kertomuksen käsite rinnastuu siten ”hypoteesiin”. Hypoteesilla tarkoitetaan väitettä, jota ei ole vielä osoitettu oikeaksi tai vääräksi, vaan jota todistelulla on tarkoitus koetella.⁸⁰³ ”Kertomus” on kuitenkin mielestäni tarkoituksenmukaisempi käsite siksi, että tuomioistuimella on tapahtumainkulusta (vähintään) kaksi kokonaan tai joiltakin osin yhteen sopimatonta versiota silloin, kun asianosaisten riitaisuus kohdistuu näyttökysymykseen. Näissä tilanteissa näytön arviointi pitää ymmärtää sen arvioimiseksi, mikä kertomus – jos mikään – saa tukea todistusaineistosta.

⁸⁰⁰ Ks. esim. Bennett – Feldman 1981, s. 117 (“What makes a fact or piece of evidence meaningful in a particular case is its contextual role in the stories that make up the case”) ja Wagenaar – van Koppen – Crombag 1993, s. 33 (“Evidence derives its meaning from a story context”).

⁸⁰¹ Ks. myös Pölönen 2003, s. 157–158, jossa hypoteesimetodin soveltamista perustellaan metodin käytännöllisyydellä: hypoteesimetodi keskittyy ”konkreettisesti siihen tapaan, jolla tuomioistuimet voivat pohtia näytön riittävyteen liittyviä kysymyksiä sekä näytöstä tehtäviä johtopäätöksiä”. Pölösen (2003, s. 161) mukaan ”hypoteesimetodi soveltuu rakenteensa ja käsitteistönsä puolesta sellaisenaan käytäntöön ja ns. maalaisjärjen perusteella suoritettavaan todistusharkintaan” Vrt. Vihriälä 2005, s. 381.

⁸⁰² ”Kertomuksen” käsite ei kertomusmallin piiriin luettavissa tutkimuksessa ole yksiselitteinen, vaan sillä voidaan tarkoittaa useampiakin asioita. Tässä merkityksessä ”kertomuksesta” puhuu Kjus 2008, s. 27. Ks. myös Kolflaath JV 2004, s. 293.

⁸⁰³ Diesen 1993, s. 600 ja Pölönen 2003, s. 158.

8.2 ASIANAJAJAN JUTTUTEORIASTA

Oikeudellisen näytön arvioinnin tarkasteleminen puhtaan subjektiivisin kriteerein tai erilaisten frekvenssien laskemisena on oudoksuttavaa siihen nähden, miten oikeudenkäyntimenettely, prosessinlajista riippumatta, rakentuu kertomusten varaan. Dispositiivisessa riita-asiaassa asianosaisen avustajan tulee ennen kanteen vireillepanoa tai siihen vastaamista kehitellä juttuteoria, joka koostuu ”sekä oikeustulosiseikkoja että todistustulosiseikkoja koskevista väitteistä, faktuaalisista propositioista, jotka asianosaisen tulee näyttää toteen, jotta tuomioistuini voisi vahvistaa asianosaisen haluaman lopputuloksen”.⁸⁰⁴ Asianajajan toiminnan lähtökohtana ovat päämiehen antamat tiedot ja se tavoite, jonka päämies tahtoo oikeudenkäynnillä saavuttaa.⁸⁰⁵ Asianajajan tulee arvioida, millä keinolla tavoitteeseen voidaan parhaiten päästä.

Mielenkiintoinen, mutta tutkimuksen ulkopuolelle jäävä kysymys on, millainen ideologia asianajajan toimintaa ohjaa, kun tämä toteuttaa päämiehen etua. Rikosprosessioikeudessa *Lena Ebervall* erottaa kaksi vastaajan avustajan ideaalityyppiä: ”aseenkantajan” ja ”suunnannäyttäjän”. Aseenkantajan toimintaa ohjaa päämiehen etu, jota tämä toteuttaa jopa sokeasti: aseenkantajalle ominaisia piirteitä ovat antipaternalistisuus, moraalinen neutraalisuus ja toiminta, jota rajoittaa vain laki.⁸⁰⁶ Suunnannäyttäjäksi on paternalistisempi: tämän tulkinta ”päämiehen edusta” voi jopa olla toinen kuin päämiehellä itsellään. Suunnannäyttäjäksi toimii myös moraalisena auktoriteettina ja ottaa toiminnassaan huomioon myös päämiehensä edun kanssa vastakkaiset intressit.⁸⁰⁷

Dispositiivisten riita-asioiden oikeudenkäynnissä avustajan toiminta riippuu siitä, toimiiko tämä kantajan vai vastaajan avustajana. Kantajan avustajan tulee rubrisoida juttu aineellisoikeudellisesti eli arvioida, millä oikeusperusteella ajettuna päämiehen vaatimus todennäköisimmin menestyisi, ja mitkä seikat kulloinkin muodostuvat relevanteiksi. Tämä on erittäin tärkeä vaihe, koska jos juttu rubrisoidaan epätarkoituksenmukaisesti, siviilituomion vastainen oikeusvoimavaikutus pääsääntöisesti estää uuden kanteen nostamisen, kuten edellä on todettu. Erityisesti harkinnanvaraisissa tilanteissa on siksi syytä pohtia, voidaanko kannetta ajaa vaihtoehtoisella perusteella. Lisäksi asianajajan tulee arvioida, millaista näyttöä kulloisenkin väitteen tueksi on esitettävissä.

Avustajan toiminnassa keskeisessä asemassa ovat todistustaakan jakosäännöt sekä esitettävissä oleva näyttö.⁸⁰⁸ Vaikka todistustaakan jako ei perustu muodol-

⁸⁰⁴ Pölönen 2003, s. 458.

⁸⁰⁵ Käytän tässä jaksossa asianosaisen avustajasta yksinkertaisuuden vuoksi nimitystä ”asianajaja”, vaikka asianosaista voivat OK 15 luvun rajoissa avustaa muutkin henkilöt.

⁸⁰⁶ Ks. aseenkantaja-ideaalityypistä *Ebervall* 2002, s. 55–70.

⁸⁰⁷ Ks. suunnannäyttäjäksi-ideaalityypistä *Ebervall* 2002, s. 70–84.

⁸⁰⁸ Ks. todistustaakanormeista prosessitaktisina apuvälineinä *Westberg FS Lindblom*, pas-

liseen asianosaisasemaan, kantajan tulee silloinkin, kun todistustaakka on jonkin oikeustositseikan osalta vastaajalla, kyetä esittämään perusnäyttö niistä tunnusmerkistötekijöistä, joista hänellä on todistustaakka. Esimerkiksi korostetun huolellisuusvelvollisuuden tilanteissa edellytetään sen osoittamista, että vahinko on aiheutunut seikasta, joka lähtökohtaisesti kuuluu kiinteistönomistajan vastuupiiriin. Lisäksi eräihin lakeihin (YhdenvertaisuusL ja Tasa-arvoL) sisältyy osittain käännetty todistustaakka, joka edellyttää syrjintäpresumption muodostumista – vasta presumption muodostumisen jälkeen todistustaakka siirtyy vastaajalle, jonka tulee osoittaa, että kysymys ei ole laissa tarkoitettusta kielletystä syrjinnästä.

Suomen oikeudessa ei juuri ole tarkasteltu juttuteorian muodostamiseen liittyviä kysymyksiä ainakaan dispositiivisten riita-asioiden avustajan näkökulmasta.⁸⁰⁹ *Common law* -järjestelmän piirissä laadituissa, asianajotaktiikan ja -tekniikan oppikirjoissa väitetään, että asianajajat muokkaavat sirpaleisesta todistusaineistosta kokonaisuuden, jossa todistusaineiston osat ”loksautetaan kohdalleen” vakuuttavien kertomusten avulla.⁸¹⁰ Suomen ja angloamerikkalaisen järjestelmän suurten erojen vuoksi voitaisiin väittää, että Suomessa tällaisella prosessitaktikoinnilla ei olisi samanlaista sijaa. Onhan tuomioistuin velvollinen harkitsemaan näytön huolellisesti, eikä retorilla silmänkääntötempuilla ole sijaa näytön arvioinnissa: näyttö joko tukee tai ei tue joitakin väitteitä.

”Prosessitaktiikka” saatetaan jopa ymmärtää akateemiseksi viisasteluksi tai jonkinlaiseksi sopimattomaksi normien ja faktojen manipuloinniksi ja asianajajien pyrkimykseksi sumentaa ”totuus”.⁸¹¹ Ne eivät ole kumpaakaan, vaan parhaat prosessitaktiset keinot ovat yksinkertaisia ja perustuvat tosiseikaston ja oikeuskysymysten hyvään hallintaan. Kun asianajaja osaa juttuun liittyvät näyttö- ja oikeuskysymykset, hän kykenee muodostamaan tosiseikoista erilaisia yhdistelmiä, joiden mahdollinen menestyminen oikeudenkäynnissä perustuu aineellisoikeudellisten normien tunnusmerkistöihin sekä näytön kytkemiseen erilaisiin tosiseikkoihin.

Otetaan esimerkiksi tilanne, jossa asianajajan päämies ilmoittaa vaativansa pankilta vahingonkorvausta, koska pankin lukuun toimineet henkilöt olivat laiminlyöneet ilmoittaa hänelle kiinnityksistä, jotka pankilla oli ollut päämiehen ostamiin, hallirakennuksen huoneistojen hallintaoikeuden tuottamiin osakkeisiin.⁸¹² Pankki oli päämiehen käsityksen mukaan toiminut illojaalisti, kun se oli järjestänyt osakekaupan rahoituksen, mutta laiminlyönyt antaa päämiehelle tiedon kiinnityksistä. Pankin näkökulmasta järjestely oli ollut edullinen, koska

sim.

⁸⁰⁹ Ks. rikosprosessin osalta erit. *Pölonen DL 2004*, passim.

⁸¹⁰ Ks. viittausta *Kolflaathin (TJR 2007)* kirjoituksessa, s. 194,

⁸¹¹ Ks. Ruotsin osalta *Westberg FS Lindblom*, s. 733.

⁸¹² Ennakkopäätöksen KKO 2007:72 tosiseikastoa mukaillen.

osakkeiden myyjällä ei pankin edustajien tietien ollut maksukykyä eikä lainoilleen riittäviä vakuuksia. Toisaalta pankki oli tiennyt, että ostajalla oli ollut varallisuutta ja maksukykyä, ja että tämän oli ollut pakko rakentaa halli valmiiksi, jolloin sekä kiinnitysten että pantattujen osakkeiden vakuusarvo nousisivat huomattavasti.

Avustajan käsitys oikeuskysymyksestä ohjaa juttuteorian muodostamista. Olennaista on, että argumentaatiossa kyetään vastaamaan niihin kysymyksiin, joita tuomari arvioi. Hyvän tuomarin sanotaan pitävän näytön arvioinnissa silmällä kolmea kysymystä: 1) millaisesta seikasta epävarmuus vallitsee (ts. onko kysymyksessä näyttö- vai sittenkin oikeuskysymys), 2) kumman asianosaisen vahingoksi seikkaa koskeva epävarmuus koituu, 3) millaisella juridis-teknisellä ratkaisulla epävarmuus ratkaistaan: sovelletaanko tavallista todistustaakkaa, alennettua näyttökynnystä vai kenties presumptiosäännöstä?⁸¹³

Esimerkkitapauksessa asianajajan on arvioitava juttua sopimusoikeudellisten normien tunnusmerkistöjen mukaisesti.⁸¹⁴ Sopimusoikeudellisessa katsannossa olennaista on, voidaanko pankilla rahoituksen järjestämisen perusteella katsoa olleen erityinen lojaliteettivelvollisuus, jonka laiminlyöminen, tässä tapauksessa relevanttien tietojen salaamisen muodossa, johtaisi korvausvelvollisuuteen. Kanne on tällöin muotoiltava siten, että siinä vastuuperusteen osalta argumentoidaan tällaisen lojaliteettivelvollisuuden eksistoinen ja sen rikkominen. Lisäksi kanteessa on yksilöitävä vahingon määrä.

Vastaajan avustajan juttuteorian muodostaminen riippuu siitä, millaisiin kysymyksiin riita kohdistuu. Vastaaja voi olla eri mieltä tapahtumainkulusta, oikeuskysymyksestä taikka molemmista kysymyksistä. Tärkeää kuitenkin on, että vastaajan vastauksen perusteella tuomioistuimen pitää, jos se vastauksen hyväksyy, hylätä kanne. Esimerkiksi:

1. Kun riitaisuus kohdistuu näyttökysymykseen:
 - a. ”kantaja ei ole kyennyt todistamaan väitettään, että päämieheni palveluksessa toimiva A ei olisi antanut tälle tietoa kaupan kohteen rasituksista.”
2. Kun riitaisuus kohdistuu oikeuskysymykseen:
 - a. ”asiassa on riidatonta, että päämieheni palveluksessa oleva A ei ole antanut kantajalle tietoa kaupan kohteen rasituksista. Kantajalla ei kuitenkaan ole oikeutta vaatimaansa vahingonkorvaukseen, koska päämiehelläni ei pelkän rahoituksen järjestämisen perusteella ole ollut sellaista oikeudellista velvollisuutta informoida vastaajaa rasituksista, jonka rikkominen perustaisi vahingonkorvausvastuun.”

⁸¹³ Westberg FS Lindblom, s. 734.

⁸¹⁴ On kuitenkin syytä huomata, että varallisuus oikeudessa sopimus- ja deliktivastuun erotte-
lua ei enää pidetä kovin tarkkarajaisena, vaan oikeuskirjallisuudessa on erotettu useita erityis-
lanteita, joiden sijoittaminen em. dikotomiaan on vaikeaa. Ks. tästä erottelusta Hemmo 1998.

3. Kun riittäisyys kohdistuu sekä näyttö- että oikeuskysymykseen:
 - a. ”kantaja ei ole kyennyt todistamaan väitettään, että päämieheni palveluksessa toimiva A ei olisi kertonut kantajalle kaupan kohteeseen kohdistuvista rasituksista. Siinäkin tapauksessa, että tuomioistuim katsoisi tämän väitteen tulleen näytetyksi, kantajalla ei ole oikeutta vaatimaansa vahingonkorvaukseen, sillä päämiehelläni ei pelkän rahoituksen järjestämisen perusteella ole ollut sellaista oikeudellista velvollisuutta informoida vastaajaa rasituksista, jonka rikkomisen perustaisi vahingonkorvausvastuun.”

Dispositiivisessa riita-asiassa juttuteorian laatiminen ohjautuu oikeusnormeista käsin, mutta kriittisen tärkeitä ovat näyttökysymykset. Juttuteoria ohjaa asianajajien toimintaa oikeudenkäynnissä: sillä on merkitystä väittämistaakan täyttämisen, todistelun teemoittamisen, asiaesittelyn, todisteluun valmistautumisen, todistajankuulustelun suorittamisen ja loppulausunnon kannalta.⁸¹⁵ Sotaisia metaforia käyttäkseni: juttuteoria on oikeudenkäynnin strategia (suunnitelma, jolla pyritään tiettyyn päämäärään), jolle taktiikan (oppi taistelun voittamisesta) eli prosessitoimien tulisi olla alisteisia.

8.3 NÄYTTÖENEMMYYSPERIAATE TUOMARIN NÄKÖKULMASTA

8.3.1 Kontestikertomukset näytön arvioinnissa

Tuomioistuimen näkökulmasta juttuteoriat, jotka sille esitetään valmistelussa ja pääkäsittelyvaiheen asiaesittelyssä, toimivat lähtökohtana jutun aineellisoikeudellisessa rubrisoinnissa sekä auttavat sitä suksessiivisen relevanssin periaatteen vaatimusten täyttämässä. Tuomioistuimen näkökulmasta asianosaisten kontekstikertomukset ”välittävät” todistusteemoja ja näyttöä toisiinsa sekä siten auttavat tuomaria näkemään ”metsän puilta” eli keskittymään olennaisiin kysymyksiin. Ne ovat keino hallita useiden erityyppisten ja -suuntaisten todisteiden kokonaisuutta.

Kontestikertomusten merkitystä on omiaan korostamaan paitsi esitetyn todistusaineiston määrä, myös se, että näyttö otetaan yleensä vastaan teemakohtaisesti, mikä voi johtaa todistelun esittämiseen sen kohteena olevaan tapahtumainkulkuun nähden ajallisesti tai loogisesti epäjohdonmukaisessa järjestyk-

⁸¹⁵ Ks. juttuteorian merkityksestä rikosprosessissa Pölönen 2003, s. 458–469 sekä (erityisesti todistajankuulustelun kannalta) Pölönen DL 2004, jossa esitetyt näkemykset soveltuvat *mutatis mutandis* siviiliprosessiinkin.

sessä.⁸¹⁶ Kertomukset täyttävät informaation aukkoja ja muodostavat ratkaisijalle vertailukohdan, jonka avulla näyttöä voi järjestää, arvioida ja tulkita.⁸¹⁷

Dispositiivisessa riita-asiassa tuomioistuimen tulee tuomion kirjoittamisvaiheessa keskittyä perustelemaan riitakysymyksiä. Tässä arvioinnissa lähtökohdan muodostavat todistustaakkanormit. Vaikka ”kertomukset” ovat omiaan korostaa todistusaineiston kokonaisvaltaisen arvioinnin merkitystä, ei tätä kuitenkaan tule ymmärtää niin, että tuomioistuin voisi perustaa tuomionsa todistusaineistosta saatavaan yleisvaikutelmaan, tai että todistusaineiston kokonaisvaltainen arviointi johtaisi todistustaakan syrjäytymiseen. Tästä ei ole kysymys: vaikka oikeudenkäynnissä olisi esitetty runsaasti näyttöä, jokin oikeustosisieikka voi jäädä näyttämättä, jolloin näytön runsaudella ei ole merkitystä.

Todistustaakkanormin soveltaminen eli seikan katsominen ”jääneen näyttämättä” tulee kysymykseen, kun tuomioistuin on epävarma riidan kohteena olevasta tapahtumainkulusta. Tämä voi tulla kysymykseen silloin, jos todistustee-man (esimerkiksi: ”pankin edustaja ei ole kertonut pankin hyväksi perustetuista kiinnityksistä”) tueksi ei olisi esitetty lainkaan näyttöä, tai tuomioistuin ei kykenisi näytön perusteella pitämään kummankaan asianosaisen teeman kannalta relevanttia näyttöä toistaan uskottavampana; tällöin selitykset neutralisoisivat toisensa. Todistusaineiston oikeudelliseen arvottamiseen todistustaakkanormi ei ulotu. Esimerkkitapauksessa tämä tarkoittaa, että tuomioistuin ei voi soveltaa todistustaakkanormia silloin, kun tuomioistuin on epävarma siitä, onko vastaa-ja ollut velvollinen informoimaan kantajaa kaupan kohteeseen kohdistuvista rasitteista.

Tällainen kysymys on ajankohtaistunut KKO:n ennakkopäätöksessä 2007:72, jonka ratkaisuosituksen mukaan ”pankki oli järjestänyt ostajalle rahoituksen kiinteistöosakeyhtiön osakkeiden kaupassa”. ”Kysymys pankin lojaliteettivelvollisuudesta ostajaa kohtaan, kun pankilla oli vakuutena myyjän veloista kiinteistöosakeyhtiön kiinteistöön kiinnitetty haltijavelkakirja.” Alemmat oikeudet hylkäsivät kanteen, KKO katsoi, että ”pankin on kerrotuissa olosuhteissa pitänyt huolehtia siitä, että osakekaupan rahoitusta koskeneen järjestelyn yhteydessä olisivat tulleet huomioon otetuiksi pankin omien etujen ohella myös järjestelyn toisen osapuolen (kantajan – TS) keskeiset edut” ja hyväksyi kanteen.

Vaikka todistustaakkanormi koskee vain tosiseikaston vahvistamista, eikä ulotu tosiseikaston oikeudelliseen arviointiin, aineellisoikeudelliset näkökohdat kuitenkin suodattuvat näytön arviointiin. Näytön arvioinnissa ja tuomion perustelamisessa tuomioistuinta ohjaa käsitys oikeuskysymyksestä. Oikeuskirjallisuus-

⁸¹⁶ Ks. myös *Pennington – Hastie 2004*, s. 195. Twiningin mukaan kertomusten merkitys ihmiselämässä on melkoinen: niitä tarvitaan tietynlaisten ratkaisujen tekoon sekä siihen, että maailma ylipäänsä vaikuttaisi järkevältä (*Twining 1999*, s. 359).

⁸¹⁷ *Twining 2006*, s. 308.

nessa tämä seikka on tiedostettu vanhastaan – tutkijat ovat kuitenkin erimielisiä siitä, missä määrin ja millä tavalla aineellisoikeudelliset argumentit voidaan ottaa näytön arvioinnissa huomioon. Todistusrvometodissa ja ohjausteoriassa painoarvoa annetaan viime kädessä yhteiskunnan kokonaisedulle; teemamethodin ja konfliktinratkaisufunktion kannattajat ovat olleet taipuvaisempia tilanneherkkyyteen. Tutkimuksessa tätä kysymystä tarkastellaan jäljempänä.

8.3.2 Näyttöenemmyysperiaate todistusaineiston selittämisenä

”There is no great mystery in this matter”, he said, taking the cup of tea I had poured for him, “the facts appear to admit only one explanation”.

Sherlock Holmes

Todennäköisyysmallille vaihtoehtoinen tapa lähestyä näytön arviointia on käsitys näytön arvioinnista hypoteesien testaamisena. Todistusteemoista esitetään varsin runsaasti näyttöä, jonka perusteella tuomioistuin voi pitää väitteitä todennäköisinä tai epätodennäköisinä. Näytön arviointi on käsitykseni mukaan luonteeltaan abduktiivista päättelyä, josta puhutaan myös päättelynä parhaaseen selitykseen tai päättelynä parhaaseen mahdolliseen selittävään hypoteesiin; tässä tutkimuksessa päättelymuodosta käytetään jatkossa nimitystä ”päättely parhaaseen selitykseen”.⁸¹⁸

Näytön arviointia päättelynä parhaaseen selitykseen voidaan lähestyä esimerkin avulla.⁸¹⁹ Abduktiivisen logiikan asiantuntija *Sherlock Holmes* kysyy, kiinnittäessään huomiota ”yöllisen koiran outoon tapaukseen”, miksi ”koira ei haukkunut”. Holmes vastaa kysymykseen tapansa mukaan kohta itse: ”...koska koira tunsu öisen kulkijan”. Syyllinen oli siten henkilö, jonka hevostalleja öisin vartioinut koira oli entuudestaan tuntenut.

Esimerkki ilmentää parhaaseen selitykseen tapahtuvan päättelyn luonnetta: kysymys on ajallisesti taaksepäin suuntautuvasta päättelystä, jossa seurauksesta edetään kohti syitä. Kysymys ei ole deduktiivisesta logiikasta, jossa entuudestaan tunnetusta yläauseesta sitä entuudestaan tunnettuun alalauseeseen vertaamalla tehtäisiin päätelmä, eikä kysymys ole myöskään induktiivisesta päättelystä, jossa yksittäistapauksellisista havainnoista tehtäisiin empiirisiä yleistyksiä.⁸²⁰ Tällaisesta päättelystä on asian luonteen vuoksi kysymys myös oikeudellisessa näytön arvioinnissa, jossa tuomioistuimella ei ole pääsyä ”menneisyy-

⁸¹⁸ Ks. nimityksistä Suomessa *Siltala 2004*, s. 436. Ks. parhaaseen selitykseen tapahtuvan päättelyn määritelmistä esim. *Walton 2002*, s. 41–45, *Walton 2004*, s. 2–6, *Andersson – Schum – Twining 2005*, s. 55–58, *Kolflaath TjR 2007*, s. 173–177 ja *Graver TjR 2009*, erit. s. 195–208. Ks. myös *Jonkka 1991*, s. 60–62.

⁸¹⁹ Esimerkki *Siltalan (2004)*, s. 437)

⁸²⁰ *Siltala 2004*, s. 437.

teen”, vaan jossa sen tulee todistajan lausumien perusteella tehdä päätelmiä siitä, mitä menneisyydessä on tapahtunut.

Näytön arvioinnin ja parhaaseen selitykseen tapahtuvan päättelyn rakenteellinen yhteys käy selvästi ilmi todistusarvometodista, jota kannattavat tutkijat pohtivat erityisesti yksittäisen todistustositseikan näyttöarvoon vaikuttavia tekijöitä. Lausuman sisältö on ”jälki menneisyydestä”, mutta henkilötodistelun näyttöarvoa määritettäessä keskeistä on pohtia sitä, miksi ”jälki menneisyydestä” on sellainen kuin se on, eli miksi todistaja kertoo niin kuin kertoo. Kertooko hän luotettavasti omista havainnoistaan, vai voidaanko jostakin päätellä, että kertomuksen sisältö on totuutta vastaamaton joko todistajan erehtymisen tai erehdyttämistarkoituksen vuoksi?

Parhaaseen selitykseen tapahtuvaan päättelyyn ei voida liittää totuusominaisuutta, vaan päättelyn tuloksena omaksuttavan hypoteesin todennäköisyys voi muuttua sitä mukaa, kun esiin tulee lisätietoja. Hypoteesi voi siten helposti kumoutua, kun näyttöä esitetään. Uuden näytön myötä kumoutuvat argumentit ovat oikeudellisessa argumentaatiossa keskeisiä – esimerkiksi todistajan luotavuuteen vaikuttavat olennaisesti sellaiset tiedot, joiden perusteella todistajan voidaan olettaa valehtelevan tai vaihtoehtoisesti muistavan väärin.

Tässä ei ole mitään uutta, sillä todistusoikeustutkimuksessa on vanhastaan tiedostettu apotosiseikkojen merkitys näytön arvioinnissa. Katson kuitenkin, että näytön arviointiin voidaan avata uudenlainen näkökulma, jos näytön arviointia lähestytään avoimemmin päättelynä parhaaseen selitykseen, ja jos näytön arviointi liitetään oikeudenkäyntimenettelylle keskeiseen narratiivisuuteen. Katson, että tällainen lähestymistapa on realistisempi kuin näytön arvioinnin tarkasteleminen frekvensseinä, minkä lisäksi tällaisessa lähestymistavassa voidaan ottaa aikaisempia teorioita paremmin huomioon sekä erittelevän että kokonaisvaltaisen tarkastelutavan merkitys.

Näyttöenemmyysperiaatteen soveltaminen tarkoittaa, tuonnempana tarkemmin konkretisoitavalla tavalla, sitä, että tuomio tulee lähtökohtaisesti perustaa sellaiseen tosiseikkahypoteesiin, joka selittää todistusaineiston sisällön paremmin kuin kilpailevat hypoteesit.⁸²¹ Vaikka todistusteemat ovat hyvin tiiviisti kuvattuja, ne liittyvät olennaisella tavalla asianosaisten kontekstikertomuksiin. Näytön arvioinnissa kysymys on, näin väitän, näiden kontekstikertomusten testaamisesta esitetyn todistusaineiston perusteella. Näytön arviointiin vaikuttavat paitsi asianosaisten kontekstikertomukset, myös tuomioistuimen jäsenten käsitykset todistelun kohteena olevasta inhimillisestä käyttäytymisestä sekä rationaalisesta toimintamallista sellaisessa tilanteessa, josta todistelua esitetään.

Näyttöenemmyysperiaatteen soveltaminen tulee siten lähelle induktiivista metodologia, joka rakentuu erilaisten tosiseikkahypoteesien todistusaineiston kautta tapahtuvan testaamisen varaan ja jossa tärkeän merkityksen saa ratkaisijan

⁸²¹ Samoin *Kolflaath JV* 2004, s. 178.

intuitionvarainen käsitys toimintamalleista todistelun kohteena olevissa tilanteissa.⁸²² Tästä on kysymys usein arki ajattelussa. Kun täsmällinen tuttava ei syytä ilmoittamatta saavu tapaamiseen, alamme etsiä selitystä. Onko myöhästyminen johtunut liikenne ruuhkista vai onko tuttava kenties joutunut onnettomuuteen? Jos odotamme tuttavaa sovituksessa paikassa klo 16, voimme muun tiedon puuttuessa luottaa kokemuksemme nojalla siihen, että tämä on joutunut liikenne ruuhkaan ja tulee paikalle, kun ehtii.

Oikeudellinen todistusharkinta ei rakenteellisesti eroa arki ajattelusta.⁸²³ Vaikka lautamiehet eivät enää osallistu riita-asioden ratkaisemiseen, perustelujen tulee olla ymmärrettäviä myös maallikoille – siksi olisi mielestäni erittäin arveluttavaa asettaa näytön arvioinnin teorian perusteeksi malli, joka poikkeaisi aivan olennaisesti normaalista arki ajattelusta.⁸²⁴ Käsitykseni mukaan päättely parhaaseen selitykseen on hyvin lähellä arki ajattelua, mutta kysymys ei ole puhtaasta subjektiivisuudesta. Oikeus tietää todistusaineiston sisällön, ja sen tulee todistusaineiston perusteella ja siihen rajoittuen päättellä, kumman asianosaisen väitteet saavat tukea todistusaineistosta. Näytön arvioinnin päättelykriteerinä on ”uskottavuus”; näin siksi, että ”todennäköisyydellä” voidaan helposti ymmärtää viitattavan tilastollis-matemaattiseen todennäköisyyteen, joka on eri asia.⁸²⁵ Havainnollistan asiaa kahdella esimerkillä, joista toinen koskee yksittäisen asian sisältävän väitteen todennäköisyyttä:

Esimerkki 1: Tilastollinen todennäköisyys väitteelle, että henkilö A omistaa exotic-kissan, lienee pienempi kuin tilastollinen todennäköisyys sille, että henkilö omistaa maatiaiskissan, koska exotic-kissoja on vähemmän kuin maatiaiskissoja. Oletetaan, että Suomen kissoista maatiaiskissoja on 90 prosenttia, ja exotic-kissoja kaksi prosenttia. Edellyttäen, että hyväksymme arvion ja frekvenssiteorioiden mukaisen päättelyn, pitää johdonmukaisuuden nimissä hyväksyä johtopäätös, että omistusväitettä koskeva alkuperäistodennäköisyys on maatiaiskissan tapauksessa 0,9 ja exotic-kissan osalta 0,02. Kuitenkaan väite exotic-kissan omistamisesta ei vaikuta yhtään epäuskottavammalta kuin maatiaiskissan omistamista koskeva väite – epäilyksemme sitä vastoin heräävät, jos henkilö ei osaa esimerkiksi kuvailla, miltä hänen omistamansa exotic-kissa näyttää.

⁸²² Ks. tältä osin *Jokela III*, s. 250, jossa todetaan näytön arvioinnin rakenteen olevan tältä osin samanlainen rikos- ja siviiliprosessissa.

⁸²³ Ks. myös *Jokela III*, s. 249 – 250, jossa Jokela – mielestäni perustellusti – toteaa, että induktiivinen metodi perustuu olennaisesti arkijärjen mukaiseen päättelyyn, ja se myös kuvaa frekvenssiteorioita paremmin käytännön todistusharkintaa, tarjoten samalla rationaalisen ja yleispätevän selitysmallin yksittäisten todisteiden näyttöarvon määrittelemiselle.

⁸²⁴ Samoin *Jokela III*, s. 249. Jotakuinkin toisella kannalta vaikuttaa olleen *Hannu Tapani Klami* (1997, s. 169), joka toteaa päätösteoreettisten mallien kuvastavan ”oikeudellisen ajattelun perusrakennetta”, mutta tekevän päättelystä jollei tarkempaa, ainakin eksplisiittisempää. Klami toteaa, ymmärtääkseni myös näytön arviointia tarkoittaen, että ”jos ajattelutapa on kenen tahansa ymmärrettävissä, se ei enää ole ammatillista”.

⁸²⁵ Ks. myös *Kolflaath TjR* 2007, s. 204–210.

Esimerkki 2: Jos ihmisiltä kysytään, miten uskottavana he pitävät sitä, että alkoholisoitunut, pullon Jaloviinaa päivässä juova tennispelaaja voittaa arvoturnauksen kahdeksan kuukautta myöhemmin, suurin osa vastaisi luultavasti pitävänsä väitettä ”erittäin epäuskottavana”. Kun kysytään, miten uskottavana he pitävät, että sama tennispelaaja, joka lopettaa juomisen ja hakeutuu kuntoutukseen, voittaa arvoturnauksen kahdeksan kuukautta myöhemmin, on tämä väite luultavasti uskottavampi.

Jälkimmäisessä esimerkissä voidaan huomata ero frekvenssiteorioihin: todennäköisysteorioiden kaavoja sovellettaessa väitteen todennäköisyyden tulisi olla pienempi, sillä siihen sisältyy enemmän toisistaan riippumattomia elementtejä.⁸²⁶ Syy siihen, miksi viimeksi mainittu väite kuitenkin vaikuttaa uskottavammalta, perustuu juomisen lopettamiseen ja kuntoutukseen hakeutumiseen, mikä muokkaa tarinan osat ”uskottavaksi, sisäisesti johdonmukaiseksi kokonaisuudeksi”.⁸²⁷ Oikeudenkäynnissäkin saavutettavan ”totuuden” mittarina voidaan pitää myös koherenttisuutta, jolla tarkoitetaan kertomuksen uskottavuutta, sen kytkeytymistä todistusaineistoon sekä suhdetta sen kanssa kilpaileviin kertomuksiin.⁸²⁸

Tuomioistuimella tulee olla tiedossa, millaisessa suhteessa todistusteemat suksessiivisen relevanssin periaatetta sovellettaessa ovat. Tuomioistuimen tulee tietää myös, miten todistustaakka jutussa määräytyy sekä kyetä kytkemään näyttö todistusteemoihin. Ensin on kuitenkin arvioitava, onko todistusteemoista esitetty ylipäänsä relevanttia näyttöä: voidaanko todistusteemaväitteitä pitää näytön perusteella uskottavimpana vai ei – vai onko näyttö merkityksetöntä. Näytön ”arvioinnista” on kysymys, kun todistusteemojen kannalta relevanttia informaatiota on esitetty. Relevanttia on sellainen informaatio, jonka perusteella teemaa voidaan pitää todennäköisempänä tai epätodennäköisempänä.

Näytön arvioinnissa tuomioistuimen tulee arvioida, onko juridisesta päätodistusteemasta esitetty näyttöä, ja mikä on vastanäytön merkitys asiassa. Näytötenemmyysperiaatetta sovellettaessa tuomio voidaan perustaa myös sen asianosaisen tosiseikkahypoteesiin, jolla ei ole todistustaakkaa – edellyttäen, että seikkaan mahdollisesti kohdistuva väittämistaakka on täytetty. Tuomioistuin soveltaa tällöinkin todistustaakkaa, koska asianosaisen väitteidensä tueksi esittämästä todistusaineistosta ja sen näytötenemmyydestä seuraa, että todistustaa-kan rasittaman asianosaisen vetoamat faktat ”jäävät näyttämättä” ja tämä häviää jutun. Kysymys on väärästä tai epäaidosta todistustaakasta. Katson, että teemamethodin mukainen tapa todistusaineiston kokonaisnäyttöarvon ”jakamisessa” voidaan hyväksyä; konkretisoin kuitenkin tapaa, jolla näyttöarvon jakaminen tulisi käsitykseni mukaan suorittaa.

⁸²⁶ Ks. esimerkistä *Kolflaath TjR* 2007, s. 205–206.

⁸²⁷ *Kolflaath TjR* 2007, s. 206.

⁸²⁸ Ks. myös *Graver TjR* 2009, s. 219.

Tällainen lähestymistapa on voimassa olevan oikeuden mukainen. Näyttö-enemmyysperiaatteen soveltaminen ei merkitse poikkeusta siihen oikeuskirjal-lisuudessa ja -käytännössä yleisesti hyväksyttyyn lähtökohtaan, jonka mukaan todistustaakka rasittaa ennakkollisesti toista asianosaista, mutta voi näytön esit-tämisen myötä siirtyä toiselle asianosaiselle. Tällainen ilmaus on esiintynyt KKO:n vahingonkorvausoikeudellisessa prejudikatuurissa, jossa todetaan, että ”lähtökohtana vahingonkorvausasioissa on, että korvausta vaativan tulee näyt-tää toteen korvauksen edellytykset. Näihin kuuluu muun ohella se, että vahin-koa on aiheutunut. Vastapuolella ei vaatimuksen torjuakseen ole velvollisuutta osoittaa, ettei vahinkoa ole aiheutunut. *Käytännössä asetelma voi kuitenkin muodostua sellaiseksi, että kanteen torjuminen edellyttää vastanäyttöä*”.⁸²⁹

Todistustaakan jakosäännöt määräävät edellä todetulla tavalla todistustaakan jaosta sekä seikoista, joista näyttöä edellytetään. Näytön arvioinnin kannalta to-distustaakkanormit ovat kuitenkin hyödyttämiä, ellei niihin haluta yhdistää to-dennäköisyysmallille tyypillistä käsitystä näyttökynnyksestä todistustaakan ”täsmentäjänä”. Käsitykseni mukaan lainsäätäjä on voinut pyrkiä ohjaamaan tuomioistuinten näyttöratkaisua näyttökynnyksilmauksilla, mutta näyttökynny-silmauksilla ei ole merkitystä näytön arvioinnissa kuin rajoitetusti. Näyttökyn-nysilmauksia tarkastellaan tuonnempana.

Tuomioistuimen tulee kyetä perustelevaan ratkaisunsa eli yksilöimään se to-distelu, jonka perusteella oikeustosisekasto katsotaan näytetyksi tai jääneen näyttämättä; vastaavasti ristiriitaisen näytön tilanteissa jollekin todisteelle an-nettava korkeampi näyttöarvo on kyettävä perustelevaan – miksi esimerkiksi joku todistaja vaikuttaa muita luotettavammalta? Jotta näyttöenemmyysperiaat-teesta olisi tuomioistuimen näytön arvioinnin apuvälineeksi, on sitä sovelta-malla kyettävä tarjoamaan ratkaisu näytön arvioinnin kahteen perustilantee-seen: yksittäisen todistustosisaikan näyttöarvosta päättämiseen sekä todistusai-neiston kokonaisnäyttöarvon punnintaan. Ensin mainittua ongelmaa voidaan nimittää todistusharkinnan *atomistiseksi* ja viimeksi mainittua *holistiseksi* on-gelmaksi. Frekvenssiteorioissa on keskitytty lähinnä ensin mainittuun ongel-maan.

8.3.2.1 Yksittäisen todistustosisaikan näyttöarvon määrittäminen

Johdatus aiheeseen

Todistusarvometodissa yksittäisen todistustosisaikan näyttöarvon määrittämi-sen tyyppitilanteena käytetään usein henkilötodistelun näyttöarvon määrittä-mistä. Todistusarvometodin mukainen ketjuajattelu on havainnollistava, koska

⁸²⁹ Ks. KKO 2007:52, KKO 2005:115, KKO 2005:103 ja KKO 2005:99.

se ilmentää, että todistajan lausuma muodostuu erilaisista linkeistä, joista jokaiseen voi liittyä virhelähteitä. Konkreettisen ratkaisutilanteen kannalta todistusarvometodin hyödyntäminen ei ole mahdollista, sillä tuomioistuimen tulisi arvioida todistajan lausuman näyttöarvoa ”sadan samanlaisen todistustilanteen” fiktiivisen otoksen perusteella.

Näyttöenemmyysperiaatetta sovellettaessa tuomioistuimen tulee yksittäisen todistustositseikan näyttöarvoa määritettäessä arvioida, miten luotettavana yksittäisen todistajan kertomusta voidaan pitää. Useimmissa tilanteissa voidaan, kuten tutkimuksessa on edellä todettu, lähteä siitä, että todistajan kertomus on totuudenmukainen. Onhan todistajalla todistajanvalan- tai vakuutuksen nojalla (positiivinen) totuusvelvollisuus, jonka rikkominen on sanktioitua (RL 15:1, RL 15:3). Lisäksi todistajan lausuman uskomisen totuudenmukaiseksi voinee perustua inhimillisempään lähtökohtaan: siihen, että hyväntahtoisesti uskomme, että tämä tahtoo vilpittömästi auttaa totuuden selvittämisessä.⁸³⁰

Argumentaatioissa toisin sanoen oletetaan valan perusteella, että todistajanlausuma on totta, jolloin päättely etenee seuraavasti⁸³¹:

ensimmäinen premissi: todistaja on velvollinen puhumaan totta

toinen premissi: todistaja sanoo X

kolmas premissi: koska todistaja on velvollinen puhumaan totta, se mitä hän sanoo, on totta

johtopäätös: X

Tuomioistuimen ei tietenkään tule lähteä poikkeuksettomasti siitä, että todistajan lausuma aina vastaisi prosessinulkoista tapahtumainkulkua. Tämä olisi vapaan todistusharkinnan perusajatusten vastaista sekä moralistinen virhepäätelmä, jossa siitä, miten asioiden tulisi olla (”todistajien pitää puhua totta”), tehdään päätelmiä siitä, miten on (”todistaja puhuu totta”). Todistusharkinnan luotettavuudesta voidaan tehdä päätelmiä vasta, kun todistajankuulustelu on suoritettu loppuun. Todistajanlausuman totuudenvastaisuudelle voidaan esittää kaksi perussyötä: erehtyminen tai valehtelu. Tuomioistuim ei kuitenkaan voi kontrolloida totuudenvastaisuutta, koska sillä ei ole pääsyä aleettiselle tasolle, ”aineelliseen totuuteen”. Mikä neuvoksi?

Sir Karl R. Popperin falsifikaatiotesti todistusharkinnassa

Oikeuskirjallisuudessa todistajan lausumaan kehoitetaan suhtautumaan samoin kuin tieteellisiin teorioihin tulisi Sir *Karl R(aimund) Popperin* (1902–1994) falsifikaatioteesin mukaan suhtautua.⁸³² Falsikaatioteesin mukaan emme voi todis-

⁸³⁰ Kolflaath *TfR* 2007, s. 188.

⁸³¹ Ks. myös Walton 2008, s. 19.

⁸³² Lindell *CP*, s. 470.

taa tieteellistä teoriaa oikeaksi, mutta sitä vastoin voimme jonkinlaisella todennäköisyydellä päätellä, että se ei pidä paikkaansa.

Popperilla falsifikaatioteesi on ”tieteen” ja ”epätieteen” erottamiskriteeri. Popperin mukaan tieteellisiä teorioita ja lakeja ei voida osoittaa oikeiksi edes suurella määrällä positiivisia havaintoja, mutta teoriasta täytyy seurata havaintokokemukseen jotakin sellaista, jonka toteutumatta jääminen osoittaisi teorian vääräksi. Falsifikaatio-oppinsa perusteella Popper katsoo, että tiedettä edistävät parhaiten rohkeat, informaatioisällöltään suuret ja siksi epätodennäköiset arvaukset, joita ei johdeta havainnoista, vaan jotka perustuvat tutkijan kekseliäisyyteen. Nämä hypoteesit on kuitenkin alistettava testeihin ja hylättävä säälimättä, jos ne eivät läpäise testiä. Teoria voidaan falsifioida jo yhden ainoan esimerkin perusteella silloin, kun ne on muotoiltu universaaleina lauseina. Tämä tarkoittaa, että jos hypoteesi on esimerkiksi ”kaikki A:t ovat B”, hypoteesi falsifioituu, jos havaitaan ”A, joka ei ole B”.⁸³³

Popperin ajatukset tarkoittavat todistusharkintaan sovellettuna, että tuomioistuin ei millään keinolla voi päätellä, puhuuko todistaja totta eli onko hän todella nähnyt tai kuullut sen, mitä kertoo. Vaikka todistajan kertomusta ei voida osoittaa oikeaksi, se voidaan kuitenkin osoittaa epäuskottavaksi. Vaikka todistaja kertoo todistusteemasta relevanttia informaatiota, on todistajan lausumaa koeteltava, jotta voitaisiin päätellä, onko lausuma luotettava. Tämä muistuttaa tieteellisten hypoteesien testaamista Popperin falsifikaatioteesin mukaisella tavalla.

Dispositiivisten riita-asioiden oikeudenkäynnissä todistajanlausumaa koetellaan vastakuulusteluvaiheessa, jonka funktiona on heikentää pääkuulusteluvaiheessa annetun lausuman näyttöarvoa ja jossa voidaan, toisin kuin pääkuulusteluvaiheessa, käyttää myös johdattelevia kysymyksiä. OK 17:33.5:n mukaan johdattelevia ovat kysymykset, jotka ”sisältönsä, muotonsa tai esittämistapansa puolesta johtavat määrätynlaiseen vastaukseen”. Johdattelevien kysymysten käyttäminen on sallittua, ”kun pyritään selvittämään sitä, missä määrin todistajan kertomus vastaa todellista tapahtumien kulkua”; kuitenkin ”tuomioistuimen tulee evätä ilmeisesti asiaan kuulumattomat taikka eksyttävät tai muuten sopimattomat kysymykset” (OK 17:33.5).

Yleinen elämäkokemus näytön arvioinnin lähtökohtana

Kertomusmallin mukaan näyttökysymyksen ratkaisija tuo näytön arviointiin mukaan esiyymmärryksensä, johon sisältyy enemmän tai vähemmän tiedostettuja käsityksiä tiettyjä tilanteita koskevista toimintamalleista. Näytön arvioinnis-

⁸³³ Ks. Popperin tieteenfilosofiasta *Popper 1995*, johon sisältyy myös Ilkka Niiniluodon kirjoittama tiivistelmä Popperin kriittisestä rationalismista (s. VII–XV).

sa kertomukset muodostuvat kolmenlaisesta informaatiosta: 1) oikeudenkäynnissä esitetystä informaatiosta, 2) samanlaisia tyyppitilanteita koskevasta informaatiosta sekä 3) yleisistä käsityksistä siitä, millaiset tekijät vaikuttavat kertomuksen täydellisyyteen (esimerkiksi tieto siitä, että ihmisten toimintaa ohjaavat tietyt tavoitteet).⁸³⁴

Edellä mainituista kohdat 2–3 liittyvät esiymmärrykseen. Esiymmärrys puolestaan liittyy alkuperäistodennäköisyyteen, jolla tarkoitetaan teeman todennäköisyyttä ennen todistelun esittämistä, ja jonka synonyymina voidaan puhua ”yleisestä elämäkokemuksesta”.⁸³⁵ Yleisestä elämäkokemuksesta puhuminen on harhaanjohtavaa, koska elämäkokemus ei ole ”yleistä”: tuomarien elämäkokemus ja käsitykset ”normaaleista” toimintamalleista joissakin tyyppitilanteissa vaihtelevat.⁸³⁶ *William Twining* puhuu myös ”tietovarannosta” (*”stock of knowledge”*), joka ei välttämättä koostu yksittäisistä, empiirisesti koetelluista lauseista; pikemminkin ihmisillä on niin yksilötasolla kuin kollektiivisesti käsityksiä, jotka koostuvat ”enemmän tai vähemmän perustellusta informaatiosta, hienostuneista malleista, anekdootinomaisista muistoista, vaikutelmista, tarinoista, sananlaskuista, myyteistä, toivomuksista, stereotyypeistä, spekulatioista ja ennakkoluuloista”.⁸³⁷

Lakimiehillä yleinen elämäkokemus voi määrittyä myös oikeusnormeista käsin. Tuomioistuimen juristijäsenillä on lakimieskoulutuksensa ja kokemuksensa perusteella käsitys siitä, miten tietyissä tilanteissa tulee lain mukaan menetellä. Nämä käyttäytymisodotukset voivat saada merkitystä näytön arvioinnissa esimerkiksi siten, että tuomioistuin ei ota tuomion lähtökohdaksi täysin epäuskottavaa lähtökohtaa, vaikka todistajien lausumat tällaista olettamusta tukisivatkin.

KKO:n ennakkopäätös 1999:11 ilmentää oikeusnormien vaikutusta todistusharkintaan. Jutun kantajat vaativat valtiolta ja kiinteistönkaupan kaupanvahvistajana toimineelta nimismieheltä korvausta vahingoista, joiden he väittivät kaupanvahvistajan laittomasta menettelystä ja ohjeiden antamatta jättämisestä. Käräjäoikeus hylkäsi kanteen kokonaisuudessaan. Hovioikeus arvioi kertomusten näyttöarvon toisin ja hyväksyi kanteen katsoen, että aiheutuneen vahingon määrä oli kuitenkin vaadittua pienempi. KKO hylkäsi kanteen, koska piti ”epätodennäköisenä ja siten näyttämättömänä”, että nimismies olisi antanut väitetynlaisia tietoja, ja että hän olisi tiennyt ulosmittauksista.

Jutun asianosaisten kertomukset olivat jyrkästi vastakkaisia. Kantajat ja kantajien todistaja (kiinteistön myyjä, jonka veloista kantajien määräala oli ulosmi-

⁸³⁴ *Pennington – Hastie 2004*, s. 194.

⁸³⁵ Alkuperäistodennäköisyyden ja yleisen elämäkokemuksen samaistaa *Klami 2000*, s. 83.

⁸³⁶ Ks. *Klami 2000*, 21.

⁸³⁷ *Twining 2006*, s. 338.

tattu) kertoivat, että vastaajana yhdessä valtion kanssa ollut nimismies oli ilmoittanut kantajalle ja todistajalle, että määräala voitiin myydä, koska ulosmittavaa riittäisi. Nimismies ja todistajana kuultu avustavat ulosottomies kertoivat, että eivät muistaneet käyneensä keskustelua; nimismies kiisti lisäksi antaneensa väitetyllä tietoa.

KKO pohti yksityiskohtaisesti syitä kertomusten ristiriidalle, ja katsoi näytetyksi, että asianosaiset olivat tavanneet ennen kaupantekoa, ja että ostajalle oli jäänyt tilaisuudesta mielikuva, jonka mukaan määräala voitiin ulosmittauksesta huolimatta myydä.

Asiassa oli esitetty selvitystä myös siitä, että nimismiespiirissä ulosmitatun kiinteistön kauppa voitiin suorittaa kahdella tavalla; jutussa ei ollut näytetty käytännöstä koskaan poiketun, eikä esiin ollut tullut sellaistaakaan, minkä vuoksi siitä olisi ollut aiheutta poiketa. Kauppahinta ei ollut tapauksessa kattanut edes ulosmittausaatavien määrää, ja se oli luovutettu myyjälle kokonaan myös ulosottomiehenä toimivan nimismiehen läsnä ollessa. Kantaja ja todistaja eivät muistaneet puhutun siitä, että kauppahintaa ei annettaisi kokonaan myyjälle, tai että kauppa edellyttäisi myös ulosmittausvelkojen suostumuksen. Koska kaupan kohde ja ulosmittaus olivat olleet yksiselitteisiä, KKO katsoi, että nimismies, kokenut ulosottomies, olisi rikkonut virkavelvollisuuksiaan, jos hän olisi vahvistanut kaupan ulosmittauksista tietoisena. Asiassa ei kantajan ja todistajan kertomuksia lukuun ottamatta ollut esitetty näyttöä siitä, että nimismies olisi tiennyt ulosmittauksista, jotka oli suorittanut todistajana kuultu avustava ulosottomies.

KKO kiinnitti huomiota siihen, että asiassa ei ollut esitetty syitä, joiden vuoksi juuri tässä kaupassa olisi ollut muista kaupoista poikkeavia erityisiä syitä hyväksyä kiinteistön myynti. Nimismies ei ollut tuntenut kumpaakaan kaupan osapuolta, ja kysymys oli ollut rutiinikaupasta.

KKO:n mukaan kantajan ja hänen todistajansa kertomusten näyttöarvoa laskee se, että he eivät kertomansa mukaan olleet kaupantekoaikana juuri ymmärtäneet vakuusjärjestelystä tai ulosotosta. Kantajan lausuma oli vaihdellut eri oikeusasteissa, ja toisaalta kantajan ja todistajan saama neuvo oli kuvastanut ”näkemystä, joka on ulosmittaukseen perehtyneelle henkilölle täysin vieras”. ”Neuvon antaminen olisi käytännössä tarkoittanut, että nimismies olisi suostunut tietoisesti, paitsi loukkaamaan ulosottovelkojen oikeuksia, myös asettamaan ostajat täysin turvattomaan oikeudelliseen asemaan.” ”Tämä olisi vielä tapahtunut ilmoittamatta ostajille menettelyn poikkeuksellisuudesta, kysymättä sen syitä ja keskustelematta järjestelyyn liittyneistä ilmeisistä vaaroista, joiden luonteenomainen seuraus kantajien kärsimä vahinko on.”

KKO katsoi olleen mahdollista, että kantaja ja todistaja olivat esittäneet asiansa siten, että heidän kysymyksensä oli käsitetty väärin, tai että he olivat ymmärtäneet saamansa vastauksen tavalla, jota ei ollut tarkoitettu. KKO piti ”epätodennäköisenä ja siten näytettävättömänä”, että nimismies olisi antanut

kantajalle ja todistajalle heidän ilmoittamansa sisältöisiä neuvoja, ja että nimismies olisi tiennyt ulosmittauksista.

Ennakkopäätöstä voidaan pitää tyypiesimerkkinä päättelystä parhaaseen selitykseen, jossa käsillä olleille tosiseikoille – asianosaisten lausumille sekä niiden ristiriidoille – haetaan selitystä tapahtumainkulusta kokonaisuudessaan. Tärkeän vertailukohdan näytön arvioinnille muodosti tuomioistuimen jäsenten käsitys rationaalisesta toimintamallista kulloisessakin tilanteessa: vastaajan suorittamaksi väitetty menettely oli siinä määrin epätodennäköistä, että tuomioistuin ei ollut valmis uskomaan kantajien väitteitä ilman muuta näyttöä. Asiassa ei sinänsä ollut syytä epäillä, että kantaja ja todistaja olisivat kertoneet vastoin parempaa tietoaan, vaan kysymys oli kaikesta päätellen, ja asiaa yleisen elämäkokemuksen perusteella arvioiden, kommunikaativirheestä.

On realistista lähteä siitä, että ellei käsillä ole tieteellisiä kokemussääntöjä, tuomioistuimen käsitykset muodostavat näytön arvioinnin vertailukohdan. Mihin muuhun tuomioistuimen jäsenet ylipäänsä voisivat näyttöä verrata kuin omiin käsityksiinsä ja kokemuksiinsa? Tämän lähtökohdan kieltäminen doktriinissa ei auta, kuten ei lähtökohdan muuntaminen numeeriseen asuun, numeeriseksi kokemussäännöksi, jonka prosenttiarvo kohdistuu kokemussäännön ilmaisevan asiantilan toistuvuuteen tietyssä populaatiossa. Ongelma on joka tapauksessa olemassa, koska numeerinen estimointi perustuu tuomioistuimen jäsenten elämäkokemukseen.

Oikeampaa, joskin epätäsmällistä, on ennakkopäätöksenkin olosuhteet huomioon ottaen sanoa, että todistusharkinnassa vertailukohtana vaikuttaa käsitys siitä, miten tilanteessa tulisi ”normaalisti” toimia, ja jos todistajan lausuma poikkeaa näistä odotuksista, tuomari ei uskone väitettä ilman lisäselvitystä.⁸³⁸ Skandinaavisessa prosessioikeudessa olettamuksen teorian lähtökohdaksi on myös omaksunut *Bengt Lindell*, jonka mukaan näytön arvioinnissa lähtökohtana vaikuttaa oletamus toiminnan ”rationaalisuudesta”.⁸³⁹

Huomattakoon, että näkemys ”alkuperäistodennäköisyyden” tai ”yleisen elämäkokemuksen” tärkeästä merkityksestä tuomioistuinten näytön arvioinnissa saa tukea myös todistusharkintaa koskevista empiirisistä tutkimuksista. Jonkan tuomioistuimille suuntaamaan kyselyn perusteella näyttää siltä, että tuomioistuimet ovat rikosprosessuaalisessa näytön arvioinnissa omaksuneet käyttöönsä kokonaisvaltaisen todistusharkinnan mallin, mikä ilmenee erityisesti kiperissä näyttötilanteissa.⁸⁴⁰ Niissä tuomioistuimet vaikuttavat antavan suurimman painoarvon yleisen elämäkokemuksen mukaan uskottavimmalle versiolle tapah-

⁸³⁸ *Bengt Lindell* (CP, s. 488) tarkoittanee samaa sanoessaan, että ”fiktiiviset kokemussäännöt” vaikuttavat samalla tavalla kuin normit.

⁸³⁹ *Lindell* CP, s. 493–494. Rationaalisuutta ei pidä ymmärtää väärin, sillä esiymmärrys – ja sitä myöten käsitys siitä, millainen toiminta on kulloinkin rationaalista – vaihtelee ajan, paikan ja kulttuurin mukaan. Ks. myös *Graver TjR* 2009, s. 214–216.

⁸⁴⁰ Ks. *Jonkka* 1993, erit. s. 105 ss.

tumainkulusta tai pohtivat mahdollisten tapahtumainkulkujen todennäköisyyttä. Jonkan tutkimuksesta voidaan saada tukea myös parhaaseen selitykseen päättelylle näytön arvioinnin rakenteellisena menetelmänä: tuomioistuimet pohtivat usein myös sitä, mikä on paras selitys esiin tulleille tosiseikoille.⁸⁴¹

Yleisen elämäkokemuksen omaksuminen näytön arvioinnin vertailukohdaksi on tutkimuksessa realismia: ongelmalliseksi se muodostuu oikeuskäytännössä silloin, jos tuomioistuinten jäsenet sitoutuvat ennakkokäsityksensä mukaisiin hypoteeseihin, eivätkä korjaa olettamuksiaan todistusaineiston sisällön perusteella. Tämä on intuitiivisen todistusharkinnan perusongelma ratkaisuperusteiden kontrolloimattomuuden ohella. Ongelmaa ei voida ratkaista kieltämällä doktriinissa, että alkuperäistodennäköisyydellä ei voi olla merkitystä näytön arvioinnissa. *Helena Jokila* korostaa sosiaaliselle konstruktionismille rakentuvassa tutkimuksessaan sitä, että tuomioistuinten jäsenten tulisi näytön arvioinnissa olla ”epistemologisesti herkkiä” eli kykeneväisiä asettumaan todistelutarkoituksessa kuullun henkilön asemaan. Tähän voidaan perustellusti yhtyä.

Vaikka todistusteemana oleva väite tuntuisi etukäteen täysin epäuskottavalta, tuomioistuimen tulee pitää mielessä, että tutkinnan kohteena on periaatteessa ainutlaatuinen tapahtumainkulku – ja asennoitua siten, että mikä tahansa voi, ainakin lähtökohtaisesti, olla mahdollista. Eri asia on, että epäuskottavaa hypoteesia ei kovinkaan herkästi laitettane tuomion perusteeksi, minkä lisäksi hypoteesin uskottavuus päivittyy sitä mukaa, kun kun todisteita esitetään. Vasta sen jälkeen, kun todistajan kuuleminen on päätetty, voidaan näytön arvioinnissa ottaa huomioon kaikki aputositteet.

Näytön arvioinnissa tarkoituksenmukaista on tukeutua todistajanpsykologiseen kokemustietoon, kun arvioidaan todistajanlausuman luotettavuutta. Oikeuskirjallisuudessa todistajanlausuman virheellisyyttä indisoivat tekijät on virhelähteiden perusteella systematisoitu kolmeen ryhmään.⁸⁴²

- 1) Ensimmäisen ryhmän muodostavat havainnon virhelähteet. Kysymys on siitä, ovatko kerrotut havainnot oikeita. Kontrolloitavia asioita ovat kertojan fyysiset ja tiedolliset edellytykset havaita asia oikein. Väitteet silminnäkijäkertojan aistitoimintojen tai asiantuntevan kertojan tiedollisen käsityskyvyn erehtyväisyydestä taikka havainto-olosuhteiden vaikeudesta havaintotilanteessa ovat omiaan herättämään epäilyksiä kertomuksen uskottavuudesta.
- 2) Toisen ryhmän muodostavat kertojan virhelähteet. Kysymys on siitä, vastaako kerrottu kertojan havaintoja. Kontrolloitavia asioita ovat kertojan motivaatio ja psyykkiset edellytykset kertoa havainnoistaan oikein. Väitteet kertojan tahtoon tai muistiin havaintotilanteen jälkeen eri tavoin vai-

⁸⁴¹ *Jonkka* 1993, s. 142 ss.

⁸⁴² Ks. niistä *Rasilainen LM* 2006, s. 972–973 viitteineen.

- kuttavista tekijöistä ovat omiaan herättämään epäilyksiä kertomuksen uskottavuudesta.
- 3) Kertomisen virhelähteet. Kysymys on kertomuksen oikeasta suhteesta kertojan tarkoitukseen. Kontrolloitavia asioita ovat:
 - a) Kertojan käyttämien ilmaisujen ja termien ymmärtäminen hänen tarkoitustaan vastaavasti.
 - b) Kertomisen yleisen kulun eli kertomuksen juonen ja eri osien välinen johdonmukaisuus ja ymmärrettävyys eri kertomistilanteissa. Kertomuksen ristiriitaisuus ja muuttuminen tässä suhteessa ovat omiaan herättämään epäilyksiä sen uskottavuudesta. Kertojan huomio on silloin kiinnitettävä näihin ristiriitaisuuksiin ja muutoksiin sekä kontrolloitava, saavatko ne kertomisen luonnetta ja kertojan tarkoitusta vastaavan selityksen vai onko epäiltävissä, että ristiriitaisuudet ja muutokset voivat olla seurausta joko havaintoihin (kohta 1) tai kertojaan (kohta 2) kohdistettavista uskottavuusepäilyistä.
 - c) Kertojan käyttäytyminen kertomisessa. Kertojan eleet, ilmeet ja äänensävy kertomisessa tai vastauksissa vastakuulusteluun voivat antaa aiheita epäillä, että kertomukseen sisältyy joko 1 tai 2 kohdassa tarkoitettuja kertojan tietämiä virhelähteitä tai kertojan tarkoitus on tosiasioita koskevista havainnoistaan ja muististaan riippumatta ollut antaa kokonaan vääransisältöinen kertomus.

Ruotsissa *Lena Schelin* on todistajanpsykologiseen tutkimukseen ja Ruotsin HD:n oikeuskäytännön ilmauksiin tukeutuen tutkinut, millaisten seikkojen esiintyminen indisioi sitä, että kysymyksessä on totuudenmukainen ja vastaavasti ei-totuudenmukainen todistajanlausuma.⁸⁴³ Lausuman yleisiin piirteisiin liittyviksi positiivisiksi (kertomuksen totuudenmukaisuutta tukeviksi) aputosi-seikoiksi Schelin mainitsee seuraavat:

- lausuma on yksityiskohtainen ja täydellinen
- lausuma sisältää havaintoon liittyviä, ajallis-paikallisia yksityiskohtia
- lausuman rakenne on looginen
- lausuma on selvästi ja eläväisesti kuvattu
- lausuma on realistinen, todennäköinen ja vakuuttava
- lausuma on henkilökohtainen, sisältäen verbaalisia viittauksia kertojaan itseensä
- lausuma suoraan, suorissa muodoissa annettu
- lausuma on annettu oma-aloitteisesti
- lausuma on pitkä.

Lausuman yleisiin piirteisiin liittyviksi negatiivisiksi (kertomuksen totuudenmukaisuutta heikentäviksi) aputosiseikoiksi Schelin mainitsee seuraavat:

- lausuma on yksityiskohdiltaan niukka ja epätäydellinen
- lausumaan ei sisälly havaintoon liittyviä, ajallis-paikallisia yksityiskohtia

⁸⁴³ Ks. *Schelin 2007*, tiivistetysti s. 237.

- lausuma on kronologisessa muodossa
- lausuma on hämärästi ja epämääräisesti muotoiltu
- lausuma on epävarma, poikkeava, ambivalentti
- lausuma on abstraktinen
- lausuma on annettu epäsuorasti ja välttelevästi
- lausuma on annettu negatiivisesti (vastauksina kysymyksiin)
- lausuma on lyhyt.

Uskottavuusarviointi on näiltä osin kokemussääntöjen soveltamista. Selvää on, että näiden perusteiden säännönmäinen soveltaminen ei käy päinsä, vaan niiden soveltuminen ratkaistaan kontekstuaalisesti. Arviointi on yhteydessä todistusaineiston kokonaisnäyttöarvosta päättämiseen. Yksittäistä todistajanlausumaa ei voida arvioida täysin atomistisesti, vaan virhelähteiden mahdollinen vaikutus todistajanlausumaan voidaan päätellä vasta sen jälkeen, kun tuomioistuimien ottanut vastaan koko todistusaineiston. Kun todistajan lausuma vaikuttaa olevan ristiriidassa muiden todistajien lausumien kanssa, olennaista on arvioida, miksi todistaja kertoi juuri siten kuin kertoi.

8.3.2.2 *Todistusaineiston kokonaisnäyttöarvosta päättäminen*

Miten tuomioistuimen tulee päättää näytön riittävyysarviointi yksittäistapauksessa esimerkiksi silloin, kun käsiteltävänä on juttu, jonka aineellisoikeudelliseen rekvisiittaan sisältyy kolme abstraktista tunnusmerkistökiteijää? Klassisen todennäköisyysteoreettisen säännön mukaan toisistaan riippumattomien tapahtumainkulkujen yhdistelmän todennäköisyys on väistämättä pienempi kuin yksittäisen tapahtumainkulun todennäköisyys.⁸⁴⁴ Frekvenssiteorian kannattajat ovat esittäneet, että todistusaineiston kokonaisnäyttöarvon tulee tapauksissa kohdistua rekvisiittojen yhteenlaskettuun todennäköisyysarvoon. Edellä on todettu, että näin ei ole perusteltua toimia.

Näyttöenemmyysperiaate todistusaineiston selittämisenä merkitsee, että todistusaineiston kokonaisnäyttöarvon punninta ei samaistu tosiseikkojen todennäköisyysarvon tuloon, vaan näyttöarvosta päättämisessä ratkaistaan, mikä yksittäistä todistusteemaa (esimerkiksi tuottamukselliseksi arvioitu menettely) koskeva hypoteesi selittää käsillä todistusaineiston parhaiten. Kysymys on kertomusten ”hyvyyden” arvioinnista; tämä arviointi ei kuitenkaan perustu kaunokirjallisiin tai muihin tarinantuottamisen lahjoihin, vaan se suoritetaan todistusaineiston valossa, kuten edellä käsitellyssä ennakkapäätöksessä KKO 1999:11.

Oikeuden tulee edetä suksessiivisen relevanssin periaatetta noudattaen siten, että todistusteemoista esitetyn näytön riittävyys arvioidaan teema kerrallaan. Ensimmäisen arvioidaan, onko todistustaakan kantava asianosainen kyennyt esittä-

⁸⁴⁴ Ks. tästä myös *Kolflaath LoR 2008*, s. 150.

mään todistustaakan piiriin kuuluvista seikoista perusnäytön; tämän jälkeen on otettava kantaa mahdollisen vastanäytön merkitykseen. Ennakkopäätöksessä KKO 1999:11 kantaja oli esittänyt perusnäytön todistustaakkansa piiriin kuuluvista seikoista kertomalla todistelutarkoituksessa sekä todistajaa kuulustuttamalla siitä, että vastaaja oli antanut kyseiset tiedot, joista hänelle oli sittemmin koitunut vahinkoa. Tämän jälkeen on otettava kantaa vastanäyttöön.

Todistusaineiston kokonaisnäyttöarvon punnitsemisessa tuomioistuimen pitää, tarvittaessa suksessiivisen relevanssin periaatteen mukaisesti edeten, arvioida, onko todistustaakan kantavan asianosaisen näyttö sellaista, joka parhaiten selittää käsillä olevan näytön – vai onko asianosaisen vastapuoli esittänyt sellaista suoranaista tai epävarsinaista vastanäyttöä jostakin tai useammasta oikeustoiseikasta, joka paremmin selittää todistusaineiston.⁸⁴⁵ Jos kysymys on kumulatiivisista rekvisiitoista, muihin kysymyksiin ei tarvitse ottaa kantaa, jos yksi teema jää näyttämättä.

Oikeuskirjallisuudessa (ja filosofisessa tutkimuksessa) kehoitetaan erottamaan todennäköisin (”*likeliness*”) ja viehättävin (”*loveliness*”) selitys.⁸⁴⁶ Todennäköisimmällä selityksellä tarkoitetaan todistusaineiston perusteella todennäköisintä selitystä; viehättävimmällä selityksellä tarkoitetaan teoriaa, jonka avulla kyettäisiin yhdistämään toisistaan riippumattomilta vaikuttavat sattumat samasta syystä johtuviksi. Teoria voi kuitenkin olla viehättävä olematta todennäköinen tai totuudenmukaiseksi arvioitava: esimerkiksi salaliittoteoriat ovat hyvä esimerkki viehättävistä selityksistä.⁸⁴⁷

Esimerkki useita irrallisia ”todisteita” yhdistävästä, viehättävästä salaliittoteoriasta on muuan urbaanilegenda (”*Paul is dead*”), jonka mukaan *Paul McCartney* kuoli vuonna 1966 liikenneonnettomuudessa ja korvattiin kaksoisolennolla. *Beatles*-fanit ovat teorian tueksi tutkineet Beatlesien useiden kappaleiden lyriikoita, joista on poimittu irrallisia ilmauksia tukemaan olettamusta; teorian tueksi on viitattu myös Beatlesin *Abbey Road* -levyn kanteen, jossa McCartneyn paljaiden jalkojen sekä muiden henkilöiden pukujen on katsottu symboloivan McCartneyn kuolemaa. Teorian viehättävyydestä ja mielenkiintoisuudesta huolimatta vallitseva on käsitys, että McCartney on yhä elossa, eikä tälle ylipäänsä sattunut vuonna 1966 kolaria, joka olisi voinut koitua hengenmenoksi.⁸⁴⁸

⁸⁴⁵ Esimerkkinä tilanteesta, jossa todistusaineisto selittyy paremmin vastaajan eduksi: kantaja vaatii vakuutusyhtiöltä korvausta liikennevahingossa itselleen aiheutuneiksi vammoista, mutta asiassa viran puolesta hankitut asiantuntijalausunnat osoittavat, että vahinkoja ei lääketieteellisten kokemussääntöjen nojalla voida liittää liikenneonnettomuuteen, vaan kantajalla jo nuoruusvuosina puhjenneisiin psyykkisiin ongelmiin. Ks. esimerkkitalanteesta KKO 2005:99 ja sen johdosta *Saranpää DL 2006b*.

⁸⁴⁶ *Lipton 1991*, s. 59, *Kolflaath TjR 2007*, s. 201.

⁸⁴⁷ *Lipton 1991*, s. 59–60.

⁸⁴⁸ Ks. *Paul is dead* -urbaanilegendasta ks. http://en.wikipedia.org/wiki/Paul_is_dead.

Oikeudellisessa todistusharkinnassa merkitystä on ennen muuta todistusaineiston perusteella todennäköisimmällä, eikä viehättävimmällä selityksellä. Todennäköisimmän selityksen tulee selittää todistusteemoista esitetyn näytön kokonaisuus ja sen osat. Ajatellaan esimerkiksi tilannetta, jossa yksi todistaja kertoo täysin muusta todistusaineistosta poikkeavalla tavalla. Tuomioistuin lienee taipuvainen ajattelemaan, että todistajan lausumaa ei muun näytön perusteella voida pitää uskottavana. Jollei lausumalla ei ole todistusteemana olevan väitteen kannalta näyttöarvoa, tuomiossa pitää perustella, mistä tämä johtuu. Tämä tarkoittaa sen selvittämistä, mistä ristiriitaisuus johtuu, kuten KKO toimi edellä käsitellyssä ennakkopäätöksessä 1999:11.

Näytön arvioinnissa on merkitystä asianosaisen kontekstikertomuksen yleisen elämäkokemuksen mukaisella uskottavuudella, josta voidaan kirjoittaa ”sisäisenä” uskottavuutena. ”Ulkoisella” uskottavuudella tarkoitetaan sitä, missä määrin kertomus voidaan kytkeä todistusaineistoon.⁸⁴⁹

Uskottavuuden eri lajeja ei pidä sekoittaa. Näytön arvioinnin suurimmat riskit liittyvät sisäisen uskottavuuden ylikorostumiseen: sanotaan, että hyvät kertomukset voivat työntää tieltään tosia kertomuksia.⁸⁵⁰ Ihmisten arviointeihin myös vaikuttaa olennaisesti, millaisista lähtökohdista tai ennakkokäsityksistä nämä ryhtyvät tekemään arviointeja tai johtopäätöksiä. Lähtökohtaolettaman valinta muodostaa jopa niin vahvan päättelyn perustan, että sitä ei voida enää todistusaineiston avulla oikaista: erilaiset lopputulokset ovat mitä suurimmissa määrin riippuvaisia valitusta alkuperäisolettamasta. Tästä seuraa myös, että johtopäätöksiä voidaan manipuloida luomalla erilaisia alkuolettamuksia.⁸⁵¹ Tämän seikan tiedostaminen on erittäin tärkeää.

Hyvän ja uskottavan kertomuksen tunnusmerkkeinä pidetään tutkimusten mukaan helposti tunnistettavissa olevan aktiivisen teon tai tekojen kuvausta sekä raami- tai kontekstikertomusta, joka antaa helpon ja luonnollisen selityksen sille, miksi tekijä käyttäytyi teon kuvauksesta ilmenevällä tavalla. Hyvässä kertomuksessa kertomuksen osat liittyvät toisiinsa saumattomasti, eivätkä ne jää irrallisiksi: teon kuvaus ja selittäminen koostuvat 1) fyysisistä edellytyksistä, 2) psyykkisistä edellytyksistä sekä 3) tavoitteista. Huonossa kertomuksessa on täysin puuttuvia taikka relevanteilta osin puutteellisia tai ristiriitaisia elementtejä.⁸⁵²

Kertomusmallin keskeisajatuksen mukaan kertomus, jonka ratkaisija näytön perusteella muodostaa, määrää näyttöratkaisun sisällön. Kertomusmallin piirissä tehdyissä tutkimuksissa painotetaan sitä, että kertomuksen tulee ehdottomasti saada tukea todistusaineistosta. Tämä on edellytys sille, että kontekstikerto-

⁸⁴⁹ Kolflaath JV 2004, s. 292.

⁸⁵⁰ Ks. esim. Twining FS Strömholm, s. 828.

⁸⁵¹ Gräns 2003, s. 191.

⁸⁵² Gräns 2003, s. 194–194.

musta voidaan pitää ”totena”. Lisäksi vaatimus on omiaan ehkäisemään ratkaisijan joutumista ”kertomuksen lumoihin” – jollei jostakin riittäisestä todistus-
teemasta ole esitetty näyttöä, tai vastanäyttö neutralisoi päänäytön merkityk-
sen, tuomiota ei saa perustaa todistelun kohteena olleeseen oikeustositosis-
kaan.

Siitä, millainen kertomuksen tulisi todistusharkintaa päättelynä parhaana se-
litykseen mallinnettaessa olla, on kertomusmallin piiriin luettavissa tutkimuk-
sissa esitetty erilaisia näkemyksiä, joissa kuitenkin painottuvat samanlaiset te-
kijät.

Reid Hastien ja Nancy Penningtonin mukaan common law -järjestelmän va-
lamiesten näytön arvioinnissa voidaan erottaa kolme osaprosessia: 1) näytön
arviointi kertomusten muodostamisen kautta, 2) ratkaisuvaihtoehtojen kartoit-
taminen, 3) ratkaisuvaihtoehtojen valinta sillä perusteella, mikä kertomus par-
haiten selittää käsillä olevat seikat.⁸⁵³ Hastien ja Penningtonin teoriaan sisältyy
kertomuksen ulkoista arviointia varten erityisiä varmuusperiaatteita (*”certainty
principles”*), joita ovat peittämisperiaate (*”coverage”*), johdonmukaisuus-
periaate (*”coherence”*), ainutlaatuisuusperiaate (*”uniqueness”*) sekä ankkuroi-
misperiaate (*”goodness-of-fit”*).⁸⁵⁴ Ne määrittävät, mikä kertomus hyväksytään,
mikä ratkaisuvaihtoehto hyväksytään ja miten totuudenmukaisena näyttöratkai-
sun lopputulosta pidetään.

Peittämisperiaatteella viitataan siihen, missä määrin tarina kattaa oikeuden-
käynnissä esitetyn näytön. Mitä paremmin todistusaineisto selittää kertomuk-
sen, sitä luultavammin se hyväksytään; ellei todistusaineisto vastaavasti kata
kaikkia riitakysymyksiä tai siinä on olennaisia puutteita, kertomus luultavasti
hylätään.⁸⁵⁵ Johdonmukaisuusperiaate koostuu kolmesta elementistä: sisäisestä
johdonmukaisuudesta (*”consistency”*), uskottavuudesta (*”plausibility”*) ja täy-
dellisyydestä (*”completeness”*). Kertomus on todistelun perusteella sisäisesti
johdonmukainen, kun siihen ei sisälly ristiriitaisuuksia tai se ei ole ristiriidassa
sellaisen todistusaineiston kanssa, jonka ratkaisija uskoo olevan totta. Kerto-
mus on uskottava, kun se vastaa suurin piirtein ratkaisijan esiyymmärrystä ulkoi-
sesta todellisuudesta. Kertomus on täydellinen, kun se on rakenteellisesti esitet-
tävässä fyysiset ja psyykkiset edellytykset sekä toimijoiden tavoitteet sisältäväl-
lä tavalla.

Ainutlaatuisuusperiaate rakentuu teemametodiinkin sisältyvälle ajatukselle
siitä, että näytön arvioinnissa uskottavan kertomuksen selitysvoima heikentää
muiden kertomusten näyttöarvoa; jos vastaavasti löydetään useampia kerto-
muksia, niistä mikään ei ole ainutlaatuinen todistusaineiston selittävällä tavalla,

⁸⁵³ Pennington – Hastie 2004, s. 192.

⁸⁵⁴ Ks. niistä Pennington – Hastie 2004, s. 198–199 ja 201.

⁸⁵⁵ Suomessa tällaisessa tilanteessa tulee soveltaa todistustaakkaa, jos kysymys on oikeustosi-
seikan asemassa olevasta todistusteemasta, josta ei ole esitetty lainkaan relevanttia näyttöä.

eikä siksi hyväksyttävissä. Ankkuroimisperiaate puolestaan liittyy todistusaineiston aineellisoikeudelliseen kvalifikaatioon: näytön arvioinnissa hyväksyttävä kertomus on subsumoitava sellaisen aineellisoikeudellisen normiston alaisuuteen, jota se parhaiten vastaa.

Hastien ja Penningtonin varmuusperiaatteet ovat hyvin yksityiskohtaisia muiden kirjoittajien käsityksiin verrattuna. *John S. Josephsonin* mukaan selitys on uskottava, jos se on sisäisesti johdonmukainen, sopii yhteen tunnettujen seikkojen kanssa, ei ole itsessään epäuskottava ja se edustaa ”todellista”, ei vain hypoteettista mahdollisuutta. Jotta mahdollisuutta voitaisiin pitää ”todellisena”, edellytetään, että kertomukseen ei sisälly luonnonlakien loukkaamista, eikä kenenkään väitetä toimivan täysin ainutlaatuisella ja ennakoimattomalla tavalla; lisäksi tapahtumainkulkuun ei saa sisältyä täysin uskomatonta sattumaa.⁸⁵⁶ *William Twiningin* mukaan kaikissa kertomusten roolia näytön arvioinnissa koskevissa teorioissa tavataan samanlaiset uskottavuuskriteerit: jotta teoria olisi uskottava, sen tulee sopia yhteen riidattomien seikkojen kanssa; sen pitää olla sisäisesti johdonmukainen; sen tulee olla koherentti; lisäksi tarinan tulee vastata ”yleistä elämäkokemusta”.⁸⁵⁷

Näyttöenemmyysperiaatteen mukaisesti toimittaessa olennaista on siis sen kontrolloiminen, missä määrin asianosaisten tosiseikkahypoteesit, jotka esimerkiksi väittämistaakkaa täytettäessä tulee kuvata yksinkertaisina väitteinä mutta joita asiaesittelyssä ja loppulausunnoissa kuvataan kontekstikertomusten avulla, selittävät todistusaineistoa ja, mikä tärkeämpää, saavat tukensa niistä. Näyttöenemmyysperiaatetta sovellettaessa tuomio voidaan perustaa todistusteemaan, joka vaikuttaa näytön perusteella todennäköisemmältä kuin sen vastakohta. Todistusaineiston ulkoisessa arvioinnissa voidaan lähtökohdaksi ottaa edellä mainitut kriteerit. Näyttöenemmyysperiaate on kuitenkin näytön arvioinnissa vain lähtökohta ja se voi joutua väistymään erilaisten perusteiden nojalla.

⁸⁵⁶ Ks. myös *Kolflaath TjR* 2007, s. 207–208.

⁸⁵⁷ *Twining* 2006, s. 337.

8.4 MIKSI NÄYTTÖENEMMYYSPERIAATE?

8.4.1 Näyttöenemmyysperiaate lisää oikeusvarmuutta

Tärkein näyttöenemmyysperiaatteen soveltamisen *pro*-argumentti on, että tuomioistuin voi päätyä ”aineellisen totuuden” mukaisiin ratkaisuihin. Näyttöenemmyysperiaatetta sovellettaessa, kuten näyttöratkaisusta puhuttaessa muutenkin, ei ole perusteltua puhua ”aineellisesta totuudesta” tuomioistuimen faktapremissin vertailukohtana. Kaikki näytön arvioinnin teoriat joutuvat kohtaamaan aineellisen totuuden ”saavuttamattomuuden” ongelman, sillä tuomioistuin ei voi tietää tosiseikaston vastaavuutta prosessinulkoisen tapahtumainkulun kanssa. Tapahtumainkulusta voidaan vain tehdä päätelmiä, jotka saavat enemmän tai vähemmän tukea todistusaineistosta.

Vaikka todistusaineisto olisi täysin yhdensuuntaista ja vaikuttaisi vakuuttavalta, tuomion tosiseikasto voi sittenkin olla totuutta vastaamaton. Tämä on tosiasia, joka ei muuta sitä ehdotonta lähtökohtaa, että tuomioistuin ratkaisee asian sille esitetyn näytön mukaisesti. Tarkoituksenmukaisempaa kuin ”aineellisesta totuudesta” puhuminen lienee kuitenkin puhuminen näyttöenemmyysperiaatteesta ”oikeusvarmuutta lisäävänä tekijänä”. Kun näyttöenemmyysperiaate liitetään teemametodin yksisuuntaiseen todennäköisyyskäsitteeseen, se vaikuttaa systemaattisten syiden vuoksi johtavan todennäköisimmin aineellisen totuuden mukaisiin tuomioihin.

Teemametodissa todistusteeman todennäköisyydestä voidaan päätellä sen vastakohtan todennäköisyys. Todistusaineiston kokonaisnäyttöarvo jaetaan vaihtoehtojen välillä. Kun jutussa tuomitaan näyttöenemmyyden perusteella, päättely on seuraavanlainen: ”tilanteessa, joka näytön perusteella on konstruoitu, oikeustositseikan X todennäköisyys on suurempi kuin oikeustositseikan ei-X. *Koska tuomioistuimella on ratkaisupakko, ja koska ratkaisu on useammin oikea valittaessa X, on se valittava, ellei näyttökynnysvaatimuksessa aseteta korkeampaa todennäköisyysvaatimusta*”.⁸⁵⁸

Kun vastaajan väitetään allekirjoittaneen sopimuksen, hän on joko allekirjoittanut sopimuksen tai sitten ei – ei voida mielekkäästi sanoa, että ”vastaaja olisi allekirjoittanut sopimuksen 99 tapauksessa sadasta”. Näytön arviointi etenee teemakohtaisesti, ja siinä on kysymys asianosaisten tapahtumainkulusta esittämien kertomusten vertaamisesta toisiinsa. Ratkaisupakon vuoksi tuomioistuimen on pakko valita jompikumpi vaihtoehto taikka soveltaa todistus- taakkanormia. Kun tuomio perustetaan vaihtoehtoon, joka on vastakohtaansa todennäköisempi, tuomio on todennäköisemmin oikea kuin silloin, jos tuomio perustetaan teeman vastakohtaan.

⁸⁵⁸ *Bolding 1951*, s. 66 (kursivoinnit alkuperäiset).

Näyttöenemmyysperiaatteen voitaneen katsoa parantavan oikeusvarmuutta myös silloin, kun näytön arviointi ymmärretään päättelynä parhaaseen selitykseen. Dispositiivisessa riita-asiassa, jossa vastakkain ovat todistusteema X ja tämän vastakohta (ei-X tai Y, joka on teeman kontraarinen vastakohta) tällainen käsitys on tarkoituksenmukainen, koska tuomioistuimen tulee todistusharkintavaiheessa rajoittua arvioimaan todistusteemojen todennäköisyyttä asianosaisten esittämän näytön perusteella. Kun todistusteema X selittää todistusaineiston paremmin kuin ei-X, tuomio lienee todennäköisemmin oikea silloin, kun faktapremissiksi valitaan X.

Näyttöenemmyysperiaatteen hyväksyminen esitetyssä muodossa oikeusvarmuutta parantavana periaatteena rakentuu seuraaville olettamuksille: 1) on todennäköisempää, että kertomus, joka sisältää hyvän tarinan elementit, on tosi, kuin että kertomus, josta joku hyvän tarinan elementti puuttuu, olisi tosi, 2) on epätodennäköistä, että ei-tosien kertomusten tueksi voitaisiin löytää näyttöä, 3) tuomioistuimet hyväksyvät vain sellaisen näytön, joiden taustalla olevat koke-mussäännöt ovat riittävän varmoja ja luotettavia.⁸⁵⁹

Näiden olettamusten oikeellisuus voitaneen tapauskohtaisesti riitauttaa, koska ainahan on mahdollista, että toinen asianosainen on esimerkiksi vääristellyt todistusaineistoa (RL 15:7–8:t) tai että todistaja, jonka kertomukselle on annettu ratkaiseva näyttöarvo, on syyllistynyt perättömään lausumaan tuomioistuimessa (RL 15:1 ja 3–4:t); todistajaa on myös voitu painostaa totuudenvastaiseen lausumaan oikeudenkäytössä kuultavan uhkaamisen tunnusmerkistön (RL 15:9) tarkoittavalla tavalla. Kertomusten johdonmukaisuuteenkaan ei aina ole luottaminen: vaikka asia olisi esitetty miten epäjohdonmukaisesti ja huonosti tahansa, se voi olla totta. Myös vakuuttavasti esitetty tarina voi toisaalta olla valletta – siksi tuomioistuimen pitää olla erityisen tarkka ulkoisen uskottavuuden arvioinnissa.

Edellä mainituista vasta-argumenteista huolimatta ei voitane, ainakaan perustellusti, väittää, että dispositiivisissa riita-asioissa tuomioistuimen pitäisi lähtökohtaisesti perustaa tuomio seikkaan, joka ei saa relevantilla tavalla tukea esitetystä näytöstä ja jonka kontradiktorinen tai kontraarinen vastakohta vaikuttaa uskottavammalta. Eri asia on, että joissakin tilanteissa näyttöenemmyys ei riitä. Näyttöenemmyysperiaate muodostaa vain näyttöratkaisun lähtökohdan,

⁸⁵⁹ Ks. myös *Gräns* 2003, s. 209, joka mainitsee rikosprosessuaalisen todistelun osalta kolme lisävaatimusta (”tuomioistuimet osaavat luotettavasti arvioida, milloin koke-mussäännöt ovat niin varmoja ja luotettavia, että näytöstä voidaan tehdä johtopäätöksiä ’yläpuolella kaiken epäilyk-sen’, ’tuomioistuimet vaativat aina riittävän paljon näyttöä’, tuomioistuimet käyttävät samoja menetelmiä ja kriteerejä analysoidessaan kertomuksia, riippumatta siitä, onko kertomuksen esi-täjänä syyttäjää vai vastaaja; ja ne antavat etusijan syytetyn kertomukselle, mikäli sitä koskeva kriteeri täyttyy”). Nämä vaatimukset liittyvät olennaisesti rikosprosessiin, joten en katso niillä olevan vaikutusta arvioitaessa sitä, voidaanko ja tulisiko dispositiivisissa riita-asioissa näytön arviointia ymmärtää esitetyllä tavalla.

josta voidaan poiketa useammalla perusteella: käsillä voi olla erilaisiin asioihin perustuvia ”erityisiä syitä” edellyttää asianosaiselta vaativampaa todennäköisyyttä.

8.4.2 Näyttöenemmyysperiaate ja lainsäädäntö

Näyttöenemmyysperiaatetta tulisi soveltaa dispositiivisten riita-asioden normaalinäyttökynnyksenä. Näytön arvionnissa tulisi arvioida, kumman asianosaisen tosiseikkahypoteesi saa paremmin tukea todistusaineistosta. Ratkaisijan tulisi tämän jälkeen pohtia, riittääkö yksinkertainen näyttöenemmyys – toisin sanoen se, että seikka selittää todistusaineiston – tuomion perustamiseksi kyseiseen seikkaan, vai edellytetäänkö asianosaiselta ankarampaa näyttövaatimusta.

Näyttöenemmyysperiaatteen soveltaminen ei esty lainsäädännön vuoksi. Lainsäädännön määräykset voivat pysyä samoina, vaikka niitä koskevat tulkinat muuttuisivatkin. Tutkimuksessa on edellä todettu, että oikeuskäytännöstä ei ole saatavilla viitteitä siitä, millaista normaalinäyttökynnystä dispositiivisissa riita-asioissa sovelletaan. Siviiliprosessuaalista näytön arviointia lienee ylipäänsä hankalampaa ohjata ennakkopäätöksillä kuin rikosprosessuaalista näytön arviointia. Oikeuskäytäntö vaikuttaa siksi antavan tilaa erilaisille tulkinnoille. Vaikka lainsäädäntöön sisältyy näyttökynnyksilmauksia, joiden merkitystä ratkaisutoiminnan kannalta käsittelen tuonnempana, ne eivät näkemykseni mukaan estä näyttöenemmyysperiaatteen asettamista lähtökohdaksi.

Käsitykseni mukaan ainoa säännös, johon normaalinäyttökynnyys voidaan palauttaa, on OK 17:2.1, jonka on tulkittu edellyttävän ”täyttä näyttöä”. Näyttöenemmyys ei riitä täyttämään vaatimusta, ellei kysymys ole samalla ”korkeammanasteisesta” todennäköisyydestä, joka vakuuttaa tuomarin itsensä lisäksi muut ”järkevät ja tunnontarkat henkilöt”. Koska määritelmä viittaa subjektiivisiin kriteereihin, siitä ei ole apua konkreettisessa ratkaisutoiminnassa. Sitä, miten ”korkeammanasteinen todennäköisyys” todistusharkinnassa saavutetaan, ja mitä sillä tarkoitetaan, ei vanhemmassa kirjallisuudessa ole havaintojeni mukaan käsitelty lainkaan.⁸⁶⁰ Näyttöenemmyysperiaate liitettynä parhaaseen selitykseen tapahtuvaan päättelyyn kytkee subjektiivisen elementin todistusaineistoon. Ratkaisijan on kyettävä hyväksyttävästi perustelemaan, miltä osin ja millä perusteella jommankumman asianosaisen tosiseikkahypoteesi on todistusaineiston valossa uskottavampi kuin toisen asianosaisen.

⁸⁶⁰ Ks. myös *Klami 1995a*, s. 69, jossa tutkijaryhmä toteaa, *Jouko Halilan ja Tauno Tirkkosen* ”auktoritatiivisia lausumia” tarkastellessaan, voivansa ”vain ihmetellä, mikä on se korkeamman asteinen todennäköisyys, joka saa rehellisen ja huolellisen henkilön vakuuttuneeksi siitä, että jokin seikka on tosi”.

OK 17:2.1:n katsotaankin ilmaisevan vapaan todistusteorian keskeiset elementit: 1) oikeus voi käyttää kaikkia tietoonsa saatettuja tosiseikkoja näyttönä, 2) todisteiden näyttöarvoa ei ole määritetty laissa, 3) laissa ei ole ilmoitettu näyttökynnystä, vaan tuomioistuimen tulee harkita, milloin se pitää näyttöä riittävänä eli ”totena”.⁸⁶¹ Jonkan mukaan päätöksentekijän on todistusharkinnassa ylipäänsä nojaututtava yleisiin tiedon luotettavuutta koskeviin kriteereihin.⁸⁶² Olennaista näytön arvioinnissa ei olekaan se, kuinka paljon uskottavampana tuomioistuin jotakin todistusteemaa tai sen vastakohtaa pitää, vaan mihin tuomioistuimen arvio perustuu. Esimerkiksi edellä käsitellyssä ennakkopäätöksessä 1999:11 KKO perusteli avoimesti sen, miksi kantajan ja todistajan kertomukset tapahtumainkulusta vaikuttavat perustuneen erehdykseen.

Asianosaisten yhdenvertaisuuden varaan rakentuva näyttöenemmyysperiaate on käsitykseni mukaan tarkoituksenmukaisempi näyttökynnys kuin ”täyden näytön” vaatimus; tämä johtuu siitä, että näyttökynnyksestä ei muodostu todistustaakan kantavan asianosaisen kannalta lähtökohtaisesti yhtä ankara, minkä lisäksi näyttöenemmyysperiaatetta sovellettaessa näyttövaatimus voidaan liittää konkreettisen yksittäistapauksen todistusaineistoon. Näyttöenemmyysperiaate väistää siten ainakin osan niistä ongelmista, joihin täyden näytön määritelmä johtaa. Toisaalta näyttöenemmyysperiaatetta ei ole tarkoitettu ratkaisuun kaikkia näytön arvioinnin ongelmia, kuten todistustaakan jakoa. Näyttöenemmyysperiaatteen soveltaminen merkitsee sitä, että tuomio perustetaan lähtökohtaisesti seikkaan, jonka hyväksi on esitetty ”järkevä” näyttöenemmyys. Tuomioistuin on velvollinen ilmoittamaan perusteluissaan, miksi jonkin hypoteesin hyväksi esitetty näyttö muodostaa ”järkevän” näyttöenemmyyden.

8.4.3 Näyttöenemmyysperiaate on asianosaisneutraali vaihtoehto

Tässä jaksossa on tarkasteltu näyttöratkaisun kysymyksiä yksittäistasolla kuten konfliktinratkaisufunktiossa ja oikeussuojafunktiossa. Tarkastelun painottuminen yksittäistasolle johtuu siitä, että ohjausteorian mukainen tavoitteenasettelu ei liene toteutettavissa ratkaistavana olevassa yksittäistapauksessa. Vaikka ajatus yhteiskunnan ohjaamisesta tuomioistuinratkaisujen avulla on kannatettava, näyttökynnys, jonka avulla siirtymä systeemitasolta yksittäisen oikeudenkäynnin tasolle on väistämättä tehtävä, ei ole tasojen yhdistämisessä tarkoituksenmukainen väline. Edes *Per Olof Ekelöf* ei, ainakaan myöhemmässä tuotannossaan, katsonut, että systeemitaso ja yksittäisen oikeudenkäynnin tason yhdistäminen voitaisiin viime kädessä suorittaa ehdotetulla keinolla, näyttöratkaisun numeerisella muuntamisella ja siihen liittyvällä näyttökynnysajattelulla.

⁸⁶¹ Jonkka 1993, s. 28–29.

⁸⁶² Jonkka 1993, s. 30.

Ohjausfunktioon sisältyvä makrotavoitteilla argumentoiminen on myös ongelmallista, sillä vaikka esimerkiksi kuluttajansuojalain tavoitteena on parantaa kuluttajien asemaa, tuollaiseen makrotavoitteeseen tukeutuminen on ratkaistavana olevassa yksittäistilanteessa liian yksipuolista argumentaatiota. Edellyttäen, että näyttöratkaisussa halutaan tukeutua telelogisiin argumentteihin, lienee syytä tarkastella sitä, millaisia tavoitteita yksittäisillä säännöksillä halutaan saavuttaa, ja millaiset ratkaisuvaihtoehdot parhaiten tukisivat näitä tavoitteita. Tämä ongelma kuuluu systemaattisesti kuitenkin enemmän todistustaakan ja koproblematiikkaan kuin näytön riittävyysarviointiin.

Näyttöenemmyysperiaate on tarkoituksenmukainen näyttöratkaisun lähtökohta, koska se on asianosaisneutraali: kumpaakaan asianosaista ei aseta toistaan parempaan asemaan. Euroopan ihmisoikeussopimuksen vaatimusta asianosaisten ”aseiden yhtäläisyydestä” (*equality of arms*) ei ole tarkasteltu näyttöratkaisun tasolla, mutta näyttöenemmyyttä normaalinäyttökynnyksenä voitaneen puoltaa perus- ja ihmisoikeusmyönteisellä laintulkinnalla. Vaikka todistustaakkanormeja tarvitaan, todistustaakasta suoriutumiseen riittää lähtökohdaisesti yksinkertainen näyttöenemmyys, ja toisen asianosaisen suosiminen asettamalla näyttöenemmyyttä ankarampi näyttövaatimus edellyttää erityisiä syitä, jotka tulee olla johdettavissa esimerkiksi aineellisoikeudellisen lainsäädännön tavoitteista tai todistelun esittämismahdollisuuksista.

Dispositiivisessa riita-asiassakin näyttökysymys on tarvittaessa ratkaistava oikeusperiaatteita punnitsemalla. Näyttöenemmyysperiaatteen soveltaminen ja ”erityisten syiden” kriteerien etsiminen muistuttaa tältä osin rationaalisen näyttökynnyksen teoriaa, jossa näyttökynnyksen korkeus yksittäistapauksessa määräytyy punnitsemalla analyttisen hierarkoinnin menetelmällä neljää kriteeriä keskenään. Rationaalisen näyttökynnyksen teorian heikkous on kuitenkin siinä, että näyttöratkaisua ei kyetä matematisoimaan siten kuin teorian soveltaminen edellyttäisi.

Näyttöenemmyysperiaatteen asianosaisneutraalisuus sekä näyttöratkaisun liityntä ratkaistavana olevaan aineellisoikeudelliseen kysymykseen ilmenevät oikeuskirjallisuudessa usein näyttöenemmyysperiaatteen esimerkkinä käytetystä Ruotsin HD:n ratkaisusta (NJA 1949:144), jossa kahden poikalapsen väitettiin vaihtuneen synnytyssairaalassa. Lapset olivat ehtineet jo varttua muutama vuoden ajan perheissä, joihin nämä oli synnytyssairaalassa annettu, kun vanhemmat alkoivat epäillä lasten vaihtuneen. Oikeus tukeutui ratkaisussa verikokeisiin ja geneettiseen näyttöön, jonka perusteella se katsoi ”luotettavasti selvitetyn”, että lapset olivat vaihtuneet syntymän jälkeen, ja määräsi nämä vaihdettavaksi.⁸⁶³

⁸⁶³ Ks. ratkaisusta esim. *Bolding* 1951, s. 87–88, *Bolding* 1952, s. 26, alaviite 1, *Bolding SSL* 1960, s. 21, *Zahle* 1976, s. 33, *Musielak FS Kegel*, s. 452–453, *Nygaard FS Eckhoff*, s. 480 ja *Eke-löf – Boman IV*, s. 104, alaviite. 144. Olivecrona on käyttänyt vastaavanlaista esimerkkiä: lasten

Esimerkki on menettänyt ajankohtaisuuttaan, koska nykyajan geneettisillä isyystutkimuksilla isyys saadaan luotettavasti selvitettyä. Esimerkki kuitenkin osoittaa, että näytön arvioinnissa ei kyetä välttymään erilaisten ratkaisuvaihtoehtojen arvottamiselta. *Per Olof Boldingin* mukaan oikeus vaikuttaa soveltaneen ankaraa näyttökynnystä, mihin oli painavia perusteita.⁸⁶⁴ Koska lapset olivat asuneet vuosia omakseen uskomassa perheessä, lapsen etu edellyttää, että vaihtoon ei ryhdytä kevyin perustein.⁸⁶⁵ Mutta miten tuomioistuimen olisi pitänyt toimia silloin, jos vaihtumista olisi epäilty pian syntymän jälkeen? Voittaneen varovaisesti sanoa, että lapsen etu ei tuossa tapauksessa kenties olisi edellyttänyt yhtä voimakkaasti *status quon* säilyttämistä.

Näyttöenemmyysperiaatteen soveltamisella voidaan ottaa huomioon erehtymisen riski. Tuomion faktapremissi voi olla väärä. Tämä erehtymisriski ei ole relevantti vain näyttöenemmyysperiaatteen kannalta, vaan myös muut teoriat joutuvat kohtaamaan erehtymisriskin. Tämä seikka ei kuitenkaan perustele frekvenssiteorioihin sisältyvää näkemystä, että todistustaakkanormeilla säänneltäisiin, ”miten paljon näyttöä” jostakin oikeustositseikasta pitää esittää. Todistustaakkanormit määrittävät vain riskinjakoa. Tuomioistuimen tulee soveltaa todistustaakkanormia silloin, kun: 1) jostakin oikeustositseikkaväitteestä ei ole esitetty lainkaan näyttöä tai 2) näyttö ei tuomioistuimen mukaan selitä sen paremmin todistustaakkateemaa kuin sen vastakohtaakaan.

Katson siis saksalaisperäisestä näkemyksestä poiketen, että näyttökynnys ei ole kiinteä, vaan määrittyvä tilannekohtaisesti oikeusperiaatteiden punninnalla. Näytön riittävyysarviointi on luonteeltaan oikeuskysymys, ja oikeusperiaatteisiin tukeutuminen merkitsee, että näytön arvioinnin vaihtoehtoja voidaan arvottaa oikeusnormeista peräisin olevilla kriteereillä, eivätkä näytölliset rajatapaukset jää tuomioistuimen ”omaan harkintaan”. Näyttöenemmyysperiaatteen syrjäyttäviä kriteerejä tarkastellaan tutkimuksessa tuonnempana.

8.5 NÄYTTÖENEMMYYSPERIAATTEEN CONTRA-ARGUMENTEISTA

Näyttöenemmyysperiaatteen systematisoiminen johtavaksi periaatteeksi edellyttää, että sitä vastaan kohdistettu kritiikki voidaan osoittaa perusteettomaksi. Näyttöenemmyysperiaatetta on siviiliprosessioikeudessa vastustettu ainakin seuraavista syistä:

sijasta hän käytti esimerkkinä laitumelta karanneita hevosia (*Olivecrona 1960*, s. 260).

⁸⁶⁴ On tosin kyseenalaista, onko lausuma ”luotettavasta selvityksestä” ilmaus näyttökynnyksestä – tuomioistuin on voinut yksittäistapauksessa katsoa vaihdon tulleen luotettavasti selvitettyksi ilman, että se olisi verrannut näyttöarvoa abstraktiin standardiin.

⁸⁶⁵ *Bolding SSL 1960*, s. 21. Tosin Bolding ei *expressis verbis* argumentoi lapsen edulla.

1. Näyttöenemmyysperiaate johtaa kiinteistä todistustaakkanormeista luopumisen myötä ratkaisutoiminnan ennakoitavuudesta luopumiseen.
2. Näyttöenemmyysperiaatteen soveltaminen ei johda aineellisesti oikeisiin tuomioihin; muuten sitä olisi sovellettava myös rikosprosessissa.⁸⁶⁶
3. Näyttöenemmyysperiaatteen soveltaminen johtaa siihen, että tuomioistuinin joutuu tuomitsemaan vaillinaisen todistusaineiston perusteella.⁸⁶⁷
4. Näyttöenemmyysperiaatteen soveltaminen johtaa siihen, että tuomioistuinin joutuu harkitsemaan sellaisiakin seikkoja kuin asianosaisten luotettavuutta, ja mikäli tuomioistuin arvioisi jommankumman asianosaisten toista luotettavammaksi, olisi tämä seikka ilmoitettava myös perusteluissa.
5. Näyttöenemmyysperiaatteen soveltaminen johtaa tarpeettomiin muutoksenhakuihin, koska asianosainen voi uskoa suoriutuvansa todistelusta paremmin ylioikeudessa.⁸⁶⁸

8.5.1 Näyttöenemmyysperiaate johtaa todistustaakasta luopumiseen?

8.5.1.1 Näyttöenemmyysperiaate ja OK 17:1.1

Edellä on käsitelty näyttöenemmyysperiaatteen ja todistustaakan suhdetta, ja pyritty osoittamaan, että näyttöenemmyysperiaatteen soveltaminen ei tarkoita todistustaakkanormeista luopumista teemametodin mukaisessa ajattelussa saati silloin, kun näyttöenemmyysperiaatteen soveltamisella tarkoitetaan päättelyä parhaaseen selitykseen sekä siihen liittyen tuomion perustamista näytön perusteella todennäköisimpään tosiseikkahypoteesiin. Näyttöenemmyysperiaatteen vastustamisen syitä voidaan hakea paitsi tutkimustraditioihin liittyvistä syistä, myös siitä, että kiinteillä todistustaakkanormeilla on väitetyt sellaisia etuja, joita näyttöenemmyysperiaatteella ei ole.

Koska näyttöenemmyysperiaate vaikuttaa näytön riittävyysarvioinnissa, näyttöenemmyysperiaate ehdotetussa muodossa käsitykseni mukaan väistää tämän kritiikin. Näyttöenemmyysperiaatteen vastustaminen todistustaakkanormien eduilla ei ole muutenkaan perusteltua, koska siviiliprosessuaalisen todistustaakkaopin suurimpana ongelmana voitaneen pitää todistustaakan jakosäännösten vähäisyyttä. Tämä seikka on riippumaton siitä, millaista normaalinäyttökynnystä siviiliprosessissa sovelletaan. Myös väite, jonka mukaan näyttöenemmyysperiaatteen soveltuminen estyisi lainsäätäjän tahdon vuoksi, on

⁸⁶⁶ Boman *TjR* 1988, s. 415. Ks. näyttöenemmyysperiaatteen soveltumattomuudesta rikosprosessiin Eckhoff 1943, s. 108, Eckhoff *TjR* 1949, s. 307, Bolding 1951, s. 86 sekä Lindell 1987, s. 288.

⁸⁶⁷ Ks. esim. Ekelöf *FS Lundstedt*, s. 15, Ekelöf–Boman *IV*, s. 104 ja Boman *TjR* 1988, s. 415. Näkemys on esitetty myös Suomessa (Halila 1955, s. 65, Norrgård 2002, s. 221).

⁸⁶⁸ Boman *RS* 1990, s. 116–117.

perusteeton ainakin, jos sillä tarkoitetaan siviiliprosessuaalisen todistustaakan jaon yleissäännöstä (OK 17:1.1).⁸⁶⁹

Siviiliprosessuaalisen todistustaakan jaon yleissäännös otettiin lakiin todistuslainsäädännön yhteydessä yksinomaan historiallisten syiden vuoksi. Todistuslainsäädännön uudistusta edeltäneiden, toteutumatta jääneiden todistuslainsäädäntö- ja muiden prosessilainsäädäntöhankkeiden yhteydessä on pohdittu yleensä myös todistustaakan jaon yleissäännöksen tarpeellisuutta.⁸⁷⁰ Useimmissa tapauksissa se katsottiin tarpeelliseksi, sillä yleissäännös sisällytettiin viiteen OK:n kokonaisuudistusta koskevaan ehdotukseen.⁸⁷¹ Kahdessa viimeisimmässä uudistusesityksessä (vuosilta 1933 ja 1939) sitä vastoin – ilmeisesti Ruotsin lainvalmisteluaineiston esimerkkiä seuraten – katsottiin, että todistustaakan jakoa koskevaa yleissäännöstä ei tulisi sisällyttää lakiin.⁸⁷²

OK 17:1.1 on kansallinen erikoisuus, sillä useiden valtioiden lainsäädäntöön ei sisälly siviiliprosessuaalisen todistustaakan jaon yleissäännöstä. Juuri Ruotsissa sellaisen säätämistä pidettiin lainsäädäntöteknisesti poikkeuksellisen hankalana. Todistustaakan sääntelemisen katsottiin edellyttävän kaikkien yksityisoikeudellisten oikeussuhteiden tutkimista. Tätä ei pidetty tarkoituksenmukaisena, eikä lakiin haluttu sisällyttää sellaistaakaan säännöstä, joka olisi soveltamisolaltaan niin yleinen, että sen käytännöllinen merkitys jäisi vähäiseksi.⁸⁷³

Lainsäädäntöuudistukseen johtaneen uudistuksen yhteydessä lakivaliokunnassa asiantuntijana kuultu professori *Tauno Tirkkonen* vastusti säännöstä riitaasioiden osalta tarpeettomana.⁸⁷⁴ Lakivaliokunta päätyi kuitenkin puoltamaan sen pysyttämistä laissa. ”Vaikkei sellaisella säännöksellä olekaan sanottavaa käytännöllistä merkitystä”, sitä ei lakivaliokunnan mukaan ollut ”kuitenkaan

⁸⁶⁹ Ks. myös *Grönqvist JFT* 1956, s. 166–167.

⁸⁷⁰ Ks. todistuslainsäädännön uudistushankkeista esim. *Tirkkonen* 1949, s. 6–7 ja prosessilainsäädännön kokonaisuudistushankkeista *Salmiala JJ Kivimäki*, s. 278 ja *Jokela OTJP* 1988, s. 130–142.

⁸⁷¹ Vuoden 1908 komitean ehdotus, Lainvalmistelukunnan ehdotus riita-asiain oikeudenkäyntilaiksi (1909), Granfeltin ehdotus riita-asiain oikeudenkäyntilaiksi (1925), Lainvalmistelukunnan ehdotus riita-asiain oikeudenkäyntilaiksi (1927) ja Lainvalmistelukunnan ehdotus riita-asiain oikeudenkäyntilaiksi (1937).

⁸⁷² Mainittakoon, että vuoden 1933 ehdotustakin korjattiin, kun KKO ehdotuksen johdosta antamassaan lausunnossa katsoi, että yleissäännös olisi otettava lakiin. Ks. *Salmiala JJ Kivimäki*, s. 278 ja *Halila* 1955, s. 78.

⁸⁷³ SOU 1938:44, s. 379. Sama näkemys oli esitetty prosessikomission mietinnössä jo vuonna 1926 (ks. PLB III, s. 143). Ks. ratkaisumallin kritiikistä *Kallenberg SvJT* 1940, s. 506–509. Suomenkin todistuslainsäädäntöä koskevassa hallituksen esityksessä viitataan samanlaisiin ongelmiin, ks. HE 137/1945, s. 2: ”Lakiehdotuksessa on, yhdenmukaisesti useimmissa muissa maissa noudatetun menettelyn kanssa, jätetty yksityiskohtaisesti säännöstelemättä todistustaakkaa koskevat periaatteet, koska niitä on vaikea lainsäädännökseltä vaadittavalla täsmällisyydellä määritellä, ja tyydytty ylimalkaisiin viittauksiin.”

⁸⁷⁴ *Halila* 1955, s. 79. Ks. Tirkkoson nuivasta suhtautumisesta yleissäännökseen *Tirkkonen* 1955, s. 154 ja *Tirkkonen SP II*, s. 119–120.

pidettävä kokonaan merkityksettömänä”.⁸⁷⁵ Toinen lakivaliokunnan asiantuntija, vanhempi oikeusneuvosmies ja oikeusteoreetikko *B(ror) C(las) Carlson* katsoi lakivaliokunnan tavoin, ettei käsillä ollut riittäviä syitä poistaa yleissäännöstä uudesta laista, kun sellainen vanhaankin sisältyi.⁸⁷⁶ Todistustaakan jaosta säädettiin VOK 17:33:ssä; OK 17:1.1 eroaa edeltäjästään lähinnä siten, että aikaisempaa, asiallisesti samansisältöistä säännöstä sovellettiin myös rikosprosessiin.

OK 17:1.1:ää pidetään tuomioistuinten toiminnan kannalta melko hyödyttömänä ja vaikeasti sovellettavana säännöksenä. Säännöksen soveltamisesta vaikeaa tekee eritoten sen ratkaiseminen, milloin kysymys on kantajan kanneperusteeseen kuuluvasta väitteestä, ja milloin sellaisesta itsenäisestä väitteestä, josta vastaajalla on todistustaakka. Tämän kysymyksen ratkaisemiseksi OK 17:1.1 ei sisällä ohjeita, minkä vuoksi säännöstä pidetään hyödyttömänä; siitä voidaan päätellä, että todistustaakka ylipäänsä jakautuu asianosaisten välillä.⁸⁷⁷ Vaikka sama kritiikki kohdistettiin jo yleissäännöksen edeltäjään, säännös päätettiin, omituista kyllä, ottaa lainsäädäntöön.⁸⁷⁸

Säännökseen varauksellisen myönteisesti suhtautuneen *Jouko Halilan* mukaan säännös ilmentää, että todistustaakan jako ei kuulu tuomioistuimen vapaaseen harkintaan – ja vaikei säännöksestä yleispiirteisyytensä vuoksi ole ratkaisutoiminnalle hyötyä, ei siitä liene suoranaista haittaakaan.⁸⁷⁹ Suomessa siviili-prosessuaalisen todistustaakan sääntelemistä yleissäännöksellä on varauksettomasti kannattanut vain professori *Bruno A. Salmiala*.⁸⁸⁰ Säännökseen suhtautuu myönteisesti myös *B. C. Carlson*, joka katsoo sen ilmentävän, että Suomessa johtava todistustaakan jakoperiaate on ”normiteoria”, kuten hän sitä nimitää.⁸⁸¹

Normiteoria tunnetaan Suomen prosessioikeudessa tavallisemmin tosiseikkojen kolmijakoon perustuvana teoriana, jota tutkimuksessa on käsitelty edellä. Carlson eroaa teorian muista kannattajista uskonsa vankkumattomuudessa. Tauno Tirkkonen toteaa siviiliprosessioikeuden oppikirjassaan, että hän oli omaksunut tosiseikkojen kolmijakoon perustuvan todistustaakan teorian Wreden esimerkkiä seuraten ”jo aikaisemmin”, eikä hän ollut ”havain-

⁸⁷⁵ LaVM 12/1947, s. 1. Ks. myös *Grönqvist JFT 1956*, s. 166–167.

⁸⁷⁶ *Carlson 1946*, s. 9.

⁸⁷⁷ Ks. esim. *Lappalainen SP II*, s. 308 ja *Jokela III*, s. 254, joissa molemmissa säännöstä moititaan mitäänsanomattomaksi. Vrt. kuitenkin sivilistit *Saarnilehto 2005*, s. 141 ja *Kaisto BLF 2005*, s. 324 av. 54, jotka viittaavat yleissäännökseen todistustaakan jakautumista koskevana pääsääntönä.

⁸⁷⁸ VOK 17:33:n kritiikistä ks. esim. *Kallenberg 1896*, s. 13–14, *Wrede 1910*, s. 25 ss., *Kallenberg II*, s. 677 ss., *Hassler 1963*, s. 355–356.

⁸⁷⁹ *Halila 1955*, s. 79–80.

⁸⁸⁰ Ks. *Salmiala JJ Kivimäki*, s. 278–280.

⁸⁸¹ *Carlson JFT 1956*, s. 303.

nut, että olisi aihetta luopua mainitusta säännöstä”.⁸⁸² Tirkkonen ei tosin vaikuta katsoneen, että vain tällä säännöllä tultaisiin toimeen, vaan hän tarkastelee oppikirjassaan mainitun periaatteen lisäksi moninaisia muitakin todistustaan jakoperusteita.

Salmialan mukaan kansalaisten oikeusturva edellyttää, että oikeussuojan oikeusperiaatteista säädetään laissa. Lainsäädäntötekniset hankaluudet eivät ole pätevä peruste pääperiaatteen sisältävän säännöksen poisjättämiselle laista, koska sitä voidaan tulkinnan avulla soveltaa erilaisiin tilanteisiin. Ellei laki sisällä edes pääperiaatteita, oikeussuojan toteutuminen jää viranomaisten harkinnan varaan. Tätä Salmiala pitää epäkohtana, sillä ”nykyaikaisella ns. valistuneella yhteiskunnalla on suuri taipumus *de facto* ignoroida yksilön persoonallisuus, oikeudet ja vapaus – kaikesta sanahelinästä huolimatta, jolla, kuten joskus näyttää, ikään kuin yritetään salata se, mitä todellisuudessa tapahtuu”. Salmialan mukaan puutteellinen ja tulkinnanvarainenkin lakisäätöinen oikeussuoja on kansalaiselle parempi, kuin näiden kysymysten jättäminen kokonaan viranomaisten harkinnan varaan.⁸⁸³

Näitä näkemyksiä selittää Salmialan tausta rikosoikeustutkijana, vaikka hyvin samanlaisin argumentein siviiliprosessuaalista yleissäännöstä kannatti ruotsalainen siviiliprosessioikeustutkija *Ernst Kallenberg*. Rikosoikeudessa täsmällisten ja tarkkarajaisten kriminalisointien merkitys on legaliteettiperiaatteen vuoksi suurimmillaan, ja rikosprosessissa todistustaakka kaikista rangaistavuuden edellytyksistä on oikeusturvanäkökohtien vuoksi syyttäjällä.⁸⁸⁴ Prosessioikeustutkimuksessa ei olekaan vastustettu rikosprosessuaalisen todistustaakkasäännöksen ottamista lakiin, mutta siviiliprosessin osalta Salmialan näkemys yleissäännöksen tarkoituksenmukaisuudesta ei voida yhtyä. Vaikka tuomari ei saa toimia mielivaltaisesti siviiliprosessissakaan, ei todistustaan jaon sääntelemistä yleissäännöksellä voida pitää tarkoituksenmukaisena, koska OK 17:1.1:n ”tulkitseminen” ei hevin käy päinsä. Säännöksen sanamuoto voi jopa johtaa tuomioistuinta harhaan konkreettisessa ratkaisutilanteessa.⁸⁸⁵

8.5.1.2 Todistustaakkanormit ja ratkaisutoiminnan ennakoitavuus

Oikeuskirjallisuudessa todistustaakkanormien katsotaan toteuttavan oikeusvarmuutta – ja todistustaakkanormeista luovuttaessa luovuttaisiin samalla oikeusvarmuudesta. (Oikeusvarmuudella tarkoitetaan tässä muodollista oikeusvar-

⁸⁸² Tirkkonen *SP II* (1966), s. 147.

⁸⁸³ Salmiala *JJ Kivimäki*, s. 280.

⁸⁸⁴ Ks. rikosprosessuaalisesta todistustaan jaosta edellä s. 11 lausuttua sekä av. 43 mainitut lähteet.

⁸⁸⁵ Ks. esim. KKO 2005:69, jota on käsitelty edellä jaksossa 2.5.

muutta, ratkaisutoiminnan ennakoitavuutta; oikeusvarmuuteen liitetään nykyään aineellinenkin komponentti eli vaatimus siitä, että ratkaisut vastaisivat yhteiskunnallisia käsityksiä oikeudenmukaisuudesta ja kohtuudesta.⁸⁸⁶ Koska laki ei useimmissa tapauksissa sisällä säännöksiä todistustaakan jaosta, vaan tuomioistuin joutuu itse muodostamaan normin tukeutumalla oikeuskäytäntöön sekä erilaisiin periaatteellisiin ja käytännöllisiin näkökohtiin⁸⁸⁷, todistustaakanormien merkitys oikeusvarmuuden toteuttajana voidaan perustellusti kyseenalaistaa. Ohjausteorian kritiikkihän perustuu osaksi juuri tähän seikkaan: käyttäytymisen ohjaaminen todistustaakanormien avulla epäonnistuu säännösten puuttuessa.

On kyseenalaista, missä määrin todistustaakanormit vaikuttavat asianosaisten päätöksentekoon edes silloin, kun todistustaakan jaosta nimenomaisesti säädetään laissa. Mitä luultavimmin asianosainen, jolla todistustaakka on, ei lähde viemään juttua oikeuteen ilman jonkinlaista näyttöä. Kanteen vireillepääntöön vaikuttaa paitsi käsitys todistustaakan jaosta, myös ja ennen muuta asianosaisten esitettävissä oleva näyttö.

Näyttöenemmyysperiaatteen soveltaminen vastannee paremmin keskivertokansalaisen käsitystä: luultavasti maallikotkaan eivät vie asioita tuomioistuihin ilman, että näillä on esittää jotakin näyttöä. Lisäksi luultavaa on, että maallikot ajattelevat tuomioistuimen tuomitsevan lähtökohtaisesti sillä perusteella, millaisia päätelmiä todistusaineistosta voidaan tehdä. Lakimiehilläkään ei välttämättä henkilötodistelun ollessa kysymyksessä ole varmuutta siitä, miten tuomioistuin tulee todistajien kertomuksia arvottamaan. Oikeudenkäyntimenettelyssä ennakoitavuus voitaneen luontevammin liittää lopputuloksen sijasta menettelyn ennakoitavuuteen. Todistustaakka määrää vain asianosaisten välisestä riskinjaosta – ei siitä, miten todistelun näyttöarvo asetetaan.

8.5.2 Näyttöenemmyysperiaate johtaa tuomioiden perustumiseen ”heikoimpaan mahdolliseen näyttöön”

Näyttöenemmyysperiaatetta sovellettaessa tuomioista katsotaan muodostuvan todennäköisimmin ”aineellisen totuuden” mukaisia. Tämä näkemys on kuitenkin kiistetty. Sillä jos näin olisi, toteaa *Robert Boman*, näyttöenemmyysperiaatetta pitäisi soveltaa rikosprosessissakin, johon edes näyttöenemmyysperiaatteen kannattajat eivät ole katsoneet sen soveltuvan.⁸⁸⁸ Aineellisesti oikeiden tuomioiden sijasta näyttöenemmyysperiaatteen soveltaminen johtaa siihen, että

⁸⁸⁶ Ks. muodollisesta ja aineellisesta oikeudenmukaisuudesta esim. *Violainen – Martikainen* 2003, s. 8, jossa asiasta kirjoitetaan oikeusturvaodotuksen ”muodollisena” ja ”aineellisena” puolelta.

⁸⁸⁷ *Lappalainen SP II*, s. 308.

⁸⁸⁸ *Boman TjR* 1988, s. 415.

tuomioistuin ratkaisee asian vaillinaisen todistusaineiston perusteella, jolloin heikoimmasta mahdollisesta näytöstä muodostuu ratkaiseva.

On syytä huomata, että todistusaineiston vaillinaisuuteen liittyvät ongelmat eivät ole merkityksellisiä vain näyttöenemmyysperiaatteen kannalta, vaan ongelma joudutaan kohtaamaan muitakin todistustaakkateorioita sovellettaessa – jos näyttöenemmyysperiaatetta tahdotaan jostakin syystä sellaisena pitää.⁸⁸⁹ Näyttöenemmyysperiaatteen kannattajat tiedostavat todistusaineiston kattavuuden merkityksen tuomioistuimen ratkaisutoiminnan kannalta: optimaalista tiettenkin olisi, jos tuomioistuimella olisi aina käytössään täydellinen selvitys.⁸⁹⁰ Näytön esittäminen ei kuitenkaan ole aina mahdollista, ja tuomioistuimilla on tällaisessa tilanteessa vaikeuksia suorittaa todistusharkinta riippumatta siitä, sovelletaanko korkeaa näyttökynnystä tai näyttöenemmyysperiaatetta.

Näyttöenemmyysperiaatteen soveltamisen vastustaminen siksi, ettei sitä voida soveltaa rikosprosessissa, ei ole perusteltua prosessinlajien olennaisten erojen vuoksi. Vaikka molemmissa prosessinlajeissa pyritään tuomion vastaavuuteen tosiasiallisen tapahtumainkulun kanssa, niiden peruserot pitää ottaa huomioon näytön riittävyysarvioinnissakin. Rikosprosessuaalinen tuomitsemiskynnys on yhteydessä aineellisen rikosoikeuden arvoihin ja tavoitteisiin.⁸⁹¹ Syyttäjällä on todistustaakka kaikista rangaistusvastuun edellytyksistä, ja langettavan rikostuomion antaminen edellyttää, että asia on selvitetty esitutkinnassa riittävässä laajuudessa, ja että tuomioistuin kykenee eliminoimaan syytetyn eduksi vaikuttavat hypoteesit niin, että syyllisyydestä ei jää varteenotettavaa epäilystä.

Varteenotettavan epäilyksen vaatimus vaihtelee jutun laadun mukaan. Mitä törkeämmästä rikoksesta on kysymys, sitä enemmän asiaa on tullut esitutkinnassa selvittää, ja sitä varmemmin tuomioistuimen tulee kyetä eliminoimaan vaihtoehtoiset selitykset. Tuomitsemiskynnyksen ylittyminen edellyttää subjektiivisessa katsannossa vakuuttavaa näyttöä syytetyn syyllisyydestä; rikosprosessissa voidaankin tässä mielessä edelleen puhua täyden näytön vaatimuksesta. Tuomitsemiskynnys ilmaisee länsimaisessa oikeusvaltiossa vanhastaan hyväksyttyä ajatusta, jonka mukaan väärä langettava rikostuomio on yhteiskunnan ja yksilön kannalta selvästi vahingollisempi kuin väärä vapauttava tuomio: epävarmuustilanteessa tuomioistuimen on siksi parempi päästää kuin sitoa.

Dispositiivisessa riita-asiassa kysymys on sopimuksenvaraisesta siviiliriidasta, jonka kummallakaan osapuolella ei lähtökohtaisesti ole käytössään esitutkintaviranomaisten toimintaan verrattavia resursseja, eikä väärä tuomio ei ole yhteiskunnan tai yksilön kannalta rinnastettavissa vahingollisuudessa väärään

⁸⁸⁹ Heuman 2005, s. 47.

⁸⁹⁰ Bolding 1952, s. 25.

⁸⁹¹ Ks. rikosprosessioikeuden ja aineellisen rikosoikeuden yhteydestä esim. Nuotio LM 2001, erit. s. 679–681.

syyksilukevaan rikostuomioon. Tämä ilmenee jo siinä, että dispositiivisen riita-asian oikeudenkäynti rakentuu asianosaistoimintoisuuden varaan, ja että asianosaiset voivat disponoida tuomioistuimen tutkinnasta melko laajasti. Siksi ei ole ilman muuta selvää, että jommallekummalle asianosaiselle tulisi asettaa rikosprosessuaaliseen tuomitsemiskynnykseen rinnastettava näyttökynnys väitteestä; pikemminkin asianosaisten asettaminen näyttökynnyksen avulla keskenään epäyhdenvertaiseen asemaan vaikuttaisi vaativan erityisiä perusteluja. Tämä puoltaa näyttöenemmyyttä dispositiivisten riita-asioiden johtavana näyttöratkaisuperiaatteena.

8.5.2.1 Näyttöenemmyysperiaate ja todistusaineiston kattavuus

Näyttöenemmyysperiaatteen vastustaminen todistusaineiston kattavuusnäkökohtien nojalla on luonteeltaan systemaattista, kun arvostelun esittävät ohjausteorian kannattajat. Arvostelun taustalla vaikuttavat ajatus siviiliprosessin tehtävästä käyttäytymisen ohjaamiskeinona sekä todistusarvometodin yksisuuntainen todennäköisyyskäsite. Käyttäytymisen ohjaamistehtävä heijastuu näytön arviointiinkin. Todistusarvometodin todennäköisyyskäsitteen mukaan tuomioistuimen on arvioitava todistusteeman todennäköisyyttä sadan samanlaisen (fikttiivisen) todistustilanteen valossa.

Näyttöenemmyysperiaatteen tarkoittama ”pienin mahdollinen todennäköisyyksenemmyys” tarkoittaa todistusarvometodissa, että todistusteemaväite on totta yhdessä tapauksessa sadasta – siitä, mikä tilanne 99 muussa tapauksessa on, ei tuomari tiedä mitään. (Yksisuuntaisessa todennäköisyyskäsitteessä jäänösarvo ilmentää selvittämättä jääneen osuutta, eikä siitä voida tehdä päätelmiä teeman vastakohdan todennäköisyydestä, kuten teemametodissa). On selvää, että käyttäytymisen ohjaaminen ei onnistu, jos näin pieni todennäköisyys riittää tuomitsemiseen – siksi näyttöenemmyysperiaatteesta muodostuu ohjausteoriassa soveltamisalaltaan marginaalinen periaate.⁸⁹²

Näyttöenemmyysperiaatteen vastustaminen onkin Ekelöfin varhaisessa tuotannossa liittynyt juuri velkomusesimerkkiin, jossa Ekelöf on katsonut näyttöenemmyysperiaatteen soveltamisen merkitsevän sitä, että tuomion perustaminen todistelun perusteella todennäköisimpään seikkaan mahdollistaisi vällallisen vapautumisen veloistaan vähäisellä näytöllä.⁸⁹³ Näyttöenemmyysperiaatteen soveltaminen ei siis ainakaan parantaisi aineellisoikeudellisten normien yhteiskunnallista läpilyöntikyvyn turvaamista, joka on koko siviiliprosessin funktio, vaan pikemminkin vaarantaisi sen.

⁸⁹² Ks. esim. *Boman RS* 1990, s. 116.

⁸⁹³ *Ekelöf FS Lundstedt*, s. 15.

Näyttöenemmyysperiaatteen arvosteleminen todistusarvometodin lähtökohdistta ei ole tarkoituksenmukaista, koska metodeihin liittyy erilainen todennäköisyyskäsite. Teemametodin kaksisuuntaiseen todennäköisyyskäsitteen on sisäänrakennettu todennäköisyyden negaatiosääntö, joka oikeuttaa päätelemään teeman todennäköisyydestä myös sen vastakohdan todennäköisyyden. Jos siis todistusteeman näyttöarvo on 70 prosenttia, merkitsee tämä, että vastakohdan näyttöarvo on 30 prosenttia. Kun näyttöenemmyysperiaate liitetään kaksisuuntaiseen todennäköisyyskäsitteeseen, tuomio ei milloinkaan perustu ”heikoimpaan mahdolliseen” näyttöön: tuomio perustuu todistusteemaan (tai sen negaatioon), joka on totta ainakin 51 tapauksessa sadasta.

Teemametodin ja todistusarvometodin ero on ilmeinen. Teemametodissa tarkastelun painopiste on tuomitsemisvaiheessa, jolloin todistusaineisto on täydellinen. Todistusarvometodissa vastaavasti todistusaineisto ei koskaan voi olla kattavaa. Näytön arvioinnissa tuomioistuimen pitäisi siksi todistusarvometodin mukaisesti toimiessaan ottaa huomioon, että olemassa voi olla vielä sellaista todistusaineistoa, jonka esittäminen vaikuttaisi todistusteeman näyttöarvoon.

Todistusarvometodissa todistusaineiston kattavuus on käsite, joka liittyy yhteen todistusaineiston määrällisen ja laadullisen ulottuvuuden.⁸⁹⁴ Määrällinen ulottuvuus liittyy hypoteesin tueksi esitettyyn todistusaineistoon, ja laadullinen ulottuvuus hypoteesin todennäköisyyteen todistusaineiston perusteella. Todistusarvometodissa olisi mahdollista todeta, että ”uskon 80 prosentin todennäköisyydellä siihen, että on 75-prosenttisen todennäköistä, että X on sattunut”.

Teemametodissa kattavuusvaatimusta ei ole, vaan kaksisuuntaisen todennäköisyyskäsitteen vuoksi todistusaineisto oletetaan täydelliseksi. Teemametodiin kohdistetaankin arvostelua, koska sitä sovellettaessa todistusteeman puolesta esitetyn heikon todennäköisyydenäytön katsotaan muuttuvan vahvaksi todennäköisyydenäytöksi sen vastakohdan puolesta.⁸⁹⁵ Esimerkiksi rikosprosessissa syytetyn syyllisyyden todennäköisyydestä, joka arvioidaan 75-prosenttiseksi, ei voida päätellä, että syytetty olisi 25-prosenttisesti viaton. Todistusteeman vastakohdan tueksi voidaan esittää, tai olla esittämättä, näyttöä, jolla on oma todennäköisyytensä.⁸⁹⁶ Tämän kritiikin ovat esittäneet todistusarvometodin kannattajat. Arvostelulla on myös oikeuden aatehistoriaan, skandinaaviseen realismiin liittyvät syynsä. Todistusteemametodin kaksisuuntainen todennäköisyyskäsite muistuttaa arvostelmateoriaa siksi, että molemmissa teorioissa todistusaineisto mielletään täydelliseksi.

Dispositiivisessa riita-asiassa tuomioistuin voi ylipäänsä arvioida vain sellaisia hypoteeseja, joihin kohdistuva väittämistäakka on täytetty, sekä näiden hypoteesien negatioita, jotka ovat väittämistäakan täyttämisen myötä tulleet tuo-

⁸⁹⁴ Lindell RS 1990, s. 17.

⁸⁹⁵ Ekelöf SvJT 1988, s. 29, Boman TjR 1988, s. 430.

⁸⁹⁶ Klami 2000, s. 28.

mioistuimen tutkinnan piiriin. Tuomioistuin ei saa tuomiossa ottaa huomioon muita oikeustositseikkoja; näistä esitetty näyttö on irrelevanttia.

Todistusarvometodi soveltuu rikosprosessiin, jossa vastaajalla ei ole väittämistaakkaa ja jossa sovelletaan vaativaa näyttökynnystä. Siviiliprosessissa todistusaineiston kattavuusproblematiikkaa ei pidetä näytön arvioinnin kannalta relevanttina ongelmana, sillä tuomitsemisvaiheessa on rajoitettava lainmukaiseen oikeudenkäyntiaineistoon siten kuin todistusteemamethodin kannattajat tarkoittavat. Tämä ei suinkaan johdu ”arvostelmateoriasta” tai ”muodollisen totuuden periaatteesta”, vaan oikeudenkäynnin välittömyys- ja kontradiktorisuusvaatimuksista, joita todistusaineiston kattavuusnäkökohtien arvioiminen väistämättä loukkaasi.⁸⁹⁷ Jos tuomioistuimet ryhtyisivät arvioimaan esittämättä jääneiden todisteiden merkitystä jutussa, ”havainto” ei perustuisi pääkäsittelyssä esiin tulleeseen aineistoon (OK 24:1.1), eikä todistelun kontradiktorisuusvaatimus toteutuisi, koska asianosaisilla ei olisi mahdollisuus lausua ”todisteen” johdosta. Todistusaineiston kattavuusarvioinnissa kysymys ei tarkkaan ottaen edes ole ”näytön” arvioinnista eli siitä, mitä johtopäätöksiä tapahtumainkulusta voidaan todistelun perusteella tehdä, vaan näyttöön perustumattomasta arvailusta.⁸⁹⁸

8.5.2.2 *Todistusaineiston kattavuus systeemiominaisuutena*

Todistusaineiston kattavuusvaatimus on systeemiominaisuus, joka vaihtelee juttutyyppin mukaisesti. Erilaisissa asioissa edellytetään erilaista selvitysasetta.⁸⁹⁹ Esimerkiksi pakkokeinoasioissa ja siviiliprosessuaalisissa turvaamistomiasioissa, vähäisissä rikosasioissa, summaarisissa asioissa ja yksipuolisen tuomion tilanteissa tuomioistuimen käytössä oleva todistusaineisto on suppeampi suoraan lain nojalla. Turvaamistomiasoiden todistusaineiston voidaan olettaa rikastuvan pääkäsittelyvaiheessa; rikosprosessuaaliset pakkokeinot taas tähtäävät näytön hankkimiseen. Summaarisissa asioissa täydellisen selvityksen vaatiminen hankaloittaisi prosessia tarpeettomasti, koska vastaaja voi riitauttaa asian, minkä myötä se siirtyy täystutkintaiseen menettelyyn. Yksipuolinen tuomio puolestaan on passiviteettisanktio; ellei yksipuolisen tuomion uhalla kuultu asianosainen tahdo valvoa etuaan, on vaikea perustella, miksi tuomioistuimen pitäisi vaatia lisänäyttöä asiassa.

⁸⁹⁷ Ks. *Leppänen 1998*, s. 146–152 sekä *Virolainen LM 1999*, s. 132–133.

⁸⁹⁸ Reaaliset argumentitkin puhuvat vahvasti todistusaineiston kattavuusnäkökohtien huomioon ottamista vastaan: jos tuomioistuimella olisi mahdollisuus ottaa huomioon asiassa esittämättömän todistusaineiston sisältöä, tämä johtaisi todistustaakkanormien ylikorostumiseen sekä asianosaisille koituvaa epävarmuuteen siitä, onko heidän todistusaineistonsa milloinkaan riittävä.

⁸⁹⁹ Ks. *Lindell 1987*, s. 344–345.

Bengt Lindellin mukaan ”normaalia selvitystä” edellytetään tavallisissa rikosasioissa sekä täysitutkintaisissa dispositiivisissa ja indispositiivisissa riitaasioissa.⁹⁰⁰ Täydellistä selvitystä puolestaan edellytetään törkeissä rikosasioissa sekä eräissä vahingonkorvausasioissa. Normaalin selvityksen tilanteissa todistusaineiston hankkivat pääasiassa asianosaiset; indispositiivisissa riita-asioissa tuomioistuimella on tosin rajoittamaton oikeus hankkia näyttöä viran puolesta, rikosasioissa tuomioistuin ei saa toimia syytetyn vahingoksi.

8.5.2.3 *Todistusaineiston kattavuus täystutkintaisessa riita-asiassa*

Dispositiivisten riita-asioiden oikeudenkäynnissä todistusaineiston määrällisestä ulottuvuudesta huolehtiminen kuuluu valmistelu- ja pääkäsittelyvaiheisiin, ei näytön arviointiin. Valmisteluvaiheessa asianosaiset esittävät hypoteesinsa ja huolehtivat siitä, että esittävät niiden tueksi riittävän näytön. Dispositiivisissa riita-asioissa näytön hankkiminen ja esittäminen kuuluvat nimenomaan asianosaisille. Tuomioistuimen ei tule huolehtia kattavuudesta ainakaan todisteita hankkimalla: OK 17:8:n nojalla tapahtuvaan rikastamiseen tulee suhtautua varauksella, koska asianosaiset ovat riitansa parhaita asiantuntijoita.

Pääkäsittelyvaiheessa todistusaineiston kattavuudesta huolehtivat asianosaiset, jotka esittävät kirjallisen näytön, ja joille myös todistajankuulustelu vuorokuulustelujärjestelmässä pääsääntöisesti kuuluu (OK 17:33).⁹⁰¹ Oikeuskirjallisuudessa pääkuulusteluvaiheen tavoitteena pidetään todistustestien kannalta relevantin informaation esiintuomista. Tätä tukee todistajankuulustelu järjestäminen siten, että todistaja saa ensin kertoa vapaasti tapahtumainkulusta, minkä jälkeen todistajan nimennyt asianosainen tekee tälle täsmäntäviä kysymyksiä. Todistajankuulustelun käytännön toteuttamisen kannalta tarkoituksenmukaisimpina kysymyksinä on pidetty muodoltaan lyhyitä, selviä ja täsmällisiä kysymyksiä, koska ne vähentävät väärinymmärrysten vaaraa; lisäksi todistaja ”vastaa niin kuin kysytään” eli epäselviin kysymyksiin saa helposti epäselviä vastauksia.

Vastakuulusteluvaiheessa todistajanlausumasta pyritään saamaan esiin epäjohtonmukaisuuksia sekä paljastamaan todistajanlausumien mahdollisten virhelähteiden vaikutus. Tarkoituksenmukaisena vastakuulustelutekniikkana pidetään todistajan sitouttamista vastaukseensa, tämän jälkeen kysymyksiin tapahtuvaa vihjaamista todistajan erehtymismahdollisuudesta sekä sen jälkeen konfrontaatiota, jonka tarkoituksena on luoda epäsuhtaa pääkuulustelussa ja vasta-

⁹⁰⁰ Ks. *Lindell* 1987, s. 344–345.

⁹⁰¹ Ks. todistajankuulustelusta Suomen oikeuskirjallisuudessa *Kiesiläinen – Niemi-Kiesiläinen* 2000, s. 173–244 sekä *Pölönen* 2003, s. 449 ss., *Pölönen DL* 2004 ja *Jokela* 2008, s. 523 ss. Ruotsin oikeuden osalta ks. erit. *Samuelson* 2005 ja *Diesen FS Lindblom*.

kuulustelussa annetun informaation välille.⁹⁰² Rikosprosessissa konfrontaatiovaihe on yksinkertaisempi kuin siviiliprosessissa, sillä todistajaa on yleensä kuultu esitutkinnassa, jolloin esitutkinta-aineistosta voidaan nostaa esiin lausumia vertailuaineistoksi, kun tämä poikkeaa aikaisemmin kertomastaan (OK 17:32.2).

Vastakuulustelun jälkeen tuomioistuimien ja asianosaiset saavat tehdä todistajalle kysymyksiä (OK 17:33.3). Todistajan kuulemisen, jos sille vielä tuossa vaiheessa on tarvetta, aloittaa todistajan nimennyt asianosainen. Uudelleenkuulusteluvaiheessa tarkoituksena on lähinnä tämän asianosaisen näkökulmasta paikata todistajanlausuman luotettavuutta hakemalla esimerkiksi selityksiä vastakuulustelussa ilmi tulleille seikoille, jotka ovat ristiriidassa todistajan pääkuulusteluvaiheessa antamien lausumien kanssa. Uudelleenkuulustelussa voidaan pyrkiä myös edeltäneessä kuulustelussa epäselviksi jääneiden seikkojen tarkistamiseen.⁹⁰³

Tuomioistuimen tulee todistajankuulusteluvaiheessa olla verrattain passiivinen, koska tämä voinee luottaa siihen, että asianosaisen avustaja, joka lienee useimmissa tapauksissa ollut yhteydessä todistajaan tai tutustunut tämän tulevaan lausumaan muuta tietä, tietää parhaiten, millaisia seikkoja todistelulla tahdotaan selvittää. Tuomioistuimen rajoittavan prosessinjohtoon tulee rajoittua selviin ylilyönteihin; tuomioistuimen tulee myös viran puolesta valvoa, että esimerkiksi pääkuulusteluvaiheessa ei esitetä johdattelevia kysymyksiä.⁹⁰⁴ *Matti Tolvasen* osuvan toteamuksen mukaan puheenjohtajan tulee myös huolehtia, että kukaan ei puheellaan tai käytöksellään loukkaa tai uhkaa oikeudenkäytössä kuultavia; edes rikosprosessuaalinen syytetyn suosimisen periaate ei merkitse sitä, että syytetty ei olisi velvollinen mukautumaan lailliseen oikeudenkäyntijärjestykseen.⁹⁰⁵

Prosessinjohtoon keinoin tapahtuva puuttuminen johdatteleviin kysymyksiin pääkuulusteluvaiheessa lienee oikeampi tapa kuin passiiviseksi heittäytyminen. *Christian Diesenin* ehdottama keino – pääkuulustelussa johdatteleviin kysymyksiin annetuille vastauksille ei tule antaa lainkaan näyttöarvoa – on voimakas keino, jonka käyttämisestä joutuu kärsimään maallikkopäämies ilman, että sanktiolla voitaisiin sanottavasti vaikuttaa asiamiehen toimintaan kyseisessä oikeudenkäynnissä tai vastaisuudessa.⁹⁰⁶ Tuomioistuimen tulisikin mieluummin, kun kiellettyjä kysymyksiä käytetään, kehottaa avustajaa korjaamaan kysymystään kuin katsoa, että lausumalla ei ole lainkaan näyttöarvoa.

⁹⁰² Ks. *Diesen FS Lindblom*, s. 97–98 sekä erit. *Samuelson 2005*, s. 78–175.

⁹⁰³ Uudelleenkuulustelusta ks. *Kiesiläinen – Niemi-Kiesiläinen 2000*, s. 240–241 (kirjoittajat nimittävät ”uudelleenkuulustelua” ”lisäkuulusteluksi”), *Lappalainen SP II*, s. 249, *Pölonen 2003*, s. 585–590, *Jokela III*, s. 219, *Ekelöf – Edelstam – Boman V*, s. 92.

⁹⁰⁴ Ks. *Kiesiläinen – Niemi-Kiesiläinen 2000*, s. 201–202.

⁹⁰⁵ *Tolvanen LM 2006*, s. 1335.

⁹⁰⁶ *Diesen FS Lindblom*, s. 105.

Myös asianosaisen vastapuolen avustaja voi esittää huomautuksensa, vaikka käytännössä näin meneteltäneen harvoin. Menettelyä on pidetty suotavampana kuin tuomioistuimen voimakasta oma-aloitteista kuulustelukontrollointia, joka voi vaikuttaa tuomioistuimen puolueettomuuskuvan kannalta kielteisesti. Kun vastapuoli huomauttaa sopimattomasta kysymyksestä, tuomioistuimen tulisi ensin, jos kysymyksen laadusta vallitsee epäselvyys, kuulla asianosaisia ja tehdä ratkaisu vasta sen jälkeen, kun nämä ovat esittäneet mielipiteensä. Ellei tuomioistuimen ratkaisu tyydytä asianajajaa, tämän on katsottu voivan vaatia lausuman pöytäkirjaamista mahdollista kantelua tai valitusta varten; käsittelyssä noudatetaan kuitenkin tehtyä ratkaisua.⁹⁰⁷

8.5.3 Näyttöenemmyysperiaate johtaa tarpeettomiin muutoksenhakuihin

Näyttöenemmyysperiaatteen soveltamisen katsotaan johtavan tarpeettomiin muutoksenhakuihin, koska tuomioistuin joutuisi sitä soveltaessaan ottamaan kantaa sellaisiinkin seikkoihin kuin asianosaisten luotettavuuteen. *Robert Bomanin* sanoin näyttöenemmyysperiaatetta sovellettaessa asianosaisten luotettavuutta ”saadaan punnita kultavaa’alla”, ja jos toinen asianosainen on vähän toista uskottavampi, hän voittaa, ja tämä tuomioistuimen on myös pakko kirjoittaa tuomioon, koska kysymys on ratkaisevasta perusteesta. Jos tuomioistuin näyttöenemmyysperiaatetta soveltaen arvioi jommankumman asianosaisen kertomuksen luotettavammaksi, häviöjä voi hakea muutosta sen vuoksi, että uskoo suoriutuvansa todistelusta paremmin muutoksenhakuasteessa.⁹⁰⁸

Boman tarkoittaa ymmärtääkseni puhtaita sana sanaa vastaan -tilanteita, joissa asianosaisten väitteiden tueksi ei ole esitettävissä muuta näyttöä kuin näiden ristiriitaiset kertomukset. Tällaiset tilanteet ovat oikeuskäytännössä melko harvinaisia, eikä näyttöenemmyysperiaatteen soveltaminen niissä välttämättä tule kysymykseen, ellei tuomioistuin tiedossaan olevien kokemussääntöjen perusteella kykene arvioimaan kummankaan asianosaisen kertomusta toista uskottavammaksi. Todettakoon, että Boman vaikuttaa pitävän todisteiden näyttöarvon avointa perustelemista jollakin tavalla arveluttavana; oman käsitykseni mukaan tuomioistuimen tulee niissäkin tapauksissa, joissa juttu ratkaistaan todistustaakan jakosäännöllä, perustella avoimesti todisteiden näyttöarvo sekä se, miksi jutussa on sovellettava todistustaakkaa.

Boman ei perustele kantaansa näyttöenemmyysperiaatteen soveltamisen muutoksenhakua lisäävästä vaikutuksesta millään empiirisellä aineistolla. Muutoksenhakua siviiliprosessissa koskeva suomalainen tutkimus ei kuitenkaan tue

⁹⁰⁷ Kiesiläinen – Niemi-Kiesiläinen 2000, s. 202.

⁹⁰⁸ Boman RS 1990, s. 116–117.

olettamusta, että näyttöenemmyysperiaatteen soveltaminen johtaisi tarpeettomiin muutoksenhakuihin. Tätä kysymystä ei tosin ole mainitussa, *Hertta Kallioisen* laatimassa tutkimuksessa nimenomaisesti tiedusteltu, mutta lähes kaksi vastaajaa kolmesta viittasi, vastauksena muutoksenhaun syytä koskevaan avokysymykseen, johonkin seuraavista tekijöistä: 1) käräjäoikeuden väärä päätös, 2) oikeudenkäyntimenettely, 3) vastapuolen / vastapuolen avustajan toiminta, 4) oman asiamiehen toiminta tai kehoitus valittaa päätöksestä.⁹⁰⁹

Oikeudenkäyntimenettelyä koskeva kritiikki kohdistui etupäässä tuomioistuinten ”puolueellisuuteen ja epäpätevyyteen” ja muun muassa siihen, että tuomari ei ollut perehtynyt asiassa esitettyihin todisteisiin. Jotkut lisäksi huomauttivat, että tuomari ei ollut käsittelyssä ”ajan tasalla”, eikä vaikuttanut pyrkivän totuuden löytämiseen käsiteltävässä asiassa. Eräät vastaajista olivat jopa sitä mieltä, että ”käräjäoikeusoikeudenkäynti oli vaikuttanut enemmän sirkuspelleilyltä kuin oikeudenkäynniltä” tai että ”käsittely oli ollut eräänlainen farssi”.⁹¹⁰ Muutoksenhakijat saattoivat myös kokea, että tuomioistuinten väärään ratkaisuun oli vaikuttanut vastapuolen tai tämän asiamiehen illojaali prosessaaminen: vastapuoli oli antanut tuomioistuimelle vääriä tietoja, painostanut todistajia tai suorastaan väärentänyt todisteita niin, että tuomioistuin oli ajautunut väärään ratkaisuun. Eräs ilman avustajaa prosessannut henkilö koki myös joutuneensa vastapuolen lakimiehen ”kieroilun, juonittelun ja vähättelyn kohteeksi”, minkä vuoksi totuus ei ollut tullut ilmi oikeuskäsittelyssä.⁹¹¹

Nämä tutkimustulokset eivät tue olettamusta, että muutoksenhakufrekvenssi olisi pienempi silloin, kun tuomioistuin ratkaisee näyttökysymyksen todistustaakan jakosäännöksellä; tosin tutkimuksesta ei ilmene, miten monessa otokseen kuuluvista tapauksista tuomioistuin oli ratkaissut jutun todistustaakkanormilla. On kuitenkin ilmeistä, että muutoksenhakufrekvenssiin on vaikuttanut ennen muuta se, että näyttökysymys koetaan väärin ratkaistuksi – myös asianosaisen osakseen saama kohtelu, jonka tämä kokee epäasianmukaiseksi, on omiaan lisäämään muutoksenhakua.

Voidaan kysyä, miksi asianosainen olisi tyytyväisempi itselleen vastaiseen alioikeuden tuomioon silloin, kun tuomioistuin soveltaa todistustaakkanormia näyttöenemmyysperiaatteen sijasta. Asianosainen voi – perustellusti tai vähemmän perustellusti – tehdä esitetystä näytöstä aivan toisenlaisia johtopäätöksiä kuin tuomioistuin, ja arvioida, että näytön olisi pitänyt riittää vaatimusten hyväksymiseen. Tämäkin seikka voi yhtä hyvin johtaa muutoksenhakuun juuri Bomanin mainitsemasta syystä; siitä, että muutoksenhakutuomioistuimessa näyttö arvioidaan toisella tavalla.

⁹⁰⁹ Kallioinen 2004, s. 52.

⁹¹⁰ Kallioinen 2004, s. 52.

⁹¹¹ Kallioinen 2004, s. 52–53.

Robert Bomanin näkemyksen taustalla vaikuttaa nähdäkseni vahva sitoutuminen ajatukseen yhteiskunnan ohjaamisesta siviiliprosessissa annetuilla tuomioilla. Tämä oletamus vaikuttaa olevan ohjausteoriassa eräänlainen *Hans Kelsenin* Perusnormiin rinnastuva keskeisoletamus, jota ei, kuten muistetaan ”tarvitse todistaa, vaan joka perustuu terveeseen järkeen”. Ohjaus-olettama muistuttaa Perusnormia myös siinä mielessä, että ohjaamisajatus on ohjausteoreetikoilla johtojatetus, joka heijastuu kaikkien prosessinormien tulkintaan. Tämä tekee ohjausteoriasta kritiikille alttiin ja jopa haavoittuvaisen, sillä tuon olettamuksen murentuessa prosessilainsäädännön tulkintasuosituksia joudutaan muuttamaan varsin olennaisin osin.

Näyttökysymyksen ratkaiseminen on erittäin tärkeässä asemassa, kun arvioidaan kansalaisten luottamusta tuomioistuimiin. Eräässä kansalaisten luottamusta tuomioistuimiin koskevassa tutkimuksessa yli 80 prosenttia vastaajista piti tuomioistuinten toiminnan ”erittäin tärkeinä” päämäärinä totuuden löytämistä ja oikeudenmukaisen ratkaisun hakemista. Nämä päämäärät olivat selvästi merkittävämmässä asemassa kuin esimerkiksi ratkaisun saaminen kohtuullisiin kustannuksiin (70 %), lain kirjaimen toteutuminen (47 %) ja ratkaisun perustuminen ammattitaitoon (42 %). Samassa kyselyssä totuuden löytymisen ja oikeudenmukaisten ratkaisujen hakemisen katsoo toteutuneen ”erittäin” tai ”melko hyvin” noin 60 prosenttia vastaajista (em. 62 %, vm. 56 %).⁹¹²

Kyselytutkimusten tulokset vaikuttavat yllättäviltä: miksi juuri tapahtumainkulun totuudenmukainen selvittäminen ja ratkaiseminen ovat maallikoiden mielestä tärkeämpiä kysymyksiä, kuin esimerkiksi ratkaisujen kohtuuhintaisuus, niiden perustuminen ammattitaitoon ja lain kirjaimen toteutuminen? Tätä voitaneen selittää samoilla syillä kuin sitä, miksi menettelyllinen oikeudenmukaisuus on niin tärkeässä asemassa asianosaisten tuomioistuimiin suuntaaman luottamuksen kannalta.

Asianosaiset ovat maallikkoja, eikä heillä ole ilman oikeudellista apua mahdollisuuksia arvioida tuomion lainmukaisuutta, koska he eivät tunne yksityiskohtaisesti lainsäädäntöä ja oikeudellisen argumentaation sääntöjä. Sitä vastoin oikeudenkäynnissä osakseen saamaansa kohtelua ja oikeudenkäyntiin johtanut tapahtumainkulkua he voivat arvioida ilman lakimiestenkin apua. Oikeudenkäyntiin johtanut tapahtumainkulku on asianosaisille tuttu, ja heillä on tapahtumainkulusta vahva käsitys. Ainakaan kantaja ei useinkaan ryhdy oikeudenkäyntiin, ellei hän ole kyllin varma asiastaan. Koska näyttöenemmyysperiaate vastanee maallikoiden käsitystä siitä, miten näytön arviointi tuomioistuimissa suoritetaan, sitä voitaneen tälläkin perusteella kannattaa näytön arvioinnin joltavaksi periaatteeksi dispositiivisissa riita-asioissa.

⁹¹² Ks. Niskanen – Ahonen – Laitinen 1999, s. 105 sekä tutkimuksesta myös Tala LM 2002, s. 13–14.

8.6 MILLOIN NÄYTTÖENEMMYYSPERIAATETTA EI VOIDA SOVELTAA?

Näyttöenemmyysperiaatteen soveltaminen, kun se liitetään parasta selitystä tarkoittavaan päättelyyn, tarkoittaa, että tuomioistuimen tulee lähtökohtaisesti perustaa tuomionsa seikkaan, joka parhaiten selittää esitetyn todistusaineiston. Muodollisesti päättely voidaan esittää seuraavasti:

Todistusaineisto koostuu todisteista TA (todistajien lausumat, kirjalliset todisteet ym.)

Tosiseikkahypoteesi H selittää todistusaineiston TA (H on ”totta”, jos TA on)

Mikään muu tosiseikkahypoteesi ei selitä todistusaineistoa kuten H

Johtopäätös: H on luultavasti totta.

Näytön arvioinnin johtopäätösten vahvuus riippuu kolmesta tekijästä: 1) siitä, miten hyvä hypoteesi H itsessään on (ts. miten hyvin H saa tukea todistusaineistosta, ns. *absoluuttinen hyvyys*), 2) miten paljon parempi H on kuin muut tosiseikkahypoteesit (*relatiivinen hyvyys*), ja 3) miten perusteellista muiden tosiseikkahypoteesien etsiminen on ollut.⁹¹³ Näitä nimitetään tosiseikkahypoteesin hyväksymisen *loogiseksi* perusteiksi. Näyttöenemmyysperiaatteeseen liittyvät myös hypoteesin hyväksymisen *käytännölliset* perusteet. Tuomioistuin joutuu arvioimaan paitsi edellä mainittuja kysymyksiä, myös sitä, 4) onko jutussa tehtävä ratkaisu käytössä olevan näytön perusteella sekä sitä 5) millaista vahinkoa väärästä ratkaisusta koituu, millaisia etuja oikeasta ratkaisusta seuraa.⁹¹⁴

Näyttöenemmyysperiaatteen soveltaminen tuomion perustaminen todistustaakkanormin tarkoittamiin faktoihin edellyttää 1-kohdan osalta, että todistusaineisto on kytkettävä riittävällä tavalla jokaiseen riitaiseen seikkaan. Ellei todistusaineistoa kyetä ankuroimaan näihin faktoihin, tai toisen asianosaisen väitteet selittävät todistusaineiston paremmin, tuomioistuimen pitää soveltaa todistustaakkanormia ja ratkaista asia todistustaakan kantavan asianosaisen vahingoksi.

Tosiseikkahypoteesien vertaamista koskeva 2-kohta tarkoittaa, että todistusaineiston kokonaisnäyttöarvo jaetaan teemametodille ominaisella tavalla kahden (tai useamman) vaihtoehdon välillä. Tämä tapahtuu vertaamalla hypoteeseja toisiinsa: kumpi (tai mikä) hypoteesi saa paremmin tukea todistusaineistosta. *Christian Diesenin* ja *Bengt Lindellin* mukaan tuomioistuinten tulee dispositiivisessa riita-asiassa näyttökynnyksilmausten ylittymisarvioinnissa verrata asianosaisten todistusaineistoja ja punnita todistusteemana olevan väitteen ja sen negaation todennäköisyyttä. Näyttökynnyksilmauksella ei näiden tutkijoiden mu-

⁹¹³ K.s. *Kolflaath TjR* 2007, s. 174 viitteineen.

⁹¹⁴ *Kolflaath TjR* 2007, s. 179.

kaan viitata väitteen vastaavuuteen prosessinulkoisen todennäköisyyden kanssa, vaan kysymys on todistusaineistojen vertaamisesta toisiinsa.

3-kohdan mukainen arviointi – muiden tosiseikkahypoteesien etsimisen perusteellisuus – ei ole dispositiivisissa riita-asioissa relevanttia. Tuomioistuimien ei väittämistään kannalta hyväksyttävällä tavalla voi ottaa tuomionsa perusteeksi muita kuin asianosaisten vetoamia seikkoja, ja tuomitsemisvaiheessa tuomioistuimen on lähdettävä todistusaineiston kontradiktorisuus- ja välittömyysvaatimusten nojalla siitä, että todistusaineisto on täydellinen.

Näyttöenemmyysperiaatteen soveltaminen ei luonnollisesti voi parantaa sitä ”asian luonteesta” johtuvaa seikkaa, että näytön arviointiin kuuluu aina epävarmuuden elementti. Tämä epävarmuuden elementti ilmenee jo siinä, että kun näyttöenemmyysperiaatetta sovelletaan, näytön arvioinnin johtopäätös eli tuomion perustaminen sellaiseen tosiseikkahypoteesiin, joka selittää paremmin todistusaineiston, ei ole ehdottomasti ”totta”. Näyttöenemmyysperiaatteen samoin kuin muiden juridisten näytön arvioinnin teorioiden soveltamisen johtopäätös on *luultavasti* totta.⁹¹⁵ Myöhemmin ilmenevien tietojen perusteella voidaan aina päätyä siihen johtopäätökseen, että tuomion tosiseikasto oli virheellinen. Tuomioistuimen pitää kuitenkin aina tehdä ratkaisunsa sille esitetyn aineiston perusteella, eikä jäädä aprikoimaan esittämättömän aineiston merkitystä.

8.6.1 Näyttöenemmyysperiaate ja näyttökynnsilmaukset

Näyttöenemmyysperiaatteen korottaminen näyttöratkaisun johtavaksi periaatteeksi merkitsee, että tutkimuksessa joudutaan ottamaan kantaa myös siihen, mikä merkitys näyttökynnsilmauksille näytön arvioinnissa annetaan. Frekvenssiteorioissahan näyttökynnsilmauksilla on keskeinen merkitys. Ruotsissa tämä kanta on oikeuskirjallisuudessa vallitseva edelleen. Suomessa todustaakkaa koskeviin erityissäännöksiin ei yleensä sisälly todennäköisyysilmausta, vaan niissä säädetään vain oikeusseuraamuksesta, joka on tuomittava, jos ”ei näytetä” tai ”näytetään” jotakin. *Hannu Tapani Klamin* tutkijaryhmän oletuksen mukaan lainsäätäjät kuitenkin pyrkii ohjaamaan tuomioistuimen näyttöratkaisua näyttökynnsilmauksin.⁹¹⁶

Rikosprosessuaalisilla näyttökynnsilmauksilla on lainsäätäjän tietoisien valinnan vuoksi vakiintunut sisältö; esimerkiksi esitutkinta- ja pakkokeinolakeja koskevassa lainvalmisteluaineistossa pakkokeinojen näyttökynnsiä pyrittiin yhtenäistämään.⁹¹⁷ Vaikka näyttökynnsysten edellyttämän todennäköisyyden

⁹¹⁵ *Kolflaath TfR* 2007, s. 174–175.

⁹¹⁶ *Klami* 1995a, s. 45.

⁹¹⁷ HE 14/1985, s. 16–17 mainittu todennäköisyysporrastus on seuraavanlainen: 1) ”on syytä

kieellinen kuvaaminen on hankalaa, lainvalmisteluaineiston määritelmät toimenpiteiden todennäköisyydestä on omaksuttu prosessioikeustutkimuksessa ja ylimpien laillisuusvalvojien oikeuskäytännössä.⁹¹⁸ Konkreettisessa ratkaisutilanteessa näyttövaatimuksen täsmentäminen tapahtuu rikoksesta epäillyn oikeusturvaintressin ja rikosvastuun toteuttamisintressin punnintana. Myös tuomitsemiskynnys määritellään oikeuskäytännössä varteenotettavan epäilyn vaatimukseksi.

Siviilioikeudellinen lainsäädäntö näyttökynnysilmauksineen on peräisin eri aikakausilta, eikä lainsäätaja välttämättä ole tietoisesti pitäytynyt joissakin todennäköisyyksilmauksissa. Näyttökynnysilmaus on voinut valikoitua sattumanvaraisesti.⁹¹⁹ Eräissä tilanteissa näyttökynnysilmauksilla on kuitenkin pyritty tietoisesti ohjaamaan tuomioistuimen ratkaisutoimintaa. Tästä esimerkkinä ovat vahingonkorvausoikeudellista syy-yhteyttä koskevat lainsäännökset, joissa näyttökynnystä sanotaan alennetun sekä yhdenvertaisuus- ja tasa-arvolain jäljempänä tarkasteltavat todistustaakkasäännöt.⁹²⁰

Vaikka lainsäädäntöön sisältyisi näyttökynnysilmaus, näyttökynnyksen taupauskohtainen konkretisoiminen ei välttämättä ole helpompaa kuin silloin, jos käsillä ei ole näyttökynnystä. Näyttökynnysilmauksen edellyttämän todennäköisyyden täsmentäminen konkreettisessa ratkaisutoiminnassa on vaikeaa jos siksi, että eri henkilöt mieltävät todennäköisyysvaatimuksen eri tavalla.⁹²¹ Väitettä tukee Klamin tutkijaryhmän suomalaisille ja ruotsalaisille tuomareille suuntaama kysely, jonka vastausprosentti muodostui alhaiseksi, mutta jonka perusteella katsottiin voitavan päätellä, että otokseen kuuluvat vastaajat ymmärsivät niin Suomessa kuin Ruotsissa avainkäsitteet hyvin eri tavalla. Tutkijaryhmän mukaan erot olivat jopa niin suuria, että näyttökynnysilmausten päätöksentekoa ohjaava vaikutus voidaan kyseenalaistaa kokonaan.⁹²²

On tosin kyseenalaista, miten perusteltuja johtopäätöksiä näyttökynnysilmausten ohjausvaikutuksesta voidaan tehdä sellaisen tutkimuksen perusteella, jossa tuomioistuinjuristeja pyydetään muuntamaan todennäköisyyksilmauksia numeerisiksi arvoiksi. Koska tuomioistuinjuristit eivät mitä todennäköisimmin ajattele näin, on mielestäni uskallettua vetää vastausten hajonnasta johtopäätöksiä siitä tavasta, jolla tuomioistuimet tosiasiaassa toimivat. Numeeristen arvo-

olettaa” ja ”on syytä epäillä”, 2) ”on todennäköistä” ja ”todennäköisin syin epäilty”, 3) ”erittäin pätevin perustein voidaan olettaa”.

⁹¹⁸ Jonkka JJ Virolainen, s. 144–145. Ks. määritelmien kielellisen kuvaamisen hankaluudesta Halijoki DL 2001, s. 220 ja ylimpien laillisuusvalvojien oikeuskäytännöstä Helminen – Lehtola – Virolainen 2005, s. 480–481.

⁹¹⁹ Ks. Halila 1955, s. 67 sekä Lappalainen SP II, s. 342–343.

⁹²⁰ Ks. näyttökynnyksen alentamisesta yleisessä vahingonkorvausoikeudessa esim. Ståhlberg 1993, s. 274 ss.

⁹²¹ Lappalainen SP II, s. 343.

⁹²² Ks. mainitusta tutkimuksesta ja sen tuloksista Klami 1995a, s. 39–61.

jen yhteismitattomuudesta ei siksi voitane päätellä, että näyttökynnsilmauksilla ei olisi *minkäänlaista* ohjausvaikutusta.

Näyttökynnsysten ohjausvaikutusta ei toisaalta voitaisi perustellusti todentaa siinäkään tapauksessa, että tuomioistuimet olisivat arvioineet numeeriset prosentit täysin samalla tavalla kuin esimerkiksi Ekelöf – tällaisesta arvioinnista kun ei voida tehdä johtopäätöksiä siitä, miten tuomareiden käsitys näyttökynnyksestä käytännön toimintaan heijastuu, ja miten abstraktinen näyttövaatimus yksittäisessä jutussa konkretisoidaan.

Näyttökynnsynormien merkitystä ratkaisutoiminnassa voidaan tarkastella käyttämällä esimerkkinä Tasa-arvoL:n ja YhdenvertaisuusL:n todistustaakanormeja. Säännöksillä on yhteisöoikeudellinen tausta, ja niihin sisältyvillä näyttökynnsyksillä on tarkoitettu olevan ohjausvaikutusta. Tasa-arvoL:n ”todistustaakaksi” otsikoitu 9a sekä asiallisesti samansisältöinen YhdenvertaisuusL 17 velvoittavat sellaisen henkilön, joka väittää joutuneensa laissa kielletyn syrjinnän kohteeksi, esittämään väitteensä tueksi näyttöä.⁹²³ Näytön on muodostettava ns. syrjintäoletama, eli sen perusteella on voitava ”olettaa”, että syrjinnän kieltoa ei ole rikottu. Syrjintäoletaman muodostumisen jälkeen vastaajan on esitettävä puolestaan selvitystä siitä, että syrjinnän kieltoa ei ole rikottu.

Ruotsin lainsäädäntöön sisältyy asiallisesti samansisältöinen säännös (diskrimineringslagen 21), jota on sovellettu Ruotsin HD:n ratkaisussa NJA 2006 s. 170.⁹²⁴ Tapausta voidaan käyttää esimerkkinä siitä, miten hankalaa näytön arviointi voi olla siitä huolimatta, että lainsäädäntöön sisältyy näyttökynnsilmaus; toisaalta tapaus ilmentää myös sitä, miten näyttökynnsilmaukselle voidaan ratkaisutoiminnassa antaa ohjausvaikutusta.

Jutussa Ruotsin tasa-arvoviranomainen (*HomO*) nosti hyvityskanteen, sillä hän katsoi lesboseksuaalisen naisparin tulleen syrjityiksi, koska näitä oli kielletty vaihtamasta hellyydenosoituksia eräässä ravintolassa, ja nämä oli myös poistettu ravintolasta; kantajan mukaan ravintolan omistajan aviomies oli myös kehottanut työntekijää tarkkailemaan ja ilmoittamaan hänelle, jos samaa sukupuolta olevat henkilöt suutelevat ravintolassa. Kantajan mukaan näiden toimenpiteiden syynä oli ollut naisten seksuaalinen suuntautuminen. Asianosaisten riitaisuus kohdistui hellyydenosoitusten laatuun ja naisten

⁹²³ Ks. säännöksestä HE 44/2003, erit. s. 53–55, *Ahtela – Bruun – Koskinen – Nummijärvi – Saloheimo* 2006, s. 56–58. Ks. todistelusta syrjintäkysymyksissä yksityiskohtaisemmin *Malmberg JT* 2001-02, passim. *Heuman* 2005, s. 118 – 119 ja *Lindblom* 2006, s. 415–418.

⁹²⁴ Ks. syrjinnästä Ruotsin HD:n oikeuskäytännössä myös NJA 2008 s. 915, jossa vastaajana olleen ravintolan katsottiin syyllistyneen kiellettyyn välittömään syrjintään, kun neljää ulkomaalaistaustaista miestä ei päästetty ravintolaan. Hyvityksen määrää alentavana seikkana otettiin kuitenkin huomioon se, että miehet olivat pyrkineet ravintolaan osana kansalaisjärjestön järjestämää tutkimusta, jossa tutkittiin Malmön ravintoloissa mahdollisesti tapahtuvaa, etniseen alkuperään perustuvaa syrjintää. Kyseisenä iltana pistokoe tehtiin yhteensä neljässä paikassa, joihin lähetettiin vuorotellen kahden – kolmen henkilön ryhmiä; yhden ryhmän jäsenet olivat vaaleaihoisia ja -hiuksisia, kun taas verrokkiryhmän ulkomaalaistaustaisilla jäsenillä oli tumma iho ja tummat hiukset.

käyttäytymiseen. Kantaja katsoi, että kysymys oli ollut kevyistä hellyydenosoituksista ("kevyt suudelma suulle ja kevyt halaus, ei seksuaalista latausta"); vastaajan mukaan naisten toiminta oli ollut huomattavasti intensiivisempää ("naiset olivat kietoutuneet toisiinsa ja lääppineet toisiaan"). Kantajan mukaan naiset oli ajettu suureen ääneen ulos sen jälkeen, kun nämä olivat tiedustelleet, eikö ravintolassa saa suudella. Todistelutarkoituksessa kuullun, itse poistumiskehotuksen antaneen ravintolan omistajan mukaan naiset poistettiin ravintolasta siksi, että nämä olivat poistumiskehotuksen jälkeen käyneet aggressiivisiksi.

Oikeudenkäynnissä oli melko puhdas sana sana vastaan -todistelutilanne, koska välittömästi kanteen perusteena olevasta tapahtumasta ei kuultu kuin toista naista ja ravintolan omistajan aviomies. Kantaja tosin kuuli neljää todistajaa, ja vastaaja yhtä; ainutkaan todistaja ei kuitenkaan ollut nähnyt tai kuullut riittävien kohteena olevaa tapahtumainkulkua. Naiset kertoivat tapahtumainkultusta samalla tavalla. Ravintolan omistajan aviomies, joka hoiti erilaisia tehtäviä valtuutuksen nojalla, kiisti syrjineensä naisia tai antaneensa syrjiviä ohjeita henkilökunnalle. Hän vetosi kiistämisensä tueksi siihen, että ravintolalla oli ollut homoseksuaaleja työntekijöitä, ja että ravintolassa asioi homoseksuaalisten ihmisten seurueita, joille hän oli itsekin tarjoillut.

Alioikeuden mukaan asiassa oli riidatonta, että ravintolan edustajalla oli järjestönsenpidollisista syistä oikeus kieltää ravintolassa häiritsevää ja sopimatonta käytös, ja viime kädessä tällä oli myös oikeus poistaa asiakkaat ravintolasta. Alioikeus katsoi, että kantaja ei vastoin vastaajan kiistämistä ollut näyttänyt vastaajan edustajan antaneen ravintolatyöntekijöille syrjiviä ohjeita. Alioikeus katsoi, että kantajan muista väitteistä oli esitetty näyttönä naisten kertomus, joka oli vastaajan edustajan kertomuksen kanssa ristiriidassa. Alioikeuden mukaan naisten kertomusten näyttöarvoa alensi se, että nämä olivat juoneet alkoholia; lisäksi kantajan todistaja oli kuullut toisen naisen kirkuvan, että tätä oli estetty suutelemasta tyttöystävänsä. Alioikeus katsoi, näyttöä kokonaisuutena arvioiden, jääneen näyttämättä, että naiset olisivat käyttäytyneet vain sellaisella tavalla, kuin kantaja oli väittänyt. Asiassa ei siten voitu sulkea pois sitä, että vastaajan kertomus olisi paikkansa pitävä. Alioikeus katsoi jääneen näyttämättä, että syrjintäolettaama olisi syntynyt, ja hylkäsi kanteen.

Tasa-arvoviranomainen valitti hovioikeuteen, missä hän luopui syrjivien ohjeiden antamista koskevasta väitteestä. Hovioikeudessa naisia ja ravintolan edustajaa kuultiin henkilökohtaisesti; muu henkilötodistelu otettiin vastaan alioikeuden tallenteelta. Hovioikeus arvioi näytön olennaisesti toisin kuin alioikeus. Alioikeus oli katsonut syrjintäolettaaman muodostumisen edellyttävän normaalinäyttökynnyksen ("styrkt") ylittävää näyttöä. Hovioikeuden mukaan syrjintäolettaaman syntymiseksi riitti, että kantajan näytön perusteella naisten "oli aihetta olettaa" joutuneen kielletyn syrjinnän kohteeksi. Hovioikeus piti tapahtumainkulkua lähes riidattomana, mutta katsoi, että asianosaisten sitä kos-

kevat tulkinnat eroavat. Asiassa oli näytetty naisten halanneen ja suudelleen, minkä jälkeen naiset sekä heidän seurueensa oli poistettu ravintolasta. Koska ravintolan edustaja oli itsekin kertonut sallivansa heteroseksuaalisten parien halata ja suudella ravintolassa, syrjintäolettaama muodostui.

Hovioikeuden mukaan vastaajan edustaja ei ollut kyennyt häntä todistelutarcoituksessa kuultaessa yksilöimään, millä tavalla naisten käyttäytyminen erosi heteroseksuaalisten parien vastaavasta toiminnasta. Hovioikeus totesi, että vastoin tasa-arvoviranomaisen kiistämistä vastaaja ei ollut näyttänyt naisten käyttäytyneen tavalla, jota ei olisi siedetty heteroseksuaaliselta pariskunnalta. Vastaaja ei ollut kyennyt näyttämään toiminnalleen objektiivisia perusteita toteen alioikeuden viittaaman todistajan kertomuksenkaan perusteella, sillä asiassa oli kyllä selvitetty toisen naisen hermostuneen – mutta tätä hovioikeus piti täysin ymmärrettävänä vastaajan edustajan toimintaan nähden. Hovioikeuden mukaan todistusaineistosta voitiin tehdä vain sellainen johtopäätös, että naisia oli syrjitty kieltämällä näiltä suuteleminen sekä poistamalla nämä ravintolasta – hovioikeus hyväksyi kanteen.

Asianosaiset valittivat Ruotsin korkeimpaan oikeuteen, joka – hämmentävää kyllä – ratkaisi asian esittelystä. HD pysytti hovioikeuden ratkaisun katsoen, että ”normaalisti” ravintoloissa suutelevia pareja ei pyydetä lopettamaan, eikä näitä myöskään poisteta samasta syystä ravintolasta. Tämä seikka yksin riitti syrjintäolettaaman muodostumiseen. HD ei myöskään nähnyt aihetta arvioida vastaajan väitteistään esittämää todistelua toisin kuin hovioikeus, joten se pysytti hovioikeuden tuomion, mutta alensi vastaajan maksettavaksi tuomitun hyvityksen määrää.

Ennakkopäätöksen lopputulokseen vaikutti olennaisesti se, että vastaajan edustajan todistelutarcoituksessa antamaa kertomusta tulkittiin ylioikeuksissa toisin kuin alioikeudessa; myös näyttökynnyksen toisenlaisella asettamisella oli merkitystä. Oman käsitykseni perusteella kummankaan asianosaisen kertomusta ei tuomioissa selostetun näytön perusteella voida pitää itsestään selvästi toista todennäköisempänä; mahdollista toki on, että jommankumman asianosaisen esittämä henkilötodistelu on vaikuttanut luotettavammalta. Ennakkopäätöstä ei voida tulkita ilman yhdenvertaisuuslainsäädännön taustalla vaikuttavien tavoitteiden huomioon ottamista. Ennakkopäätös osoittaa hyvin näytön arvioinnin kytkeytymistä asianosaisten kontekstikertomuksiin sekä sen, että näyttökysymyksen ratkaisemiseen voivat vaikuttaa aineellisoikeudellisten normien tavoitteenasettelut. Syrjintälainsäädännön suojaamat henkilöt ovat erityisasemassa. Jos syrjintäolettaaman muodostumiseksi edellytettäisiin hyvin vakuuttavaa todistelua, aineellisen oikeuden tavoitteet vesittyisivät.

Syrjintätilanteet ovat myös muutoin sellaisia, että väitetyn loukkauksen kohteeksi joutuneiden henkilöiden on vaikea esittää muuta kuin henkilötodistelua. Epäselvyystilanteessa olisi siksi aineellisen oikeuden tavoitteiden kannalta suotuisampaa arvioida syrjintäolettaaman ylittyneen, kuin että näin ei olisi laita. Ky-

symyksellä on merkitystä käyttäytymisen ohjaamisen kannalta: esimerkiksi ravintolat velvoitetaan esittämään todistelua menettelystään sekä perustelemaan sitä, miksi kysymys ei ole syrjinnästä. Aineellisoikeudellisten tavoitteenasetteluiden ei kuitenkaan tule syrjintäasioissaan vaikuttaa siten, että syrjintää lain-säädännön nojalla nähtäisiin siellä, missä sitä ei ole.

Ennakkopäätöksessä KKO 2009:78 otettiin kantaa syrjintäolettan synty-miseen tilanteessa, jossa eräät käräjätuomarit ajoivat hyvityskannetta, koska nämä oli palkkausjärjestelmän uudistuksen myötä sijoitettu uusiin palkkaus-luokkiin siten, että ainakin yksi vastakkaista sukupuolta oleva, samaa työtä tekevä, mutta vähemmän kokenut tuomari oli sijoitettu ylempään palkka-luokkaan. Alioikeus ja hovioikeus hyväksyivät kanteen.

KKO:n mukaan todistustaakan kääntyminen vastaajalle edellyttää, että syr-jinnän tulisi ”vaikuttaa ilmeiseltä”. KKO:n mukaan tasa-arvolain 8:ää ei ollut perusteltua tulkita siten, että syrjintäolettan voisi syntyä pelkän syrjintä-väitteen perusteella ”ilman että työnantajan menettelyn voitaisiin objektiivisi-sin perustein olettaa edes jollakin tavalla liittyvän työntekijän sukupuoleen”. KKO:n mukaan syrjintäolettan voi sinänsä syntyä jo sillä perusteella, että työntekijä on saanut alemmaa palkkaa kuin ainakin yksi samaa työtä tekevä, vastakkaista sukupuolta oleva työntekijä. Tässä tapauksessa syrjintäväitteen esittäjinä olivat olleet molempien sukupuolten edustajat. ”Jo tämä viittaa sii-hen, että palkkausluokan määräytyminen ei ole uudistuksen yhteydessä riip-punut työntekijän sukupuolesta ja että työnantajan menettelyn lopputulos olisi ollut sama siinäkin tapauksessa, että väitteen esittäjät olisivat kukin ol-leet vastakkaista sukupuolta.” KKO katsoi, että syrjintäolettamaa ei ollut kanteessa vedottujen seikkojen perusteella syntynyt, eikä asiassa ollut esitet-ty muutakaan perustetta katsoa kantajien tulleen työntekijöinä syrjityiksi su-puolien perusteella. KKO hylkäsi kanteen.

8.6.2 Näyttöenemmyysperiaate ja oikeusperiaatteiden punninta

Näyttöenemmyysperiaatteen tulisi olla dispositiivisten riita-asioiden johtava näyttöratkaisuperiaate. Normiteoreettisessa katsannossa näyttöenemmyys-periaate on nimenomaan periaate, jonka säännönmäinen noudattaminen ei ole mahdollista, vaan näyttöenemmyysperiaate voi konkreettisessa ratkaisutoimin-nassa joutua väistymään silloin, kun muut periaatteet saavat suuremman pai-noarvon. Näyttöenemmyysperiaatteen soveltaminen merkitsee sitä, että näyte-tyksi on perustelluinta katsoa sellainen todistusteema, josta esitetty todistusai-neisto parhaiten selittää pääkäsittelyssä esitetyn todistusaineiston. On kuitenkin eri asia, että kaikissa tilanteissa näyttöenemmyys ei välttämättä riitä, vaan näyt-tövaatimuksen ylittyminen voi edellyttää ankarampaa näyttöä.

Näyttövaatimuksen ylittymistä koskevaan epävarmuuteen voidaan suhtautua ainakin kolmella tavalla: 1) omaksutaan sääntötyyppinen normi, jonka mukaan

näyttövaatimusta koskeva epävarmuus ratkaistaisiin aina samalla tavalla, 2) katsotaan, että näyttövaatimusta ilmaisevan säännöksen epätasallisuuden jättämä harkintavalta kuuluu ratkaisijan ”vapaaseen harkintaan” tai 3) myönnetään, että epävarmuustilanteessa ratkaisijalla on harkintavaltaa, mutta edellytetään, että harkintavallan käyttöä on mahdollista kontrolloida oikeudellisin kriteerein, jolloin ratkaisuvaihtoehtoja voidaan oikeudelliselta kannalta arvioida paremmiksi ja huonommiksi.⁹²⁵

Näytön arvioinnissa tuomioistuimen harkintavaltaa tulee sitoa oikeusperiaatteilla. Oikeusperiaatteiden kehittäminen on ollut myös prosessioikeustutkimuksessa suosittu tutkimusote. Ensimmäinen prosessioikeudellinen väitöskirja, joka rakentui periaateargumentaation varaan, oli *Jaakko Jonkan* syytekynnystä koskeva tutkimus (1991). *Tatu Leppänen* katsoo tutkimuksessaan periaatteiden näkyvän prosessioikeudellisessa lainopissa siten, että niiden avulla ”voidaan tarkastella ja jäsentää yleisellä tasolla, rationaalisti sellaisia tavoite- ja arvönäkökohtia, jotka muutoin jäisivät vasta kussakin yksittäiskysymyksissä esitettäviksi ns. reaalisiksi argumenteiksi”.⁹²⁶ Myös *Pasi Pölösen* väitöskirjan yhtenä kantavana ajatuksena voidaan pitää tukeutumista prosessiperiaatteisiin.⁹²⁷

Oikeuskirjallisuudessa ylenmääräistä tukeutumista prosessiperiaatteisiin ja uusien periaatteiden kehittämistä on kritisoitukin. *Jyrki Virolainen* toteaa, että periaateargumentaatio vaikuttaa olevan suorastaan muoti-ilmiö: ”vaikuttaa siltä, että melkein kaikki olennainen sanottava halutaan pukea jonkin ”hyvän ja kauniin” periaatteen muotoon”. – – ”Siviiliprosessikin alkaa näyttää päältäpäin ikään kuin periaatteilla kuorrutetulta, maukkaannäköiseltä kaulta”. – – ”Kysymys on siis ideaaliprosessin kuvaamisesta, eräänlaisesta menettelyromantiikasta”. – – ”Pelkällä periaatteiden, arvojen ja tavoitteiden asettamisella ei prosessitodellisuudessa pitkälle pärjätä, eivätkä tuomarit, asianajajat tai edes opiskelijat opi kovin paljon pelkistä periaatteista”.⁹²⁸

Virolainen on omassa tuotannossaan analysoinut runsaasti prosessiperiaatteita, eikä kritiikki osoita sitä, että Virolainen suhtautuisi kriittisesti ns. periaatehakuiseen tutkimukseen. Virolaisen kritiikin ydin liittyy käsitykseni mukaan tutkimusmetodisiin kysymyksiin: ennen muuta siihen, että prosessioikeustutkimuksessa ei tulisi keskittyä liiaksi normatiivisiin kysymyksiin. Jos prosessioikeustutkimus on puhtaasti normatiivista, on vaarana, että tutkimus etäännytti liiaksi prosessitodellisuudesta. Näyttöenemmyysperiaatteen systematisoiminen oikeuskysymykseksi ja normiteoreettiselta luonteeltaan periaatteeksi on kuitenkin välttämätöntä, koska se ilmentää, että 1) näytön arviointi on oikeuskysy-

⁹²⁵ Ks. *Jonka DL* 1992, s. 62.

⁹²⁶ *Leppänen* 1998, s. 30.

⁹²⁷ Ks. *Pölönen* 2003, erit. s. 34–58.

⁹²⁸ *Virolainen LM* 1999, s. 124.

mys, ja että 2) näyttöenemmyysperiaate on arvioinnissa näytön arvioinnin läh-
tökohta, josta voidaan tilannekohtaisesti poiketa.

Koska tutkimuksessa ei tarkastella erikseen aineellisen varallisuus oikeuden
tyyppitilanteita, ei tutkimuksessa pyritä myöskään kehittämään periaatteita, jot-
ka voisivat toimia näyttöenemmyysperiaatteen vastaperiaatteina. Näyttöenem-
myysperiaate voi konkreettisesti ratkaisutoiminnassa väistyä samanlaisilla pe-
rusteilla, kuin Norjan prosessioikeudessa: Norjassahan näyttöenemmyys-
periaatteen voivat syrjäyttää esimerkiksi näyttökynnyksilmaukset, aineellisesti
väärän tuomion kustannukset, epävarmuudella spekuloinnin estäminen, todis-
teluun varautumisenäkökohdat sekä todistustaakan käyttäminen illojaalin pro-
sessuamisen sanktiona. Nämä ovat osin samoja, kuin *Jouko Halilan* todistustaa-
kan jaon perusteena käyttämät argumentit, joihin Klammin tutkijaryhmä on ratio-
naalisen näyttökynnyksen teoriassa nojautunut.⁹²⁹ Näiden painoarvo tulee mää-
ritellä erikseen; katson kuitenkin, että sosiaalisilla näkökohdilla ei ole näytön
arvioinnissa merkitystä kuin rajoitetusti.

Aineellisoikeudellisesti heikomman asianosaisen suojaaminen kuuluu lain-
sääntäjälle, joka huolehtii tehtävästä esimerkiksi sisällyttämällä lainsäädäntöön
presumptioita. Esimerkiksi KSL sisältää presumptioita, joilla on pyritty suoja-
maan kuluttajaa todistus oikeudellisesti. Kun esimerkiksi kuluttajan ja elinkei-
nonharjoittajan välillä on riitaa siitä, onko sopimusehto laadittu ilman kulutta-
jan myötävaikutusmahdollisuutta, elinkeinonharjoittajan tulee osoittaa, että ku-
luttajalla on ollut mahdollisuus vaikuttaa sopimuksen sisältöön (KSL 4:4).
Myös silloin, jos asianosaisten erimielisyys kohdistuu kuluttajapalvelusopi-
musten hinta-arviossa siihen, onko esitettyä rahamäärää pidettävä kiinteänä
hintana, enimmäishintana, hinta-arviona vai suuntaa-antavana hintatietona, toi-
meksisaajan on näytettävä väitteensä toteen (KSL 8:24.3). Heikomman asian-
osaisen suojaaminen näytön arvioinnin kautta voi johtaa arvaamattomiin ja yl-
lättäviin seurannaisvaikutuksiin.⁹³⁰ Kuluttajansuojaoikeudellisten tavoitteiden
toteuttamiseksi näytön arviointia tehokkaampi keino ylipäänsä on varmistaa
tiedotuksen avulla se, että kuluttajat saavat tarpeeksi tietoa oikeuksistaan ja
osaavat esimerkiksi etukäteen pyytää kirjallisen hinta-arvion korjaustyöstä. Eri
asia on, että eräissä tilanteissa todistelun riski on tarkoituksenmukaista säilyttää
asianosaiselle, jolla on paremmat näyttömahdollisuudet.⁹³¹

Näyttöenemmyysperiaatteesta poikkeaminen tulee kysymykseen todetulla
tavalla silloin, kun jommallakummalla asianosaisella on vastapuoltaan selvästi

⁹²⁹ Ks. *Halila 1955*, s. 291 – 307. *Halila (1955)*, s. 306 – 307) toteaa yhteenvedona, että todis-
tustaakan jaossa varallisuus oikeuden alueella voidaan tuskin löytää muita kuin kolme huomioon
otettavaa näkökohtaa, joilla olisi jonkinlaista kantavuutta. Näitä ovat aineellisen oikeuden tar-
peet, kokemusperäinen todellisuus ja näyttömahdollisuus.

⁹³⁰ Ks. myös *Klami 2000*, s. 109, joka toteaa, että ”kuluttajaa todistusharkinnallisin menetel-
min suojattaessa on suuri varovaisuus kuitenkin paikallaan.”

⁹³¹ Ks. esimerkkinä tästä edellä jaksossa 7.3. käsitelty KKO 1991:172.

parempi mahdollisuus esittää jostakin oikeustositseikasta näyttöä. Todisteluun varautuminen näyttöenemmyysperiaatteen syrjäyttäjänä voi tulla kysymykseen silloin, kun jostakin oikeustositseikasta ei ole esitetty lainkaan näyttöä, tai kun kummankaan asianosaisten näyttö ei riitä muodostamaan järkevää näyttöenemmyyttä. Oikeuskäytännössä näyttöön varautumismahdollisuudet todistustaakan jako- ja tai näyttökynnyksen ankaroitamisperusteina voivat tulla kysymykseen hyvin erilaisissa tilanteissa. Todistustaakan asettamiseen voi vaikuttaa esimerkiksi se, onko kysymyksessä oleva näyttö vain toisen asianosaisen hallussa.

Ennakkopäätöksessä KKO 1998:4 kysymys oli elatusavun korottamisesta. Kantajan ja vastaajan elatusapusopimus oli vahvistettu vastaajan ollessa työtön. Kun vastaaja oli saanut töitä ulkomailta, kantaja vaati elatusavun tuntuvaa korottamista ja esitti selvitystä, joka KKO:n mukaan viittasi siihen, että vaatimus ei ollut liiallinen vastaajan elatuskykyyn nähden. Kun vastaaja ei ollut esittänyt selvitystä elatuskykynsä arviointiin vaikuttavista ansiotuloista, hänen tuli kärsiä haitalliset seuraamukset siitä, että ne jäivät luotettavasti selvittämättä.⁹³²

Todisteluun varautumisenäkökohtiin näyttöenemmyysperiaatteen syrjäyttäjänä liittyy myös kysymys siitä, voidaanko asianosaiselle asettaa vastapuoltaan ankarampi näyttövaatimus, jos hän on menetellyt moitittavasti, ja siten tuhonnut vastapuolen mahdollisuuden esittää näyttöä todistustaakkansa piiriin kuuluvista seikoista. Näyttömahdollisuuksien tuhoamisesta seuraa tietysti, että todistustaakan jostakin oikeustositseikasta kantava asianosainen ei kykene esittämään edes yksinkertaisen näyttöenemmyyden vaatimuksen muodostavaa näyttöä, jolloin pääsy oikeuksiin estyy.

Ennakkopäätöksessä KKO 1990:78 oli kysymys vahingonkorvausoikeudellisesta syy-yhteydestä. Tapauksessa kolme henkilöä oli ampunut samalla aseella vuorotellen useita laukauksia maavallia kohti. Yksi laukaus oli osunut ampuvalinjan lähellä olleeseen muuntajaan ja aiheuttanut sen vaurioitumisen. KKO:n mukaan vahingonaiheuttajat olivat VahL 6:2:n nojalla yhteisvastuullisesti velvolliset korvaamaan vahingon, koska ampujilla oli ollut varomattomuutena ilmennyt tuottamus, eikä kukaan ollut selvittänyt, että muuntajaan osunut luoti ei ollut hänen ampumansa.

Ennakkopäätöksessä todistustaakka syy-yhteydestä käännettiin vahingonaiheuttajille, koska näiden katsottiin menetelleen tuottamuksellisesti ryhtymällä ammuskelemaan lähellä muuntajaa. Ratkaisussa todistustaakan kääntämistä ei perusteltu näyttövaikeuksilla, mutta selvää on, että vahingonkärsijän olisi ollut mahdotonta osoittaa, kuka oli ampunut muuntajaa vaurioittaneen laukauksen.

⁹³² Ks. ratkaisun johdosta esim. *Hemmo II*, s. 149 ja *Saarnilehto 2005*, s. 40, 44.

Ratkaisu on vahingonkärsijän kannalta perusteltu, mutta todistus oikeudellisesti mielenkiintoinen siksi, että presumptioksi asetettiin seikka, joka tiedettiin väääräksi: muuntaja oli rikkoutunut yhdestä laukauksesta, joten kaikki kolme eivät olleet voineet aiheuttaa vahinkoa.⁹³³ Vastuu syntyy kuitenkin jo tuottamukselliseen toimintaan osallistumisen perusteella. Todistustaakan kääntäminen voi tulla kysymykseen muissakin vaihtoehtoisen kausaliteetin tilanteissa, jos vastaajien näytetään lisänsen vahinkoriskiä, ja riski ajankohtaistuu, mutta vahingonkärsijä ei kykene näyttämään, kuka toimijoista on vahingon aiheuttanut.⁹³⁴ Todistustaakan kääntämisen prosessuaalisella perusteella katsotaan tulevan kysymykseen myös muissa moitittavan menettelyn tilanteissa.⁹³⁵

Näyttöenemmyysperiaatteen soveltaminen ei luonnollisesti sulje pois oikeudenkäynnin ulkopuolella tapahtuvaa todisteluun varautumista, vaan näyttöenemmyysperiaate tukee tällaista ajattelumallia. Asianosaisten on syytä valmistautua oikeusriitaan, jos hän haluaa oikeusrauhaa. Mitä perusteellisemmin asianosainen varautuu todisteluun, sitä paremmat mahdollisuudet hänellä on kyetä tuottamaan oikeudenkäynnissä kertomus, joka on paitsi sisäisesti uskottava, myös tuettavissa todistusaineistoon. Näyttöenemmyysperiaatetta on kritisoitu myös siitä, että sitä sovellettaessa molempien osapuolten olisi etukäteen varauduttava mahdollisimman laajoin näyttöaineistoin.⁹³⁶ En itse näe tällaisessa menettelyssä ongelmaa, koska näin todistusaineisto muodostuu mahdollisimman täydelliseksi – eikä riitakaan välttämättä ajankohtaistu.⁹³⁷ Asianosainen voi tosin parantaa näyttömahdollisuuksiaan vielä oikeudenkäynnissäkin, esimerkiksi vaatimalla editiota eli asiakirjan esittämistä.⁹³⁸

⁹³³ Tästä huomauttaa *Ståhlberg 1993*, s. 243. Ks. ratkaisun johdosta erit. *Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006*, s. 271–273.

⁹³⁴ Ks. kysymyksestä erit. *Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006*, s. 271–273, *Schultz FS Heuman*, s. 442–444.

⁹³⁵ Ks. *Halila 1955*, s. 302–306 sekä *Olivecrona 1930*, s. 120, *Ekelöf – Boman IV*, s. 82 ja *Heuman 2005*, s. 202–208.

⁹³⁶ *Halila 1955*s. 64–65.

⁹³⁷ Myöskään *Jouko Halilan (1955, s. 65)* mukaan varautumismääräkohdan merkitystä haitta puolen ei sovi liioitella; hän on pitänyt sitä toisaalta myös etuna, koska todistusaineisto muodostuu mahdollisimman täydelliseksi.

⁹³⁸ Ks. editiovelvollisuudesta esim. *Tirkkonen SP II*, s. 158–166, *Andström DL 1997*, erit. s. 243–252, *Leppänen 1998*, s. 230–240, *Lappalainen SP II*, s. 189–199, *Jokela III*, s. 239–240 ja *Ekelöf – Edelstam – Heuman IV*, s. 259–275.

9 Tutkimuksen yhteenveto ja johtopäätökset

Tässä tutkimuksessa on pyritty perustelemaan näyttöönemmyysperiaatteen soveltamista dispositiivisten riita-asioiden johtavana näytön arvioinnin periaatteena. Näyttökynnsilmaukset ovat laajemmassa tarkastelussa asioita, jotka läpäisevät kaikki *Tuorin* kriittisen oikeuspositivismin teoriassa tarkoitetut kolme tasoa. Oikeuden syvärakenteen tasolla ne ilmaisevat nykyään länsimaiseen oikeusvaltioperiaatteeseen kiinteästi liitettävää vaatimusta mielivallan kiellosta, johon kääntöpuolena liittyy vaatimus samanlaisten asioiden ratkaisemisesta samanlaisella tavalla. Vaikka mielivaltaisen ratkaisutoiminnan kiello liitetään länsimaiseen oikeusvaltioon eräänlaisena metavaatimuksena, vaatimus voidaan ajoittaa myös aikaan, jolloin länsimaista oikeusvaltiota ei vielä nykyään tunneta merkityksessä ollut kehitetty.

Näyttökynnsilmausten muodostamiseen ovat keskeisellä tavalla vaikuttaneet kulloisenakin aikakautena vallinneet käsitykset tieteellisen tiedon luonteesta ja tiedon saavuttamiskeinoista. Historian alkuhämärissä turvauduttiin jumaliin; juutalais-kristillisen teologian ja siihen liittyvän skolastiikan myötä näytön arviointi muuntui tarkoin aritmeettisiin normeihin säänneltyksi toiminnaksi, jossa yhdenvertaisen kohtelun vaatimus näyttökysymyksen ratkaisemisessa turvattiin vakioimalla todistuskeinojen näyttöarvo. Vapaan todistusharkinnan periaatteen kehittymiseen vaikuttivat yhteiskunnalliset muutokset sekä lisäksi ongelmat, joihin legaalisen todistusteorian normit olivat johtaneet.

Vapaan todistusharkinnan vallitessakin näytön arviointi miellettiin kuitenkin oikeudellisiin standardeihin ohjatuksi toiminnaksi, vaikka näytön arviointia ei enää oikeussäännöksiin säänneltykään. Suomen vanhemmassa prosessioikeudessa näytön arviointi systematisoitiin tuomioistuinten todistusharkintaan, jossa vertailukohtana piti pitää ”muita huolellisia ja järkeviä” henkilöitä. Tämän vaatimuksen muotoili aikanaan *R. A. Wrede*, jonka tutkimuksista se omaksuttiin Suomen vanhempaan prosessioikeustutkimukseen. Yksinomaan ratkaisijan subjektiivisiin kriteereihin viittaavana vaatimuksena se on sittemmin saanut osakseen ankaraa kritiikkiä; osin kenties aiheettomastikin.

Skandinavian prosessioikeustutkimuksessa näytön arviointia pyrittiin 1940-luvulta alkaen lähestymään frekvenssien arvioimisena; suurena syynä tähän olivat subjektiivisiin kriteereihin nojautuvat vaatimukset, joita numeerisella arvioinnilla pyrittiin objektivoidaan. Frekvenssiteoreetikkojen näkemykset nojaavat osin skandinaaviseen realismiin, mutta ne muistuttavat myös, frekvensseinä ilmaistuihin todennäköisyyksiin tukeutumisen ja ”uskottavuuden astetta” koskevien näkemysten osalta, ajan muotifilosofin, *Bertrand Russellin* inhimillisestä tiedosta ja todennäköisyyksien lajeista esittämiä näkemyksiä.

Oikeuskirjallisuudessa keskustelua on käyty todistusarvometodin ja teemametodin tiimoilta. Vaikka metodit eroavat osin merkittävästi systemaattisesti, niiden suurin ongelma on näyttöratkaisun abstrahoiminen tilastotieteellis-maattiseksi toiminnaksi. Tämän seikan väitetään johtaneen tuomioistuinjuristien ja tutkijoiden välisen keskusteluyhteyden katkeamiseen. Frekvenssiteorioiden etu edeltäjäänsä nähden on kuitenkin siinä, että frekvenssiteorioissa käsitys näyttöratkaisusta monipuolistuu, ja eräitä todistusarvometodiin kuuluvia kaavoja voidaan soveltaa peukalosääntöinä. Frekvenssiteoreetikkojen mukaan numeerinen arviointi on vain esitystekninen keino, näytön arvioinnin ollessa viime kädessä intuitionvaraista toimintaa. Tämä merkitsee sitä, että näytön arvioinnin haastavimpien tyyppitilanteiden, todistusaineiston kokonaisnäyttöarvosta ja näytön riittävydestä päättämisen osalta tilanne jää ikään kuin auki: miten nämä kysymykset olisi ratkaistava?

Olen pyrkinyt perustelemaan näkemystä, jonka mukaan näytön arvioinnissa tulisi arvioida lähtökohtaisesti sitä, mikä tosiseikkahypoteesi selittää parhaiten selittää käsillä olevan todistusaineiston. Näytön arviointi on suoritettava käsillä olevan todistusaineiston perusteella ja siihen rajoittuen, arvioinnin kohdistuessa siihen, mikä asianosaisten tuottamista kontekstikertomuksista (jotka kiteytyvät juridisiksi todistusteemoiksi) on parhaiten tuettavissa todistusaineistoon. Tutkimuksessa ehdotettu lähestymistapa on näkemykseni mukaan tarkoituksenmukaisin arvioitaessa sitä, miten näyttökynnys tulisi yksittäistapauksessa konkretisoida.

Tutkimuksessa on käsitelty myös näyttöenemmyysperiaatetta vastaan ja sen puolesta esitettyjä argumentteja. Näkemykseni mukaan näyttöenemmyysperiaatteen soveltamisen edut ovat selvästi painavammat kuin sitä vastaan esitetty argumentit. Näyttöenemmyyden vaatimus dispositiivisten riita-asioiden normaalinäyttökynnyksenä tarkoittaa sitä, että tuomioistuimen tulisi, ellei käsillä ole erityisiä vastasyitä, perustaa tuomionsa siihen todistusteemaan, joka parhaiten selittää käsillä olevan todistusaineiston. Numeeristen näyttöarvojen pohtimisen sijasta näyttöenemmyysperiaatteen soveltaminen merkitsisi nähdäkseni sitä, että näytön arvioinnissa keskityttäisiin rikosprosessuaalisen hypoteesimetodin tavoin enemmän päätöksentekoon.

Näyttöenemmyysperiaate yhdistettynä kertomusten ”hyvyyden” arvioimiseen, eli sen pohtimiseen mikä kontekstikertomus saa eniten tukea näytöstä, soveltuu myös hyvin yhteen dispositiivisten riita-asioiden menettelynormien kanssa, sillä monet säännökset (esim. asiaesittely ja todistajankuulustelu) vaikuttavat suorastaan edellyttävän taustakseen tukeutumista jonkinlaiseen narratiivisuuteen. Näyttöenemmyysperiaate liittyy tältä osin myös oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin, jota *Laura Ervo* on tutkimuksessaan tarkastellut diskurssi-eettisessä viitekehyksessä.⁹³⁹ *Matti Tolvanen* on tulkinnut Ervon tarkoitta-

⁹³⁹ Ks. erit. *Ervo* 2005, s. 24–29.

neen, että oikeudenkäynnissä tulisi pyrkiä konsensukseen, mitä hän ei pidä realistisena tavoitteena.⁹⁴⁰ Ervo ei liene kuitenkaan tarkoittanut, että oikeudenkäynnissä tulisi faktisesti pyrkiä konsensukseen, vaan oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksia on tarkasteltu diskurssieettisestä näkökulmasta siksi, että oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin keskeisin edellytys on antaa asianosaisille yhtäläinen oikeus ajaa asiaansa.

Ervon tarkastelutapa ei suljakaan pois sitä Tolvasen mainitsemaa faktaa, että ”oikeudenkäynnissä ei pyritä konsensukseen. Lähtökohtaisesti kukin osallinen pyrkii hänelle edulliseen lopputulokseen: kantaja tai syyttäjä pyrkii näyttämään kanteensa (syytteensä) toteen, vastaaja pyrkii kanteen (syytteen) hylkäämiseen tai ainakin mahdollisimman lievään seuraamukseen ja asianomistaja pyrkii ensi sijassa turvaamaan oikeutensa vahingonkorvaukseen”.⁹⁴¹

Näyttöenemmysperiaate tässä tutkimuksessa ehdotetussa muodossa astuu ikään kuin askeleen diskurssieettisen tarkastelutavan edelle. Oikeudenkäyntiin on päädytty siksi, että asianosaiset eivät voi toteuttaa intressejään yhtäaikaaisesti. Asianosaisten erimielisyys kiteytyy erilaisiksi kertomuksiksi tapahtumainkulusta. Miksi emme asettaisi lähtökohdaksi sitä, että tuomioistuimen pitää lähtökohtaisesti panna tuomion perusteeksi todistusaineiston sisällön parhaiten selittävä tosiseikkahypoteesi sen jälkeen, kun asianosaisille on annettu yhdenvertainen ja reilu mahdollisuus ajaa asiaansa?

⁹⁴⁰ Tolvanen LM 2006, s. 1332.

⁹⁴¹ Tolvanen LM 2006, s. 1332.

Abstract

Timo Saranpää

THE PREPONDERANCE-OF-THE-EVIDENCE PRINCIPLE IN CIVIL CASES

According to the theory known as the preponderance-of-the-evidence principle, a court is to base its judgment on a fact which, in light of the evidence presented in the case, can be considered more probable than its opposite. The status of the principle in the legal literature seems unclear, but the courts are seen as seen as being close to applying it in civil suits.

The present study argues that the preponderance standard should be applied as the normal standard of proof in non-mandatory civil cases and that the benefits of the preponderance principle outweigh the criticism that has been directed against it. A second claim in the research is that the preponderance principle does not conflict with the provisions on evidence in Chapter 17 of the Finnish Code of Judicial Procedure or with the special provisions found in other legislation.

The research draws on a legal dogmatic method. The aim of the work is to systematize the preponderance principle as the leading principle in evidentiary decisions as well as to argue why the principle should be applied as the leading principle. Owing to the implications of the study for legal politics, the research method falls into the realm of *de sententia ferenda* research.

The theoretical frame of reference adopted in the work is critical legal positivism, which is not a method intended to produce interpretations but a way to understand modern law. Critical legal positivism was chosen as the frame of reference in order to enable a comparison of the wholly divergent opinions on the preponderance principle that have been presented in the Nordic legal literature.

The study asserts that the concept of a standard of proof concretizes the prohibition against arbitrary decisions that is part of the deep structure of law; efforts have been made to uphold this prohibition through various theories of evidence assessment operating on the level of the legal culture. The principle of the preponderance of evidence has been discussed most intensely in the context of what are known as the theme probability model and the evidentiary value model. The criticism directed against the principle also rests for the most part on a conception underlying the evidentiary value model and embracing the so-

cietal function of civil procedure whereby the judgments handed down in civil cases should make it possible to implement the aims of substantive law in society. In the theme probability model, with which the preponderance principle is traditionally associated, problems of assessing evidence are, by contrast, considered in terms of the case at hand. Due to these basic differences and the differences in the concept of probability in the two models, the principle of the preponderance of evidence has acquired a different status in theories.

The research first examines the basic concepts of evidentiary law and its systemic context. It also discusses provisions that define how the arguments presented before courts for investigation in non-mandatory civil cases are formed. The work then proceeds to analyze the structure whereby the sufficiency of evidence is assessed, and concretizes the theory of critical legal positivism as the theoretical frame of reference for the research.

The study first considers what is referred to the persuasion model, a theory elaborated in older Finnish research on procedural law, and thereafter takes up the probability model, a term coined to refer to both the evidentiary value model and the theme probability model that have been developed in Nordic research on procedural law. In conjunction with the probability model, the work examines the status of the preponderance principle in legal practice in Sweden and Norway. In Sweden, the argumentation typically linked with the preponderance principle focuses on lowering what is considered a high normal standard of proof; in Norway, the principle is the leading principle in assessing evidence, although there are a number of grounds allowing exceptions from it. Following treatment of the probability model, the research examines the theories that have been developed in the Nordic legal literature as alternatives to the evidentiary value and theme probability models.

The study next proceeds to examine the preponderance principle as the normal standard of proof in non-mandatory civil cases. The preponderance principle is not associated with the methods characteristically used in assessing evidence in the evidentiary value or theme probability models. Rather, it is linked with what is known as the story model, according to which the evaluation of evidence consists of testing the accounts of events presented by the parties in light of the evidence available. The assessment of the evidence is coupled with a conclusion based on the best explanation, with the preponderance of the evidence deemed to be at hand when either of the parties produces an account that better explains the content of the evidence. Application of the preponderance principle means that the court should essentially adopt such a hypothesis as the basis for its judgment.

Application of the preponderance principle is justified in that it increases legal certainty. A court can never be certain which fact best corresponds to the course of events outside the courtroom, but when one adheres to the preponderance principle, the hypothesis chosen as the basis for the judgment is more

credible than its converse. Legislation and legal practice pose no obstacle to application of the preponderance principle, as they do not require one to abandon the rules for dividing the burden of proof; neither do legislation and legal practice contain any norm regarding the normal standard of proof in non-mandatory civil cases. Application of the preponderance principle is also justified in that it is party neutral and fulfills the requirement of procedural equality of the parties: the favoring of one party through an evidentiary standard that is stricter than the principle of preponderance requires special grounds.

The main chapter of the thesis dealing with the preponderance principle as the normal standard of proof also examines the arguments against application of the principle, which derive from the persuasion and probability models. The chapter demonstrates that those arguments are bound to the models and presents arguments as to why the models pose no obstacle to application of the preponderance principle as the leading principle. The chapter also examines situations in which the preponderance principle cannot be applied. In that context, the work analyzes the view whereby descriptions of the evidentiary threshold in legislation act as tools guiding the assessment of evidence and examines arguments, now become principles, which in concrete situations can result in the preponderance principle yielding to other approaches.

The results of the research indicate that weighty legal-political arguments can be adduced for adopting the preponderance-of-evidence standard as the normal standard of proof in civil cases. When the preponderance principle is coupled with a conclusion based on the best explanation, the principle also seems like a more appropriate theory for courts in handing down judgments in practice than the other theories on the assessment of evidence to be found in the Finnish legal literature.

Finnish Lawyers' Association 2010
ISBN 978-951-855-300-0

Oikeustapaushakemisto

SUOMI

Korkein oikeus (KKO)

		1999:66	161
		1999:98	20
		2000:22	40
		2000:35	46
1950-I-14	94	2000:71	116
1978-II-43	104	2000:84	67
1979-II-135	100	2000:96	48
1980-II-2	142	2001:1	36
1981-II-102	53	2001:77	57, 68–69, 71
1981-II-110	50	2001:136	67
1982-II-120	94	2002:47	114
1982-II-126	50	2002:56	94
1983-II-5	142	2003:4	71, 88
1984-II-1	50	2003:111	57
1984-II-71	139, 142	2004:8	87
1985-II-44	50	2004:11	161–162
1985-II-132	142	2004:23	110
1986-II-163	50	2004:24	114
1989:7	89, 94	2004:50	35–37
1989:105	76–77	2004:57	114
1990:148	53	2004:60	114
1991:64	57	2004:70	162
1991:65	182	2004:72	114
1991:172	213–214, 288	2004:95	110
1992:12	53	2005:69	34–35, 269
1992:64	84	2005:91	48
1993:80	5	2005:103	95, 247
1994:41	101	2005:115	95, 247
1995:182	46	2006:26	110
1996:102	5, 57	2006:51	110
1996:155	142	2006:54	57, 61, 69–72, 76, 77
1997:6	57	2006:61	28
1997:23	161	2006:78	102, 114
1997:25	40	2007:23	110
1997:26	48	2007:52	86, 95, 97–98, 247
1997:48	74	2007:72	242
1997:90	57, 86	2007:74	90
1997:109	161	2008:43	67–68
1997:137	110, 111–112, 213–214	2008:68	44, 160
1998:88	209	2008:77	53
1998:117	62–63, 89	2008:81	114
1999:20	12	2008:90	45
1999:44	104	2008:95	44–45
1999:63	57, 58, 70, 71	2009:43	114

2009:62	45
2009:78	286
2010:9	54
2010:23	64–65
2010:40	86
2010:53	76
KKO Dnro S2007/659, taltionumero 1740/2008, annettu 28.8.2008	49–50

RUOTSI

Högsta domstolen (HD)

NJA 1936 s. 439	198
NJA 1938 s. 93	198
NJA 1938 s. 564	198
NJA 1941, avd. A, 218	198
NJA 1976 s. 667	100, 179
NJA 1977 s. 176	179–180
NJA 1977 s. 549	180
NJA 1981 s. 622	180
NJA 1982 s. 421	180
NJA 1983 s. 617	182
NJA 1984 s. 501 I ja II	181, 183
NJA 1986 s. 3	181
NJA 1986 s. 470	179, 215
NJA 1990 s. 93	215
NJA 1991 s. 476	211–212
NJA 1991 s. 481	181, 182
NJA 1992 s. 113	181
NJA 1992 s. 263	100
NJA 1992 s. 740 I ja II	181
NJA 1992 s. 896	181–182
NJA 1993 s. 764	179, 182
NJA 1999 s. 197	182
NJA 2001 s. 368	182–183
NJA 2001 s. 657	183
NJA 2006 s. 120	217
NJA 2006 s. 170	217, 287
NJA 2006 s. 367	217
NJA 2006 s. 721	217–218
NJA 2007 s. 461	183–184
NJA 2007 s. 540	218
NJA 2008 s. 826	218
NJA 2008 s. 915	283
NJA 2008 s. 1053	218
NJA 2009 s. 64	218
NJA 2009 s. 210	218
NJA 2010 s. 8	218

NORJA

Høyesterett (HR)

Rt. 1955 s. 919	188
Rt. 1961 s. 973	188
Rt. 1975 s. 82	188
Rt. 1979 s. 1224	188
Rt. 1985 s. 211	192
Rt. 1987 s. 657	192
Rt. 1989 s. 674	187
Rt. 1990 s. 688	192
Rt. 1990 s. 1082	192
Rt. 1992 s. 64	189, 195
Rt. 1996 s. 864	187, 190, 192–193
Rt. 1997 s. 883	190
Rt. 2000 s. 418	190
Rt. 2000 s. 915	190
Rt. 2005 s. 495	190, 191
Rt. 2007 s. 1370	191
Rt. 2008 s. 1409	193
Rt. 2009 s. 920	187, 190
Rt. 2010 s. 224	191

Asiahakemisto

Abduktiivinen päättely, ks. päättely parhaaseen selitykseen

Absolutt tvil 177, 185

Actori incumbit probatio 215

Actori incumbit probatio; exceptio reus fit actor 215

Aineellinen prosessinjohto

- asianajajaprosessissa 86
- funktiot 86–87
- indispositiivisesta oikeustosisesta 52, 54
- oikeudenkäyntikuluvaatimuksesta 48
- seikan notorisuudesta 41–42
- sovitteluvaatimuksesta 54
- todistajankuulustelussa 276–277
- todistusaineiston rajoittaminen 87, 106–107, 249, 276
- todistusaineiston rikastaminen 13, 83, 86–87, 275

Aineellinen totuus

- kritiikki 24–25, 29–30, 168–169
- määritelmä 3, 24
- oikeudenkäynnin perimmäisenä tavoitteenä? 24, 29, 127, 149, 158, 176
- suhde prosessiperiaatteisiin 81

Ainutlaatuisuusperiaate 258

Aktiivinen unohtaminen 25

Aleettinen taso 130, 131, 143, 248

Alkuperäistodennäköisyys

- todistusarvometodissa 172, 174–175
- todistustaakan jakoperusteena 176, 216
- yleisen elämäkokemuksen synonyymina 250

Ankara vastuu 37, 74, 209,

Ankkuroimisperiaate 236–237, 258–259, 280

Anonyymi tuottamus

- sitä koskeva väittämistaakka 93–94,

Aputosisikka

- kokemussäännön täsmentäjänä 111, 206,
- negatiivinen aputosiseikka 111
- positiivinen aputosiseikka 111
- kertomuksen totuudenmukaisuutta heikentävät aputosiseikat 254

- kertomuksen totuudenmukaisuutta vahvistavat aputosiseikat 254–255

Argumentteja kehittävä dogmatiikka 6

Aritmeettinen näytösäännös

- funktiot 124, 128, 291
- ongelmat 127

Arkiajattelu

- ja päättely parhaaseen selitykseen 245
- suhde todistusharkintaan 110, 245

Arvostelmateoria 148, 173, 174, 273, 274

Aseenkantaja-ideaalityyppi 238

Asianajosalaisuus 27–28

Asianosaisautonomia 12–13

Asianosaisautonomian periaate 12–13

Asianosaisen esittämis oikeus 13

Asianosaisen yksityisautonomia 13

Asianosaisneutraalisuus 263–265

Asianosaisvalmistelu 105, 107

Asiantuntija 20

Asiaväite

- määritelmä 73

Bonus pater familias -standardi 141

Da mihi factum, dabo tibi ius 19, 56

De lege ferenda -tutkimus

- määritelmä 16

De sententia ferenda -tutkimus

- määritelmä 6
- suhde argumentteja kehittävään dogmatiikkaan 6
- suhde oikeusdogmatiikkaan 7

Dispositiivinen riita-asia

- määritelmä 12
- rooliperiaatteet 12–13

Empiirinen menetelmä

- suhde oikeusdogmatiikkaan 7–8
- todistus oikeustutkimuksessa 7–8

Ekskulpaatiovastuu 93–94, 182, 186, 289–290

Ennakoasenne-esteellisyys 44–45

Episteeminen taso 130–131

Equality of arms 264

Esteettömyysvaatimus

- ehdottomana prosessinedellytyksenä 44

Faktapositivismi 29

- Faktapremissi 3, 17, 24, 29, 32, 162, 176, 202, 211, 222, 223, 260, 261, 265

Falsifikaatiotesti 248–249

Forum shopping 195

Funktionaalinen malli 103

Hallintolainkäyttö 11, 22

Hermeneutiikka 210–211

Humalatilat

- sopimuksen pätemättömyysperusteena 173

Hypoteesi

- hyväksymisen käytännölliset perusteet 280
- hyväksymisen loogiset perusteet 280
- määritelmä 237

Hypoteesimetodi

- kritiikki 115–116
- näytön arvioinnin teoriana 113–116, 237

Hyvä asianajajatapa 27, 28, 105

Hyödyntämiskielto 127

Ideaaliprosessi 7, 287

Indisio, ks. aihe- eli indisiotodistelu

Indispositiivinen riita-asia

- määritelmä 12

Individualisointiteoria 65

Induktiivinen metodi 235, 244–245

Induktiometodi, ks. induktiivinen metodi

Instanssijärjestyksen periaate 68, 161

Institutionaalinen oikeustosisieikka, ks.

kompleksinen oikeustosisieikka

Intuitio

- määritelmä 112
- todistusharkinnassa 112–113, 114, 122, 159, 161, 164, 196, 198–199, 210, 244–245, 253, 292

Iura novit curia -periaate

- alkuperä 19
- funktiot 19
- suhde ulkomaan oikeuteen 20
- suhde väittämistaakkaan 55–56, 68, 71

Jatkokäsittelylupa 18–19

Jatkuvuusteoria 186

Johdattelevat kysymykset

- määritelmä 249

- niitä koskeva hyödyntämiskielto pääkustelussa? 276–277

Johdonmukaisuusperiaate 258

Justifikaatio

- sisäinen 17–18
- ulkoinen 18

Juttuteoria

- asianajajan näkökulmasta 238–241
- määritelmä 238

Jälkisattumus 73

Kanne

- luopuminen 46
- myöntäminen 46
- peruuttaminen 46

Kanteenmuutoskielto 64–68

Kertomus

- absoluuttinen hyvyys 280
- määritelmä 237
- relatiivinen hyvyys 280
- todistusaineiston jäsentäjänä 241
- tuomarin näkökulmasta 241–243

Kertomusmalli 235–237

Keskitysfunktio 80, 81, 85

Keskitysperiaate 55, 68, 81

Kiistäminen

- laiminlyönnin todistusvaikutus 48–49
- tunnustamisen vastinparina 46
- viestinä vedotun seikan paikkansapitämättömyydestä 26

Kiistämistaakka

- määritelmä 48
- suhde näytön arviointiin 48–49
- suhde väittämistaakkaan 49–50

Kirjallinen valmistelu

- tuomio kirjallisessa valmistelussa 40

Koherenttius

- ”totuuden” mittarina? 246

Kokemussääntö

- deterministinen kokemussääntö 109–110
- frekvenssiteorioissa 161, 162, 164, 174–176, 197, 198, 202, 221–222
- funktio vapaassa todistusharkinnassa 127
- liityntä oikeusnormeihin 210–214
- määritelmä 24, 109
- perustuu induktiiviseen päättelyyn 197
- yleisesti notorinen kokemussääntö 40–41

Kompleksinen oikeustosisieikka

- sen tunnustaminen 46–47, 103–104

- määritelmä 106
- Konfrontaatio 275–276
- Konstruktio
 - määritelmä 168
 - rakenteellinen näyttö konstruktiona 167–168
- Kontraarinen väite 172
- Kontradiktorinen periaate
 - knowledge of- ja comment on -ajattelutavat 55
- määritelmä 148
- väittämistaakka kontradiktorisen periaatteen ilmentäjänä 53–54, 55, 71–72, 88
- Korostunut huolellisuusvelvollisuus 35–37, 212, 239
- Korrespondenssiteoria 24, 29
- Korvauksettomuuden periaate 185
- Kriittinen oikeuspositivismi
 - modernin oikeuden kolme tasoa 115–118
 - oikeuden tasojen suhteet 118–120
 - tutkimuksen teoreettisena viitekehystenä 10–11, 120–122
- Kuitausväite 76
- Kuulopuhetodistelu 44, 160
- Kyselyoikeus 48, 49, 54, 63, 71, 72, 85, 86, 87, 88–89, 97, 105
- Kyselyvelvollisuus 60, 86, 97
- Käsitelainoppi
 - saksalaisperäisen tutkimustradition menetelmänä? 131–132
- todistustaakan jaon tutkimuksessa 92, 131–132, 151
- Käsittelymenetelmä 12, 13, 50, 54, 82, 84, 86, 170
- Käyttäytymisen ohjaaminen
 - Karl Olivecronalla 150, 153
 - kritiikki 157–158,
 - Per Olof Ekelöfillä 153
 - suhde todistustaakanormeihin 23, 150, 155–156, 158, 165, 201, 228–229, 270
- Käännetty todistustaakka
 - moitittavan menettelyn sanktiona 289–290
 - Norjassa 186–187
 - sopimusoikeudessa 93–94
 - suhde väittämistaakkaan 93
 - vahingonkorvausoikeudessa 93, 289–290
- Kääntynyt todistustaakka 94–95
- Lautamiesjärjestelmä 33–34

- Legaalinen todistusteoria 101, 123–125, 127–128, 135, 140, 163, 196, 218, 291
- Legaliteettiperiaate 117, 269
- Liberalistinen prosessikäsitys 83–84
- Manifest bevisdatum 204–205
- Menettelyllinen oikeudenmukaisuus 279
- Mielivaltaisen ratkaisutoiminnan kielto
 - osana oikeuden syvärakennetta 121, 218
- Moralistinen virhepäätelmä 248
- Muodollinen prosessinjohto
 - määritelmä 80
 - siihen kuuluvat tehtävät 80
- Muodollinen todistusteoria 123, 125, 218
- Muodollisen totuuden periaate 148, 173, 274
- Muutoksenhaku
 - appellityyppinen 18
 - kassaatiotyypinen 18
 - revisiotyyppinen 18
 - syyt 277
- Myöntäminen
 - määritelmä 46
- Määräämisperiaate
 - nimitykset oikeuskirjallisuudessa 12–13
 - osa-alueet 12–13
 - suhde informatoriseen prosessinjohtoon 84–85, 90
 - väittämistaakka määräämisperiaatteen ilmentäjänä 50, 54–55
- Negatiiviteoria 205
- Neuvottelusalaisuus 45
- Normaalinäyttökynnys
 - Norjassa 187–188, 194
 - Ruotsissa 179, 193, 195
 - Saksassa 138–139, 195
- Normatiiviteoria
 - objektiiviset vaatimukset osana sitä 203–204
 - yleiset edellytykset osana sitä 204–205
- Normipremissi 17, 32
- Normin suojatarkoitus 213
- Normiteoria 268–269
- Notorisuus
 - funktiot 41
 - suhde tunnustamiseen 47
 - suhde väittämistaakkaan 39, 42
 - tuomioistuinnotorisuus 42–43
 - yleinen notorisuus 40–42

Näyttöarvo

- määritelmä 14, 109, 197

Näyttökynnys

- alentaminen Ruotsissa 179–184, 193
- alentaminen ohjausteoriassa 156, 193, 232
- alentaminen vakuuttumismallissa 138
- esitutkinta- ja pakkokeinolaeissa 281–282
- hypoteesimetodissa 115
- kohde oikeudenkäyntiaineistossa 14, 32
- käyttäytymisen ohjauksen välineenä 155, 157–158, 165, 201
- lahjoitusväitteestä 110
- lainsäädännössä 31, 138, 262, 282–283
- liittäminen osaksi todistustaakanormia 14, 154–155, 227, 247
- maksuväitteestä 33, 155, 157–158, 165, 175, 177–178, 200–201, 205, 208, 224
- mielivaltaisen ratkaisutoiminnan kiellon konkretisoijana 121, 218, 291
- määritelmä 2
- numeeriset arvot ohjausteoriassa 164, 221, 223
- objektiivis-normatiivinen näyttökynnys 31, 113, 114, 218, 227, 233
- osana todistusharkintaa 137–138
- subjektiivis-kognitiivinen näyttökynnys 31, 113–114, 218, 227
- todistustaakan täsmentäjänä 14, 144, 155, 163–164, 227, 247
- väliaikaisesta turvaamistoimesta 4

Näyttökysymys

- määritelmä 1
- tosiseikkakysymyksen osa-alueena 13
- totuusominaisuus 1–2, 24–25

Näyttöväite 73–74

Näytön arviointi

- kolme tasoa 130–131
- oikeudenalasytematiikassa 23, 32–33
- osa-alueet 14–15, 23–24

Oikeudellinen varmuus 135–137

Oikeudenkäyntikuluvaatimus

- ei sovelleta vastustamistaakkaa 48
- sitä koskeva prosessinjohto 48

Oikeudenkäyntiväite

- määritelmä 72–73

Oikeuskysymys

- määritelmä 1

- oikeuskysymystä koskeva prosessinjohto 89–91

- suhde iura novit curia -periaatteeseen 19

- suhde totuusvelvollisuuteen 25

Oikeusrealismi 6–7, 130

Oikeustieteellinen asiantuntijalausunto 20

Oikeustieteellinen tutkimus

- argumentteja kehittävä dogmatiikka 6
- de lege ferenda -tutkimus 6
- de sententia ferenda -tutkimus 6–7
- empiirinen menetelmä 7–8
- ideaaliprosessi 7, 287
- kritiikki osana sitä 6
- oikeuspoliittinen latautuneisuus 6
- oikeusvertaileva menetelmä 10
- reaali prosessi 7
- systematisointi 1, 117, 194
- teoreettinen lainoppi 8

Oikeustosiseikka

- ks. institutionaalinen ja kompleksinen oikeustosiseikka
- aineellisoikeudellisessa tutkimuksessa 21
- indispositiivinen oikeustosiseikka 12
- kritiikki 59
- käsitteen institutionaalinen tuki 57
- määritelmä 21

Oikeusvarmuus 3, 128, 260–261, 269–270

Oikeusvoimavaikutus

- oppi laajasta oikeusvoimavaikutuksesta 66–68, 238
- suhde kanteenmuutostietoon 67–68

Oikeusväite

- määritelmä 74

Parhaan todistusaineiston periaate

- määritelmä 44

Peittämisperiaate 258

Perätön lausuma tuomioistuimessa 26–27, 51

Preklusio

- muutoksenhakuvaiheessa 161–162
- pääkäsittelyvaiheessa 31, 42, 68, 81, 89–90
- subjektina asianosainen 42

Prosessikäsitte

- ks. liberalistinen ja sosiaalinen prosessikäsitte
- määritelmä 82
- prosessisäännösten tulkinnassa 83

- Prosessinedellytys
 – määritelmä 72
 Prosessinjohto
 – osa-alueet 80
 Prosessinormit
 – määritelmä 23
 Prosessipetos 26, 47
 Prosessitaakka
 – suhde prosessuaalisiin velvollisuuksiin 50–51
 – teknisenä normina 50
 Prosessitaktiikka 239–241
 Prosessiväite, ks. oikeudenkäyntiväite
 Psykologinen taso 131
 Pääkuulustelu
 – funktiot 275
 Pääkäsittelysidonnaisuus 60
 Päällekkäisongelma 64
 Päänäyttö
 – määritelmä 96
 Päättely
 – deduktiivinen päättely 111, 222, 243
 – induktiivinen päättely 243
 Päättely parhaaseen selitykseen
 – ja totuusominaisuus 244, 280
 – määritelmä 243

 Radikaaliteologinen tulkintametodi 152
 Rangaistuksen moraalia luova ja vahvistava vaikutus 153
 Rationaalisen näyttökynnyksen teoria 207–209
 Rationaalisuusolettama 252
 Ratkaisufunktio 40, 81
 Reaaliprosessi 7
 Reaaliset argumentit
 – prosessisäännösten tulkinnassa 132, 186, 194–195, 207, 274, 287
 Rekursiivisuus 118, 122
 Rikosvastuun toteuttamisvaatimus 8, 282
 Ryhtymistuottamus 212

 Siviiliprosessin funktio
 – konfliktinratkaisufunktio 146, 170–171, 243, 263
 – kontrollifunktio 146
 – käsitteen epäselvyys 145
 – ohjausteoria 132, 146–158, 163–164, 165–166, 170, 177–178, 201, 205, 213, 216, 222–223, 229, 232, 243, 263, 270, 272, 279
 – oikeussuojan antamisfunktio 131, 145–146, 154, 170, 263
 – oikeutta luova funktio 146
 – postmodernissa yhteiskunnassa 157
 – prosessisäännösten tulkinnassa 83
 Skandinaavinen realismi
 – ohjausteorian taustana 147–152
 – tieteenkuva 147
 Sopimusasiakirja
 – merkitys todisteena 24, 56–57, 99–100, 150, 204
 Sopimusmalli 82
 Sopimusvapaus 12, 47, 99, 186,
 Sosiaalinen prosessikäsitys 84–85
 Sovittelunormit
 – määritelmä 230
 – suhde todistustaakkaan 229–230
 Sovitteluperusteet
 – niihin kohdistuva väittämistaakka 26, 53–54
 Standardbevis 205
 Status quo -periaate 185–186
 Subsumptio 21, 56, 104, 259
 Subsumptiologinen malli (sylogismi) 17–18, 32, 149, 173, 222
 Suksessiivisen relevanssin periaate 77–79, 92, 241, 246, 255–256
 Suksessiivisen verifikaation periaate 79
 Suullis-pöytäkirjallinen järjestelmä 81–82
 Suunnannäyttäjä-ideaalityyppi 238
 Syyntäpresumptio
 – sitä koskeva näyttökynnyks 283–286
 Systemaattinen tulkinta 1
 Syytesidonnaisuus 115
 Syyttömyysolettama 11

 Teemametodi
 – suhde konfliktinratkaisufunktion 170–171
 Tekninen normi 50
 Teleologinen tulkinta
 – näyttökynnyksen alentamisessa 156, 193, 232
 Testamentin moite 87
 Tiedonsosiologinen konstruktionismi 30, 169, 253
 Todennäköisin selitys 256–257

Todennäköisyyden negaatiosääntö 172, 176, 232, 273

Todennäköisyysastemenetelmä 230

Todennäköisyyskäsite

- induktiivinen todennäköisyyskäsite 114, 235
- kaksisuuntainen todennäköisyyskäsite 172, 273
- yksisuuntainen todennäköisyyskäsite 161, 169–170, 172, 231–232, 272

Todistajanjäävijärjestelmä 126

Todistamiskielto

- jaottelu 127

Todistelu

- aihe- eli indisiotodistelu 100–102
- kattavuus 169, 174, 271, 272–277
- määritelmä 20
- rakenteellinen todistelu 102, 167–168, 236
- relevanttius 106–107
- rinnakkaisvaikutus 162–163, 199, 222
- vastavaikutus 162–163, 168–169, 199, 222
- välillinen todistelu 100–102
- välitön todistelu 99–100, 102

Todistusarvometodi

- ja näyttökynnys 161–164
- kaavat peukalosääntöinä 193, 200, 224, 292
- kritiikki 165–170

Todistusharkinta

- atomistisuus 174, 241–249
- empiirisenä ja loogisena kysymyksenä 14, 164, 206, 210
- holistisuus eli kokonaisvaltaisuus 112, 167–168, 174, 194, 227, 242, 252–253, 255–259
- normisidonnainen todistusharkinta 210–214
- objektiivisuusvaatimus 250
- rinnastukset historiantutkimukseen ja arkeologiaan 109
- suhde arkiajatteluun 110, 245

Todistuskeino

- lainsäädännössä 127
- sopimusasiakirja todistuskeinona 24, 56–57, 99–100, 150, 204

Todistuskeinokielto 127

Todistusketju

- henkilötodistelussa 159–161

Todistusmetodikielto 127

Todistusoikeus

- aineellinen todistusoikeus 22–23
- muodollinen todistusoikeus 22–23
- oikeudenalasystematiikassa 22–24
- osa-alueet 22–23

Todistussuhde

- kausaalinen todistussuhde 99, 102, 159–161, 166–168, 172, 175, 236
- kontekstuaalisuus 167, 236–237
- looginen todistussuhde 159, 167, 175, 236

Todistustaakan jako

- allekirjoituksen oikeaperäisyydestä 100
- dogmaattisissa teorioissa 215
- ekskulpaatiovastuussa 93–94
- kauppatavasta 175–176
- korostuneen huolellisuusvelvollisuuden tilanteissa 36–37, 212, 239
- maksuväitteestä 33
- materiaalisissa teorioissa 216
- reklamaatiosta 78–79
- syrjintäasioissa 239, 283–286
- todennäköisyysteorioissa 216
- todisteluun varautumisteorioissa 217
- vakuutustapahtuman sattumisesta 215
- yleissäännös 3, 91, 228, 266–269

Todistustaakka

- abstraktis-sisällöllinen todistustaakka 233–234
- aineellinen todistustaakka 95
- epäaito todistustaakka 94–95, 165, 231
- funktiot 14, 23, 91, 150
- kategorisuus 229
- kohde oikeudenkäyntiaineistossa 32–33, 91
- konkreettis-prosessuaalinen todistustaakka 233–234
- käännetty todistustaakka 92–93
- kääntyvä todistustaakka 94–95
- ”lainkäytön konkurssijulistuksena” 229
- muodollinen todistustaakka 95–96
- non liquet -kielto 14
- objektiivinen todistustaakka 95
- objektiivisena prosessitaakkana 51
- oikeudenalasystematiikassa 23, 150
- oikeusvarmuuden turvaajana 3, 154, 269–270
- osittain käännetty todistustaakka 239, 283
- rikosprosessissa 11–12
- sitä koskeva prosessinjohto 96–99

- subjektiivinen todistustaakka 95
- suhde näyttökynnykseen 2, 14, 31, 94, 137, 144, 155, 163–164, 227, 247
- suhde sovittelunormeihin 229–230
- suhde todistelun esittämiseen 96
- suhde väittämistaakkaan 92–94
- ”välttämättömänä pahana” 149
- väärä todistustaakka 94–95, 165, 231

Todistusteema

- määritelmä 99
- täsmentyminen valmistelussa 103–106

Todistusteemakielto 127

Todistusteemametodi, ks. teemametodi

Todistusteoria

- deskriptiivinen todistusteoria 130
- käsite logiikassa 129
- normatiivinen todistusteoria 130

Tosiseikka

- aineellisoikeudellinen oikeustositseikka 21
- aputositseikka 57, 59, 96, 106, 111, 162, 167, 174, 202, 206, 210, 244, 253, 254–255
- dupliikkitosiseikka 78
- indispositiivinen oikeustositseikka 12
- lainsoveltamisseikka 57
- miljööseikka 57
- oikeuslähdesseikka 57
- repliikkitosiseikka 78
- taustaseikat 57
- todistustositseikka 47, 56–57, 59, 99–100, 102, 106, 109, 111, 159, 161, 163, 166, 167, 172, 197, 200, 221, 224, 238, 244, 247–248
- tripliikkitosiseikka 78
- tulkintaseikka 57
- vastatositseikka 26, 53, 75–76, 77, 78–79
- vastinetositseikka 78

Tositseikkakaksymys

- määritelmä 13

Tositseikkojen kolmijakoteoria 92, 131, 185, 186, 207, 268–269

Totuus

- aineellinen totuus 3, 24–25, 29–30, 81, 127, 149, 158, 168–169, 176
- korrespondenssiteoria 24, 29
- normaalinäyttökynnyksen ilmauksena? 30–31
- prosessuaalinen totuus 28–29
- prosessuaalisehtoinen totuus 28–29

- totuusteoriat oikeudenkäynnissä 24

Totuusvelvollisuus

- asianajan 27–28
- negatiivinen totuusvelvollisuus
- positiivinen totuusvelvollisuus 25
- riita-asian asianosaisen 25
- suhde väittämistaakkaan 26
- todistajan 111, 248

Tunnustaminen

- dispositiivisessa riita-asiassa 13, 22, 39, 46–48, 74
- funktiot 47
- indispositiivisessa riita-asiassa 46
- kohde oikeudenkäyntiaineistossa 46–47
- kollusiivinen tunnustus 47
- määritelmä 46
- rikosjutussa 46
- suhde väittämistaakkaan 51

Tuomitsemiskynnys

- objektiivis-normatiivinen elementti 31
- oikeuskäytännössä 114
- subjektiivis-kognitiivinen elementti 31
- varteenotettava tai järkevä epäily 114–115, 219, 237, 271–272

Tuottamus

- sitä koskeva väittämistaakka 76–77
- todistusteamana 103–104

Täyden näytön vaatimus

- kritiikki 139–141, 143
- legaalissa todistusteoriassa 124
- määritelmä 135
- normaalinäyttökynnyksenä? 5, 135, 137, 139, 163–165, 262–263

Uskottavuusarviointi

- sisäinen uskottavuus 257
- ulkoinen uskottavuusarviointi 257–259

Uudelleenkuulustelu

- funktiot 276

Vaitimistaakka 13, 48, 67, 68

Vahvistuskanne

- kohde oikeudenkäyntiaineistossa 18

Vaihtoehtoinen tapahtumainkulku 166, 212–213

Valmistelu

- funktiot 81

Vapaa todistelu 107, 126–127

Vapaa todistusharkinta

- keskeiset elementit 263
- siihen liittyvä mielivallan vaara 128, 140
- suhde menettelyperiaatteisiin 81–82
- suhde tuomioistuinnotorisuuteen 42–43

Vapaa todistusteoria

- osatekijät 126–128

Vastakuulustelu

- funktiot 249

Vastanäyttö

- epäsuora eli välillinen vastanäyttö 96
- esittämisen syyt 96, 161
- määritelmä 96
- rikosprosessissa 5
- suora eli välitön vastanäyttö 96

Vastatosiseikka

- ensimmäisen asteen vastatosiseikka 78
- kolmannen asteen vastatosiseikka 79
- määritelmä 75
- toisen asteen vastatosiseikka 78

Vastavuoroisuusperiaate

- kontradiktorisen periaatteen nimityksenä 43

Vastustamistaakka

- vaatimistaakan vastinparina 48

Vetoaminen

- epäselvyys 87
- laiminlyönnin syyt 83–84, 87
- määritelmä 51
- puutteellisuus 87–88
- viestinä seikan totuudenmukaisuudesta 26

Viehättävin selitys 256–257

- Vuorovaikutusmalli 34, 89, 210–211, 242–243

Väittämistaakka

- asianajajan kannalta 62, 68
- ekskulpaatiovastuussa 93–94
- funktiot 54, 62, 91
- kantajan väittämistaakka 56, 61–62, 92
- kohde oikeudenkäyntiaineistossa 55–56
- määritelmä 50
- notorisista seikoista 39, 42
- objektiivinen väittämistaakka 51
- ”ohennettu” tai ”kevennetty” väittämis-
taakka 52–54
- osana tosiseikkakysymystä 13
- sovitteluperusteista 26, 52–54, 75
- subjektiivinen väittämistaakka 51–52, 61,
69–72, 80

- suhde prosessiperiaatteisiin 50, 54–55

- suhde todistelun esittämiseen 39, 91

- suhde todistustaakkaan 91–93

- suhde totuusvelvollisuuteen

- suhde tunnustamiseen 51

- suhde valmistelun tavoitteisiin 80–81

- tavaran virheestä 78–79

- teknisenä normina 50

- todistelun rajoittajana 39

- vastaajan väittämistaakka 26, 75–77, 92

Välituomio 72, 79, 90

Välittömyysperiaate 29, 43

Yhteistoimintaperiaate 84–85, 90,

Yksilön oikeusturvavaatimus 8, 29, 269

Yksipuolinen tuomio 13, 40, 72, 81, 274

Yksityinen pysäköinninvalvonta 64–65

Yksityisautonomia

- korvauksettomuuden periaate osana sitä
185
- määräämisperiaatteen vastinparina 12
- suhde liberalistiseen prosessikäsitykseen
83

Yksityisten tietojen kieltö

- funktiot 43
- määritelmä 43
- suhde menettelyperiaatteisiin 43–44
- yksityiset tiedot esteellisyysperusteena
44–46

Yleinen elämäkokemus

- määritelmä 110, 249–253
- voi määrittyä oikeusnormeista käsin 250

Yleiset opit

- argumentatiivis-normatiivinen tehtävä 58,
117–118, 119, 129
- funktiot 117–118
- heuristinen tehtävä 1, 17, 22, 58, 59, 117,
129, 143, 196–201, 220, 225
- konstitutiivis-epistemologinen tehtävä 117
- osana oikeuskulttuuria 117–118
- pedagoginen tehtävä 117
- systematisoiva tehtävä 117, 129
- vaatimus käytännöllisestä hyödynnettä-
vyydestä 11, 121, 129, 224–225

Näytön arvioinnin ongelmat ovat, eräitä poikkeustilanteita lukuun ottamatta, läsnä jokaisessa tuomioistuimen käsiteltävänä olevassa riita-asiassa. Yksi keskeisimmistä kysymyksistä näytön arvioinnissa on se, millä edellytyksillä tuomioistuin voi katsoa asianosaisen suoriutuneen todistustaakastaan, eli millaista näyttökynnystä jutussa sovelletaan.

Näyttöenemmysperiaatteena tunnetun teorian mukaan tuomioistuimen tulee perustaa tuomio sellaiseen seikkaan, jota voidaan jutussa esitetyn näytön perusteella pitää vastakohtaansa todennäköisempänä. Näyttöenemmysperiaatteen asema Suomen oikeuskirjallisuudessa vaikuttaa epäselvältä, mutta oikeuskäytännössä tuomioistuinten on katsottu olevan siviilijutuissa lähellä näyttöenemmysperiaatteen soveltamista.

Tutkimuksessa osoitetaan, että sopimuksenvaraisten riita-asioiden normaalinäyttökynnyksenä tulee soveltaa näyttöenemmyyden vaatimusta, ja että näyttöenemmysperiaatteen edut ovat painavammat kuin siihen kohdistettu kritiikki. Lisäksi tutkimuksessa osoitetaan, että näyttöenemmysperiaate ei ole ristiriidassa todistelua koskevan OK 17 luvun säännösten kanssa.

Tutkimuksessa tarkastellaan ensin normeja, jotka sääntelevät sitä, miten näytön arvioinnin kohteeksi tulevat hypoteesit sopimuksenvaraisessa riita-asiassa muodostuvat. Tämän jälkeen tarkastellaan Suomen ja muiden Pohjoismaiden, ennen muuta Ruotsin ja Norjan, oikeuskirjallisuudessa kehitettyjä näytön arvioinnin teorioita ja näkemyksiä näytön riittävyysarvioinnista. Tutkimus päättyy lukuun, jossa osoitetaan, mitä näyttöenemmysperiaatteen soveltaminen tarkoittaa, ja perustellaan, miksi sitä tulisi soveltaa. Luvussa pyritään myös kumoamaan näyttöenemmysperiaatetta vastaan esitetyt argumentit. Lisäksi luvussa käsitellään tilanteita, joissa näyttöenemmysperiaatetta ei voida soveltaa, ja esitetään näitä tilanteita koskevia tulkintasuosituksia.

Teos on käytännönläheisen aiheensa vuoksi hyödyllinen riita-asioiden kanssa työskenteleville tuomareille ja asianajajille sekä muille todistusoikeudesta kiinnostuneille.

