
Johanna Niemi-Kiesiläinen –
Päivi Honkatukia – Helena Karma –
Minna Ruuskanen (toim.)

Oikeuden tekstit diskursseina

Julkaisuvaliokunta

Risto Nuolimaa, puheenjohtaja

Markku Helin

Mika Hemmo

Raimo Lahti

Pekka Vihervuori

Lea Purhonen, sihteeri

Tilausosoite

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki

p. (09) 6120 300

f. (09) 604 668

sly@lakimies.org

www.lakimies.org

Kannen suunnittelu: Heikki Kalliomaa

© 2006 Suomalainen Lakimiesyhdistys ja kirjoittajat

ISSN 1458-0446

ISBN 951-855-257-6

Gummerus Kirjapaino Oy, 2006

Velallisen ja velkojan konstruktiot kuluttajakonkurssissa

JOHDANTO

Artikkelin taustaa

Tämä artikkeli sai alkunsa Torontossa kesällä 1998, kun minut oli kutsuttu kansainväliseen konferenssiin kertomaan eurooppalaisista velkajärjestelylaeista. Tässä tapauksessa kansainvälisyys tarkoitti anglosaksisia maita, olin ainoa muita oikeusjärjestelmiä edustanut osallistuja. Jostain syystä sain vasta edellisenä iltana tietää, että esitykselleni oli varattu lyhyempi aika kuin olin etukäteen valmistautuessani olettanut. Niinpä jouduin illalla miettimään, miten selkiytän mannereurooppalaisen ajattelun keskeiset näkökohdat anglosaksiselle yleisölle noin puolessa tunnissa.

Hotellihuoneessa asiaa pohtiessani yhtäkkiä välähti: käytän markkinasääntelyn ja hyvinvointivaltiollisen sääntelyn erilaisia paradigmoja hyväkseni. Näin tein ja seuraavana päivänä esitin havainnollisesti anglosaksisen ja mannereurooppalaisen kuluttajakonkurssin erot niin suhtautumisessa velkaantumisen syihin, velallisen aseman sääntelyyn, velkojen oikeuksiin kuin sääntelyn periaatteisiinkin nähden. Esityksessä käyttämäni kalvot olivat periaatteessa samat kuin tässä artikkelissa sivulla 145 ja 153 olevat taulukot.

Vasta seuraavana talvena aloin tutustua diskurssianalyysiin, kokonaan muista syistä eli naisiin kohdistuvan väkivallan ja oikeusjärjestelmän kohtaamisen vaikeuden vuoksi (ks. s. 21). Ensimmäistä artikkelia työstäessäni kuluttajakonkurssin mallit alkoivat vähitellen hahmottua diskursseina tai puhetapoina. Asian käsittely diskursseina tuntui luontevammalta, sillä kuten jäljempänä kerron, ideaalityyppisten mallien käyttö ei tuntunut riittävältä, kun lait oli säädetty ristiriitaisten poliittisten paineiden alaisina, niissä sovitettiin yhteen monia, osin ristiriitaisia odotuksia eikä niiden voinut sanoa suoraviivaisesti edustavan jotain tiettyä mallia.

Diskurssianalyysin tekemisessä puhutaan usein lähiluvusta, tekstien lukemisesta tarkasti moneen kertaan, jolloin diskurssit alkavat vähitellen hahmottua (ks. Ruuskanen s. 48). Tässä tapauksessa kävi tavallaan päinvastoin. Olin lukenut kyseessä olevia tekstejä, pääosin lainvalmistelutöitä, moneen kertaan aikaisemmin kirjoittaessani väitöskirjaani (Niemi-Kiesiläinen 1995) ja ihmetelty ajattelutapojen erilaisuutta. Vasta kun aloin katsoa niitä diskursseina ja hahmottaa erilaisia diskursseja Habermasin liberaalin ja hyvinvointivaltioillisen oikeusparadigman kautta, monet eroavuudet tuntuivat asettuvan paikalleen.

Käytän artikkelissa Habermasin teoreettista näkemystä sääntelyparadigmoista diskurssianalyysiä jäsentävänä kehyksenä. Liberaalin ja hyvinvointivaltioillisen diskurssin avulla hahmotan lakien esitöistä sääntelyn kontekstia, velkaantumisen syitä ja yksittäisiä säännöksiä koskevista kannanotoista merkityksiä, joilla konstruoidaan liberaalia ja vastaavasti hyvinvointivaltiolista käsitystä velallisesta ja velkojista. Velkoja ja velallinen eivät ole samalla tavoin ihmisten identiteettejä rakentavia positioita kuin kansalaisuus tai sukupuoli (ks. johdanto s. 12), joista post-moderni yhteiskuntatiede on ollut kiinnostunut. Sen sijaan ne ovat oikeusjärjestyksessä keskeisiä oikeussubjektia rakentavia positioita. Diskurssianalyysi sopii subjektipositoiden analyysiin, ja artikkelillani pyrin osoittamaan, että diskurssianalyysillä voi olla paljonkin annettavaa oikeuden tutkimukselle.

Johdatus kuluttajakonkurssiin

Anglosaksisten eli common law -oikeusjärjestysten ja mannereurooppalaisten oikeusjärjestysten välinen ero on silmiin pistävä verrattaessa konkurssioikeuden säännöksiä, jotka koskevat veloista vapautumista. Anglosaksisissa järjestelmissä velalliselle on perinteisesti myönnetty vapautus velkavastuusta konkurssin päätteeksi, kun taas Manner-Euroopassa oikeusjärjestyksissä konkurssi ei ole lainkaan lieventänyt vastuuta veloista, vaan päinvastoin konkurssin jälkeen on vaadittu velan täyttä suorittamista (Niemi-Kiesiläinen 1999a, 480).

Viime aikoina nämä vastakkaiset käsitykset ovat lähentyneet toisiaan. Anglosaksisissa maissa vapautuksen myöntämiselle on alettu asettaa ehtoja. Esimerkiksi Kanadassa vapautuminen veloista edellyttää osallistumista talous- ja velkaneuvontaan (Ziegel 2003; Mason – Duns 2003; Telfer 2003). Yhdysvalloissa liberaaleja velkavastuusta vapautumista koskevia säännöksiä on viime aikoina arvosteltu jyrkästi ja muutettukin (ks. s. 147).

Useat Euroopan maat puolestaan ovat säätäneet lain yksityishenkilön velkajärjestelystä, joko osana konkurssilainsäädäntöä tai siitä erillään.¹ Tällöin Yhdysvaltojen lainsäädäntö on ollut eurooppalaisten mielenkiinnon kohteena. Eurooppalaiset lainvalmistelutytöt viittaavat Yhdysvaltojen konkurssilain yksityishenkilölle antamaan mahdollisuuteen vapautua velkavastuusta konkurssissa (HE 183/1992, 19; Prop. 1993/94:123; Bet 957/1982, 30). Toisaalta yhdysvaltalaisista esikuvaa on pidetty liian velallisyystavallisenä ja on haluttu korostaa velkajärjestelylainsäädännön eurooppalaisia erityispiirteitä.

Mahdollisuus vapautua vastaamasta veloista on Euroopassa omaksuttu paljolti Yhdysvaltojen esimerkin vaikutuksesta. Siitä huolimatta eurooppalaiset velkajärjestelylait eroavat monin tavoin amerikkalaisesta esikuvasta. Huls on hahmottanut kuluttajakonkurssin/velkajärjestelyn eurooppalaisen mallin kolmen sellaisen piirteen avulla, jotka erottavat mallin amerikkalaisesta vastineesta. Hulsin mukaan eurooppalaisille velkajärjestelyille on ominaista, että 1) pääsy velkajärjestelyn piiriin ei ole avoin, vaan siihen liittyy materiaallinen edellytysten tutkinta, 2) velallisen edellytetään suorittavan velkajärjestelyssä velkojaan 3–5 vuoden mittaisella maksuohjelmalla, eikä välitön vapautuminen veloista ole mahdollista ja 3) velkajärjestelyyn liittyy velkaneuvontaa, johon velallisen oletetaan tai edellytetään osallistuvan (Huls 1997).

Viimeaikaisesta lähentymisestä huolimatta anglosaksinen ja mannereurooppalainen oikeusjärjestys ovat yhä sen verran etäällä toisistaan, että on aiheellista käyttää erilaista terminologiaa niistä puhuttaessa. Seuraavassa käytän termiä *kuluttajakonkurssi* viittaamaan anglosaksiseen instituutioon ja *kuluttajan velkajärjestelyä* viittaamaan eurooppalaisiin. Käytän kuluttajakonkurssia myös yleiskäsitteenä kaikenlaisille kollektiivisille maksukyvyttömyysmenettelyille, joihin kuluttajat voivat päästä ja jotka johtavat velkaakaan vähenemiseen.

Vertaileva tutkimus ja diskurssianalyysi

Kansainvälinen ja vertaileva konkurssitutkimus on usein käyttänyt vertailussa *mallin* käsitettä. Tutkija on valinnut esiteltävät mallit sen mukaan, mitä

¹ Velkajärjestelylaki on toteutettu erillislakina esim. Norjassa (1992), Suomessa (1993), Ruotsissa (1994), Ranskassa (1989), Belgiassa (1998) ja Portugalissa (2004). Konkurssilakiin se on sisällytetty Tanskassa (1984), Itävallassa (1994) ja Saksassa (1994, voimaan 1999). Ks. Niemi-Kiesiläinen – Henrikson 2006 ja Reifner et al. 2003.

piirteitä hän haluaa korostaa. Udo Reifner luokitteli kuluttajakonkurssimallit sen mukaan, millaista poliittista ideologiaa ne edustavat (Huls 1994, 116). Nick Huls käytti poliittisesti neutraalia kieltä korostaessaan anglosaksisen ja mannereurooppalaisen järjestelmän eroja (Huls 1997). Iain Ramsay on käyttänyt erittelyssään kuluttajansuojamalliin, velalliskontrollin malliin ja sosiaaliturvamalliin funktionaalista erottelua (Ramsay 1997, 269). Itse olen turvautunut mallintamisessa maantieteelliseen erotteluun, samalla kun olen korostanut sekä mallien sisäisten että niiden välisten lainsäädännöllisten erojen moninaisuutta (Niemi-Kiesiläinen 1999a, 499).

Ideaalimallien käyttö merkitsee aina jonkinasteista yksinkertaistamista. Se on metodologinen väline, joka johtaa tarkasteltavien ilmiöiden moninaisuuden ja monimutkaisuuden pelkistämiseen muutamaa muuttujaan tai kriteeriin. Tähän mennessä tuottamamme mallit ovat kuvanneet erilaisten oikeusjärjestelmien välisiä eroja. Niillä ei ole kuitenkaan kyetty vähentämään lainsäätäjien tekemistä päätöksistä aiheutuvaa monimuotoisuutta eikä selittämään sitä, miksi lainsäätäjät ovat valinneet niin erilaisia ratkaisutapoja.

Tässä artikkelissa lähestyn kuluttajakonkurssin tehtäviä oikeudellisen sääntelyn paradigmojen viitekehyksessä. Sen sijaan että rakentaisin malleja lajittelemalla ja luokittelemalla konkurssioikeuden instituutioiden välisiä yhtäläisyyksiä ja eroja, aloitan erittelemällä, millaisia diskursiivisia lähestymistapoja lainsäätäjät ovat suoraan tai epäsuorasti soveltaneet kuluttajakonkurssiin ja ylivelkaantumiseen. Koska pohjoismaisen hyvinvointivaltiollisen suuntauksen ja yhdysvaltalaisen markkinalähtöisen suuntauksen välillä oleva ero näyttää ilmeisimmältä, lähdän liikkeelle siitä. Ensin tarkastelen sitä, miten liberaalin ja hyvinvointivaltion sääntelyparadigmat näkyvät kuluttajakonkurssia koskevan lainsäädännön esitöissä käydyssä keskustelussa. Sitten esitän, että erilaiset paradigmat vaikuttavat siihen, miten konkurssilainsäädäntöön liittyvät konkreettiset instituutiot rakentuvat ja miten niitä tulkitaan. Keskeinen väittämani on, että erilaiset sääntelyparadigmat ovat osaltaan vaikuttaneet siihen, että konkurssioikeudessa on konstruoitu erilaisia subjektien representaatioita sekä velallis- että velkojasubjektille. Nämä subjektikäsitukset puolestaan vaikuttavat siihen, miten konkurssilainsäädännön keskeisiä instituutioita säädellään ja tulkitaan.

Yhdysvallat edustaa tarkastelussani liberaalia ja Pohjoismaat hyvinvointivaltiollista oikeusparadigmaa. Tarkoitus on korostaa eroja, mutta ei niinkään esittää väitteitä siitä, missä määrin nämä yhteiskunnat ovat hyvinvointivaltiollisia tai liberaaleja oikeusvaltioita. Samalla tulevat esiin anglosaksi-

sen ja mannereurooppalaisen konkurssioikeuden erot. Yhdysvallat edustaa tällä alueella anglosaksisia oikeusjärjestyksiä siten, että siellä useat ilmiöt kuten velasta vapautuminen korostuvat. Sellaisena Yhdysvallat sopii havainnollistamaan kansainvälistä vertailua. Muissa anglosaksisissa maissa kuluttajakonkurssin periaatteet ovat samanlaisia kuin Yhdysvalloissa, mutta yksityiskohdissa ollaan hieman lähempänä meille tuttuja ratkaisuja. Esimerkiksi velasta vapautuminen ei ole ollut yhtä helppoa kuin Yhdysvalloissa.² Pohjoismaat sopivat taas vertailukohdaksi sen vuoksi, että niissä lainsäädännön hyvinvointivalttiolliset piirteet korostuvat enemmän kuin Manner-Euroopan velkajärjestelylaeissa (Huls et al. 1994; Niemi-Kiesiläinen 1999a). Analyysini pätee silti osittain myös Keski-Euroopan velkajärjestelylakeihin.

MALLEISTA JA PARADIGMOISTA

Tämä artikkeli voidaan ymmärtää funktionalismin elvyttämiseksi konkurssioikeudessa. Juuri kuluttajakonkurssimallien funktionalismi onkin vaatinut uudelleenarviointia. Miltei kaikissa esitetyissä malleissa otetaan kantaa kuluttajakonkurssin tehtäviin ja käytetään tehtävää yhtenä luokitteluperusteena. Reifner tekee eron kolmen mallin välillä, jotka ovat uuden alun malli, valistusmalli ja sosiaaliturvamalli (Reifner, teoksessa Huls et al. 1994, 17). Ramsay erottelee mallit sen perusteella, korostetaanko niissä kuluttajan-suojaa, velallisen poikkeavan käyttäytymisen valvontaa vai sosiaaliturvaa (Ramsay 1997). Itse olen nähnyt eri mallien päätavoitteiksi rehabilitoinnin, takaisinmaksun, ennaltaehkäisyä ja tehokkuuden (Niemi-Kiesiläinen 1999a, 499).

Tällainen funktionalistinen lähestymistapa pakottaa valitsemaan kunkin oikeusjärjestyksen lainsäädännölle yhden tavoitteen (tai tehtävän) ylitse muiden. Todellisuudessa lainsäätäjillä on kuluttajakonkurssilakeja säästäessään ollut mielessään useita, toisinaan ristiriitaisia tavoitteita. Lopullinen kuluttajakonkurssilainsäädäntö on kompromissi eri etunäkökohtien välillä. Lakien tavoitteita ei voi myöskään yhdistää tiettyihin kuluttajakonkurssimalleihin. Erityisesti rehabilitaatiofunktio sisältyy kaikkiin malleihin, joten se ei kelpaa erotteluperusteena. Myös koulutus(valistus)tehtävää käsitel-

² Konkurssin velasta vapauttava vaikutus on kuitenkin vakiintuneesti olemassa tuntemisani anglosaksisissa järjestelmissä. Ks. esim. Mason 1999 sekä Heath 1999. Iso-Britannia ja Irlanti edustavat tässä ankarinta linjaa.

lään kaikissa nykyisissä uudistussuunnitelmissa, ja sekin näyttää sopivan kaikkiin malleihin.

Hulsin ja Reifnerin vuonna 1994 esittämät mallit ansaitsevat erityishuomiota siksi, että niissä malli liittyy ideologiseen taustaan (Huls et al. 1994, 117). Heidän luokittelussaan uuden alun malli vastaa liberaalia, ellei suoraan libertaarista ideologiaa, esimerkkinä Yhdysvaltain konkurssilainsäädäntö. Korostamalla uuden alun taloudellista arvoa sekä yritys- että kuluttajavelallisen tapauksessa ja sivuuttamalla kuluttajien erityiset sosiaaliset ja koulutukselliset tarpeet, se asettaa kuluttaja- ja yrittäjävelallisen identtiseen asemaan.

Valistusmalli liittyy konservatismiin, jossa kyvyttömyyttä velanhoitoon pidetään henkilökohtaisena ja moraalisena epäonnistumisena. Osittainen velkavastuusta vapautuminen edellyttää vastuun hyväksymistä, joka ilmenee pakollisessa maksuohjelmassa. Lisäksi Saksan laissa, joka edustaa tätä mallia, velalliselta vaaditaan maksusuunnitelman ajan ”hyvää käytöstä”.

Reifnerin sosiaaliturvamalli näkyy Euroopan maiden velkaneuvontajärjestelmissä. Näistä ohjelmista saatu kokemus on, että ylivelkaantumisen lisäksi velallisella on muitakin sosiaalisia ongelmia, jotka on ratkaistava. Ylivelkaantumisen ja muiden sosiaalisten ongelmien yhteys sekä velallisen tarve yhteiskunnan tukeen ovat tämän, sosiaalis-liberaaliin ideologiaan liittyvän mallin kulmakivenä.

Vaikka Reifnerin vuonna 1994 käyttämä vertaileva aineisto on jossain määrin vanhentunutta, hänen analyysinsä erilaisten ideologisten lähtökohtien heijastumisesta konkurssilainsäädäntöön pätee yhä. Lähestymistapa, jota tässä artikkelissa käytän, muistuttaa Reifnerin tapaa, sillä minuakin kiinnostaa konkurssilainsäädännön ja lainsäätäjän ideologisen suuntautumisen välinen suhde. Seuraavassa tutkin, miten lainsäätäjät yhtäältä Yhdysvalloissa ja toisaalta pohjoismaassa ovat konstruoineet velallisen ja velkojan käsitellessään kuluttajakonkurssilainsäädäntöä. Tarkastelen lainsäädäntödiskursseja Habermasin oikeusparadigmojen avulla.

Jürgen Habermas käyttää oikeusparadigman käsitettä selvittäessään, miten käsitämme oikeuden roolin yhteiskunnallisten ja taloudellisten ongelmien sääntelyssä. Habermasin mukaan paradigmat koostuvat julkilausumattomasta tiedosta, joka koskee yhteiskuntaa, yhteiskunnallisia toimijoita ja oikeudellisia instituutioita (Habermas 1992, 473). Tuomareiden julkilausumatomalla tiedolla on erityisasema, mutta oikeusparadigma muodostuu kaikkien kansalaisten, mukaan lukien oikeuden kentällä toimivien juristien, asiakkaiden ja lainsäätäjien, julkilausumattomasta tiedosta. Oikeusparadigma on

laajempi käsite kuin ideologia, joka on poliittisten kannanottojen tulosta. Oikeusparadigmaa voidaan käyttää teoreettisena ja metodologisena välineenä tutkittaessa oikeutta ja oikeuden tehtäviä koskevia oletuksia, joiden olemassaoloa ei ole aiemmin tiedostettu.

Habermas erottaa kaksi nykyajalle ominaista oikeusparadigmaa: liberaalin ja hyvinvointivaltiollisen. Liberaalissa oikeusparadigmassa markkinat ovat paitsi taloudellisen toiminnan myös oikeudellisen sääntelyn keskiössä. Yksityisoikeuden tehtävä on luoda ne institutionaaliset puitteet, joissa markkinat toimivat, kuten omistusoikeuden ja sopimusten täytäntöönpanon sääntely. Liberaalille oikeusparadigmalle on luonteenomaista oikeuksien muodollinen ja negatiivinen sääntely, tasa-arvon käsitteen ymmärtäminen muodolliseksi ja oikeusjärjestyksen tarkastelu formaalien oikeussubjektien välisten oikeuksien ja niiden kollisioiden sääntelynä (Habermas 1992, 477). Hyvinvointivaltiolla on ominaista aineellisen tasa-arvon edistäminen. Valtion aktiiviset toimenpiteet ja ohjelmat tämän tavoitteen edistämiseksi ovat luonteenomainen osa hyvinvointivaltion tehtäviä. Näiden tavoitteiden saavuttamisessa oikeusvaltiollisella sääntelyllä on ollut merkityksensä sekä toiminnan ohjaamisessa että viranomaisten toimivaltuuksien asettelussa (Habermas 1992, 480).

Keskeinen väitteeni seuraavassa on, että kuluttajakonkurssilainsäädännön eroja voidaan paremmin ymmärtää, jos lakeja ja lainsäädäntötoita hahmotetaan diskursseina, jotka heijastavat näitä paradigmoja. Aloitan tarkastelun siitä, miten lakien esitöissä on hahmotettu ylivelkaantumisen ongelma ja sen konteksti. Seuraavaksi tarkastelen yksityiskohtaisemmin velallisen ja velkojan konstruktiota ja osoitan myös sen, että niillä on vaikutuksia siihen, miten konkreettisia kysymyksiä on lainsäädännössä ratkaistu.

LIBERAALI JA HYVINVOINTIVALTIOLLINEN PARADIGMA KULUTTAJAKONKURSSISSA

Kuluttajakonkurssi markkinoiden sääntelyn välineenä

Konkurssin veloista vapauttavalla vaikutuksella on Yhdysvalloissa pitkät historialliset juuret. Samalla kun siirtokunnat omaksuivat Englannin konkurssilainsäädännön piirteitä, ne vahvistivat lain velasta vapauttavaa vaikutusta. Perustuslain (1787) mukaan konkurssista säädetään liittovaltion laissa, ei osavaltioiden lainsäädännössä. Syy oli se, että konkurssioikeutta pi-

dettiin tärkeänä kehittymässä olleiden yhteismarkkinoiden kannalta, mutta samalla käsitys konkurssilain veloista vapauttavasta vaikutuksesta vakiintui.³ Liittovaltion konkurssilaki vuodelta 1898 vakiinnutti tämän käsityksen osaksi oikeusjärjestystä (Niemi-Kiesiläinen 1995, 423).

Yksityishenkilön konkurssin ensisijainen tavoite on tarjota rehelliselle, mutta epäonniselle velalliselle mahdollisuus ”uuteen alkuun” (*fresh start*).⁴ Pohjimmiltaan kysymys on perustavanlaatuisen moraaliseen arvoon nojautuvasta lainsäädännöstä. Koko ajan konkurssioikeus ja myös veloista vapautuminen on nähty myös osana markkinatalouden sääntelyä.

Yhdysvaltojen nykyisin voimassa olevan vuoden 1978 konkurssilain säätämistä edelsi pitkä ja perusteellinen valmistelutyö, johon liittyvä keskeinen komiteamietintö eksplikoi konkurssin funktioita juuri markkinatalouden näkökulmasta. Komitean keskeisesti käyttämä käsite oli *open credit economy*, avoin luottoyhteiskunta, eli markkinoita tukeva institutionaalinen rakenne (Bankruptcy Laws Commission 1973, 68). Luottomarkkinoille pääsyn tuli komitean mielestä olla avointa, mutta niin myös sieltä pois pääsemisen eli konkurssin (Bankruptcy Laws Commission 1973, 75). Yksityishenkilön toimimista luottomarkkinoilla ja kuluttajana edesauttaa se, että hänellä on epäonnistumisen sattuessa mahdollisuus nollata tilanne.

Konkurssilakeja valmistellut komitea oli vakuuttunut luotonoton ja riskinoton hyödyllisistä vaikutuksista. Se arvioi luoton käyttämistä myönteisesti ja sen mukaan velkavastuusta vapautuminen vähentää merkittävästi riskejä ja rohkaisee ihmisiä lainaamiseen ja taloudelliseen toimeliaisuuteen. Siten konkurssi palvelee markkinoiden tehokkuutta.

Yksityishenkilön konkurssia on sittemmin paljonkin tutkittu oikeustaloustieteen (*law and economics*) koulukunnan paradigmasta käsin. Tällöin konkurssia tarkastellaan riskin allokoinnin välineenä. Toteutuneen riskin asettaminen yksin velallisen kannettavaksi johtaa harvoin taloudellisesti tehokkaaseen lopputulokseen. Yksityishenkilön kohdalla se voi tuhota hänen taloudellisen asemansa ja yritteliäisyytensä loppuiäksi ja johtaa siten sekä suo-

³ Asiasta säädetään perustuslain kohdassa, joka sääntelee toimivallan jakoa liittovaltion ja osavaltioiden välillä, eli Supremacy Clause, Article 1, section 8 toteaa: ”[T]he Congress shall have the power to establish an uniform rule of naturalization and uniform laws on the subject of Bankruptcies through out the United States (...)”

⁴ Periaate on vahvistettu USA:n korkeimman oikeuden oikeuskäytännössä. Ks. erityisesti *Local Loan v. Hunt* 292 U.S. 234 (1934), *Williams v. Unites States Fidelity & Guar* 236 U.S. 549 (1914), *Stellwagen v. Clum* 245 U.S. 605 (1918) ja *Lines v. Frederick* 400 U.S. 18 (1970).

ranaisiin kustannuksiin yhteiskunnalle tai lähipiirille että erityisesti hänen tehokkaan työpanoksensa menetykseen.

Koska monet luottomarkkinoihin liittyvät riskit jäävät konkurssilainsäädännön ulkopuolelle, oikeustaloustiede on lähinnä keskittynyt niihin konkurssilain säännöksiin, jotka oikeustaloustieteen teorian mukaan vaikuttavat velallisen käyttäytymiseen.

Oikeustaloustieteilijöitä kiinnostavat strateginen riskin otto (*moral hazard*) eli se pitäisikö konkurssiin pääsyä rajoittaa, jos velkaantuminen on ollut tietoista riskinottoa, ja mahdolliset kannustimet välttää konkurssia. Viimeksi mainittuihin kuuluu esimerkiksi se, miten paljon tai vähän omaisuutta velallinen saa konkurssissa pitää tai kuinka paljon hänen pitää konkurssissa maksaa velkojaan. Konkurssilain säännöksillä pyritään tämän koulukunnan mukaan ohjaamaan velallista välttämään konkurssia esimerkiksi koventamalla konkurssin aikaista maksuvelvollisuutta (esim. Adler – Pollack – Schwartz 2000; White 1991).

Periaatteessa konkurssilain säännöksillä voitaisiin vaikuttaa sekä luotonantajan että luotonsaajan käyttäytymiseen. Institutionaaliin luotonantajiin vaikuttaminen olisi periaatteessa houkuttelevaa, sillä ne voivat tehokkaimmin suojautua riskeiltä. Ne voivat laskea riskien todennäköisyyksiä, kehittää menetelmiä riskien tunnistamiseksi ja vähentämiseksi sekä hajauttaa riskejä. Sen vuoksi tiettyjen riskien allokoiminen luotonantajille on taloudellisesti perusteltua (Weston 1977, 56; Jackson 1986, 229; Howard 1987, 1064; Niemi-Kiesiläinen 1995 s. 608; sama 1996). Jotkut tutkijat jopa katsovat, että konkurssilainsäädännön vapautumissäännöksen tärkein seuraus on se, että luotonantajien tietoisuus riskeistä kasvaa (Schuchman 1977, 90; Jackson 1986, 229). Pääosa oikeustaloustieteessä tehdystä kannustintutkimuksesta koskee kuitenkin vain velallisen käyttäytymistä ja jättää mahdolliset luotonantajalle tarkoitetut kannustimet huomiotta (Adler – Pollack – Schwartz 2000).

Hyvinvointivaltiollinen paradigma

Euroopassa yksityishenkilön velkajärjestelyä on lähestytty oleellisesti toisin ja lakien esitoissa tulee esiin se, että lailla on hyvinvointivaltiollisia tavoitteita. Hyvinvointivaltiollisen sääntelyn painopiste on yleensä julkisoikeuden puolella ja hyvinvointivaltion tavoitteita edistetään yleensä tulonjakopolitiikalla ja valtion viranomaisten toimenpiteillä. Yksityisoikeuden ja pro-

sessioikeuden puolella hyvinvointivaltiolliset painotukset eivät ole yhtä leimallisia, mutta yksityisoikeuteenkin sisältyy hyvinvointivaltiollisia tai sosiaalisia piirteitä. Sopimusosapuolten eriytyneisiin rooleihin on jo pitkään kiinnitetty huomiota esimerkiksi vuokrasuhteiden sääntelyssä. Tuorempi esimerkki kehityksestä on kuluttajaoikeus (Wilhelmsson 1987; sama 1993, 23). Pöyhönen puolestaan näkee hyvinvointivaltiollisia piirteitä siinä, että sopimuksen sisällölliseen tasapainoon ollaan kiinnittämässä enemmän huomiota erityisesti kohtuullistamislausekkeiden kautta (Pöyhönen 1988; sama 1993).

Läheisin yhteys velkajärjestelyyn on Wilhelmssonin kehittelemällä sosiaalisella siviilioikeudella ja erityisesti sosiaalisen suoritusesteen käsitteellä. Sosiaalisella suoritusesteellä tarkoitetaan tilanteita, joissa velallisen viivästys johtuu hänen elämäntilanteestaan tapahtuneista, ulkoisista tai yllättävistä syistä tapahtuneista muutoksista kuten työttömyydestä, sairastumisesta tai muusta ennalta arvaamattomasta seikasta (Wilhelmsson 1987, 65; sama 1992, 180) ja sen perusteella on mahdollista lieventää velallisen viivästyksistä aiheutuvia seuraamuksia (Bärlund 1990).

Pohjoismaissa yksityishenkilön velkajärjestelylakien tavoitteet ovat varsin samanlaiset kuin sosiaalista *force majeure* koskevassa opissa. Nimenomaisena tavoitteena on helpottaa velallisen taakkaa, kun tämä on ilman omaa syytä joutunut ylipääsemättömiin velkoihin (L yksityishenkilön velkajärjestelystä, VJL 1 §).

Velkajärjestelylait säädettiin 1990-luvun alun laman aikana ja sen jälkeen. Laman vuoksi suuri joukko kotitalouksia oli joutunut ylitsepääsemättömiin vaikeuksiin. Lamaa edeltänyt luottomarkkinoiden vapautuminen sääntelystä ja luottoekspansio oli useissa maissa kaksinkertaistanut kotitalouksien luottokannan.

Eurooppalaisten velkajärjestelylakien esitöissä lähdettiin liikkeelle ylivelkaantumisen taloudellisista taustoista eli työttömyydestä, sairauksista ja perhesuhteiden muutoksista. Luotonannon kasvuun, asuntolainoihin ja yritystoiminnan takauksiin jne. kiinnitettiin huomiota.⁵ Esitöistä löytyy mainintoja luottomarkkinoiden toiminnasta, mutta yleensä siinä sävyssä, että velkajärjestelylainsäädännön vaikutukset luottomarkkinoiden toimintaan tulisi minimoida. Useissa lainvalmistelutöissä korostetaan velanmaksumoraalin ylläpittoa (esim. Prop 1993/94, 36).

⁵ Velkajärjestelylakia koskeneessa eduskuntakeskustelussa korostui työttömyyden ja asuntovelkojen merkitys velkaongelmien syntymisessä. Ks. Lähdesmäki 1997, 26.

Ero yhdysvaltalaiseen markkinakeskeisyyteen on ilmeinen. Sääntelyn kohteena eivät ole markkinat vaan suojautuminen sosiaalisilta riskeiltä. Joissakin pohjoismaissa lain esitöissä todetaan nimenomaisesti, että tavoitteena ei ole markkinoiden sääntely. Saatetaan jopa todeta, että uusi laki ei saisi vaikuttaa luottomarkkinoiden toimintaa lainkaan tai että vaikutuksen tulisi olla mahdollisimman pieni. Esitöissä korostetaan, että mak-susuunnitelma tuo velkojille yhtä paljon tai enemmän velan lyhennyksiä kuin mitä velallinen muuten maksaisi ja että velkavastuusta vapautuminen täten koskee velkoja, joita velallinen ei missään tapauksessa pystyisi mak-samaan.

Taulukkoon 1 olen koonnut yhteen markkina- ja hyvinvointivaltiodiskurs-sin erilaiset tavat puhua velkaantumisesta ja kontekstualisoida sitä.

Taulukko 1. Maksukyvyttömyysdiskurssit

	MARKKINA-DISKURSSI	HYVINVOINTIVALTION DISKURSSI
VELKAANTU-MISEN SYYT	Luotonanto	Työttömyys, sairaus ym.
KONTEKSTI	Sopimus, neuvottelu	Yhteiskuntapolitiikka
RATIO	Edun maksimointi	Sosiaalinen ongelma
SUBJEKTI	Rationaalinen toimija	Kansalainen / asiakas

VELALLISKONSTRUKTIOT

Markkinatoimija ja kuluttajan valinta

Aloittaessani perehtymisen Yhdysvaltojen konkurssioikeuteen yli 15 vuotta sitten olin, kuten eurooppalaiset kollegani, ällistynyt sen velallisystävällisyydestä. Melkein yhtä ällistynyt olin, kun huomasin, että velallisen, jonka suurin ongelma on rahan puute, on maksettava tuomioistuimelle ja lakimiehelle siitä, että hän pääsee tähän velallisystävälliseen menettelyyn.

Tämä paradoksi alkoi avautua minulle vasta paljon myöhemmin, kun aloin ymmärtää, että markkinasääntelyssä velallinen nähdään ennen muuta ratio-

naalisia valintoja tekävänä toimijana. Hänen tekee ensimmäisen valintansa konkurssiin hakemisen ja hakematta jättämisen välillä. Konkursssimenettely ei ole aivan halpa. Vaikka menettelykustannukset eivät ole kovin suuret, asianajajan palkkio on maksukyvyttömälle velalliselle merkittävä menoerä, joka monesti estää velkajärjestelyn (Sullivan – Warren – Westbrook 1989, 23; Kovac 1991).

Jyrkimmät oikeustaloustieteilijät ajattelevat silti, että velallinen hakee itsensä konkurssiin, kun siitä koituva hyöty ylittää sen kustannukset. Se, että todella köyhät velalliset jäävät kustannusten vuoksi konkurssin ulkopuolelle,⁶ ei tätä arviota muuta. Köyhien velallisten mahdollinen hyöty konkursista arvioidaan näet niin vähäiseksi, ettei konkurssiin hakeutuminen kannata. Hyvin pienillä tuloilla velkoja ei makseta sen enempää konkurssissa kuin sen ulkopuolellakaan.

Liberaalin paradigman mukaan oikeussubjektit ovat muodollisesti yhdenvertaisia toimijoita. Liberaalin sääntelyparadigman mukaan siviilioikeuden tehtävänä on suojella toimijoiden muodollisia oikeuksia ja asemia. Tärkeimpiä keinoja markkinoiden toiminnan takaamisessa on toimijoiden yhtäläinen mahdollisuus saada tietoja markkinoista (Häyhä 1999, 301; sama 2000; Ramsay 2003). Vaikka liberalistit muuten pitävät puuttumista markkinoiden toimintaan useimmiten sopimattomana, tiedonsaannin katsotaan tarvitsevan lain erityissuojaa. Konkurssilainsäädännössä tiedon erikoisasema korostuu velkajärjestelyyn pääsyn sääntelyssä. Vaikka konkurssiin hakeutuminen on ollut perinteisesti ja on yhä perimmiltään vapaata, asiasta on merkittäviä poikkeuksia silloin, kun velallinen on salannut velkojilta olennaisia tietoja. Tärkeimmät poikkeukset koskevat erilaisia petoksia. Velka, joka on saatu antamalla väärä lausunto, voidaan jättää konkurssin ulkopuolelle, ja vakavimmissa petoksissa menettely voidaan evätä kokonaan (US Bankruptcy Code § 707, § 727).

Lukuisissa tutkimuksissa on otettu lähtökohdaksi velallisen valinta maksusuunnitelman ja suoran konkurssin välillä. Velallinen saa lain mukaan valita joko konkurssin ja maksusuunnitelman (Chapter 13), jolloin velallinen saa pitää omaisuutensa (erityisesti asunnon ja auton) ja sitoutuu maksamaaan vakuudettomia velkojaan noin kolme vuotta kestäväen maksuohjel-

⁶ Kuluttajakonkurssin velalliset ovat yleisimmin (alemman) keskiluokan jäseniä, joiden puutteellista sosiaaliturvaa se paikkaa. Yhdysvaltojen tunnetuimpien alan tutkijoiden Sullivanin, Warrenin ja Westbrookin 1990-luvun kehitystä kuvaavan kirjan nimi onkin kuvaavasti *The Fragile Middle Class* (2000). Samoin Warren – Warren-Tyagi 2004.

man ajan, tai suoran konkurssin (Chapter 7), jossa velallinen menettää omaisuutensa (tosin konkurssilta suojattu omaisuus vaihtelee eri osavaltioissa suuresti), mutta vapautuu velkavastuusta heti konkurssin jälkeen. Näissä tutkimuksissa keskeinen kysymyksenasettelu on useimmiten se, miten konkurssilain säännöksillä voitaisiin vaikuttaa velallisen valintaan konkurssilajien välillä siten, että laki kannustaisi valitsemaan maksusuunnitelman.

Velallisen maksuvelvollisuutta on lisätty Yhdysvalloissa. Ensiksi vuonna 1984 säädettiin konkurssin väärinkäytöstä. Väärinkäyttöä oli petollisuus velkoja kohtaan sekä se, että velallinen haki suoraa konkurssia ja veloista vapautumista eikä maksusuunnitelmaa, vaikka hänellä oli huomattava maksukyky. Vuoden 2005 muutoksilla väärinkäyttöä täsmennettiin siten, että lakiin tuli tarkat säännöt siitä, millaisella tulotasolla ainoastaan maksuohjelmakonkurssi on mahdollinen. Ajatus valinnanvapaudesta ja sen väärinkäytön rajoittamisesta säilyi, vaikka maksuohjelma tuli keskituloisille velallisille pakolliseksi.

Lainsäätäjä ei ole ollut erityisen kiinnostunut kuluttajakonkurssin syistä. Velalliskuvaan tulee yksilöllisiä piirteitä vain, kun velallinen on toiminut markkinoilla niin petollisesti, että hänet tulee sulkea konkurssin ja veloista vapautumisen ulkopuolelle.

Markkinasääntelyn paradigman mukaan valtion ei tule puuttua markkinoiden toimintaan ja johdonmukaisesti tämän kanssa yhteiskunta ei ole perinteisesti Yhdysvalloissa järjestänyt tai tukenut velkaneuvontaa. Velkaneuvontakokeilut ovat tosin viime vuosina yleistyneet huomattavasti, mutta niitä ei juuri rahoiteta yhteiskunnan varoin vaan esimerkiksi velallisten maksuohjelman mukaisista suorituksista otettavilla provisioilla.

Sosiologinen velalliskuva

Hyvinvointivaltiollisessa oikeudessa velallisesta piirtyy moniulotteisempi kuva. Pohjoismaiset velkajärjestelylait edellyttävät kannanottoa velallisen maksukyvyttömyyden syyn edellytyksenä velkajärjestelyyn pääsemiselle. Yksityiskohtaisin sääntely lain tasolla on Suomessa. Velkajärjestelyn edellytyksenä on, että yksityishenkilövelallisen "[m]aksukyvyttömyyden pääasiallisena syynä on velallisen maksukyvyttömyyden olennainen heikentyminen sairauden, työkyvyttömyyden, työttömyyden tai muun olosuhteiden muutoksen vuoksi pääasiassa ilman velallisen omaa syytä; tai

velkajärjestelyyn on muuten painavat perusteet ottaen huomioon (...)” (VJL 9 §).⁷

Tässä piirtyy kuva velallisesta, joka on joutunut vaikeuksiin taloudellisten olosuhteiden muutoksen seurauksena, ei markkinatoimijana. Velallisella on ominaisuuksia, joiden vuoksi hän ei olekaan kasvoton markkinatoimija. Hän on (ollut) työntekijä. Hänen pienentyneet tulonsa ovat tärkeitä paitsi velkojen maksun, myös perheen elättämisen kannalta. Velallisella onkin usein perhe, sillä laki on hyvin kiinnostunut siitä, kuinka paljon velallinen käyttää rahaa perheen elättämiseen. Usein hänen ja perheenjäsenten terveydentila on merkityksellinen. Muilla olosuhteilla viitataan sellaisiin seikkoihin kuin esimerkiksi puolison kuolemaan tai muuhun muutokseen perhesuhteissa, jotka siis myös ovat tärkeitä velalliskuvan rakentumiselle.

Erityistä merkitystä näyttää olevan sillä, miten velallinen asuu, sillä lainvalmistelutöissä kiinnitetään kovasti huomiota siihen, saako hän pitää kotinsa velkajärjestelyssä ja sen jälkeen.

Kiinnostus ylivelkaantumisen syihin ei rajoitu lain esitöihin. Pohjoismaissa laeissa tuomioistuimen edellytetään ottavan kantaa velkaantumisen syihin ja tapaan velkajärjestelyn edellytyksissä. Täten menettelyyn pääsyn sääntelystä on tullut moraalinen kannanotto (*Utvärdering av skuldsaneringslagen* 1995/1996:34, 32, 64; Carlsson – Hoff 2000). Kysymyksessä ei ole pelkästään se, että on moraalista auttaa hädässä olevaa ihmistä vaan velanmaksumoraalista. Pohjoismaisten lakien esitöissä on tiukkoja mainintoja siitä, miten tärkeää uudesta laista huolimatta on ylläpitää yleistä velanmaksumoraalia (SOU 1990:74, 14; Prop 1993/94:123, 77; HE 183/1992, 25; HE 180/1996, 3; Ot.prp.nr. 81 (1991–92), 3).

Pakollinen takaisinmaksusuunnitelma voidaan nähdä osana velanmaksumoraalin säilyttämistä. Maksuohjelmasta, jonka pituus on yleensä viisi vuotta, on keskusteltu moraalisenä eikä taloudellisenä kysymyksenä. Jopa täysin maksukyvyttömät velalliset ovat lain mukaan viiden vuoden ajan sidottuja suunnitelmaan (VJL 30,4 §). Tosiasiassa suunnitelmien taloudellinen arvo velkojille on yleensä vähäinen (Tala et al. 1994, Konsumentverket 1995/96: 34, 36).

Velanmaksumoraalin korostus on hieman erilainen pohjoismaissa verrattuna Keski-Eurooppaan. Pohjoismaissa säännellään erityisesti menettelyyn pääsyä ja sosiaalisesta siviilioikeudesta on välittynyt velkajärjestelylakeihin

⁷ Muissa Pohjoismaissa lain säännökset ovat yleisemmät, mutta vastaavat seikat tulevat esiin lakien esitöissä ja yksityiskohtaisemmat säännöt ovat vakiintuneet oikeuskäytännössä.

tarveharkintaisuutta, kun taas esimerkiksi Saksassa maksumoraalia vahvistetaan pitkän, vähintään kuuden vuoden maksuohjelman ja siihen liittyvän ”hyvän käytöksen vaatimuksen” kautta.

Pohjoismaisten lakien hyvinvointivaltiollinen suuntaus näkyy myös siinä, miten menettelyt on järjestetty. Kaikissa velkajärjestelylaeissa edellytetään täyttää oikeudenkäyntiä, johon sisältyy mahdollisuus suulliseen käsittelyyn, mutta pohjoismaissa menettelyä täydentävät hallinnolliset toimenpiteet. Menettelyssä velallista kohdellaan pitkälti asiakkaana; ikään kuin hyvinvointivaltiollisen palveluviranomaisen asiakkaana (Taulukko 1, s. 145).

Velkajärjestelyyn liittyvän yhteiskunnallisen tavoitteen merkitystä kuvastaa myös velkaneuvonnan yhdistäminen velkajärjestelyyn joko suoranaisesti menettelyn juridisena edellytyksenä taikka tosiasiallisena välttämättömyytenä. Ajatus hyvinvointivaltiollisesta palvelusta ilmenee siinä, että velkaneuvonnan ja -järjestelyn maksuttomuutta pidetään tärkeänä. Pidetään varsin selvänä, että varattomalla velallisella ei voi olla rahaa menettelykustannusten, neuvonnan tai oikeudenkäyntiavustajan kattamiseen.⁸

Eurooppalaisissa järjestelmissä on myös oikeudenkäyntikulujen periminen velalliselta itse velkajärjestelyssä melko vieraan tuntuinen ajatus; tuleehan velallisen maksukyvyttömyys vahvistetuksi juuri menettelyn aloittamisella. Myös velkajärjestelyhakemuksen jättämiseen tarvittavaa juridista apua on yleensä maksutta saatavilla joko velkaneuvonnan, täytäntöönpanoviranomaisen tai maksuttoman oikeudenkäyntiavustajan kautta organisoituna.

INDIVIDUALISTINEN VAI KOLLEKTIIVINEN VELKOJAKUVA?

Konkurssioikeuden oppikirjojen mukaan konkurssi on kollektiivinen menettely, jossa kaikki velallisen varat käytetään kaikkien velkojien tyydyttämiseen. Konkurssin alkamisesta seuraava täytäntöönpanokielto keskeyttää velkojien keskinäisen kilpajuoksun. Velkojien tasa-arvo on keskeinen konkurssioikeudellinen periaate, josta tosin on käytännössä jouduttu poikkeamaan (esim. Wood 1995, 2). Velkojien individualistisen kilpailun tilalle tu-

⁸ Velkaneuvonta on Euroopan maissa yleensä pyritty järjestämään yhteisistä varoista joko yhteiskunnan itsensä organisoimana toimintana, kuten Pohjoismaissa, tai yhteiskunnan rahoittamana mutta erilaisten järjestöjen ja muiden yksityisten organisaatioiden toteuttamana, kuten Keski-Euroopassa. Yleisesti Niemi-Kiesiläinen 1999b.

lee kollektiivinen menettely, jossa velkojien etua valvotaan velkojakollektiivin näkökulmasta. Lähtökohta on sama niin anglosaksisessa kuin mannermaissakin kirjallisuudessa.

Vaikka nämä väitteet pitävät yleisesti ottaen paikkansa, väitän seuraavassa, että velkoja voidaan konkurssimenettelyn ”toisena osapuolena” konstruoida eri tavoin eri oikeusjärjestyksissä. Asian ydin on siinä, missä määrin ajatusta velkojien yhteisestä ja kollektiivisesta edusta pidetään yllä ja millaisia oikeuksiensa loukkauksia velkojat joutuvat sietämään kollektiivisen menettelyn nimissä. Väitän, että Yhdysvaltojen konkurssilaeissa konkurssimenettelyn kollektiivisuus jää taka-alalle ja yksittäisiä velkojia ja velallista pidetään neuvotteluosapuolina myös konkurssitilanteessa. Sen sijaan eurooppalaisissa velkajärjestelylaeissa perinteinen käsitys konkurssista kollektiivisena menettelynä yhdistyy hyvinvointivaltioilliseen käsitykseen lainsäädännöstä sosiaalisten päämäärien edistämisen välineenä.

Kaupankäyntiä konkurssin varjossa

Yhdysvaltojen konkurssioikeuteen sisältyy paljon esimerkkejä siitä, miten yksittäisen velkojan edut menevät velkojakollektiivin intressien suojelun edelle. Monet velat eivät lain nojalla lainkaan kuulu konkurssin vapauttavan vaikutuksen piiriin. Vapauttavan vaikutuksen ulkopuolelle jäävät esimerkiksi suuri osa verovelvoista, sakot ja eräät vahingonkorvausvelat, rattijuopumuksella aiheutettu velka, luksuskulutukseen vähän ennen konkurssia otettu velka, elatusapuvelat, konkurssissa ilmoittamatta jätetyt velat jne. (US Bankruptcy Code § 523, Niemi-Kiesiläinen 1995, 432) Nämä velat on siis maksettava konkurssin vapauttavasta vaikutuksesta huolimatta. Lisäksi velka, joka on saatu antamalla paikkaansa pitämätön tieto velkojalle, voidaan jättää konkurssin vapauttavan vaikutuksen ulkopuolelle.

Eräät muut velat on säädetty etuoikeutetuiksi. Verovelat, eräät työsuhde-saavat ja eräät kuluttajien tekemät ennakkomaksut on maksettava ennen muita velkoja (US Bankruptcy Code § 507). Konkurssioikeuden näkökulmasta nämä sääntelyt kuitenkin asettavat tietyt velkojat muita parempaan asemaan, ellei suorastaan konkurssin ulkopuolelle.

Meidän näkökulmastamme yllättävin on sääntely, joka sallii konkurssivelallisen ja -velkojan tekemän keskenään sopimuksen konkurssin piiriin kuuluvan velan suorittamisesta konkurssista huolimatta konkurssin jälkeen (ns. affirmation agreement). Tuomioistuimen tulee periaatteessa hyväksyä sopi-

mus, mutta oikeuskäytännössä ei ole juuri asetettu edellytyksiä sopimuksen hyväksymiselle. Säännöksen alkuperäinen tarkoitus lienee ollut se, että joissain tapauksissa on velallisen edun mukaista jatkaa sopimussuhteita, esimerkiksi vuokrasuhdetta tai tavarahankintoja luottokauppana, tietyn velkojan kanssa. Mahdollisesti on myös ajateltu yksityishenkilövelkoja, joita kohtaan velallinen voi kokea erityistä moraalista vastuuta (Cowans 1989). Käytännössä sopimukset ovat yleisiä ja tutkijoiden käsityksen mukaan niitä tehdään nimenomaan kaupallisten velkojien aloitteesta myös ilman tuomioistuimen vahvistusta (Culhane – White 1999).

Monia edellä mainittuja poikkeuksia velkojien tasa-arvon periaatteesta perustellaan juuri sillä, että kyseiset velkojat eivät ole kaupallisia markkinatoimijoita eivätkä niin ollen voi valita velallisiaan. Kuten edellä mainituista esimerkeistä voi päätellä, näillä poikkeuksilla on haluttu edistää mitä erilaisimpia yhteiskuntapoliittisia päämääriä alkaen rattijuopumuksen vastaisesta kampanjoinnista. Niin tavoiteltavia kuin nämä päämäärät ovatkin, on kyseenalaista, miten tehokas keino konkurssioikeus on niiden edistämisessä. Useimmat velalliset ovat joka tapauksessa niin vähävaraisia, että etuoikeutettukaan velka ei välttämättä tule suoritetuksi. Myös verrattaessa etuoikeutettuja velkoja muihin velkoihin, voi herätä kysymyksiä oikeudenmukaisuudesta. Myös poikkeusten suhde konkurssin tavoitteeseen, uuteen aloitukseen, on saanut osakseen kritiikkiä (Whitford 1997; sama 1999).

Velkojien tasa-arvon periaatteen uudelleen syntyminen

Eurooppalaisissa velkajärjestelylaeissa vain harvat velat, lähinnä lapselle maksettava elatusapu, ovat etuoikeutetussa asemassa. Jos velallisen ei katsota ansaitsevan velkajärjestelyä, hänet suljetaan kokonaan menettelyn ulkopuolelle.

Ajatus siitä, että velallinen ja velkoja voisivat keskinäisin sopimuksin saat-taa tietyn saatavan erikoisasemaan, on Euroopassa vieras. Pääsääntöisesti se on jopa kriminalisoitu velkojan suosimisena.⁹ En ole havainnut, että missään Euroopan maassa olisi edes keskusteltu tällaisesta vaihtoehdosta.

Jonkin verran keskustelua on käyty velkoja-asemassa olevien yksityishenkilöiden, erityisesti yksityistakaajien tilanteesta. Keskustelussa on kui-

⁹ RL 39:5. Ks. myös takaisinsaantilain 10 § ja VJL 40,3 §, jonka mukaan sopimus velan suorittamisesta velkajärjestelyn ulkopuolella on mitätön.

tenkin pohdittu lähinnä lainsäädännöllisten ratkaisujen mahdollisuutta, ei niinkään sitä, että velallinen ja velkoja voisivat keskinäisin sopimuksin säännellä tilannetta.

Selkeimmin yhteisöllinen, valtion kautta tapahtuva sitoutuminen velkajärjestelyn tavoitteisiin tulee esiin verottajan ja muiden julkisyhteisövelkojien kohtelussa. Etuoikeuksien lisääntyminen ja julkisoikeudellisten, etuoikeutettujen saatavien määrän kasvu konkurseissa on monissa maissa hyvin tunnettu ongelma. Se on monessa maassa johtanut siihen, että etuoikeudettomat velkojat eivät voi odottaa saavansa konkurssissa mitään jako-osuutta. Vasta kahden viimeisen vuosikymmenen uudistuksissa suunta on alkanut kääntyä eli etuoikeuksia on alettu karsia.

Säädettäessä yksityishenkilöiden velkajärjestelylakeja julkisyhteisövelkojan etuoikeutetun aseman poistamista on pidetty melkeinpä itsestään selvyytenä.¹⁰ Suomessa etuoikeudet poistettiin samaan aikaan kun velkajärjestelylaki säädettiin.¹¹ Ruotsissa konkurssietuoikeuksiin ei puututtu velkajärjestelylain säätämisen yhteydessä, mutta etuoikeusjärjestystä ei sovelleta velkajärjestelyssä.¹²

Luopuminen julkisyhteisöjen etuoikeudesta velkajärjestelylakien säätämisen yhteydessä heijastaa mielestäni sitä sitoutumista yhteiskunnalliseen tavoitteeseen – velkaongelmien hoitamiseen – mikä velkajärjestelylakien säätämisessä tulee esiin. On jokseenkin selvää, että julkisyhteisö kantaa osansa tavoitteen saavuttamisen kustannuksista, vaikka sillä ei olekaan samanaista mahdollisuutta valita velallisiaan kaupallisin perustein kuin kaupallisilla velkojilla. Sen sijaan menetys jakautuu valtiovelkojalla mahdollisimman laajan piirin kannettavaksi. Samalla tavoin on loogista, että valtio vastaa pääosasta menettelykustannuksia osana hyvinvointivaltion apua maksukyvyttömille henkilöille.

Keskeiset tässä pääjaksossa tarkastellut konkreettiset sääntelyt on koottu taulukkoon 2.

¹⁰ Loitakin etuoikeuksia toki velkajärjestelyssäkin on voimassa ja sääntely tältä osin vaihtelee eri maissa. Elatusapuvelkojan etuoikeutta pidetään edelleen tärkeänä. Elatusavun tosiasiallinen merkitys on kuitenkin vähentynyt sen vuoksi, että yhteiskunta on pitkälti ryhtynyt turvaamaan poisjääneitä saatavia. Elatusavun etuoikeus turvaakin käytännössä usein yhteiskunnan takautumissaatavaa.

¹¹ Laki velkojen maksunsaantijärjestyksestä 1578/1992.

¹² Skuldssaneringslagen 6 § ja 7 §. Ruotsissa on etuoikeuksien radikaali vähentäminen toteutui vuonna 2004 (Lag 535/2003).

Taulukko 2. Kuluttajakonkurssin sääntely

	MARKKINA-DISKURSSI	HYVINVOINTIVALTION DISKURSSI
KONKURSSI-KUSTANNUKSET	Konkurssin hinta velalliselle	Sosiaalinen kustannus yhteiskunnalle
MAKSU-OHJELMA	Rationaalinen valinta	Maksumoraali, pakollinen
SOPIMUS	Sopimusvapaus	Säännelty menettely

YHTEENVETO JA JOHTOPÄÄTÖS

Diskurssianalyysillä ei voi tutkia mitä tahansa, ja metodia täytyy voida soveltaa joustavasti tutkimuskysymyksestä riippuen. Luontevinta soveltamisalaa sille on identiteettien ja subjektiviteettien rakentumisen analysointi. Tässä artikkelissa olen tarkastellut sitä, miten velallinen ja velkoja konstruoidaan kuluttajakonkurssia ja vastaavasti velkajärjestelyä koskevissa laeissa. Habermasin sääntelyn paradigmoja koskevaan teoriaan nojautuen löysin velkaantumisen syitä ja kontekstia koskevista lainvalmistelutöiden lausumista sekä konkreettisista konkurssioikeuden säännöksistä ilmauksia ja puhetapoja, jotka konstruoivat velallisesta ja velkojasta kahta erilaista ajattelutapaa vastaavia oikeussubjekteja.

Siihen, millainen oikeussubjekti lainsäädännössä rakentuu, vaikuttaa se, miten sääntelyn kohteena oleva aihepiiri ymmärretään (ks. Taulukko 1, s. 145). Toiselta puolen se, miten oikeussubjektit rakentuvat, vaikuttaa siihen, millaisia konkreettisia sääntelyjä lainsäädäntöön tulee (Taulukko 2). Tuorin kriittisen oikeuspositivismin tasottelumallin mukaisesti voidaan ajatella, että kysymys on oikeuden pintatasolta syvärakenteeseen tapahtuvan sedimentaation ja toiseen suuntaan kulkevan konstituution prosessien tarkastelusta (Tuori 2000, 217).

Tarkastelu auttaa ymmärtämään aikaisempaa paremmin monia amerikkalaisen ja eurooppalaisen velkajärjestelylainsäädännön (kuluttajakonkurssin) erityispiirteitä – etten sanoisi kummallisuuksia. Mutta ennen kaikkea se johdattaa kysymään, miten oikeussubjektius on oikeusjärjestyksissämme konstruoitu. Kysymys on tähän asti asetettu lähinnä feministisessä oikeustieteessä,

jossa liberaalin autonomisen oikeussubjektin on katsottu rakentuneen maskuliinisen normin mukaan, mutta oikeussubjektuuden konstruktion pohtiminen eri oikeudenaloilla myös muista näkökulmista näyttäisi tämän tutkimuksen valossa olevan paikallaan.

LÄHTEET

Artikeli perustuu vuonna 2001 professori Erkki Havansin juhlaikirjassa julkaistuun artikkeliin ja vuonna 2003 ilmestyneeseen englanninkieliseen artikkeliin. Jälkimmäisessä artikkelissa on myös laajemmin viittauksia oikeustieteeseen. Kiitän Talentumia ja Hart Publishingia luvasta käyttää aiemmin julkaistua aineistoa. Kiitän myös kielenkääntäjä Heljä Tilliä artikkelin eräiden osien käännöksestä.

Virallislähteet

Bankruptcy Laws Commission 1973, *Report of the Commission on the Bankruptcy Laws of the United States*. Parts I and II. House Document 93-137, 93rd. Cong. 1st sess. July 1973.

Bet 957/1982, *Betænkning om gældssanering* (Tanska).

Gjeldsordning for personer med betalningsvansker. Report of Working group, Family and Consumer Department, Norway 1991.

HE 183/1992 *Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi yksityishenkilön velkajärjestelystä*.

HE 180/1996 *Hallituksen esitys Eduskunnalle yksityishenkilön velkajärjestelystä annetun lain muuttamiseksi*.

National Bankruptcy Review Commission: *Bankruptcy: The Next Twenty Years*. Final Report 1997.

NOU 1991:16 *Gjeldsordning for personer med betalningsvansker* (Norja)

Ot.prop. 81 (1991-92) *Om lov om frivillig og tvungen betalningsordning for privatpersoner* (gjeldsorningsloven) (Norja)

Prop. 1993/94:123 *Skuldsaneringslag* (Ruotsi)

SOU 1999:1 *Förmånsrätt*.

Utvärdering av skuldsaneringslagen, Konsumentverket 1995/1996:34.

Kirjallisuus

Adler Barry E. – Polak, Ben – Schwartz Alan: Regulating Consumer Bankruptcy: A Theoretical Inquiry. *Journal of Legal Studies* 2000, p. 585–.

Bärlund, Johan: *Sociala prestationshinder i konsumentavtal*. Nordiska Ämbtsmannakommittén för Konsumentfrågor. NÄK-rapport 1990:6. Göteborg 1990.

Carlsson, Bo – Hoff, David: Dealing with Insolvency and Indebted Individuals in respect to Law and Morals. *Socio-Legal Studies* 2000, p. 295–319.

Culhane, Marianne B. – White, Michaela M.: Debt after Discharge: An Empirical Study of Reaffirmation. *American Bankruptcy Law Journal* 1999 p. 709–.

Habermas, Jürgen: *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Suhrkamp, Frankfurt am Main 1992.

- Heath, Paul: Consumer Bankruptcies: A New Zealand Perspective. *Osgoode Hall Law Journal* 1999, p. 427–447.
- Howard Margaret: A Theory of Discharge in Consumer Bankruptcy. *Ohio State Law Review* 1987, p. 1047–1088.
- Huls, Nick: Overindebtedness and Overlegalization: Consumer Bankruptcy as a Field for Alternative Dispute Resolution. *Journal of Consumer Law and Policy* 1997, p. 143–.
- Huls, Nick (et al.): *Overindebtedness of Consumers in the EC Member States: Facts and Search for Solutions. European Communities*. Kluwer 1994.
- Häyhä, Juha: Tieto tavarana: siviilioikeus tietoyhteiskunnassa. *Oikeus* 2000, s. 36–64.
- Häyhä, Juha: Liability and Information in Private Law. In Wilhelmsson Thomas – Hurri Samuli (eds.): *From Dissonance to Sense: Welfare State Expectations, Privatisation and Private Law*. Ashgate, Aldershot etc. 1999, p. 301–348.
- Kovac, S: Judgement-Proof Debtors in Bankruptcy. *American Bankruptcy Law Journal* 1991, p. 675–.
- Jackson, Thomas H.: *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*. Harvard University Press, Cambridge, Mass 1986.
- Lähdesmäki, Timo: *Velkajärjestelyn ulkopuolelle jääminen*. Pro gradu. Jyväskylän yliopisto. Yhteiskuntapolitiikka. Julkaisematon 1997.
- Mason, Rosalind – Duns, John: Developments in Consumer Bankruptcy in Australia. In Niemi-Kiesiläinen – Ramsay – Whitford (eds.): *Consumer Bankruptcy in Global Perspective*. Hart Publishing 2003, p. 227–246.
- Mason, Rosalind: Consumer Bankruptcies: An Australian Perspective. *Osgoode Hall Law Journal* 1999, p. 449–503.
- Niemi-Kiesiläinen, Johanna: *Luonnollisen henkilön velkavastuu insolvenssioikeudessa*. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 1995.
- Niemi-Kiesiläinen, Johanna: Insolvenssioikeuden taloustieteelliset perusteet. Teoksessa Vesa Kanninen – Kalle Määttä (toim.): *Näkökulmia oikeustaloustieteeseen*. Gaudeamus, Tampere 1996.
- Niemi-Kiesiläinen, Johanna: Changing Directions in Consumer Bankruptcy Law and Practice in Europe and USA. *Journal of Consumer Law and Policy* 1997, p. 133–.
- Niemi-Kiesiläinen, Johanna: Consumer Bankruptcy in Comparison: Do We Cure a Market Failure or a Social Problem? *Osgoode Hall Law Journal* 1999, p. 473–503 (1999a).
- Niemi-Kiesiläinen, Johanna: The Role of Consumer Counselling as Part of the Bankruptcy Process in Europe. *Osgoode Hall Law Journal* 1999, p. 409–413 (1999b).
- Niemi-Kiesiläinen, Johanna: Velallis- ja velkojakuvat konkurssissa Teoksessa Koulu – Lapalainen – Lohi (toim.): *Velka, vakuus ja prosessi. Juhlajulkaisu Erkki Havansi 1941–11/7–2001*. Kauppakaari 2001, s. 289–308.
- Niemi-Kiesiläinen, Johanna: Collective or Individual? Constructions of Debtors and Creditors in Consumer Bankruptcy. In Niemi-Kiesiläinen – Ramsay – Whitford (eds.): *Consumer Bankruptcy in Global Perspective*. Hart Publishing 2003, p. 41–60.
- Niemi-Kiesiläinen, Johanna – Henrikson, Ann-Sofie: *Legal Solutions to Debt Problems in Credit Societies*. A Report to the Council of Europe. Skrifter från Juridiska Institutionen vid Umeå universitet 13/2006.
- Pöyhönen, Juha: *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 1988.

- Pöyhönen, Juha: *Contracts: just social practice*. In Wilhelmsson, Thomas (ed.): *Perspectives of critical contract law*. Aldershot, Dartmouth 1993, p. 311–324.
- Ramsay, Iain: *Models of Consumer Bankruptcy: Implications for Research and Policy* *Journal of Consumer Policy* 1997, p. 269–287.
- Ramsay, Iain: *Consumer Credit Society and Consumer Bankruptcy: Reflections on Credit Cards and Bankruptcy in the Informational Economy*. In Niemi-Kiesiläinen – Ramsay – Whitford (eds.): *Consumer Bankruptcy in Global Perspective*. Hart Publishing 2003, p. 17–40.
- Reifner, Udo et al.: *Study of the Legislation relating to Consumer Overindebtedness in all European Union Member States*. Presented by: Udo Reifner – Helga Springeneer, Institute for Financial Services, Hamburg, Nick Huls, Erasmus University Rotterdam / School of Law and Johanna Niemi-Kiesiläinen, University of Helsinki / Helsinki Collegium for Advanced Studies. To: Commission of the European Communities, June 2003, <http://www.iff-hamburg.de/6/iff-cocleu.pdf>
- Sullivan, Teresa – Warren, Elizabeth – Westbrook, Jay Lawrence: *As We Forgive Our Debtors. Bankruptcy and Consumer Credit in America*. Oxford University Press 1989.
- Sullivan, Teresa – Warren, Elizabeth – Westbrook Jay Lawrence: *The Fragile Middle Class*. Yale University Press 2000.
- Tala, Jyrki – Muttilainen, Vesa – Vasara, Pekka: *Velkajärjestelyt tuomioistuimissa*. Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos, tutkimustiedonantoja 13/1994.
- Telfer, Thomas GW: *New Zealand Bankruptcy Law Reform: The New Role of the Official Assignee and the Prospects for a No-Asset Regime*. In Niemi-Kiesiläinen – Ramsay – Whitford (eds.): *Consumer Bankruptcy in Global Perspective*. Hart Publishing 2003, p. 247–268.
- Warren, Elizabeth – Warren-Tyagi, Amelie: *The Double-Income Trap. Why Middle Class Mothers and Fathers are Going Broke*. Basic Books, New York 2003.
- Weston, Fred J.: *Some Economic Fundamentals for an Analysis of Bankruptcy*. *Law and Contemporary Problems* 1977, p. 47–65.
- White, Michelle M.: *Economic Versus Sociological Approaches to legal Research: The Case of Bankruptcy*. Book Review of *As We Forgive Our Debtors*, by T.A.Sullivan, E. Warren & J.L.Westbrook. *Law & Society Review* 1991, p. 685–.
- Whitford, William: *Secured Creditors and Consumer Bankruptcy in the United States*. *Osgood Hall Journal* 1999, p. 339–.
- Whitford, William: *Changing Definitions of Fresh Start in U.S. Bankruptcy Law*. *Journal of Consumer Policy* 1997, p.178–.
- Whitford, William: *The Ideal of Individualized Justice: Consumer Bankruptcy as Consumer Protection, and Consumer Protection in Consumer Bankruptcy*. *American Bankruptcy Law Journal* 1994, p. 397–.
- Wilhelmsson, Thomas: *Social civilrätt*. Lakimiesliiton kustannus 1987.
- Wilhelmsson, Thomas: *Critical Studies in Private Law. A Treatise on Need-Rational Principles in Modern Law*. Kluwer Dordrecht 1992.
- Wilhelmsson, Thomas (toim.): *Perspectives of Critical Contract Law*, Aldershot, Dartmouth, 1993.
- Wood, Philip: *Principles of International Insolvency*. Kluwer 1995
- Ziegel, Jacob: *Comparative Consumer Insolvency Regimes from a Canadian Perspective*. Hart Publishing 2003.