**Pohjoismainen sopimusoikeusajattelu ja kansainvälistyvä sopimusoikeus**

1. *Tutkimustehtävä ja sen tausta*

Käsitykset, jotka koskevat lain (*oikeusjärjestyksen*) asemaa yhteiskunnassa ja kansainvälisessä kontekstissa, ovat myös sopimusoikeuden alueella vallitsevan oikeusajattelun taustalla. Oikeuden liittymät poliittiseen, kulttuuriseen, taloudelliseen ja historialliseen ympäristöönsä ovat *oikeusvertailun* lähtökohtia, ja näitä liittymiä on tarkasteltu myös oikeusteorian piirissä esimerkiksi *kriittisen oikeuspositivismin* välinein (*Tuori*).[[1]](#footnote-1) Liittymät antavat oikeusjärjestykselle sen perustavat rakenteelliset ja sisällölliset lähtökohdat (*epistemen*),[[2]](#footnote-2) ja niiden pohjalta on kansainvälisessä tarkastelussa ollut tapana erottaa keskenään erilaisia suuria *oikeusjärjestelmiä*.[[3]](#footnote-3)

Pohjoismainen sopimusoikeus on osa pohjoismaisia oikeusjärjestelmiä, joita voidaan yhteisten piirteidensä vuoksi pitää yhtenä kansainvälisistä oikeusjärjestelmistä. Pohjoismaisen sopimusoikeuden käsittelemistä yhtenä kokonaisuutena puoltaa se, että oikeudellisten lähtökohtien samankaltaisuuden vuoksi konkreettinen lainsäädäntöyhteistyö on ollut Pohjoismaiden välillä mahdollinen myös varallisuusoikeuden alalla (esimerkiksi oikeustoimilaki). Se, että siviilioikeudellinen sääntely on perustunut yksittäisiin lakeihin eikä laajoihin, systematisoituihin ”lakikirjoihin” (kuten BGB), on helpottanut pohjoismaiden välistä oikeudellista yhteistyötä ja synnyttänyt yhteispohjoismaisia lakeja ja konventioita.[[4]](#footnote-4)

Pohjoismaista sopimusoikeutta verrataan seuraavassa common law –pohjaisiin järjestelmiin, joiden merkitys kansainvälisessä kaupassa ja sen sääntelyssä on huomattava. Vertailun taustaksi viitataan myös mannereurooppalaisten järjestelmien kuten Saksan BGB:n sopimusoikeussääntelyn yleisiin piirteisiin.

Joitakin keskeisiä eroja mainittujen kolmen järjestelmän välillä voidaan karkeistaen ja hypoteettisesti pelkistää seuraavalla tavalla. Mannereurooppalaiset järjestelmät ovat historiallisesti suuriin lakikodifikaatioihin perustuvia systemaattisia järjestelmiä, common law –pohjaiset järjestelmät taas lähtevät oikeustapausten induktiivisesta merkityksestä sääntöjen muodostamisessa (prejudikaattien sitovuuteen perustuva *stare decisis* –järjestelmä), ja pohjoismaiselle sopimusoikeudelle, erityisesti sen ”itäskandinaavisissa” suuntauksissa (Ruotsin ja Suomen oikeudessa) taas on ominaista erityislaatuinen suhde sääntöjen ja oikeustapausten välillä. Sen perusteena on mannereurooppalaisen mallin mukaan kodifioitu laki (ei kuitenkaan yhtenäisenä kattavana kodifikaationa, vaan yksittäisinä säädöksinä), mutta toisaalta korostetaan yksittäisten tapausten merkitystä. Tämä ei kuitenkaan tapahdu common law –tyyppisen induktiivisen merkityksen vuoksi, vaan enemmän siksi, että *kohtuullisuuden* toteuttaminen sääntöjen joustavan soveltamisen kautta olisi mahdollista.

Edellä hahmotellut erot järjestelmien välillä koskevat *oikeuslähdeopillisia* perusoletuksia. Näiden erojen perusteella voidaan vertailtavia järjestelmiä karkeistaen luonnehtia seuraavilla epiteeteillä: keskieurooppalaiset sopimusoikeudet ovat *kodifikaatiojärjestelmiä*, common law –sopimusoikeus on *prejudikaattijärjestelmä* ja pohjoismaiset sopimusoikeudet *joustavia kohtuullisuuspohjaisia järjestelmiä.*

Seuraavassa selvitetään, *millaisia eroja on pohjoismaisten ja common law –pohjaisten oikeusjärjestelmien sopimusoikeusajattelussa ja miten nämä erot vaikuttavat kansainvälisessä sopimustoiminnassa.*

1. *Sopimusten kohtuullistaminen ja sopimusoikeuskäsitykset*

Oikeuden kehitystä voitaneen pitää talous- ja kulttuurihistorian sekä poliittisen historian heijastumana. Ruotsin ja Suomen oikeushistoriassa tämä on merkinnyt muun muassa jännitettä legalistisen normisidonnaisuuden ja vapaamman oikeudellisen argumentointinäkemyksen välillä. Suomessa legalismi oikeudellisena asenteena sai valtiolliseen historiaan heijastuvan kansallisen ikonin aseman, symbolinaan vänrikki Stoolin tarinoiden maaherra Wibelius. Legalismi loi perustan maamme itsenäistymisen edellyttämille valtiorakenteille. Toisaalta itsenäistymisemme lopullinen toteutus ilmaisee sen tajuamista, ettei legalismiin pitäytymisestä ole apua silloin, kun "koko onnemme kalpamme kärjessä on".

Legalismille osaksi vastakkaisena perusasenteena vanha itäskandinaavinen kohtuusajattelu on vaikuttanut oikeudelliseen ajatteluun Suomessakin. Tämä ilmenee jo 1500-luvun tuomarinohjeissa: "Kaikki lait pitää olla sellaiset, että ne ovat yhteiseksi hyödyksi, ja sentähden, kun laki tulee vahingolliseksi, ei se enää ole laki, vaan vääryys, ja on hylättävä. Hyvä ja älykäs tuomari on parempi kuin hyvä laki, sillä hän voipi asetella kaikki kohtuuden mukaan. -- Mikä ei ole oikeus ja kohtuus, se ei saata olla lakikaan; sen kohtuuden tähden, joka laissa on, se hyväksytään. Kaikkea lakia on älyllä käytettävä, sillä suurin oikeus on suurin vääryys, ja oikeudessa pitää olla armo mukana."

Itäskandinaavisessa sopimusoikeudessa kohtuullisuuselementti on ollut sisäänrakennettuna ainakin (esi)modernista[[5]](#footnote-5) 1734-vuoden lakiin perustuvasta ajattelusta 1900-luvun alkupuolelta lähtien. Suomessa tämä piirre on ilmennyt lainsoveltajalle laajaa harkintavaltaa antavien *yleislausekkeiden* ja nimenomaan kohtuutta korostavien säännösten kuten VKL 8 §:n (1947) saamana merkityksenä.[[6]](#footnote-6) Keskustelu kohtuusperiaatteen asemasta sopimusoikeudessa ja yleisestä kohtuullistamissäännöstä johti sopimusten sovittelua koskevan yleissäännön (OikTL 36 §) säätämiseen vuonna 1982.[[7]](#footnote-7) Vaikka sovittelusäännön käytännön merkitys ei ehkä ole kovin suuri,[[8]](#footnote-8) se voidaan nähdä pitkäaikaisen oikeuskehityksen tuloksena ja ilmauksena tietynlaisesta sopimusoikeuskäsityksestä.

Sopimusten kohtuusperusteinen sovittelu on nykyään kansainvälinen ilmiö, joka kuuluu muun muassa EU:n harmonisointiohjelmaan kuluttajaoikeuden alueella. Sovitteluinstituutio on osa myös brittiläistä common law –perusteista sopimusoikeutta, osaksi kansallisen oikeuskehityksen ja osaksi EU-harmonisoinnin tuloksena. Silti näyttää siltä, että kohtuullisuusperiaatteen ja sovittelun asema sopimusoikeudessa on suomalaiseen järjestelmään (ja muiden pohjoismaisen vastaaviin instituutioihin[[9]](#footnote-9)) verrattuna erilainen niin brittiläisessä kuin EU-oikeudessakin.[[10]](#footnote-10)

Sopimusten sovitteluinstituutio on kuulunut brittiläiseen sopimusoikeuteen ainakin *the Unfair Contracts Terms Act* –säädöksen (*UCTA*)säätämisestä (1977) asti.[[11]](#footnote-11) Silti voitaneen *McKendrickin[[12]](#footnote-12)* tavoin todeta, että Englannin oikeudessa ei edelleenkään ole yleistä kohtuullistamissääntöä (general doctrine of unfairness or unconscionability). Sääntely kohdistuu vain tiettyihin ehtotyyppeihin kuten *vastuunrajoituksiin*, ja siksi sääntely perustuu enemmän muodolliseen kysymykseen, miten mahdolliset soveltamiskohteet määritellään, kuin itse sopimuksen sisältöön kokonaisuutena. Sääntelyn ulkopuolelle jääviä ehtoja ei siten yleensä voida käsitellä kohtuullistamissäännön perusteella.[[13]](#footnote-13) Lisäksi tietyt sopimukset kuten vakuutukset on jätetty lain soveltamisalan ulkopuolelle.

Kuluttajasuhteissa sovellettavan brittiläisen säädöksen “Unfair terms in consumer contracts regulations”[[14]](#footnote-14) kohdan 6**.**  (1)  mukaan “Without prejudice to regulation 12, the unfairness of a contractual term shall be assessed, taking into account the nature of the goods or services for which the contract was concluded and by referring, at the time of conclusion of the contract, to all the circumstances attending the conclusion of the contract and to all the other terms of the contract or of another contract on which it is dependent.” Huomioon on siis otettava laajasti asiaan vaikuttavia seikkoja. Mutta soveltamisalaltaan yleisessä UCTA 11(1):ssa asetetun yleisen kohtuullisuusmittapuun (“The ‘reasonableness’ test”) mukaan ”In relation to a contract term, the requirement of reasonableness - - is that the term shall have been a fair and reasonable one to be included having regard to the circumstances which were, or ought reasonably to have been, known to or in the contemplation of the parties when the contract was made.” Säännöksessä kohtuullisuus siis sidotaan olosuhteisiin, jotka osapuolet tiesivät tai mielsivät tai jotka heidän olisi kohtuuden mukaan pitänyt tietää tai mieltää.

Englannin yleisen sovittelusäännöksen mukaan lähdetään siis subjektiivisesta, osapuolten tietoisuuteen liittyvästä kriteeristä. Vaikka sitä sovelletaan tietämis- tai mieltämisvelvoitteen kautta objektiivisemman standardin tavoin, tämä lähtökohta rajoittaa jo sinänsä kohtuullisuuden merkitystä yleisenä periaatteena.[[15]](#footnote-15) Mutta yleisen periaatteen asemaa vastaan vaikuttavat muutkin sovittelun ja brittiläisen sopimusoikeuden piirteet. Brittiläisen sovitteluinstituution taustalla voidaan nimittäin nähdä yleisempiä sopimusoikeuskäsityksiä.

Yleistä sovittelusääntöä vastaan vaikuttaa brittiläisessä sopimusoikeudessa se käsitys, että riitatilanteessa tuomioistuimessa on vaikea hahmottaa sitä markkinakontekstia, jossa sopimus on syntynyt ja jonka syvempi ymmärtäminen voisi osoittaa sopimuksen tasapainoisuuden. Jos sopimuksen kohtuuttomuus voidaan jakaa menettelylliseen (”procedural” eli sopimuksen syntymekanismiin liittyvään) ja sisällölliseen (substantive), pidetään helpompana identifioida menettelylliseen kohtuuttomuuteen viittaavia käytäntöjä kuin itse sopimuksen sisällöllistä kohtuuttomuutta.[[16]](#footnote-16) Sovittelusäännön arvellaan myös heikentävän oikeusvarmuutta. Lisäksi taustalla vaikuttaa common law –järjestelmän kielteinen asenne yleisiä periaatteita kohtaan ja argumentointiperinne, jossa mieluiten haetaan analogioita olemassa olevista kategorioista ja lisätään niihin kulloinkin tarvittavia argumentteja (”to reason incrementally and by analogy to existing categories”).[[17]](#footnote-17) Sopimusoikeuden tehtävänä ei liioin pidetä varallisuuden uusjakoa.[[18]](#footnote-18)

UCTA:an perustuvassa sovittelussa ei voida jakaa sopimusehtoa kohtuulliseen ja kohtuuttomaan osaan siten, että vain edellinen jätettäisiin voimaan.[[19]](#footnote-19) Tästä seuraa sopimusteknisesti, että ehdon kokonaispoistamisen välttämiseksi kannattaa jakaa sen sisältö useaan alakohtaan, jolloin yhden kohdan kohtuuttomuus ei välttämättä aiheuta muiden mitättömyyttä.[[20]](#footnote-20) Konstruktionistisesti enemmän kuin sisällöllisesti tarkastellaan toisinaan myös sovittelun kohteena olevia ehtoja. Vastuunrajoitusehtojen asemaan vaikuttaa tämän tarkastelutavan mukaan se, ovatko ne suoritusvelvollisuuden määrittelyä vai defensiivisiä poikkeusehtoja. Vastuunrajoitusehtoja tulisi *McKendrickin* mukaan arvioida osana suorituksen määrittelyä, jolloin niiden asema määräytyy sopimuksesta itsestään käsin eikä sopimuksen ulkopuolisista osapuolen ”oikeuksista tai odotuksista” (rights or expectations). Siten niiden kohtuullisuutta arvioidaan samoin kuin muitakin ehtoja UCTA:ssa määriteltyjen perusteiden nojalla.[[21]](#footnote-21)

Edellä kuvatut brittiläisen sopimusoikeuden piirteet ilmentävät perusasennetta, jossa *sopimus nähdään enemmän teknisenä instrumenttina kuin osapuolten välisen suhteen oikeudenmukaisen järjestelyn välineenä*. Suomen sovittelujärjestelmän lähtökohdat ovat jonkin verran erilaiset, vaikka samasta oikeusinstituutiosta onkin kysymys. Taustalla on tämän jakson alussa mainittu itäskandinaavinen ja kansallinen oikeushistoria, jonka päätepisteenä (tai välietappina) on lupa pitää OikTL 36 §:n säätämistä vuonna 1982. Jo sitä ennen oli kuluttajansuojalain KSL; 38/1978) alkuperäisiin säännöksiin otettu kulutushyödykettä koskevan sopimuksen sovittelua koskeva säännös (4:1).

Myös suomalaisten säännösten mukainen sovittelun sisältö ilmentää erilaista sopimusoikeuskäsitystä kuin edellä tarkastellut brittiläiset säännökset. Tämä ilmenee muun muassa OikTL 36 §:n mukaan huomioonotettavien seikkojen kattavuudessa (oikeustoimen koko sisältö, osapuolten asema, oikeustointa tehtäessä ja sen jälkeen vallinneet olosuhteet sekä muut seikat). sekä sovittelumahdollisuuksien joustavuudessa: jos ehto on sellainen, että sopimuksen jääminen voimaan muilta osin muuttumattomana ei ole ehdon sovittelun vuoksi kohtuullista, sopimusta voidaan sovitella muiltakin osin tai se voidaan määrätä raukeamaan. Oikeustoimen ehtona pidetään myös vastikkeen määrää koskevaa sitoumusta.

Kuluttajasopimusten kohtuuttomia sopimusehtoja koskevan EY:n neuvoston direktiivin (93/13/EY; *”Kohtuuttomuusdirektiivi”*) implementointivelvoitteen vuoksi OikTL 36 §:ään lisättiin vuonna 1994 viittaus, jonka nojalla kuluttajan ja elinkeinonharjoittajan välisen kulutushyödykettä koskevan sopimuksen sovitteluun sovelletaan kuluttajansuojalakia. KSL:ia muutettiin samalla vastaamaan kohtuuttomuusdirektiivin sisältöä, jolloin lakiin lisättiin muun muassa uusi 4:2. Siinä rajoitetaan yksipuolisesti laadittujen sopimusehtojen sovittelumahdollisuuksia siten, että myöhemmin ilmenneitä olosuhdemuutoksia ei saa kuluttajan vahingoksi ottaa huomioon (sovittelutarvetta vähentävänä seikkana). Liioin sopimuksen muiden osien sovittelu ei tule kysymykseen, jos jokin ehto hyvän tavan vastaisesti johtaa osapuolten oikeuksien ja velvollisuuksien huomattavaan epätasapainoon kuluttajan vahingoksi. Vaikka säännöksen ja sen taustalla olevan direktiivin tarkoitusta voidaan pitää kuluttajamyönteisenä, suhtautuminen sovitteluun on niissä teknisempää ja kaavamaisempaa kuin joustavaan kokonaisarvioon perustuvassa alkuperäisessä kotimaisessa järjestelmässä.[[22]](#footnote-22) Sama tendenssi ilmenee myös kohtuuttomuusdirektiivin säännöksessä (4 artiklan 2 kohta), jonka mukaan kohtuuttomuusarviointi ei saa liittyä sopimuksen pääkohteen määrittelyyn eikä hinnan riittävyyteen, jos kyseiset ehdot on laadittu selkeästi ja ymmärrettävästi.

Sopimusten sovittelu, jonka merkitys kuluttajasuhteiden ulkopuolella ei varsinkaan kansainvälisesti ole kovin suuri, voi edellä esitetyn tarkastelun valossa kuitenkin heijastaa varsin erilaisia sopimusoikeuskäsityksiä myös kansainvälisesti melko yhtenäisen ja pitkälle harmonisoidun instituution taustoissa ja rakenteissa. Tässä mielessä sovittelun tarkastelu voi olla hyödyllistä oikeusjärjestelmien vertailun ja vuorovaikutuksen ymmärtämiseksi.

1. *Sopimusoikeuden materiaalisuus (sisällöllisyys) ja taloudellisuus*

Sopimusoikeuden kohtuullisuuselementti, joka pohjoismaisessa sopimusoikeudessa voidaan nähdä osana *sosiaalisen sopimusoikeuden* vaikutusta, on yhteydessä sopimusoikeudellisen sääntelyn *sisällöllisyyteen*, jolla tarkoitetaan tässä interventiivistä puuttumista osapuolten välisen sopimuksen sisältöön[[23]](#footnote-23). Suhteessa tähän elementtiin pohjoismainen ja englantilainen sopimusoikeus näyttävät edelleen nojaavan varsin erilaisiin näkemyksiin.

Klassiseen taloustieteeseen nojautuvissa *oikeustaloustieteen* suuntauksissa oletetaan, että taloudellinen tehokkuus, jota voidaan selvittää oikeustaloustieteellisin menetelmin, voidaan pitkälle samastaa *täydellisen sopimuksen* ideaalin toteutumiseen konkreettisessa sopimustoiminnassa, mikä perustuu mm. tiedollisesti ja muutenkin tasavertaisten osapuolten vapaiden tahtojen konsensukseen. Tämä on edellä esitettyjen sovittelusäännösten ja niiden taustalla olevan sopimusoikeusdoktriinin valossa brittiläisen sopimusoikeusajattelun lähtökohtia. Sääntelyn materiaalisuus taas merkitsee juuri sen lopputuloksen muuttamista, joka olisi syntynyt täydellisen sopimuksen mallin toteutuessa. Tämä taas ilmenee monin tavoin pohjoismaisessa sopimusoikeudessa. Sosiaalisten elementtien ja oikeuden materiaalisuuden välinen suhde ei kuitenkaan ole yksiselitteinen.

*Mononen* esittää, että useissa tapauksissa sosiaaliseen sopimusoikeuteen perustuvat säännöstöt eivät ilmennä oikeuden materiaalisuutta edellä esitetyssä merkityksessä.[[24]](#footnote-24) Myös *Häyhän* mukaan sosiaalinen sopimusoikeus usein pikemminkin toteuttaa klassis-liberalistisen sopimusopin ja taloustieteellisen täydellisen sopimuksen vaatimusta kuin on sen kanssa ristiriidassa.[[25]](#footnote-25) Tämän ajatuksen mukaan oikeuden sosiaalisilla elementeillä pyritään korjaamaan tosiasiallisen sopimustoiminnan poikkeamia ideaalimallista, joka perustuu markkinarationaalisuuteen, vapaasta tahdostaan toimivien, informoitujen ja rationaalisten sopimuksentekijöiden yhtäpitäviin toimiin. Varsinaista sisällöllisyyttä tällaiseen interventioon mahtuu vähän.

Häyhä osoittaa, että klassisen sopimusoi­keu­den päte­mät­tö­myysoppe­ja voidaan yleensä perustella edellä tarkoi­tetuilla ta­loudellisil­la argumenteilla. Esimerkiksi sopimuk­sente­kijän vajaa­valtaisuus ja OikTL:n mukaiset pätemättömyysperus­teet merkit­sevät sitä, ettei sopimuksen syntytilanne vastaa täy­dellisen sopimuksen edel­lyttämää individuaalista rationaalisuutta. Myös sopimuksen sovitte­lu johtaa taloudellisilla kritee­reillä hyväksyttäviin tuloksiin silloin, kun se korjaa taloudellisen rationaliteetin puutteita sopimuksen syntymekanismissa.

Häyhä suhteuttaa sopimusten sovittelun perinteistä kahden osapuolen muodollista sopimussuhdet­ta laajempaan sopimuskä­sitykseen. Sopimusosapuolten perustellut odotukset, jotka koskevat tule­vaisuuden ennakointia ja mark­kinahallintaa, eivät nojaa pel­kästään muodolliseen sopimukseen, vaan myös koko sopimus- ja yhteisö­käytän­töön, jonka varassa sopi­musoikeudellisen järjestelmän toimivuus on. Jos sopimustoiminnan rationaalisuus määritellään luottamukseksi tavanomaiseen ja ennakoitavaan, myös useimpia niistäkin sovittelurat­kaisuista, jotka eivät mahdu perinteisin tavoin määriteltyyn taloudellisesti rationaaliseen sopimuskäsitykseen, voidaan Häyhän mukaan pitää taloudellisesti perusteltuina. Tällöin on kysymys nimenomaan sovittelusta sopimuksen sisällön kohtuuttomuuden perus­teella.

Myös distributiiviset eli varallisuudenjakoa koskevat kysymykset ovat sisällöllisiä kysymyksiä, joita voidaan sopimusoikeudessa tarkastella taloustieteellisiä malleja vasten. Tämä näkökulma on oikeudellisessa tutkimuksessa kohdistunut mm. markkinarationaalisuuden (tehokkuuden) suhteeseen oikeudenmukaisuuteen esim. tasapuolisuutena. Pohjoismaisessa oikeudessa tällainen tarkastelu on johtanut erilaisiin näkemyksiin kuin Englannin sopimusoikeudessa, jossa sopimusta ei nähdä varallisuuden uusjaon välineenä.[[26]](#footnote-26)

1. *Sopimusoikeuden systemaattisuus ja kasuistisuus*

Oikeuden, myös sopimusoikeuden, *epistemen* voidaan sanoa tiivistyvän *oikeuslähdeopissa.* Se kattaa oikeudellisen ajattelun perusoletukset eli tavan hahmottaa oikeutta ja sen kautta myös ulkopuolista todellisuutta. Edellä on viitattu brittiläiselle sopimusoikeudelle tyypilliseen tapaan, jossa oikeudellista todellisuutta hahmotetaan yksittäisten ennakkopäätösten kautta. Jossain suhteessa vastakkaisena hahmotustapana mainitaan usein Saksan BGB:iin perustuva sopimusoikeus, joka nähdään osana kodifioidun oikeuden muodostamaa ”suljettua systeemiä”.[[27]](#footnote-27) Tämän hahmotustavan mukaan – kärjistäen esitettynä – oikeuden soveltaminen on loogista toimintaa (deduktiivista subsumptiota): yksittäisten tapausten ratkaisu on ”sisäänrakennettuna” sääntösysteemiin, ja ratkaisu on löydettävä sovittamalla tapaus systeemin sisältämiin kategorioihin. Tällaista hahmotustapaa on nimitetty *käsitelainopilliseksi.[[28]](#footnote-28)* Todellisuudessa ”käsitelainoppia” ei puhtaaksiviljellyssä muodossa ole juuri sovellettu, mutta sen edustama päättelymalli on vaikuttanut oikeustieteeseen ja lainsoveltamiseen Saksassa lähinnä 1800-luvulla ja Suomessa 1900-luvun alkupuolelle asti.[[29]](#footnote-29)

Suomalaisen sopimusoikeustutkimuksen perinteet syntyivät 1800-luvun lopun saksalaisista vaikutteista.[[30]](#footnote-30) Irrottautuminen 1940-luvulle asti – osin myöhempäänkin – ulottuneen tradition käsitelainopillisista vivahteista tapahtui sopimusoikeudessa huomaamattomammin kuin esimerkiksi esineoikeudessa, jossa *analyyttinen suuntaus* mullisti tieteellisiä paradigmoja 1900-luvun jälkipuoliskolla.[[31]](#footnote-31) Sopimusoikeudessa yhä vahvemmaksi tuli skandinaavisesta realismista virikkeitä saanut ankkuroituminen *reaaliargumentteihin*.[[32]](#footnote-32) Sopimusoikeustutkimuksen suuntautuminen osoitti suhteet käsitteiden, sääntöjen ja periaatteiden sekä yksittäistapausten argumenttien välillä monitahoisemmiksi kuin analyyttinen ohjelmanjulistus käsitelainoppia vastaan antoi ymmärtää.[[33]](#footnote-33) Pohjoismaisessa varallisuusoikeudessa *yleisen* ja *erityisen* (yksittäisten tapausten) välinen suhde kehittyi omintakeisesti. Samalla kun varsinkaan esineoikeudessa ei erityisesti korostettu yksittäistapauksellista oikeussuojaa yleisten sääntöjen ennakoitavan soveltamisen kustannuksella, sopimusoikeudessa kehitys toi mukanaan myös yksittäistapauksellisen oikeussuojan erityisen arvostuksen.[[34]](#footnote-34)

Pohjoismaiselle sopimusoikeudelle ominaisena voidaan pitää *yleisten oppien* keskeistä systemaattista ja metodologista merkitystä. Siihen kuuluu oikeudellisten ilmiöiden olennaisten piirteiden yhdistely yleiskatsauksellisiin malleihin, jotka johdetaan voimassaolevista normeista ja joiden avulla yksittäistapauksissa argumentoidaan. Yleisiin oppeihin rakentuva systeemi joutuu kuitenkin sitä enemmän vaakalaudalle, mitä keskeisemmäksi tavoitteeksi asetetaan argumentoinnin mahdollisimman suuri avoimuus erilaisille keskenään mahdollisesti ristiriitaisille systeemeille tai yksittäistapausten vaihteleville intresseille. Kuluttajansuojaan perustuvan sopimusoikeusjärjestelmän kehittyminen yleisen sopimusoikeuden rinnalle on esimerkki tällaisesta sopimusoikeuden ”hajoamisesta”.[[35]](#footnote-35)

Yleisten oppien asema varallisuusoikeudessa on ollut Suomessa keskustelun kohteena. Osittain uusia hahmotustapoja edustavat muun muassa *Pöyhösen* ”*Uusi varallisuusoikeus*” (2000) ja *Wilhelmssonin* ”*myöhäismoderni vastuuoikeus*”.[[36]](#footnote-36) Näille sopimus- ja korvausoikeuden synteeseille on, kuten *Tuori* havaitsee,*[[37]](#footnote-37)* ominaista keskittyminen konkreettisiin ratkaisutilanteisiin, joita jäsennetään yleisten oppien kautta. Tämän voidaan tulkita merkitsevän innovatiivisen argumentoinnin korostamista yleisten oppien ja oikeussysteemin koherenssin kustannuksella sekä yleisten oppien liittämistä entistä selvemmin yksittäisiin ratkaisutilanteisiin.[[38]](#footnote-38)

Pohjoismaisen ja common law –pohjaisen oikeusajattelun vertailussa, jossa edellä mainitut elementit kuten systeemiajattelu, yleiset opit ja yksittäistapauksellinen argumentointi ilmenevät, voidaan tuoda esille myös sopimusoikeuteen osaksi kuuluvan korvausoikeuden erilainen rakenne mainituissa oikeusjärjestelmissä.[[39]](#footnote-39) Esimerkkinä voidaan tarkastella ”sopimussuhteiden häiritseminen” –nimellä tunnettua korvausoikeuden tyyppitilannetta. Se koskee kysymystä, voiko sopimuksen osapuoli vaatia (sopimusperusteista) korvausta kolmannelta, joka ”häiritsee” sopimusta esimerkiksi tekemällä toisen sopimuspuolen kanssa sopimuksen kohteesta, joka oli alkuperäisessä sopimuksessa jo luvattu sen toiselle osapuolelle.[[40]](#footnote-40)

“Sopimussuhteiden häiritseminen” (interference with contractual relations) on oikeudellinen laina brittiläisestä vahingonkorvausoikeudesta (law of torts). Englannin vahingonkorvausoikeus rakentuu yksilöityjen “tort” –kategorioiden varaan, joilla on erikseen määritelty soveltamisala ja joilla on vaikutusta sovellettaviin erityissääntöihin. Suomen korvausoikeus taas perustuu oikeudenalan yleisiin oppeihin, jotka on osaksi kirjattu lainsäädäntöön (vahingonkorvauslakiin) ja jotka sisältävät tärkeimmät yhteiset arviointiperusteet kaikentyyppisille korvaustilanteille.[[41]](#footnote-41)

Tort-järjestelmässä konkreettinen korvaustilanne pyritään usein sovittamaan jonkin ennakkotapauksista hahmottuvan tyyppitilanteen eli ”tort” (= vääryys, oikeudenvastainen menettely) –kategorian alaan. ”Interference with contractual relations” on yksi tällainen tyyppitilanne, jonka asema tort-kategoriana ei kuitenkaan liene kiistaton. Suomen oikeudessa sopimussuhteiden häiritsemistä taas on arvioitava vahingonkorvausoikeuden yleisten sääntöjen perusteella.

1. *Järjestelmien vuorovaikutus kansainvälisessä sopimustoiminnassa*

Edellä esitetyn tyyppisessä tarkastelussa tulee esille selvästi erilaisia tapoja hahmottaa oikeudellista todellisuutta erilaisissa sopimusoikeusjärjestelmissä. Tältä pohjalta voidaan jopa epäillä todellisen oikeusvertailun mahdollisuutta sopimusoikeuden alueella.[[42]](#footnote-42) Kuitenkin näyttää usein siltä, että erilaista hahmotustavoista ja argumentointiperinteistä huolimatta päättelyn lopputulokset ovat varsin yhdenmukaisia. Näin saattaa olla jopa silloin, kun oikeusjärjestelmien erilaiset peruskategoriat näyttäisivät johtavan erilaisiin lopputuloksiin. Seuraavassa tarkastellaan tässä mielessä pohjoismaisesta näkökulmasta kahta common law –järjestelmien perinteistä oppirakennelmaa, nimittäin sopimussuhteen merkitystä korostavaa privity of contract –periaatetta ja sopimuksen välttämättömän vastikkeellisuuselementin vaikutuksia consideration –opin mukaisesti.

Common law –sopimusoikeudessa sopimussuhteen merkitys vastuuperusteena on erityisen vahva *privity of contract* –perinteen nojalla.[[43]](#footnote-43) Tässä perinteessä, joka liittyy muun muassa ”sopimus ja kolmas” (third party rights) –problematiikkaan, on kysymys siitä, kuka voi esittää vaatimuksia sopimuksen perusteella. Niin ikään erotetaan – ehkä pohjoismaista sopimusvastuun ja sopimuksenulkoisen vastuun välistä erottelua jyrkemmin – sopimustilanteet sopimuksenulkoisista vastuutilanteista (*tort*).

Common law -sopimusoikeudessa on perinteisesti ollut hankalaa – verrattuna esimerkiksi pohjoismaiseen sopimusajatteluun – soveltaa muita argumentteja kuin sopimusta erityisvastuun perusteena osapuolten välisessä suhteessa. Tämä johtuu privity of contract –ajattelusta, joka perustuu itse sopimuskäsitykseen. Common law -sopimusajattelua leimaa vastavuoroisuuden korostus, joka on sukua mannermaiselle synallagmaattisuusopille, mutta josta on tehty oikeusvaikutusten suhteen vielä pitemmälle meneviä johtopäätöksiä.[[44]](#footnote-44) Sopimusten sitovuuden peruste on pyritty sitomaan vastavuoroisuusoppiin. Tämä on edellyttänyt erityistä sopimuskäsitystä, jossa sopimus nähdään kaupankäyntinä (bargain theory of contracts). Sen mukaan lupaus sitoo vain kaupankäynnin osana eli lupauksensaajan on annettava lupauksenantajalle vastike, josta käytetään tässä yhteydessä nimitystä *consideration*.[[45]](#footnote-45)

Lähtökohtana on, että lupaus ei sido, jos sen consideration ei ole kunnossa. Consideration -oppi ei liity sopimustasapainon periaatteeseen: consideration voi olla nimellinen eli esimerkiksi sen suhdetta lupauksen taloudelliseen arvoon ei ainakaan ensisijaisesti pidetä silmällä. Kuitenkaan mikä tahansa vastike ei käy, vaan tarvitaan »riittävä» consideration.[[46]](#footnote-46)

Consideration -oppia on kehitetty joustavammaksi siten, että vastuuperusteiden ”välimaastoon” jäävissä tapauksissa voitaisiin suojata osapuolten välistä luottamusta tehokkaammin kuin sopimuksenulkoisissa suhteissa on normaalisti ollut mahdollista.[[47]](#footnote-47) Kun oppia ei yleensä – mm. siihen perustuvan oikeuskäytännön sitovuuden vuoksi – ole katsottu voitavan nimenomaisesti hylätä, on mm. esitetty, että bargain-painotteinen consideration -käsite voitaisiin osaksi korvata luottamuspainotteisella teorialla, joka kävisi luottamusvastuun perusteeksi.[[48]](#footnote-48) Yhdysvalloissa *Restatement of Contract* –koonnokseen otettu lisäys (sect. 90) mahdollisti luottamusperusteisen oikeussuojan, joskaan ei normaalin sopimusperusteen, vaan *promissory estoppel*-oikeuskeinon laajennuksen nojalla.[[49]](#footnote-49)

Vaikka privity of contract ja siihen läheisesti liittyvä consideration –oppi perustuvat erilaiseen sopimusajatteluun kuin pohjoismainen sopimusoikeus, niihin perustuva argumentointi ei edellä esitetty kehitys huomioon ottaen kuitenkaan näyttäisi johtavan perustavanlaatuisiin eroihin ainakaan soveltamistasolla. *Kolmannen sopimusoikeudellinen asema ja sopimusoikeudellisen vastuun ulottuvuus erityistä suojaa edellyttävissä rajatapauksissa eivät ainakaan oikeuden nykytilassa, joustavien elementtien lisäännyttyä, näytä ratkaisevasti erilaisilta kuin pohjoismaisissa järjestelmissä*.[[50]](#footnote-50) Luottamuspohjaisten vastuuperusteiden lisääntynyt merkitys on vähentänyt common law’hon perustuvien sopimusoikeusjärjestelmien eroavuutta pohjoismaisista järjestelmistä sopimusvastuun ja sopimuksenulkoisen vastuun rajanvedossa. Myös edellä (jakso 4) mainittu tort-kategorioiden käyttö sopimusvastuun laajentamiseksi tuo common law –pohjaiseen järjestelmään samantapaista joustoa kuin pohjoismainen *sopimus- ja deliktiperusteiden linkittäminen toisiinsa.[[51]](#footnote-51)*

Käytännön sopimustoiminnassa todellisia ristiriitoja voi sitä vastoin aiheutua perusrakenteeltaan samanlaisten normien välisistä eroista yksityiskohdissa. Erilaisiin lopputuloksiin voivat johtaa muun muassa *sopimuksen tekemistä* koskevat erilaiset normistot, vaikka tarjous - vastaus –malli onkin yleisesti omaksuttu. Niinpä Suomen OikTL:n säännökset myöhästyneestä ja modifioidusta vastauksesta (4,2 ja 6,2 §) perustuvat olennaisesti siihen, ymmärsikö vastauksen antaja poikkeaman ja pitikö tarjouksen tekijän käsittää vastauksen antajan erehdys, siis kumpaankin osapuoleen liittyviin subjektiivisiin kriteereihin. Sitä vastoin Englannin oikeudessa[[52]](#footnote-52) ja siitä vaikutteita saaneissa kansainvälisessä kauppalaissa (CISG 19 ja 21(2) art.) sekä Unidroit’n periaatteissa (Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2010), Art. 2.1(9) ja 2.1(11), vastaavat oikeusvaikutukset on liitetty objektiivisempiin kriteereihin: onko vastaus lähetetty sellaisissa olosuhteissa, että jos sen perille toimittaminen olisi tapahtunut normaalisti, se olisi saapunut tarjouksen tekijälle ajoissa (tällöin se on hyväksymisenä pätevä) tai muuttaako poikkeava vastaus tarjouksen ehtoja olennaisesti (materially; olennaisia ehtoja listataan säännöksissä).

Niin ikään tarjouksen ja vastauksen sitovuuden alku, joka OikTL:ssa (7 §) on sidottu vastaanottajan selonottoon, liitetään Englannin oikeudessa[[53]](#footnote-53) ja kansainvälisissä säännöksissä tavallisesti perilletuloon tai – muiden kuin ns. peruuttamattomien tarjousten ollessa kyseessä – viime kädessä hyväksytyn vastauksen lähettämiseen (esimerkiksi CISG 15 art. ja Unidroit 2.1(3) ja 2.1(6) (tarjouksen ja vastauksen sitovuus), CISG 16 art. ja Unidroit Art. 2.1(3) (tarjouksen peruutus), CISG 22 art. ja Unidroit 2.1(10) (hyväksyvän vastauksen peruutus).

Subjektiivisiin kriteereihin perustuvilla säännöillä suojataan osapuolen tosiasiallista mahdollisuutta perehtyä vastapuolen tahdonilmaisun sisältöön, objektiivisilla kriteereillä taas enemmän vaihdannan sujuvuutta. Osapuolen, joka pyrkii maksimoimaan mahdollisuutta arvioida tahdonilmaisun sisältöä – esimerkiksi irtaimen kaupassa yleensä myyjä – kannattaa tämän vuoksi pyrkiä subjektiivisiin kriteereihin perustuvan lain valintaan.

Erilaisten normirakenteiden ilmentämät ristiriidat voivat olla myös näennäisempiä. Tällaisesta tilanteesta saattaa olla kysymys, kun sopimukseen otetaan ns. *merger clause* (“*entire agreement*”), joka näyttäisi olevan ristiriidassa pohjoismaisten sopimusvastuusääntöjen kanssa. Merger clause on sopimusehto, jonka mukaan (kirjallinen) sopimus sisältää kaikki sopimusehdot eikä sitä voi riitauttaa tai täydentää muilla lausumilla tai sopimuksilla; ks. Unidroit 2.1(17).

Pohjoismaisten kauppalakien mukaan (18 §) taas myyjän markkinoinnin yhteydessä tai ennen sopimuksentekoa antama informaatio aiheuttaa vastuun siitä, että kaupan kohde on annetun informaation mukainen. Ristiriita entire agreement –ajattelun kanssa näyttäisi olevan olemassa, jos tällaiseen informaatioon ei viitata itse sopimuksessa. KL 18 §:ää vastaavaa säännöstä ei ole kansainvälisessä kauppalaissa (CISG 35.1 art.). Pohjoismaisia järjestelmiä sovellettaessa esimerkiksi sopimusten kohtuullistamismahdollisuus tai culpa in contrahendo –peruste saattavat estää KL 18 §:ään perustuvan vastuun välttämisen sopimukseen otetun merger clause –ehdon nojalla. Kuitenkin ristiriitaa lieventää se, että ottaen huomioon CISG Art. 8.3:n säännökset lakia tulkittaessa voidaan ottaa huomioon kaikki relevantit seikat, myös osapuolten väliset neuvottelut.[[54]](#footnote-54) Myös Unidroit 2.1(17):n mukaan osapuolten aikaisempia lausumia voidaan käyttää sopimuksen tulkinnassa.

Vaikka merger clause –tekniikan ja pohjoismaisten sopimusvastuusääntöjen välinen ero ei siis välttämättä johda ristiriitaan sääntöjen soveltamisessa, kyseinen ero voi kuitenkin olla lainvalintaa koskeva haaste osapuolille. Ostajan kannattaa yleensä pyrkiä saamaan myyjän antamia tietoja koskeva vastuu lainvalinnan kautta sovellettavaksi, jolloin lisäksi merger clause tulisi johdonmukaisuuden vuoksi jättää pois sopimuksesta. Mutta vaikka tämä lauseke olisikin sopimuksessa, pohjoismaisen tai kansainvälisen lain valinta lisää edellä esitetyin tavoin mahdollisuutta ottaa huomioon sopimuksen ulkopuolista tulkinta-aineistoa.

1. *Lopuksi*

Oikeudellinen harmonisointi sopimusoikeuden alalla on lähentänyt erilaisiin oikeusjärjestelmiin perustuvia ajattelutapoja toisiinsa. Globaali harmonisointi on tapahtunut enimmäkseen ns. *soft law* –tyyppisen sääntelyn (mallilait, yleiset sopimusehdot ja periaatteet) kautta.[[55]](#footnote-56) Merkittävä eurooppalainen soft law -hanke on yritys kodifioida ”eurooppalaisen sopimusoikeuden” yhteiset periaatteet: Principles of European Contract Law (PECL) Prepared by the Commission on European Contract Law (1999).[[56]](#footnote-57) Huomionarvoinen on myös Euroopan komission ehdotus asetukseksi yhteisestä eurooppalaisesta kauppalaista (Common European Sales Law; KOM(2011) 635 lopullinen).[[57]](#footnote-58) Ehdotus koskee sekä kuluttaja- että rajoitetusti myös liikesuhteita.

Sopimusoikeuden kansainvälisen harmonisoinnin edistymisestä huolimatta näyttää siltä, että kansainvälisen yksityisoikeuden (lainvalinnan) ja oikeusvertailun merkitys riittävän oikeusvarmuuden saavuttamiseksi säilyy. Harmonisointi on toistaiseksi voinut koskea vain oikeudenalan suppeita osa-alueita eikä liioin maantieteellinen kattavuus ole kovin laaja. Myös oikeuskulttuurisidonnaiset ajattelutapojen erot aiheuttavat soveltamistasolla eroja, joita säännösten harmonisointi ei voi kokonaan poistaa. [[58]](#footnote-59)

1. *Kaarlo Tuori:* Kriittinen oikeuspositivismi (2000), esim. s. 163 ss., 217 ss. ja 289 ss. Oikeusvertailun lähtökohdista sopimusoikeuden alalla ks. esim. *Konrad Zweigert – Hein Kötz:* Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts. Band II: Institutionen (2 Aufl. Tübingen 1984) s. 41 ss. Teoksessa korostuu eri sopimusoikeusjärjestelmien erilaisuus. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ks. *Piia Kapulainen –Matti Rudanko*: Kriittinen diskurssianalyysi lainsäädännön tutkimuksessa. Critical Discourse Analysis in Legislation Research (Abstract in English). Business Law Forum 2012. 9. vuosikerta. Helsingin yliopiston yksityisoikeuden laitoksen julkaisuja. Helsinki 2012. (s. 177 – 211) s. 182. [↑](#footnote-ref-2)
3. Suurista kansainvälisistä oikeusjärjestelmistä ks. esim. *René David – Camille Jauffret-Spinosi*: Nykyajan suuret oikeusjärjestelmät: edellinen nide (Suomen Lakimiesliiton kustannus Oy 1982)s. 38 ss. ja 106 s. ja *Jaakko Husa*: Johdatus oikeusvertailuun: oikeusvertailun perusteet erityisesti julkisoikeutta silmällä pitäen (Kauppakaari 1998)s. 55 ss.Esim. *David et al.* puhuvat *oikeusjärjestelmistä* lähinnä siinä mielessä, missä termi *”oikeusjärjestys”* esiintyy edellä tekstissä. Tässä käytetään oikeusjärjestystä ja –järjestelmää lähinnä teknisinä termeinä. ”Oikeusjärjestys” tässä ymmärretyssä merkityksessään on oikeuslähdeopillisten sitoumusten kokonaisuus, ja se määrittää sellaisen oikeudellisen järjestelmän, josta voidaan mielekkäästi puhua ”voimassaolevana oikeutena”. Yleensä on tällöin kysymys jonkin valtion oikeudesta. ”Oikeusjärjestelmä” taas tarkoittaa tässä suppeampaa oikeudellista instituutiota, esimerkiksi lainsäädäntöä, oikeudellista ratkaisutoimintaa tai jonkin oikeudenalan kuten sopimusoikeuden oikeudellista sisältöä, erityisesti sääntöjä ja *yleisiä oppeja*. [↑](#footnote-ref-3)
4. *Pia Letto-Vanamo*: Kiinnostaako enää pohjoinen? Teoksessa Nykyajan muuttuva oikeus – Nutida rätt i förändring (Saarijärvi 2001, s. 53–66) s. 60. [↑](#footnote-ref-4)
5. ”Modernin” ja »postmodernin» käsitteistä oikeudessa ks. esim. *Thomas Wilhelmsson:* Vastuu ja yksityisoikeuden Systeemi, Lakimies 8/1997) ja *sama,* Senmodern ansvarsrätt. Privaträtt som redskap för mikropolitik (2001). Ks. myös *Matti Rudanko:* Kauppaoikeuden kehityssuuntauksia, Lakimies 1/1998 s. 68–89, s. 73 – 74. [↑](#footnote-ref-5)
6. Yleislausekkeiden asemaan liittyy perustavia kysymyksiä lainsäätäjän ja –soveltajan toimivallan rajoista sekä siitä, missä määrin yksit­täistapauk­sen reaaliargumentteja ja yleisempiä argu­mentteja voidaan ottaa lainsoveltajan ratkaisutoiminnassa huomioon vaaranta­matta riittävän oikeusvarmuuden toteutumista. Yleislausekkeiden asemasta ks. yhteenvetona *Terttu Apala-Arlander:* Yleislausekkeista. Oikeussäännösten muotoamiseen ja soveltamiseen liittyviä kysymyk­siä (Vammala 1972) passim, erityisesti s. 1 ss., 59 ss. ja 108 s. [↑](#footnote-ref-6)
7. OikTL 36 §:n säätämiseen johtaneesta oikeuskehityksestä ks. *Thomas Wilhelmsson*: Vakiosopimus ja kohtuuttomat sopimusehdot (3. p. 2008) s. 107 – 108. [↑](#footnote-ref-7)
8. *Wilhelmsson,* m.t.s. 178 – 183. [↑](#footnote-ref-8)
9. Ks. mahdollisista eroista Suomen ja muiden pohjoismaiden yleisten sovitteluinstituutioiden ja –käytäntöjen välillä *Wilhelmsson,* m.t.s. 111 – 112. [↑](#footnote-ref-9)
10. Eri sovittelujärjestelmien erilaisuudesta ks. *Ewoud Hondiuksen* varhaista katsausta: Unfair Terms in Consumer Contracts (Utrecht 1987). [↑](#footnote-ref-10)
11. Lakiteksti on esimerkiksi osoitteessa <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/50> . [↑](#footnote-ref-11)
12. *Ewan McKendrick:* Contract law (6th ed., Hampshire and New York: Palgrave Macmillan 2005) Ch. 11.9 (s. 236). [↑](#footnote-ref-12)
13. Lordi *Denning* kehitteli yleistä kohtuullistamista varten opin osapuolten *voimaepätasapainosta* (inequality of bargaining power; *Lloyd’s Bank v. Bundy,*1975 QB 326), mutta tämä ajattelu ei ole saanut merkitystä oikeuskäytännössä. Ks. *McKendrick* 2005 Ch. 17.4 (s. 368 – 369). [↑](#footnote-ref-13)
14. <http://www.legislation.gov.uk/uksi/1999/2083/regulation/6/made> . [↑](#footnote-ref-14)
15. Tätä ei muuta se, että sovittelussa on UCTA 11(3):n mukaan joissakin tapauksissa otettava huomioon kaikki asianhaarat:” In relation to a notice (not being a notice having contractual effect), the requirement of reasonableness under this Act is that it should be fair and reasonable to allow reliance on it, having regard to all the circumstances obtaining when the liability arose or (but for the notice) would have arisen.” [↑](#footnote-ref-15)
16. *P.S. Atiyah:* Contract and Fair Exchange (Atiyah, Essays on Contract, Oxford University Press 1986) ei kuitenkaan ole valmis selkeästi erottelemaan näitä toisistaan, vaan katsoo niiden vaikuttavan toisiinsa. [↑](#footnote-ref-16)
17. Näin *McKendrick* 2005 Ch. 17.7 (s. 379) hahmottaa brittiläisen sopimusoikeuden perusasenteita. [↑](#footnote-ref-17)
18. Tähän palataan seuraavassa tarkasteltaessa sopimusoikeuden materiaalisuuden ja oikeustaloustieteellisen tarkastelutavan välistä jänneitettä. [↑](#footnote-ref-18)
19. *McKendrick* 2005 Ch. 11.14 (s. 249). [↑](#footnote-ref-19)
20. *Ibid.*  [↑](#footnote-ref-20)
21. *McKendrick* 2005 Ch. 11.1 (s. 224 – 226) ja 11.16 (s. 253). [↑](#footnote-ref-21)
22. *Wilhelmssonin* (2008 s.115) mukaan säännöksessä on punitiivinen elementti eikä sen päätavoitteena ole tasapainoisen oikeussuhteen aikaansaaminen, vaan kohtuutonta ehtoa käyttäneen elinkeinonharjoittajan ”rankaiseminen”. [↑](#footnote-ref-22)
23. Ks. erityisesti *Marko Mononen:* Sopimusoikeuden materiaalisuus (2002), ), esim. s. 173, 210, 225 ja 393. Ks. myös *Matti Rudanko:* Virallisen vastaväittäjän lausunto väitöskirjasta Lakimies 2002 s. 830 ss. [↑](#footnote-ref-23)
24. *Mononen, ibid.*  [↑](#footnote-ref-24)
25. *Juha Häyhä:*  ”Sopimus, laki ja vakuutustoiminta” (1996) ja *sama,* "Oikeustaloustiede ja sopimusoikeus" (teoksessa Vesa Kanniainen – Kalle Määttä (toim.): Näkökulmia oikeustaloustieteeseen, 1996 s. 160 ss.). Vrt. *Trine-Lise Wilhelmsen:* Aftaleloven § 36 og økonomisk effektivitet, (Tidskrift for Rettsvitenskap 1995 s. 215 ss.), joka tarkastelee sopimusten sovittelua taloudellisen tehokkuuden näkökulmasta. [↑](#footnote-ref-25)
26. Ks.*Pekka Timonen:* Määräysvalta, hinta ja markkinavoima. Julkisesti noteeratun yrityksen määräysvallan siirtymisen oikeudellinen sääntely (Jyväskylä 1997 s. 82 ss.), jossa analysoidaan tehokkuutta ja oikeudenmukaisuutta. Vrt. *McKendrickin* (2005 Ch. 17.7, s. 379) hahmottelemia brittiläisen sopimusoikeuden perusasenteita. [↑](#footnote-ref-26)
27. Ks. BGB:n klassisesta sopimusoikeudesta esimerkiksi *Matti Rudanko:* Rakennuttajan myötävaikutushäiriöistä rakennusurakassa (Vammala 1989) s. 218 – 226. BGB:n vanhan sopimusoikeusjärjestelmän katsotaan m.k. perustuvan ”luokkaloogiseen” argumentointitapaan. BGB:n sopimusoikeussäännökset on kokonaisuudessaan uudistettu vuonna 2002. Uudistettujen säännösten teksti on esimerkiksi osoitteessa <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html> . BGB:n uudesta velvoiteoikeussääntelystä ks. Löwisch, Manfred: New Law of Obligations in Germany (Ritsumeikan Law Review. No. 20, 2003; <http://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/rlr20/Manfred141.pdf> ). [↑](#footnote-ref-27)
28. Ks. käsitelainopista, sen kritiikistä ja puolustuksesta esim. *Markku Helin*: Lainoppi ja metafysiikka – Tutkimus skandinaavisen oikeusrealismin tieteenkuvasta ja sen vaikutuksesta Suomen siviilioikeuden tutkimuksessa vuosina 1920–1960 (Vammala 1988) s. 423 – 424, *sama,* Käsitteistä päättelemisestä (Juhlajulkaisu Simo Zitting 1985) s. 82 ss., erit. s. 89 s. ja *Kaarlo Tuori:* Käsitelainopin itsepuolustus, Lakimies 2002 s. 1292. [↑](#footnote-ref-28)
29. Ks. esim. *Raimo Siltala*: Johdatus oikeusteoriaan (Helsinki 2001) s. 75 – 77. [↑](#footnote-ref-29)
30. *Urpo Kangas*: Oikeustiede Suomessa 1900–2000 (Juva 1998) s. 225 – 226. [↑](#footnote-ref-30)
31. Ks. analyyttisestä suuntauksesta mm. *Helin*, Lainoppi ja metafysiikka (1988) s. 417 s. [↑](#footnote-ref-31)
32. Tässä mielessä suunnannäyttäjiä olivat ruotsinkielellä julkaisseet *af Hällström, Taxell, Olsson, Godenhielm* ja *Portin*, joista viimeksimainittu tosin väitöskirjassaan Om köpares dröjsmål med särskild hänsyn till mora accipiendi (1962) kiinnitti paljon huomiota saksalaisen sopimusoikeuden käsiterakennelmiin. – Ks. suomalaisesta oppihistoriasta *Helin* 1988 s. 290 ss., 337 ss., 378 ss. ja 411 ss. ja *Kangas*, Oikeustiede Suomessa 1900 – 2000 s. 225 – 226. [↑](#footnote-ref-32)
33. Ks. *Matti Rudanko:* Sopimusoikeuden analyyttisyys ja synteettisyys (Business Law Forum 2005. 2. vuosikerta. Helsingin yliopiston yksityisoikeuden laitoksen julkaisuja. Helsinki 2005, s. 63 – 90) s. 67. [↑](#footnote-ref-33)
34. *Rudanko, ibid.*  [↑](#footnote-ref-34)
35. Ks. myös *Lena Sisula – Tulokas:* Går vi mot en splittrad avtalsrätt? Tidsskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1991 s. 196 – 206. [↑](#footnote-ref-35)
36. *Juha Pöyhönen:* Uusi varallisuusoikeus (Saarijärvi 2003) ja *Thomas Wilhelmsson:* Senmodern ansvarsrätt. Privaträtt som redskap för mikropolitik (Jyväskylä 2001); vrt. *sama,* Social civilrätt (1987). [↑](#footnote-ref-36)
37. Käsitelainopin itsepuolustus, LM 2002 s. 1317 s. ja *sama,* Sosiaalisesta siviilioikeudesta myöhäismoderniin vastuuoikeuteen, Lakimies 2002 s. 902 ss. [↑](#footnote-ref-37)
38. Ks. myös *Aulis Aarnio:* Uusi varallisuusoikeus – vai vanha? Lakimies 2002 s. 515 ss., jossa tuodaan esille analyytikkojen systeeminrakentelu ja heidän panoksensa oikeuden yleisten oppien kehittämisessä. [↑](#footnote-ref-38)
39. Ks. myös *Lena Sisula-Tulokas*: Ulkomaankauppaoikeus (Helsinki 1998) s. 101: yleinen vahingonkorvausoikeus vaikuttaa myös sopimusvastuun alueella ennalta-arvattavan vahingon määrittelyyn. [↑](#footnote-ref-39)
40. Ks. seuraavan esityksen suhteen *Matti Rudanko:* Sopimussuhteiden häiritseminen (*Defensor Legis* 4/2009) s. 540 – 553. [↑](#footnote-ref-40)
41. Brittiläisestä tort-järjestelmästä ks. *John G. Fleming: Comparative Law of Torts.* Oxford Journal of Legal Studies 1984s. 235 – 243.Ks. myös *Robert Stevens:* Torts and Rights (London 2007) s. 280, *Hazel Carty:* Intentional Violation of Economic Interests: the Limits of Common Law Liability, Law Quarterly Review 1988 s. 255 – 259 sekä *Mika Hemmo:* Sopimus ja delikti (Jyväskylä1998) s. 228 s.Ks. myös *McKendrick* 2005 Ch. 7 (privity of contract –näkökulmasta). [↑](#footnote-ref-41)
42. *Zweigert – Kötz* 1984 s. 229: ks. myös *Wilhelmsson* 2008 s. 16. [↑](#footnote-ref-42)
43. Ks. privity of contract -opista esim. *G. Treitel:* The Law of Contract (8th ed. London: Sweet and Maxwell 1991) s. 527 s., *Sally Wheeler* – *Jo Shaw:* Contract Law(Oxford 1994) s. 400 ss. ja *McKendrick* 2005 Ch. 7 (Third party rights; erit. jaksot 7.2 ja 7.3 (Privity and consideration). [↑](#footnote-ref-43)
44. Synallagmaattisuus on sisäänrakennettu esimerkiksi alkuperäisiin BGB:n säännöksiin. Ks. esim. alkuperäinen BGB 323 § ss. synallagmaattisuussuhdetta edellyttävistä suoritushäiriöseuraamuksista. Ks. myös *Wolfgang Fikentscher:* Schuldrecht (8. Auflage, Berlin 1991) 8 § 3, 10 § II 4f, 44 § III, 46 § III 2 ja 68 § IV, *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch (51. Auflage, München 1992) § 326 huom. 3b, *Karl Larenz:* Lehrbuch des Schuldrechts. Erster Band. Allgemeiner Teil (14. Auflage, München 1987) 23 § II ja *Josef Esser* – *Eike Schmidt:*  Schuldrecht. Ein Lehrbuch. Band I. Allgemeiner Teil. Teilband 1. Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen (5. völlig neubearbeitete Auflage, Karlsruhe 1975) 4 § III. [↑](#footnote-ref-44)
45. Lyhyt johdatus consideration -oppiin ja sitä koskevaan eri aikoina käytyyn laajaan keskusteluun on teoksessa *Wheeler* – *Shaw* 1994 s. 317 ss. Bargain theory -doktriinista taloudellisen analyysin kohteena ks. *Robert Cooter* – *Thomas Ulen:* Law and Economics (Second edition. Reading, Mass. 1996) s. 162 ss. Ks. myös *M. Eisenberg:* The Bargain Principle and its Limits, 5 Harvard Law Review 741 (1982). Ks. laajempaa esitystä consideration-opista ja sen sopimusoikeudellisista liittymistä *McKendrick* 2005 Ch. 5. [↑](#footnote-ref-45)
46. Kuten *Wheeler* ja *Shaw* (1994 s. 318) toteavat, »(c)ontract law looks for sufficiency of consideration but not adequacy». »Riittävyyden» ja »adekvaattisuuden» merkityssisältö ja keskinäinen suhde vaikuttaa oikeuskirjallisuuden perusteella lähes ratkaisemattoman ongelmalliselta. [↑](#footnote-ref-46)
47. On siis pyritty sopimusoikeudellisia malleja kohti tai vähentämään vastuuperusteiden eroja sopimusvastuun ja sopimuksenulkoisen vastuun välimaastoon sijoittuvissa tapauksissa. Ks. näistä kysymyksistä pohjoismaisen sopimusoikeuden pohjalta varsinkin *Hemmo,* Sopimus ja delikti (1998) ja *Olli Norros:* Vastuu sopimusketjussa (Vantaa 2007). [↑](#footnote-ref-47)
48. Bargain-tyyppisen teorian formuloinnista ks. esim. *Hamson*, The Reform of Consideration, (1938) 54 Law Quarterly Review 234. Consideration -opin sovittamisesta luottamusvastuutilanteisiin ks. *P.S. Atiyah:* Consideration: A Restatement. Teoksessa »Essays on Contract» (Rev. ed., Oxford: Oxford University Press 1988) s. 241 ss. Atiyahille consideration on yksinkertaisesti sopimuksen sitovuuden syy. Ks. myös *sama*, When Is an Enforceable Agreement not a Contract?» Answer: When It Is an Equity, (1976) Law Quarterly Review 175 ss. Vrt. *sama,* An Introduction to the Law of Contract (4th ed. Oxford: Clarendon Press 1989)s. 134 ss., jossa hän toteaa, että vastikkeettomallekin lupaukselle on aina olemassa lupaajan kannalta riittävän hyvä syy, mutta että silti sopimusoikeus ei pidä kaikkia syitä riittävinä lupauksen sitovuudelle. Vrt. myös *Treitel* 1991 s. 67, jonka mukaan consideration tarvittaessa kehitetään oikeuskäytännössä (»inventing consideration»). Ks. myös *Cooter* – *Ulen* 1996 s. 165: jos consideration -oppi ohennetaan riittävyyden kriteerit sivuuttaen yleensä vain sitovuuden perustetta tarkoittavaksi, joudutaan kehäpäättelyyn.

Consideration -opin asema doktriinissa on kyseenalaistettu mm. sen vuoksi, että se sivuuttaa valtion ja yksityisautonomian välisen suhteen merkityksen sopimuksen sitovuuden kannalta. Ks. esim. *H. Collins:* The Law of Contract (2nd ed. London: Butterworths 1993) s. 82 ss. Vrt. myös *R. Unger:* The Critical Legal Studies Movement (Cambridge, Mass.: Harvard University Press 1983) s. 80 ss., jossa sopimuksen sitovuus suhteutetaan sopimusvapauden ja yhteisöelämän vaatimusten väliseen kompromissiin. Vrt. vielä *Weintraub* (1992) Wisconsin Law Review 1 ss., jonka mukaan liike-elämän vaatimukset edellyttävät consideration -opista luopumista. Weintraubin mukaan sopimusten sitovuuden perustana tulee pitää pakottavaa sosiaalista tarvetta. [↑](#footnote-ref-48)
49. *P.S. Atiyah.:* The Rise and Fall of Freedom of Contract (Oxford: Oxford University Press 1979) s. 775 ss. Promissory estoppel -opista ja sen merkityksestä consideration-opin ja luottamuksensuojan yhteensovittamisessa ks. esim. *Wheeler* – *Shaw* 1994 s. 358 ss. Alkuperäisessä muodossa promissory estoppel liittyy tilanteisiin, joissa oikeussuhteen toinen osapuoli on ilmoittanut luopuvansa joistakin oikeussuhteeseen perustuvista vaateistaan. Promissory estoppel -oppia on tällöin käytetty keinona suojata toisen osapuolen luottamusta toisen tekemään ilmoitukseen. [↑](#footnote-ref-49)
50. Ks. näistä kysymyksistä suomalaisen sopimusoikeuden kannalta edellä alav. 46 mainitut *Hemmon* (1998) ja *Norroksen* (2007) tutkimukset sekä *Eva Tammi-Salminen:* Sopimus, kompetenssi ja kolmas (2001), esim. s. 102 ss. [↑](#footnote-ref-50)
51. Ks. siitä *Mika Hemmo:* Sopimus ja delikti (Jyväskylä1998). [↑](#footnote-ref-51)
52. McKendrick 2005 Ch. 3.7. [↑](#footnote-ref-52)
53. McKendrick 2005 Ch. 3.14. [↑](#footnote-ref-53)
54. *Jan Ramberg:*  International Commercial Transactions (Stockholm 1998) s. 18 and 88. [↑](#footnote-ref-54)
55. Esimerkiksi UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce, INCOTERMS, ICC Documentary Credit Rules, ICC Model International Sale Contract. [↑](#footnote-ref-56)
56. PECL:n teksti on luettavissa esimerkiksi osoitteessa <http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/pecl_full_text.htm> . [↑](#footnote-ref-57)
57. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52011PC0635> . [↑](#footnote-ref-58)
58. Ks. oikeusvertailun ja kansainvälisen yksityisoikeuden merkityksestä harmonisoituvasssa kansainvälisessä oikeusympäristössä esim. *Lena Sisula-Tulokas*: Ulkomaankauppaoikeus (Helsinki 1998) s. 99 – 101. [↑](#footnote-ref-59)