Turun yliopiston kauppakorkeakoulu

Taloustieteen laitos

OPPORTUNISTISEN SOPIMUSRIKKOMUKSEN ONGELMASTA, ERITYISESTI SUOMEN VAHINGONKORVAUS- JA RIKOSLAINSÄÄDÄNNÖN NÄKÖKULMASTA TARKASTELTUNA. LAW AND ECONOMICS -NÄKÖKULMA.

Pro gradu -tutkielma

Taloustiede, VTM-tutkinto

Toukokuu 2013

Samuli Tuomikoski

TURUN YLIOPISTO
Kauppakorkeakoulu, Taloustieteen laitos

TUOMIKOSKI, SAMULI: Opportunistisen sopimusrikkomuksen ongelmasta, erityisesti Suomen vahingonkorvaus- ja rikoslainsäädännön näkökulmasta tarkasteltuna. Law and Economics -näkökulma.

Pro gradu -tutkielma, III + 83 s.
Taloustiede, VTM-tutkinto
Toukokuu 2013

Tämä pro gradu -tutkielma käsittelee opportunistisen sopimusrikkomuksen ongelmaa erityisesti Suomen vahingonkorvaus- ja rikoslainsäädännön näkökulmasta tarkasteltuna. Tutkielman lähestymistapa on oikeustaloustieteellinen (engl. Law and Economics).

Opportunistisella sopimusrikkomuksella tarkoitetaan toimintaa, jossa sopimusosapuoli rikkoo sopimuksen tarkoituksellisesti, pyrkimyksenään tällä toiminnalla saavuttaa enemmän hyötyä kuin sopimuksessa pysymällä. Opportunistinen sopimusrikkomus on mahdollista toteuttaa tilanteessa, jossa sopimusasetelma itsessään antaa mahdollisuuden enemmän hyödyn saavuttamiseen rikkomus toteuttamalla kuin sopimus asianmukaisesti täyttämällä.

Suomalaisessa vahingonkorvausjärjestelmässä sovelletaan sopimusrikkomusten osalla positiivisen sopimusedun mukaista vahingonkorvausta, joka hyvittää rikotulle osapuolelle sopimussuhteeseen ryhtymisestä syntyneet kustannukset sekä sopimusrikkomuksen johdosta saamatta jääneen tuoton. Positiivisen sopimusedun soveltaminen ei kuitenkaan ole opportunistisen sopimusrikkomuksen ehkäisemiseksi riittävää, sillä opportunistisesti toimiva sopimusosapuoli voi jäädä rikkomuksensa johdosta voitolle vielä sen jälkeenkin, kun kärsineelle osapuolelle on jo positiivista sopimusetua noudattaen korvattu sopimussuhteessa syntyneet kustannukset sekä rikkomuksen johdosta saamatta jäänyt tuotto. Keskeinen ongelma koskien opportunististen sopimusrikkomustilanteiden syntyä onkin juuri vallitsevan sääntelyn liiallinen keskittyminen rikotun osapuolen kärsimän vahingon kompensoimiseen, ei rikkomustilanteiden synnyn ennaltaehkäisemiseen.

Suomen vahingonkorvausjärjestelmää tulisi kehittää suuntaan, jossa järjestelmä paremmin ennaltaehkäisisi opportunististen sopimusrikkomustilanteiden syntyä. Common law -oikeusjärjestelmässä käytössä olevan disgorgement principle -suuntaisen ajattelun, jossa korvauksen perustana toimisi rikkomuksella saatu hyöty kärsityn vahingon sijaan, omaksuminen olisi yksi mahdollinen kehityskulku. Olennaista olisi kuitenkin se, että järjestelmää kehitettäisiin suuntaan, jossa rikkomus ei enää voisi tulla rikkojalle kannattavaksi. Opportunistisen toiminnan kannustimet tulisi lainsäädäntöä tarkistamalla poistaa. Tällä olisi sekä sopimusinstituutiota turvaavaa että vaihdantaa edistävää vaikutusta.

Asiasanat: Opportunistinen sopimusrikkomus, Law and Economics, sopimus, vahingonkorvaus, riskikäyttäytyminen, kannustimet, disgorgement principle

Sisällysluettelo

1 Aluksi 1

2 Lähestymistavasta, lyhyt katsaus tieteenalan historiaan 4

2.1 Tieteenalan historiaa 4

2.1.1 Mitä Law and Economics on? 4
2.1.2 Tieteenalan synty ja kehitys 5
2.1.3 “Uusi” Law and Economics ja Chicagon taloustiede 6

2.2 Keskeisiä tutkimussuuntia ja tutkimuksen kohteita 8

2.2.1 Oikeussubjektin käyttäytyminen ja Public choice -teoria 8
2.2.2 Neoklassinen vs. neoinstitutionaalinen Law and Economics 9
2.2.3 Tutkimuksen kohteena varallisuusoikeudet 10
2.2.4 Tutkimuksen kohteena vahingonkorvausoikeus 12
2.2.5 Tutkimuksen kohteena rikosoikeus 13

2.3 Common Law’sta ja mannereurooppalaisesta oikeusjärjestelmästä 14

3 Sopimuksista 16

3.1 Sopimuksista yleisesti 16

3.1.1 Mikä on sopimus? 16
3.1.2 Sopimusvapaudesta sopimussääntelyn lähtökohtana 17
3.1.3 Sopimusvapauden taloudellisesta perusteesta 18
3.1.4 Sopimusvapauden teoreettisesta perusteesta 20
3.1.5 Taloudellisesta ja ei-taloudellisesta lähestymistavasta sopimusoikeudessa 20

3.2 Sopimuksiin sisältyvistä riskeistä 23

3.2.1 Yleistä 23
3.2.2 Sopimuksen pätemättömyysperusteista 24
3.2.3 Sopimuksen jäämisestä täyttämättä 26
3.2.4 Sopimusrikkomusten ennaltaehkäisemisestä ja jälkikäteisestä hyvittämisestä 28
3.2.5 Erikoistapaus, tehokkaasta sopimusrikkomuksesta 29

4 Opportunistisen sopimusrikkomuksen ongelmasta 31

4.1 Yleistä 31

4.2 Epäsymmetrisestä informaatiosta 31

4.3 Rajoitetusta rationaalisuudesta 33

4.4 Moral Hazard -ongelmasta sekä optimaalisesta sopimuksesta 35

4.5 Opportunistisesta sopimusrikkomuksesta 38

4.5.1 Yleistä 38
4.5.2 Opportunistiselle sopimusrikkomustilanteelle otollisista tilanteista 40

5 Sopimussuhteessa aiheutetun vahingon korvaamisesta 46

5.1 Lainsäädännöllisiä lähtökohtia 46

5.2 Vahingonkorvausvastuusta sopimussuhteissa 47

5.2.1 Sopimusrikkomuksella aiheutetun vahingon korvaamisesta 47
5.2.3 Differenssiopin mukaisesta vahingonkorvauksesta 50
5.2.4 Rikastumiskiellosta 52

5.3 Hyötykonfiskaatiojärjestelmästä 53

5.3.1 Yleistä 53

5.3.2 Hyötykonfiskaation kohteeksi tulevasta taloudellisesta hyödystä ja henkilöllisestä kohdistamisesta 54

5.4 Hyötykonfiskaation ja vahingonkorvauksen välisestä suhteesta 57

5.5 Ekskurssi common law -järjestelmään: disgorgement principle 60

6 Arviointia. Vahingonkorvausjärjestelmästä, hyötykonfiskaatiosta ja opportunismista sekä muutama sana riskikäyttäytymisestä. 65

6.1 Vahingonkorvausjärjestelmästä, hyötykonfiskaatiosta ja opportunismista 65

6.2 Muutama sana riskikäyttäytymisestä 65

6.3 Entä jos oikeutta ei saataisikaan? 68

6.4 Vahingonkorvausoikeuden kehittämismahdollisuuksia 70

7 Lopuksi 76

7.1 Tiivistelmä 76

7.2 Lopuksi 78

Lähteet 80

Virallislähteet ja julkaisut 83

Lyhenteet 83

1 Aluksi

Tarkastelen tutkielmassani opportunistisen sopimusrikkomuksen ongelmaa erityisesti Suomen vahingonkorvaus- ja rikoslainsäädännön näkökulmasta tarkasteltuna. Lähestymistapani on oikeustaloustieteellinen (engl. Law and Economics). Selvitän tutkielmassani opportunistisen sopimusrikkomustilanteen syntyedellytyksiä, olemassa olevia hyvitysjärjestelmiä sekä mahdollisuuksia lainsäädäntöä muuttamalla paremmin ehkäistä kyseisenlaisten rikkomustilanteiden syntymistä.

Opportunistinen sopimusrikkomus voidaan määritellä teoksi, jossa toinen sopimusosapuoli rikkoo sopimuksen tarkoituksenaan rikkomuksensa avulla saavuttaa enemmän hyötyä kuin sopimuksessa pysymällä. Opportunistiseen sopimusrikkomukseen saattaa liittyä rikoslaissa rangaistavaksi säädetty teko kuten esimerkiksi petos, mutta rikkomus saattaa yhtälailla tulla toteutetuksi puhtaan siviiliperusteisena; toisin sanoen rikkomuksena, joka ei täyttäisi laissa rangaistavaksi säädetyn toiminnan tunnusmerkkejä.

Suomen vahingonkorvausjärjestelmän on katsottu olevan luonteeltaan hyvittävää ja vastaavasti ennaltaehkäisevän ja rangaistuksellisen tehtävän on katsottu kuuluvan rikoslainsäädännölle. Kuitenkin, keskeinen ongelma koskien nimenomaisesti opportunististen sopimusrikkomustilanteiden syntyä on juurikin vallitsevan sääntelyn liiallinen keskittyminen rikotun osapuolen kärsimän vahingon kompensoimiseen, ei rikkomustilanteiden synnyn ennaltaehkäisemiseen.

Suomalaisessa vahingonkorvausjärjestelmässä sovelletaan sopimusrikkomusten osalla niin kutsutun positiivisen sopimusedun mukaista vahingonkorvausta, joka hyvittää rikotulle osapuolelle sopimussuhteeseen ryhtymisestä syntyneet kustannukset sekä sopimusrikkomuksen johdosta saamatta jääneen tuoton. Positiivisen sopimusedun soveltaminen ei kuitenkaan ole opportunistisen sopimusrikkomuksen ehkäisemiseksi riittävää, sillä opportunistisesti toimiva sopimusosapuoli saattaa jäädä rikkomuksensa johdosta voitolle vielä sen jälkeenkin, kun kärsineelle osapuolelle on jo positiivista

sopimusetua noudattaen korvattu sopimussuhteessa syntyneet kustannukset sekä rikkomuksen johdosta saamatta jäänyt tuotto. Opportunistisen sopimusrikkomuksen toteuttaminen on vallitsevassa lainsäädännöllisessä tilanteessa kannattavaa aina kun rikkovan osapuolen hyöty voi muodostua positiivisen sopimusedun mukaisesti laskettua vahingonkorvausta suuremmaksi, mikä itsessään ei ole erityisen harvinainen lähtötilanne. Kyseessä on vahingonkorvauslainsäädännössä oleva sopimusperusteista vahingonkorvausvastuuta koskeva epäkohta, joka näkemykseni mukaan tulee lainsäädäntöä tarkistamalla poistaa.

Osoitan tutkielmassani sen, ettei Suomen voimassaoleva vahingonkorvaus-/rikoslainsäädäntö ole opportunistisen sopimusrikkomuksen ehkäisemiseksi riittävää ja esitän näkemykseni siitä, miten lainsäädäntöä tulisi asiantilaan vaikuttamiseksi muuttaa. Sovellan tutkielmassani yhdysvaltalaista Law and Economics -lähestymistapaa arvioiden vallitsevan lainsäädännön tehokkuutta sekä muutostarpeita taloustieteellisin menetelmin. Suomen vahingonkorvauslainsäädäntöä ja opportunistisen sopimusrikkomuksen ongelmaa ei tietämäni mukaan ole aiemmin arvioitu oikeustaloustieteellisin menetelmin, eikä niin ikään suomalaisessa oikeustieteellisessä kirjallisuudessa ole ongelman olemassaoloon taikka asiaan liittyvään Suomen vahingonkorvausjärjestelmän ja rikosoikeudellisen hyödynmenettämisjärjestelmän väliseen ristiriitaan tietääkseni toistaiseksi kiinnitetty huomiota. Olen tarkastellut ongelmaa ensimmäisen kerran ON-opinnäytteessäni Turun yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnassa keväällä 2011. Tällöin aloittamaani tarkastelua jatkan ja syvennän tässä tutkielmassa.

Tutkielmani rakenteesta, tutkielmani alussa, luvussa 2, käsittelen katsauksenomaisesti Law and Economics -tieteenalaa itseään, kiinnittäen huomiota tieteenalan syntyvaiheisiin, eri lähestymistapoihin sekä keskeisiin tutkimuskohteisiin. Tämän jälkeen, luvussa 3, käyn läpi sopimuksen käsitettä sekä Law and Economics -tieteenalan näkökulmia koskien sopimusinstituution olemassaoloa sekä suojaamista. Osiossa käsitellään muun muassa sopimuksen pysyvyyteen ja purkautumiseen liittyviä näkökohtia sekä esitetään keskeisiä vaihtoehtoja näistä syntyvien ongelmien torjumiseksi.

Tutkielmani luvuissa 4 ja 5 suoritan Law and Economics -tieteenalan mukaisen arvioinnin koskien opportunistisen sopimusrikkomustilanteen syntyedellytyksiä, vallitsevan lainsäädännön nykytilaa ja sääntelyn vaikutuksia sekä olemassa olevia puutteita koskien nimenomaisesti opportunistisen sopimusrikkomuksen ehkäisemistä. Oman huomionsa saavat aiheeseen liittyvä rikosoikeudellinen hyödynmenettämisjärjestelmä sekä toisaalta edelleen luvussa 6 vahingonkorvausjärjestelmän vaikutus sopimusosapuolten sopimussuhteessaan ottamaan riskiin. Tutkielmani lopussa esitän oman ehdotukseni vallitsevan lainsäädännön muuttamiseksi, koskien nimenomaan pyrkimystä opportunististen sopimusrikkomustilanteiden tehokkaaseen ennaltaehkäisemiseen ja tätä kautta sopimusperusteisten vaihdannan tehostamiseen.

Käytän tutkielmani terminologiassa Law and Economics -tieteenalasta sekä tämän englanninkielistä nimeä Law and Economics että nimen suomenkielistä vastinetta oikeustaloustiede. Kuitenkin, johtuen tietyistä painotuseroista suomalaisen oikeustaloustieteen ja yhdysvaltalaisen Law and Economics'n välillä, tulee siltäkin osin kuin tutkielmassa käytetään termiä oikeustaloustiede termin merkityssisältö ymmärtää enemmin termiä Law and Economics vastaavaksi. Tämä nimenomaisesti siksi, että tarkastelu pyritään läpi tutkielman pitämään yhdysvaltalaista lähestymistapaa vastaavana.

Yhdysvaltalaisessa Law and Economics'ssa tutkimuksellisen lähestymisen perusoletuksena on se, että vallitseva lainsäädäntö sekä lainsäädännön systematiikka tunnetaan yksityiskohtaisesti sillä ainoastaan tällä tavoin on mahdollista osoittaa todelliset lainsäädännön epäkohdat sekä lainsäädännön mahdolliset muutostarpeet. Edellisen johdosta tutkielmani sisältää suhteellisen yksityiskohtaista juridiikkaa siltä osin, kuin tutkielmassa käsitellään nimenomaisesti opportunistisen sopimusrikkomuksen ongelmaan liittyvän Suomen lainsäädännön nykytilaa. Olen kuitenkin pyrkinyt mahdollisuuksieni mukaan huomioimaan tutkielman painotuksen nimenomaisesti oikeustaloustieteellisenä arviointina, eikä juridisesta tarkastelusta tehdä välttämätöntä monimutkaisempaa.

2 Lähestymistavasta, lyhyt katsaus tieteenalan historiaan

2.1 Tieteenalan historiaa

2.1.1 Mitä Law and Economics on?

Lyhyesti määriteltynä Law and Economics (suom. oikeustaloustiede) on taloustieteellistä tutkimusta, jossa tutkimuskohteina ovat oikeusjärjestelmä ja oikeusjärjestelmän yksittäiset oikeusinstituutiot. Tieteenala pyrkii taloustieteen keinoin mittaamaan vallitsevan lainsäädännön tehokkuutta, tämän aikaansaamia oikeusvaikutuksia sekä niitä kannustimia, joita sekä yksilöillä että yhteisöillä on toimia joko lainsäädännön mukaisesti tai tätä vastaan.

Tieteenala jakautuu tutkimuskohteittensa perusteella markkinatoimintoja koskevan ja muita kuin markkinatoimintoja koskevan lainsäädännön analysointiin. Markkinatoimintoja koskevan lainsäädännön tarkastelussa keskeisessä asemassa ovat muun muassa kilpailu-, vero- ja yrityslainsäädäntö. Muita kuin markkinatoimintoja koskevan lainsäädännön tutkimuksessa ovat pääasiallisia tutkimuskohteita muun muassa sosiaali- ja rikosoikeus.

Law and Economics -tieteenalasta käytetään suomenkielistä nimitystä oikeustaloustiede, millä nimellä tieteenalaa myös Suomessa opetetaan. Oikeustaloustieteen ja alkuperäisen Law and Economics’n välillä on kuitenkin tiettyjä painotuseroja, eivätkä termit sisällöllisesti täysin kuvaa toisiaan.

Tässä tutkielmassa tieteenalasta käytetään sekä tämän alkuperäistä kansainvälistä nimitystä Law and Economics että tieteenalan suomenkielistä nimitystä oikeustaloustiede. Kuitenkin, tutkielman lähestymistavan ollessa enemmin yhdysvaltalaisen tutkimussuuntauksen mukainen tulee silloinkin, kun tieteenalasta käytetään tämän suomenkielistä nimitystä oikeustaloustiede termin merkityssisältö ymmärtää enemmin termiä Law and Economics vastaavaksi.

2.1.2 Tieteenalan synty ja kehitys

Alkuperäisen Law and Economics'n synty palautuu keskiaikaiseen skolastiikkaan ja niin kutsutun oikean hinnan (iustum pretium) etsintään. Aikalaiset oppineet, kuten Ludovicus Molina (1535–1600) ja Leonhard Lessius (1554–1623) näkivät maailman, päätöksenteon ja oikeuden yhtenä kokonaisuutena, jossa filosofia, talous ja oikeus olivat yksi toisistaan erottamaton kokonaisuus. Asioita ei ollut mahdollista ratkaista ottamatta huomioon jokaista mainittua osa-aluetta yhdessä, eikä esimerkiksi puhdas taloudellinen ajattelu ollut perusteluargumenttina mahdollinen.

Ensimmäisiä merkkejä tieteenalojen eriytymisestä alettiin nähdä 1600-luvulle saavuttaessa. Hugo Grotius (1583–1645) ja Samuel Pufendorf (1632–1694) kehittivät Molinan ja Lessiuksen oikean hinnan etsinnän -teoriaa edelleen juridisesta ja Adam Smith (1723–1790) taloustieteellisestä näkökulmasta. Yhteisenä vastavoimana toimi 1600- ja 1700-luvun merkantilismi, edustaen näkemystä jossa oikeuden ja talouden suhde määrittyi tavassa vaikuttaa talouteen protektionistisesti interventionistisia hallintonormeja, kuten esimerkiksi tuontikieltoja käyttämällä. Keskeinen 1600-luvun ajattelussa tapahtunut muutos oli se, että siinä missä keskiajan skolastikoille oikea hinta oli ollut oikeudenmukainen sopimustasapainoon perustuva hinta, oli oikea hinta nyt se hinta joka määräytyi markkinoilla. Oikeus ja talous olivat eriytyneet hinnan määrittelyssä omiksi osa-alueikseen, eikä näitä haluttu enää välttämättömästi yhdistää.[1]

Adam Smithin jälkeen, 1800-luvulla, kehittyi oikeustieteen ja taloustieteen suhde puolestaan kohti sitä kysymyksenasettelua jota 1600-luvun merkantilistit olivat edustaneet. Yksilöautonomia ja varallisuusoikeuksien avulla toteutettava hajautetun päätöksenteon idea jäivät taka-alalle, ja edellisten sijaan alettiin etsiä maksimaalista mahdollisuutta ohjata taloutta julkisoikeudellisen lainsäädännön avulla. Kyseistä ajanjaksoa kutsutaan nimellä ”vanha” Law and Economics, johtuen siitä että tuolloin, joskin vain hetkellisesti, oltiin lähellä niitä ajatusmalleja ja sitä lähestymistapaa joita noin sata vuotta myöhempi ”uusi” Law and Economics edustaa.[2]

---

[1] *Mähönen* 1998, s. 5.
[2] *Mähönen* 1998, s. 9.

2.1.3 “Uusi” Law and Economics ja Chicagon taloustiede

Niin kutsutun uuden Law and Economics’n voidaan katsoa syntyneen Yhdysvalloissa vuosina 1960 ja 1961, jolloin ilmestyivät Ronald Coasen ja Guido Calabresin klassiset oikeuden ja talouden suhdetta käsittelevät artikkelit[3]. Artikkeleissaan Coase ja Calabresi tutkivat oikeussääntöjen taloudellista tehokkuutta sopimus-, varallisuus-, vahingonkorvaus-, rikos- sekä valtiosääntöoikeudellisesta näkökulmasta.[4]

Samaisena aikana alettiin niin ikään ensimmäistä kertaa kiinnittää huomiota Adam Smithin ajattelun ja tutkimustulosten juridiseen relevanssiin. Huolimatta siitä, että Adam Smith mielletään yleisesti nimenomaan taloustieteilijäksi oli Smith itse rakentanut teoriansa hyvin vahvasti oikeudelliselta tarkastelunäkökulmalta. Uutena tutkimussuuntana Law and Economics laajeni sosiaalioikeuksien piiriin, mistä esimerkkinä toimii Gary S. Beckerin perheoikeutta käsittelevä tutkimus[5].

Yhdysvaltalaiselle oikeustieteelliselle tutkimukselle oli ominaista voimakas yliopistokohtainen eriytyminen ja siinä missä Harvard Law School muodostui Yhdysvaltojen johtavaksi oikeustieteelliseksi tiedekunnaksi sekä formalismin keskukseksi sekä Yalen ja Columbian yliopistot realismin keskeisiksi oppilaitoksiksi alkoi Chicagon oikeustieteellinen tiedekunta, joka aina 1930-luvulle saakka oli ollut mittakaavassaan varsin merkityksetön muotoutua Yhdysvaltojen johtavaksi oikeustaloustieteen oppilaitokseksi.[6]

Keskeinen vaikuttaja niin kutsutun Chicagon taloustieteen kehittymisen kannalta oli Frank H. Knight, jonka johdolla oikeustaloustieteellistä tutkimusta alettiin 1930-luvulta alkaen kehittää huomattavan markkinavetoiseen, neoklassiseen suuntaan. Knightin oppilaita olivat muun muassa Milton Friedman ja Ronald Coase, sekä jo aiemmin mainittu tieteenalaa sosiaalioikeuksien suuntaan kehittänyt Gary S. Becker.

---

[3] *Guido Calabresi:* Some Thoughts on Risk Distributions and the Law of Torts (1961), sekä *Ronald H. Coase:* The Problem of Social Cost (1960).
[4] *Mähönen* 1998, s. 9.
[5] *Gary S. Becker ja Nigel Thomes:* Child Endowments and the Qauntity and Quality of Children (1976), sekä *Gary S. Becker, Elisabeth M. Landes ja Robert T. Michael:* Economics of Marital Instability (1976).
[6] *Mähönen* 1998, s. 9-10.

Chicagon oikeustieteellisen tiedekunnan ensimmäisenä taloustieteen professorina toimi laajan tulokäsitteen kehittäjä Henry Simmons, jonka seuraajaa Aaron Directoria puolestaan pidetään varsinaisena Chicago Law and Economics'n perustajana. Director tunnetaan kilpailuoikeutta koskevien tutkimustensa ohella muun muassa Journal of Law and Economics -aikakausikirjan perustajana, sekä nykyajan tunnetuimman oikeustaloustieteilijän Richard Posnerin ohjaajana. Nykyisellään tieteenalan valtavirtana voitaneenkin pitää Coasen, Beckerin ja Calabresin edustamaa deskriptiivistä chicagolaista Law and Economics'ia, ja muut kehityssuunnat nähdä lähinnä tälle kohdistetuksi vastaliikkeeksi ja kritiikiksi. Chicagolaisen Law and Economics'n ajattelussa keskeinen on niin kutsuttu posnerilainen varallisuuden maksimointiteoria, jossa lainsäädäntö valjastetaan individualistisen toiminnan maksimaaliseen mahdollistamiseen ja lainsäädännön avulla toteutettava julkinen ohjaus, etenkin varallisuuden jaossa, pyritään minimoimaan.[7]

Chicagon taloustieteen vahvasta asemasta huolimatta eivät muutkaan näkemykset ole kuitenkaan täysin menettäneet merkitystään, vaan tieteenalalla on edelleen sijansa myös vähemmän markkinakeskeiselle ajattelulle. Esimerkiksi nk. New Havenin koulukunta, joka kritisoi chicagolaista oppisuuntaa nimenomaisesti liiallisesta varallisuuden maksimointiin tähtäävästä lähestymistavasta pitää oman oppisuuntauksensa mukaisesti kaikissa markkinaintervention tarpeellisuutta pohtivissa toimissa ensisijaisena tekijänä oikeudenmukaisuuden ja tulonjakodimension huomioon ottamista. Koulukunnan todennäköisesti tunnetuimman edustajan Susan Rose-Ackermanin keskeisiä teesejä on se, ettei olemassa oleva varallisuudenjako ole mitenkään erityisesti säilyttämisen arvoinen tai koskematon, eikä tämän muuttaminen näin ollen edellytä minkäänlaista erityisen painavaa oikeutusta. New Heavenin koululla ja keskiaikaisella oikean hinnan etsinnällä voitaneenkin nähdä ajattelussaan tietynasteista samankaltaisuutta.[8]

[7] *Mähönen* 1998, s. 9-12.
[8] *Mähönen* 1998, s. 16.

2.2 Keskeisiä tutkimussuuntia ja tutkimuksen kohteita

2.2.1 Oikeussubjektin käyttäytyminen ja Public choice -teoria

Nykyaikaista Law and Economicsia ei ole mahdollista pitää yhtenä yhtenäisenä oppirakennelmana, vaan tieteenalan piirissä voidaan erottaa toisistaan useita erilaisia suuntauksia. Näitä ovat esimerkiksi deskriptiivinen ja normatiivinen Law and Economics, chicagolainen ja neoinstitutionaalinen Law and Economics, peliteoreettinen Law and Economics, Public choice -teoria, cost vs. benefit -analyysi, itävaltalainen koulu sekä evolutionaarinen taloustiede. Lisäksi on mahdollista puhua eurooppalaisesta Law and Economics'sta sekä vertailevasta Law and Economics'sta. Perinteisen markkinakeskeisen ajattelun ohelle ovat niin ikään nousseet tieteenalan sovellukset erilaisissa sosiaalioikeuksissa.[9]

Useista suuntauksista huolimatta voidaan kuitenkin katsoa, että valtavirtainen Law and Economics pitää keskeisenä päämääränään sen kysymyksen selvittämistä miten olemassa olevat oikeussäännöt vaikuttavat sääntelyn kohteen, eli oikeussubjektin käyttäytymiseen. Toisin sanoen tieteenalan näkökulmana on sääntelyn kohteen eli agentin näkökulma.

Agenttiteoriat on mahdollista jakaa näiden tarkastelutavan sekä perusolettamusten perusteella tieteenalan sisällä kolmeen ryhmään:

1) Teoriat, joissa agentti valitsee käyttäytymismallinsa sen perusteella mitkä ovat oikeussääntöjen rikkomisen seuraukset (agents as Law-takers);
2) Teoriat, joissa agentin käyttäytymiseen vaikuttavat ensisijaisesti varallisuusoikeuksien jakaantuminen ja näiden sääntely; sekä
3) Teoriat, joissa agentin pyrkimys on itse vaikuttaa oikeussääntöjen sisältöön (agents as Law makers).

[9] *Mähönen* 1998, s. 15.

Viimeiseksi mainittu poikkeaa sisällöltään selvästi kahdesta edeltävästä joita mm. chicagolainen koulukunta edustaa ja on nk. Public choice -teorian eli julkisen valinnan teorian lähtökohta.

Public choice -teoria, joka on vahvasti edustettuna mm. valtiosääntöoikeuspainotteisen Virginian koulukunnan tutkimuksessa keskittyy nimenomaisesti poliittisen päätöksentekoprosessin ja erityisesti lainsäädäntöprosessin itsensä tutkimiseen, ei agentissa eli sääntelyn kohteessa aikaansaatuihin vaikutuksiin. Public choice -teorian keskeinen teesi onkin se, että agentti toimii poliittisessa prosessissa aivan samalla tavalla kuin markkinoilla, maksimoiden omaa hyötyään. Näin ollen ajatus yhteistä julkista etua ajavasta julkisesta vallasta hylätään ja tilalle tulee omaa etuaan maksimoiva yksittäinen toimija.[10]

2.2.2 Neoklassinen vs. neoinstitutionaalinen Law and Economics

Neoklassinen Law and Economics lähtee olettamasta, jonka mukaisesti jokainen toimija on päätöksenteossaan rationaalinen, minkä pohjalta on mahdollista analysoida lainsäädännön vaikutuksia agentin toiminnassa. Neoklassinen Law and Economics olettaa informaation olevan täydellisenä hallussaan jokaisella toimijalla, jolloin jokaisen toimijan voidaan niin ikään katsoa tekevän ratkaisunsa tietäen muun muassa näiden oikeudelliset vaikutukset.

> Esimerkinomaisesti, Rikoslain 10 luvun 2 § mukaisesti rikoksen tuottama taloudellinen hyöty on tuomittava menetetyksi valtiolle. A joka päättäisi toteuttaa huumausainerikoksen, arvoltaan 3 500 euroa, pystyisi ennakoimaan sen, että kiinni jäädessään tultaisiin rikoksella mahdollisesti saatu hyöty, 3 500 euroa, tuomitsemaan menetetyksi valtiolle.

Neoinstitutionaalisen lähestymistavan perusajatuksena on sen sijaan sen tosiasian huomioiminen, ettei yhdenkään toimijan ole mahdollista olla kuin rajoitetusti rationaalinen. Neoinstitutionaalinen Law and Economics hylkää neoklassisen

[10] *Mähönen* 1998, s. 16.

edeltäjänsä rationaalisuuskäsityksen ja pohjaa omat teoriansa perusajatukseen, jonka mukaisesti ei ole mahdollista saavuttaa tilannetta jossa informaatio olisi täydellisenä hallussaan jokaisella toimijalla. Neoinstitutionaalisen lähestymistavan mukaan muun muassa lainsäädännön itsensä yksityiskohdista on tarkkaa tietoa hyvin harvalla, jolloin lainsäädäntöä sellaisenaan ei voida ottaa oletukseksi agentin toiminnan määrittävästä tekijästä. Asiaan on näin ollen välttämätöntä tehdä informaation puutteellisuudesta johtuvia rajauksia.[11]

> Esimerkinomaisesti, A päättää toteuttaa edellisessä esimerkissä kuvatun huumausainerikoksen ja vuokraa huumausaine-erän toimittamista varten autovuokraamosta auton. A ei ole tietoinen siitä, että Rikoslain 10 luvun 4 § 2 momentin 1 kohdan mukaan esine, jota on käytetty tahallisen rikoksen tekemisessä tullaan tuomitsemaan menetetyksi valtiolle. Koska kyseinen auto kuuluu rikokseen liittymättömälle autovuokraamolle, tuomitaan Rikoslain 10 luvun 8 § mukaisesti rikoksentekijältä menetettäväksi rikoksentekovälineen sijaan tämän arvo. A velvoitetaan hänen kiinni jäädessään korvaamaan valtiolle rikoksen tuottamana hyötynä 3 500 euroa ja rikoksenteossa käytetyn auton arvona 26 500 euroa, yhteensä 30 000 euroa.

2.2.3 Tutkimuksen kohteena varallisuusoikeudet

Varallisuusoikeudellista tutkimusta voidaan pitää modernin Law and Economics'n varhaisimpana tutkimuskohteena. Nykyaikaisen varallisuusoikeudellisen tutkimuksen katsotaan aloittaneen Ronald H. Coase vuonna 1960 kirjoittamallaan artikkelilla "The Problem of Social Cost", jossa Coase kiinnitti huomiota erityisesti siihen kuinka merkittävä rooli varallisuusoikeuksilla ja näihin liittyvillä transaktiokustannuksilla oli talouden kehityksessä.

Keskeistä varallisuusoikeudellisessa analyysissa ovat kysymykset siitä, mitkä ovat tehokkaan varallisuusoikeusjärjestelmän syntyedellytykset ja miksi varallisuusoikeuksien kehitys eri yhteiskunnissa vaihtelee.

[11] *Mähönen* 1998, s. 17.

Law and Economics -tieteenala käyttää varallisuusoikeus-käsitettä kahdessa yhteydessä: Ensiksi sinä erityisenä siviilioikeuden osa-alueena joka sääntelee yksityisten välisiä taloudellisia suhteita, ja toiseksi sinä erityisten oikeuksien joukkona joka kohdistuu esineeseen tai henkilöön. Jälkimmäisistä tärkeimpänä voidaan pitää omistusoikeutta. Tieteenala asettaa tehokkaalle varallisuusoikeudelle vakiintuneesti kolme tunnusmerkkiä:

1) Oikeuden on oltava eksklusiivinen, toisin sanoen kaikkien kyseisestä oikeudesta johtuvien tuottojen ja kustannusten on kohdistuttava vain ja ainoastaan varallisuusoikeuden subjektille itselleen;
2) Oikeuden on oltava suojattu, subjektilla on oltava keino estää toisia hyödyntämästä varallisuutta; ja
3) Oikeuden on oltava siirtokelpoinen, subjektilla on oltava mahdollisuus siirtää oikeus toiselle.

Keskeistä varallisuusoikeuksia ja näiden tehokkuutta tutkittaessa on sen selvittäminen miten ja millaisin kustannuksin kyseinen oikeus on suojattavissa.[12] Lähtökohtaisesti niin kutsutun oikeussuojakustannuksen tulisi olla sitä korkeampi mitä yksilöllisempi varallisuusoikeus on kyseessä, jolloin esimerkiksi täydelliseen suojaan pyrkiminen olisi yleensä kannattamatonta kustannusten noustessa saavutettavaa hyötyä suuremmiksi.

Varallisuusoikeuksien alalla oikeustaloustieteen merkittävimmän annin voidaan katsoa olleen nimenomaan talouskasvun edellytysten luonti tehokkaan varallisuusoikeuslainsäädännön sekä marginaalihyöty–marginaalikustannus -ajattelun avulla, ainakin, mikäli asiassa tarkastellaan nimenomaisesti taloudellista kehitystä.[13] Niin ikään immateriaalilainsäädäntöä laadittaessa on tieteenalan näkökohdilla ja tutkimustuloksilla ollut historiallisesti tarkasteltuna merkittävä rooli.[14]

---

[12] Tyypillisimpiä oikeudellisia keinoja varallisuusoikeuksien suojaamiselle ovat omistusoikeus sekä erilaiset immateriaalioikeudet kuten patentti, tekijänoikeus, tavaramerkki ja mallioikeus.

[13] Toisaalta on niin ikään mahdollista nähdä taloudellisen kehityksen vaikuttaneen nopeuttavalla tavalla tehottomaksi jääneiden varallisuusoikeuksien poistumiseen, mikä puolestaan on hyödyttänyt oikeusjärjestelmän kehittämistä.

[14] *Kanniainen – Määttä – Timonen* 1996, s. 25-26 ja *Letto-Vanamo – Määttä* 1996, s. 62-65.

2.2.4 Tutkimuksen kohteena vahingonkorvausoikeus

Tieteenalan vahingonkorvausoikeudellinen näkökulma on keskittynyt pääosin riskinjakoa ja vahinkokustannusten minimointia koskeviin kysymyksiin, vaikkakin myös muut oikeudenalan osa-alueet ovat olleet tutkimuksen kohteena. Tieteenalan vakiintuneen näkemyksen mukaan vahingonkorvausoikeuden tulisi olla tehokasta mutta oikeudenmukaista, kuten osa-alueen johtaviin oikeustaloustieteilijöihin kuuluva Guido Calabresi on teoksessaan ”The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis” vuonna 1970 asian ilmaissut.

Tehokkaalle vahingonkorvauslainsäädännölle asetetaan vakiintuneesti kaksi tavoitetta: Lainsäädännön tulee olla reparatiivista eli vahingonkärsijää hyvittävää, mutta yhtälailla preventiivistä eli vahinkoja ehkäisevää[15]. Vahingon sattuessa vahingonkärsijä tulee palauttaa sellaiseen asemaan jossa hän olisi, mikäli vahinkoa ei olisi tapahtunut, mutta vastaavasti oikeinmitoitetun uhan joutua korvausvelvolliseksi tulisi estää vahinkoja tapahtumasta. Keskeistä seuraavan vahingonkorvausvelvollisuuden määrittämisessä on se, käytetäänkö nk. tuottamusvastuuseen vaiko ankaraan vastuuseen perustuvaa arviointia. Tuottamusvastuussa vahingon aiheuttajan tulee olla aiheuttanut vahinko tahallisesti tai selkeällä huolimattomuudella, ankarassa vastuussa korvausvelvollisuus puolestaan syntyy vahingonaiheuttajan tahallisuudesta tai tuottamuksesta riippumatta. Esimerkinomaisesti Calabresin itsensä katsotaan olevan ankaran vastuun kannattajia.

Law and Economics -tieteenala lähestyy vahingonkorvausoikeutta usein kokonaiskustannusten minimoinnin näkökulmasta; vahingonkorvausoikeuden keskeisenä tehtävänä on minimoida ne kustannukset, jotka aiheutuvat yhtäältä vahingosta mutta toisaalta tämän välttämisestä. Oleellista on niin ikään se, että yksilöllä itsellään on vapaus päättää siitä harjoittaako vahinkoja aiheuttavaa toimintaa vai ei. Edelleen huomionarvoista on se, että perinteisestä oikeustieteellisestä näkökulmasta poiketen Law and Economics painottaa

[15] Nämä tavoitteet ovat lähtökohtaisesti universaaleja, mutta tulee huomata, että esimerkiksi Suomessa ei vahingonkorvauslainsäädännöllä katsota olevan preventiivistä tehtävää. Tähän asiaan ja asian vaikutuksiin palataan myöhemmin.

nimenomaisesti kokonaisarviointia ja kaikkien vaihtoehtoisten kustannusten huomioonottamista. Vahingon ehkäisyn tulisi olla ensisijaisesti sen toimijan vastuulla, joka kykenee tähän suhteellisesti halvemmin kustannuksin. Näin ollen kysymys voisikin ainakin tietyissä määrin olla enemmin yhteiskunnan kannalta tehokkaimman riskinkantajan löytämisestä, kuin suoranaisesti vahingon aiheuttaneen osapuolen saattamisesta korvausvastuuseen.[16]

2.2.5 Tutkimuksen kohteena rikosoikeus

Tieteenalan rikosoikeudellisen tutkimussuuntauksen keskeisenä kysymyksenasetteluna on sen asian määrittäminen, miten kiinnijäämistodennäköisyyden suuruus sekä rangaistuksen ankaruus vaikuttavat rikollisuuden määrään.[17]

Law and Economics -tieteenala jakaa rikosoikeuden analysoinnin vakiintuneesti kolmeen osa-alueeseen:

1) Lainopillinen rikostaloustiede, jossa rikoslainsäädännön tulkinnassa ja systematisoinnissa on keskeistä taloustieteellinen argumentointi;
2) Kriminologinen rikostaloustiede, jossa selvitettäessä sitä miksi tietyt henkilöt päätyvät rikoksentekijöiksi on keskeistä kustannus-hyöty -analyysi; sekä
3) Kriminaalipoliittisesti suuntautunut rikostaloustiede, jossa keinoja vaikuttaa rikollisuuden määrään selvitetään taloustieteellisin apuvälinein.

Kun rikosoikeutta tarkastellaan taloustieteellisin argumentein on keskeistä määritellä se, milloin vahingonkorvausta ei enää voitaisi pitää tehdystä teosta riittävänä seuraamuksena vaan tarpeelliseksi tulisivat myös muut rangaistusluonteiset toimet. Näin ollen olennainen on se perustavanlaatuinen kysymys, miksi rikosoikeudellisen

[16] *Kaisanlahti* 1999, s. 87-96.
[17] Merkittävimpiä kyseisen osa-alueen oikeustaloustieteilijöitä ovat Gary S. Becker ja Richard A. Posner. Beckerin vuonna 1968 ilmestynyttä artikkelia ”Crime and Punishment: An Economic Approach” pidetään modernin rikostaloustieteellisen tutkimuksen aloittajana ja Posnerin artikkeli ”An Economic Theory of the Criminal Law” vuodelta 1985 on puolestaan keskeinen perusteltaessa rikosoikeuden käsitteille annettavissa olevaa taloustieteellistä sisältöä.

järjestelmän olemassaolo on ylipäätään perusteltu muistakin kuin eettisistä lähtökohdista.[18]

Edellisen ohella oikeustaloustieteelliselle tutkimukselle keskeinen kysymyksenasettelu on edelleen se, millä kriminaalipoliittisella keinolla on mahdollista edullisimmin saavuttaa asetetut rikollisuuden vähentämistavoitteet. Kiinnijäämistodennäköisyyden kasvattamisen on havaittu olevan keskimääräisesti kalliimpi tapa vähentää rikollisuutta kuin ankarampien rangaistusten, ensin mainitun vaatiessa lisää resursseja rikosten selvittämiseen ja jälkimmäisen pyrkiessä rikosten ennaltaehkäisyyn. Toisaalta kriminaalihuollon itsensä aiheuttaessa kustannuksia ovat useammat ja pidemmät tuomiot niin ikään yhteiskunnalle taloudellinen rasite. Keskeistä olisikin optimoida rangaistukset sellaiselle tasolle, jossa rikoksesta saatava hyöty ei ylittäisi rikoksesta taloudellisina sanktioina ja/tai vapaudenmenetyksenä seuraavaa haittaa, ja saisi näin potentiaalisen rikoksentekijän pidättäytymään rikollisesta toiminnasta.[19]

2.3 Common Law'sta ja mannereurooppalaisesta oikeusjärjestelmästä

Tietynlaisena historiallisena haasteena Law and Economics -tieteenalan tutkimustulosten maailmanlaajuiselle hyödyntämiselle on ollut alan merkittävimpien tutkimustulosten pohjautuminen lähinnä Yhdysvalloissa ja Iso-Britanniassa käytössä olevaan common law -oikeuteen. Kysymykseksi on noussut se, ovatko common law -järjestelmässä tuotetun tutkimuksen tulokset ylipäätään sovellettavissa esimerkiksi mannereurooppalaiseen oikeusjärjestelmään, vai estävätkö järjestelmien rakenteelliset ja systemaattiset erot saatujen tulosten soveltamisen.[20]

---

[18] Tärkeäksi perusteeksi edelliselle on muotoutunut rikosoikeudellisten sanktioiden yleisestävä vaikutus, vaikkakin järjestelmän tarpeellisuus tulisi esille myös niissä tilanteissa joissa vahingonkorvausta ei joko pystyttäisi perimään rikoksentekijältä, tai, joissa rahallinen korvaus suhteutettuna aiheutettuun haittaan kattaisi vahingosta ainoastaan nimellisen osan. Tällainen osa-alue olisivat esimerkiksi henkirikokset.

[19] *Määttä* 1998, s. 115-120.

[20] Common law -oikeusjärjestelmässä oikeutta luovat tuomioistuimet ja näiden tuottamat ennakkotapaukset. Mannereurooppalaisessa järjestelmässä pääasiallinen merkitsevä oikeuslähde on kirjoitettu oikeus.

Useiden tieteenalan tutkimustulosten hyödyntäminen on kuitenkin osoittautunut mahdolliseksi oikeusjärjestelmästä riippumatta, ja erityisesti neoinstitutionaalisen Law and Economics'n varallisuusoikeudellisine näkökulmineen on katsottu olevan sellaisenaan sovellettavissa myös mannereurooppalaisessa oikeudessa. Niin ikään oikeuslähdeopin[21] analysoinnissa ovat tieteenalan tulokset olleet soveltuvia oikeusjärjestelmästä riippumatta.

Toisaalta voidaan edelleen huomata se, että common law ja mannereurooppalainen oikeusjärjestelmä ovat ajan kuluessa lähentyneet toisiaan ja siinä missä esimerkiksi Yhdysvalloissa kiinnitetään nykyisellään entistä enemmän huomiota myös kirjoitettuun oikeuteen otetaan esimerkiksi Euroopan unionin tuomioistuimen ratkaisut sitovina prejudikaatteina sovellettavaksi kaikissa unionin jäsenvaltioiden tuomioistuimissa. Oikeusjärjestelmien lähentyminen on näin ollen omalta osaltaan edesauttanut tieteenalan tutkimustulosten entistä parempaa sovellettavuutta ja mahdollistanut oikeustaloustieteellisen argumentoinnin myös osa-alueilla, joissa tätä ei mannereurooppalaisessa oikeustieteessä ole perinteisesti käytetty.

[21] Oikeuslähdeoppi lähtee siitä olettamasta, ettei mikään oikeuslähde ole itseoikeutetusti toista hierarkkisesti ylempi, vaan oikeuslähteen paremmuuden määrittävät ainoastaan tällä aikaansaadut tulokset.

3 Sopimuksista

3.1 Sopimuksista yleisesti

3.1.1 Mikä on sopimus?

Opportunistisen sopimusrikkomuksen ongelmaa tarkasteltaessa on käsittely luontevaa aloittaa itsensä sopimuksen sekä sopimusinstituution tarkastelemisesta.

Oikeudellisesti määriteltynä sopimus on kahden tai useamman toisiaan edellyttävän oikeustoimen eli tahdonilmaisun yhteenliittymä. Sopimuksen synty edellyttää aina kahta oikeustointa, tarjousta ja siihen annettua myöntävää vastausta. Sopimus voidaan tehdä kirjallisesti tai suullisesti, mutta myös sopimuksen syntyminen konkludenttisesti ilman nimenomaista tahdonilmaisua on mahdollinen.[22]

Sopimukset voidaan niin ikään jaotella implisiittisiin ja eksplisiittisiin sopimuksiin. Implisiittisessä sopimuksessa on kyseessä kirjoittamaton ja muutoinkin julkilausumattomaan yhteisymmärrykseen perustuva sopimus ja menettely toimijoiden välillä. Eksplisiittinen sopimus on puolestaan sopimus, jolla on todistettava juridinen relevanssi ja jonka rikkomisesta on mahdollista määrätä oikeudellisia seuraamuksia. Implisiittisen sopimuksen rikkomisesta seuraisi luonnollisesti myös oikeudellisia sanktioita, mutta juridinen vetoaminen implisiittiseen sopimukseen saattaa olla vaikeaa mahdollisen riittävän näytön puuttumisen vuoksi.

Lainsäädännöllisenä lähtökohtana sopimusten tekemiselle on mahdollisimman suuren sopimusvapauden salliminen. Toisin sanoen, sopimusten tekotapaa ja sisältöä itsessään ei ole juridisesti juurikaan säännelty. Tämä perustuu ajatukseen kaupankäynnin mahdollisimman suuresta tehokkuudesta, jota liiallinen sääntely häiritsee. Lähtökohtaisesta sopimusvapaudesta poiketen kuuluu kuitenkin tiettyihin

[22] *Saarnilehto* 2009, s. 3 ,11 ja 16-18. Konkludenttisesti syntyvän sopimuksen perustana toimii vakiintunut menettelytapa sopimusosapuolten välillä.

sopimuksiin tiettyjä pakottavia säännöksiä, joiden laiminlyöminen johtaa kyseisen sopimuksen pätemättömyyteen.[23]

Täydellinen sopimus on käsitteenä lähinnä teoreettinen ja käytännössä kaikki sopimukset ovat epätäydellisiä. Edellinen johtuu pääasiallisesti siitä, että kaikkia mahdollisia toteutuvia tiloja jotka sopimussuhteessa saattaisivat seurata on käytännössä mahdotonta sisällyttää sopimukseen. Tulee edelleen huomata se, että sopimuksen epätäydellisyyden aste on suorassa yhteydessä kyseisen sopimuksen sisältämään riskiin.

> On katsottu, että sopimus on epätäydellinen silloin kun määriteltävien tapahtumien joukko Ω ei ole sama kuin havainnoitavien tapahtumien joukko. Näin ollen, O :n ollessa havainnoitavien tapahtumien joukko on sopimus epätäydellinen silloin, kun $\Omega \neq \mathrm{O}$, huolimatta siitä, että sopimus olisi muutoin huolellisesti laadittu, $\overline{\Omega}_C = \emptyset$. Edellisessä $\Omega_C \subseteq \Omega$ ja siten, että $C : \Omega_C \to \mathrm{A}$, jossa A kuvaa mahdollisten kyseisen sopimussuhteen lopputulemien joukkoa.
>
> On katsottu, että sopimuksen epätäydellisyys voidaan ilmaista vektorina, $\mathrm{O} = \Upsilon \times \Omega$, jossa Υ kuvaa havainnoitavia muttei määriteltäviä tapahtumia ja Ω edellä esitetysti sopimuksessa määriteltäviä tapahtumia. Näin ollen, sopimussuhde koostuu aina kaikista mahdollisista havaittavista tapahtumista O, mutta siten, että ainoastaan tapahtumat Ω on mahdollista määritellä sisällytettäväksi sopimukseen.[24]

3.1.2 Sopimusvapaudesta sopimussääntelyn lähtökohtana

Kuten aiemmin todettiin, on lainsäädännöllisenä lähtökohtana mahdollisimman suuren sopimusvapauden salliminen. Oikeussubjektilla on mahdollisuus tehdä haluamanlaisensa oikeustoimi itse valitsemansa toisen toimijan kanssa, mitä

[23] *Saarnilehto* 2009, s. 13 ja 37-39. Esimerkinomaisesti kiinteistön kauppaa koskeva sopimus on aina tehtävä kirjallisesti.
[24] *Hermalin ym.* 2007, s. 69-73.

kutsutaan positiiviseksi sopimusvapaudeksi.[25] Positiivisella sopimusvapaudella tarkoitetaan jokaisen täysivaltaisen yksilön tai yhteisön oikeutta vapaasti luoda ja perustaa oikeustoimia, sekä oikeutta säännellä ja turvata näiden oikeustoimien toteutumista sopimusten avulla. Suurin osa sopimuksista tehdään positiivisen sopimusvapauden nojalla.

Positiivisen sopimusvapauden tietynlaisena vastaparina on nk. negatiivinen sopimusvapaus, joka puolestaan tarkoittaa oikeutta olla tulematta velvoitetuksi sellaisella sopimuksella johon osapuoli ei omaehtoisesti halua liittyä. Negatiivinen sopimusvapaus on positiivisen sopimusvapauden tavoin sopimusoikeudellinen pääsääntö; ilman kyseisen osapuolen omaa suostumusta ei tämän tai kolmannen velvollisuudesta ole mahdollista sopia osapuolta sitovasti. Negatiivinen sopimusvapaus ei kuitenkaan ole periaatteena täydellisen ehdoton vaan periaatteeseen on jätetty tiettyjä lainsäädännön nojalla toteutettavia poikkeuksia. Edellä tarkoitetut poikkeukset ovat kuitenkin verraten harvalukuisia, ja näistä kaikista on tullut säätää laissa nimenomaisesti erikseen.[26]

3.1.3 Sopimusvapauden taloudellisesta perusteesta

Oikeustaloustieteellisesti tarkasteltuna on sopimusvapauden periaate mahdollista perustella kokonaishyvinvoinnin maksimoinnin avulla. Ei ole osoitettavissa muuta järjestelyä, joka yhtälailla johtaisi kokonaishyvinvoinnin maksimoitumiseen kuin sopimusvapauden käyttäminen. Kokonaishyvinvointi maksimoituu silloin, kun toimijoilla on vapaus tehdä haluamansalaisia sopimuksia, mahdollisimman vapaasti

---

[25] Lainsäädäntö toisaalta vahvistaa yhtälailla mahdollisuuden olla tekemättä sopimusta tai mahdollisuuden purkaa sopimus vastapuolen jättäessä velvollisuutensa täyttämättä, *Saarnilehto* 2009, s. 37-38.

[26] Mm. *Hermalin ym.* 2007, s. 19-20. Negatiiviseen sopimusvapauteen mahdollistetut poikkeukset liittyvät lähinnä tilanteisiin, joissa nk. merkittävä yleinen etu tätä vaatii. Tällöin yksilölle oikeustoimesta aiheutuvaa haittaa verrataan yhteisölle, tai lähinnä yhteiskunnalle, oikeustoimesta koituvaan hyötyyn. Mikäli saatava hyöty voidaan osoittaa syntyvään haittaan verrattuna riittävän suureksi, on yksilö mahdollista velvoittaa oikeustoimeen suostumiseen. Näin ollen negatiivinen sopimusvapaus sivuutetaan. Konkreettinen esimerkki edellisestä on velvoite luovuttaa tietty maa-alue tai kiinteistö pakkolunastettavaksi valtiolle suoraan lain nojalla, täyttä korvausta vastaan sellaisessa tilanteessa, jossa merkittävä yleinen etu tätä vaatii. Pakkolunastus on täten sellainen toimi, jossa lunastettavan kiinteistön tai maa-alueen haltijalla ei ole mahdollisuutta välttyä oikeustoimesta, vaan hänen on tähän suostuttava. Pakkolunastuksen kompensaatio toteutetaan lunastuksesta maksettavalla korvauksella sekä mahdollisella maksettavaan korvaukseen kohdistettavalla verotuksellisella helpotuksella.

määräytyvin ehdoin, yhtälailla positiivisen kuin negatiivisenkin sopimusvapauden nojalla.

Law and Economics -tieteenala käyttää kokonaishyvinvoinnin määrittämiseen sekä Pareto-tehokkuuden vaatimusta[27], että utilitaristisen hyvinvointiyhtälön[28] maksimointia.

Pareto-tehokkuus on lähestymistapana käyttökelpoinen erityisesti sellaisten ratkaisuvaihtoehtojen poissulkemiseksi, jotka olisivat varmuudella toimimattomia. Sopimusoikeudellista ratkaisumallia oikean lopputuloksen löytämiseksi ei lähestymistapa kuitenkaan käytännössä tarjoa, sillä Pareto-tehokkuus ei ilmaise ratkaisua juridisesti keskeiseen ongelma-asetteluun: kysymykseen siitä, kenen eduksi jakamaton kiistan kohde tulisi antaa.[29]

Utilitaristisen hyvinvointiyhtälön, $W = \sum_{i \in I} u_i$, jossa W on kokonaishyöty ja u_i toimijan i hyöty, maksimoinnilla päästään sen sijaan lähemmäs sopimusongelmallisesti relevanttia lopputulosta. Jokainen hyvinvointiyhtälön maksimoiva vaihtoehto on samalla Pareto-tehokas, vaikka sama ei pädekään päinvastoin. Mallia käytettäessä on toimivan hyödynmaksimoinnin ehtona se, että kiistan kohteen kuten esimerkiksi pakkolunastettavan kiinteistön on oltava kompensoitavissa toisella siirrettävissä olevalla hyödykkeellä, kuten esimerkiksi rahalla. Tällöin toimijoiden hyötyfunktiot ovat kvasilineaarisia, $u + y$ siten, että y on raha ja u on muusta omistuksesta koituva hyöty, ja on mahdollista saavuttaa tila, jossa kokonaishyödyn ylijäämä maksimoituu tiettyjen oikeustoimien seurauksena. Kokonaishyödyn maksimoituminen toteutuu nimenomaan kompensaation avulla, esimerkiksi pakkolunastamalla tietty kiinteistö verohelpotuksin ja täyttä korvausta vastaan.[30]

---

[27] Vallitsee tilanne, jossa yhdenkään toimijan hyötyä ei voida lisätä vähentämättä toisen toimijan hyötyä.
[28] $W = \sum_{i \in I} u_i$
[29] *Hermalin ym.* 2007, s. 22.
[30] *Hermalin ym.* 2007, s. 22-23.

3.1.4 Sopimusvapauden teoreettisesta perusteesta

Law and Economics -kirjallisuudessa on sopimusvapauden teoreettinen peruste puolestaan osoitettu Coasen teoreeman (Ronald Coase, 1960) avulla seuraavasti:

Oletetaan kahdenvälinen sopimustilanne, jossa rationaalisesti toimivat sopimusosapuolet voivat ryhtyä minkälaiseen sopimukseen tahansa, ilman transaktiokustannuksia ja siten, että kaikki osapuolten hyödyt ovat arvotukseltaan yhtäläisiä ja vapaasti vaihdettavissa. Tämä koskee niin rahassa kuin muussa omaisuudessa mitattavia hyötyjä. Lausekkeeksi saadaan $u_i + y_i$ siten, että u_i on osapuolen i hyöty hyödykkeistä tai omaisuudesta ja y_i on sopimuksen tuottama nettokassavirta osapuolelle i .

Sopimuksen tekeminen maksimoi kokonaishyötyä reaaliomaisuuden alkuperäisestä jakautumisesta riippumatta. Olkoon $\propto$ mikä tahansa ei-kokonaishyötyä maksimoiva hyödykeyhdistelmä ja $\propto^*$ kokonaishyödyn maksimoiva yhdistelmä. Sopimusvapauden vallitessa ei $\propto$ voi tulla missään sopimustilanteessa valituksi, sillä kun sopimusosapuolet käyttäytyvät rationaalisesti eikä sopimuksenteosta koidu osapuolille transaktiokustannuksia, $\propto^* > \propto$ sekä $u_i(\propto^*) > u_i(\propto)$, olisi siinäkin tapauksessa, että toteutuisi tilanne $\Gamma_m < \Gamma < \Gamma_M$, jossa $\Gamma_M = u_i(\propto^*) - u_i(\propto)$ ja $\Gamma_m = u_j(\propto) - u_j(\propto^*)$, sopimusosapuolen i kannattavampaa siirtää osapuolelle j ylimääräinen korvaus Γ , kuin molempien osapuolten tyytyä vaihtoehtoon $\propto$.[31]

3.1.5 Taloudellisesta ja ei-taloudellisesta lähestymistavasta sopimusoikeudessa

Edellä perusteltiin sopimusvapauden olemassaoloa. Jäljelle jää edelleen periaatteellinen kysymys siitä, miksi sopimusinstituutio itsessään on merkitsevä ja oikeudellisen suojaamisen arvoinen.

Law and Economics -tieteenalan valtavirta lähestyy sopimusinstituution tarkastelua puhtaan taloudellisesta näkökulmasta; sopimusinstituutiota tarvitaan

[31] *Hermalin ym.* 2007 , s. 24-25.

mahdollistamaan vaihdannan maksimaalinen tehokkuus. Toisaalta myös ei-taloudellista näkökulmaa edustavat lähestymistavat ovat saaneet tukea ja näistä nk. ei-taloudellisista lähestymistavoista merkittävimpinä tulee huomioida korjaava oikeudenmukaisuus[32], liberaali autonomia[33] sekä sosiaalinen konstruktivismi[34].

Kuten kuitenkin jo edellä todettiin, lähestyy tieteenalan valtavirta sopimusinstituution tarkastelua puhtaan taloudellisesta näkökulmasta.

Mikäli kaikki vaihdanta tapahtuisi yhdellä hetkellä, olisi sopimuksille vaihdannan turvaajina vähemmän käyttöä. Osapuolten sovittua vaihdannan ehdoista vaihtaisi valmis tuote omistajaa samoin tein ja monimutkaisen sopimusinstituution olemassaololle olisi vaikeampaa löytää perusteita asiantilan ollessa kummallekin osapuolelle selkeä ja suorituksen epävarmuustekijän käytännössä olematon.

Sopimusinstituutiota tarvitaankin nimenomaisesti siitä syystä, että käytännössä suurin osa vaihdannasta ei tapahdu samalla hetkellä kuin vaihdannasta sovitaan. Niin ikään sopimusinstituutiota katsotaan tarvittavan aina, kun sopimussuhteeseen sisältyy

---

[32] Korjaava oikeudenmukaisuus on sopimusoikeuden vanhin ei-taloudellinen lähestymistapa. Teorian historialliset juuret pohjautuvat antiikin aristoteeliseen filosofiaan ja oikeudenmukaisuuden etsintään. Korjaava oikeudenmukaisuus ei hyväksy tuomiovallan käyttöä yksityisiä intressejä edistettäessä, vaan ainoastaan tapahtunutta epäoikeudenmukaisuutta korjattaessa ja vahinkoa hyvitettäessä. Näin ollen, esimerkiksi sopimuksiin tulisi oikeuden puuttua ainoastaan niissä tilanteissa, joissa kyse olisi sopimusrikkomuksesta tai muusta epäoikeudenmukaiseksi koetusta poikkeamasta osapuolten välillä. Sopimusinstituutiota suojataan vain vääryyden välttämiseksi. *Hermalin ym.* 2007, s. 14.

[33] Liberaali autonomia on suuntaus, joka antaa sopimusvapaudelle erityisen korostuneen merkityksen. Lähestymistavan mukaan yksilönvapaus menee kaikessa liiketoiminnassa yleisen edun edelle ja sopimuksen osapuolia tulee sitoa vain sellaisin velvoittein, joihin osapuolet ovat omaehtoisesti ja nimenomaisesti itse suostuneet; tämä täysin riippumatta siitä aiheuttaako menettely mahdollista vaihdannan tehottomuutta vaiko ei. Sopimusinstituution tulee olla olemassa, jotta yksilöt voivat mahdollisimman täydellisesti toteuttaa omia tavoitteitaan ja omia päämääriään. *Hermalin ym.* 2007, s. 14-15.

[34] Sosiaalisessa konstruktivismissa on kyse ajattelutavasta, jossa yhteiskunnan sääntelyllisten päämäärien nähdään määrittyvän yhteiskuntaa edustavien yksilöiden kollektiivisten tavoitteiden kautta. Edellä esitetty tarkoittaa käytännössä sitä, että lähestymistavan mukaan ei ole mahdollista löytää mitään erityistä syytä siihen, miksi lainsäädännöllä tulisi pyrkiä jonkin tietyn nimenomaisen asiantilan tavoitteluun, millainen saattaisi olla esimerkiksi vaihdannan tehokkuuden edistäminen sopimusoikeuden keinoin. Sen sijaan pyrkimysten kohteena olevien asiantilojen tulee vastata sitä kulloistakin tavoitetta, joka yhdessä ja edustuksellisesti koetaan tuona hetkenä tavoittelemisen arvoiseksi. Sosiaalinen konstruktivismi pitää yhteisöllisiä tai esimerkiksi poliittisin perustein johdettavia ratkaisuja aivan yhtä oikeutettuina, kuin markkinoiden tai muiden yksilöllisten instituutioiden kautta johdettuja ratkaisuja. Sopimuksia tulee tehdä, jotta voidaan edistää sitä tavoitetta, joka on kyseisellä kulloisellakin hetkellä tällaiseksi määrittynyt. *Hermalin ym.* 2007, s. 15.

yksikin tulevaisuudessa toteutuva elementti, tai, milloin yksikin osapuoli on epävarma siitä miten toinen osapuoli aikoo velvoitteensa täyttää.[35]

Oikeustaloustieteellisestä näkökulmasta tarkasteltuna sopimusten olemassaololle ja sopimusten pysyvyyden oikeudelliselle turvaamiselle onkin osoitettavissa kolme keskeistä taloudellista perustetta. Nämä ovat i) vaihdannan koordinointi, ii) ajan kuluessa toteutuvan vaihdannan turvaaminen sekä iii) ajan kuluessa toteutuvan tuotannon turvaaminen.[36]

Vaihdannan koordinointia pidetään kenties keskeisimpänä perusteena sopimusten käytölle. Vaihdannan koordinoinnin merkitys ilmenee erityisesti niissä tilanteissa, joissa toisistaan riippumattomia toimia on mahdollista toteuttaa siten, että on löydettävissä useita erilaisia osapuolten kannalta suotuisia valintoja jotka kuitenkin tehottomasti yhdistyvinä voivat aikaansaada kyseisen oikeustoimen muuttumisen kannattamattomaksi.

> Edellä esitettyä voidaan havainnollistaa esimerkillä, jossa toistensa päätöksenteosta riippumattomat ostaja b ja myyjä s joutuvat valitsemaan kaupan kohteena olevan rahdin y vakuuttamisen ja vakuuttamatta jättämisen välillä. Mikäli rahtia y ei ole vakuutettu, kärsivät molemmat osapuolet vahingon sattuessa tappion l_i joka ylittää huomattavasti summan c_i , jolla rahdin olisi voinut vakuuttaa, $l_i \gg c_i$. Myyjä voi vakuuttaa rahdin edullisemmin kuin ostaja, koska myyjän tieto myytävän kohteen todellisesta laadusta ja tilasta on selvästi parempi kuin ostajalla, joka puolestaan joutuu käytännössä luottamaan myyjän antamaan tietoon. Mikäli kyseiset osapuolet tekevät ratkaisunsa itsenäisesti toistensa ratkaisusta tietämättä, löytyy tilanteesta kolme osapuolten kannalta perusteltua ratkaisua: Myyjä vakuuttaa rahdin kustannuksella c_s , ostaja vakuuttaa rahdin kustannuksella c_b tai kumpikin osapuoli vakuuttaa rahdin kustannuksilla c_s , c_b . Kuitenkin, koska $l_b + l_s > c_b > c_s$, on ainoastaan vaihtoehto jossa myyjä hankkii rahdille vakuutuksen ratkaisuna aidosti taloudellisesti tehokas. Tähän ratkaisun tehokkuuteen päästään sopimalla kaupan ehdoista sopimuksen avulla.[37]

[35] *Hermalin ym.* 2007, s. 8
[36] *Hermalin ym.* 2007 s. 8-10.
[37] *Hermalin ym.* 2007, s. 8-9.

Ajan kuluessa toteutuvan vaihdannan turvaamisessa on puolestaan kyse tilanteesta, jossa vaihdannan kannalta keskeinen tekijä on riippuvainen jostakin tulevaisuudessa tapahtuvasta tapahtumasta ja määräytyy tämän mukaisesti. Tällainen vaihdannan kannalta keskeinen tekijä on esimerkiksi aiemmin mainitulle rahdille otetusta vakuutuksesta maksettava vakuutuskorvaus ja tämän vastineeksi suoritettava vakuutusmaksu. Vakuutustilanteessa päädytään käytännössä aina lopputulokseen, jossa toisen osapuolen olisi taloudellisesti kannattavampaa poiketa sovitusta; vahingon sattuessa olisi vakuutuksen myöntäjälle huomattavasti edullisempaa olla maksamatta korvausta ja vastaavasti vahingon jäädessä sattumatta olisi vakuutuksen ottajalle edullisempaa jättää vakuutusmaksunsa maksamatta. Ilman sopimussääntelyä olisi vaihdannan, joka riippuu tulevaisuudessa tapahtuvasta tapahtumasta *ex post* harjoittaminen käytännössä mahdotonta. Edellä esitetyn vuoksi on välttämätöntä sopia asiasta sopimuksin.[38]

Kolmas mainittu peruste on ajan kuluessa toteutuvan tuotannon turvaaminen. Tuotannon luominen ja kehittäminen vaativat investointeja, jotka luonnollisesti jäävät hyödyttömiksi mikäli tuotantoa ei voidakaan toteuttaa. Edellisestä johtuen tuotannon syntymisen välttämätön edellytys on sellaisten sopimusten olemassaolo, joilla turvataan jälkikäteinen varmuus saada riittävä korvaus etukäteen *ex ante* tehdyistä investoinneista. Yhdenkään toimijan ei ole kannattavaa alkaa valmistaa tuotetta, mikäli tuotteen tilannut ostaja voi mielihalunsa mukaan jättää tilaamansa tuotteen hankkimatta. Asiasta on jälleen kerran välttämätöntä sopia sopimuksin.[39]

3.2 Sopimuksiin sisältyvistä riskeistä

3.2.1 Yleistä

Sopimuksen sisältämiä riskejä arvioitaessa keskeiseksi nousee riski sopimuksen jäämisestä täyttymättä sovitulla tavalla.

[38] *Hermalin ym.* 2007, s. 9-10.
[39] *Hermalin ym.* 2007, s. 10-11.

Sopimusoikeudellisen ajattelun peruslähtökohtana on sopimusten pysyvyys. Sopimusosapuolille annetaan mahdollisimman suuri vapaus päättää sopimuksen sisällöstä sekä sopimukseen sitoutumisesta itsenäisesti, mutta vastaavasti näiden edellytetään täyttävän sitoumuksensa sekä kyseistä oikeustointa että toista sopimusosapuolta kohtaan. *Pacta sunt servanda*, sopimukset on pidettävä, toimii keskeisenä sopimusoikeudellisena periaatteena.[40]

Sopimuksen pysyvyys vaarantuukin lähinnä kahdenlaisissa tilanteissa. Ensimmäinen näistä on tilanne, jossa sopimusta rasittaa jokin laissa määritelty sopimuksen pätemättömyysperuste. Toisessa tapauksessa on puolestaan kyse tilanteesta, jossa toinen sopimusosapuoli ei täytä sitä, mistä sopimuksella on sovittu. On mahdollista, että osapuoli ei yksinkertaisesti kykenisi täyttämään velvoitteitaan mutta yhtälailla mahdollinen on tilanne, jossa rikkovan osapuolen menettely on tahallista ja tarkoituksellista. Viimeiseksi mainitussa on kyse niin kutsutun opportunistisen sopimuskumppanin tapauksesta, jossa sopimusosapuoli päättää omasta halustaan rikkoa sopimuksen ja vetäytyä sovitusta sopimuksesta joko kokonaan tai osittain, tavoitteenaan tällä toiminnallaan pyrkiä kasvattamaan omaa hyötyään suuremmaksi kuin mikä tämä olisi toimittaessa sopimusvelvoitteiden mukaisesti.[41]

3.2.2 Sopimuksen pätemättömyysperusteista

Suomen lainsäädäntöön on sisällytetty tiettyjä ehdottomia perusteita, joiden nojalla osapuolten välillä solmittu sopimus on pätemätön. Nämä oikeustoimen pätemättömyysperusteet on laadittu nk. heikomman osapuolen suojaksi ja perusteet tulee ottaa huomioon sopimussuhteeseen ryhdyttäessä. Oikeustoimilain (OikTL 228/1929) 28 – 34 § mukaiset oikeustoimen pätemättömyysperusteet, joiden nojalla sopimus on pätemätön ovat seuraavat:

1) Pakko;
2) petollinen viettely (ts. tietoinen harhaanjohtaminen);

[40] *Saarnilehto* 2009, s. 161-164.

[41] Opportunistiseen sopimuskäyttäytymiseen, tämän syntyedellytyksiin ja vaikutuksiin sekä aiheeseen liittyvään lainsäädäntöön palataan myöhemmissä luvuissa yksityiskohtaisesti. Ensin tarkastellaan kuitenkin sopimuksen riskejä sekä näiden ennaltaehkäisyä yleisemmällä tasolla.

3) kiskominen;
4) erehdys;
5) kunnianvastainen ja arvoton menettely; sekä
6) valeasiakirja.

Edellä esitetyt perusteet ovat laajalti universaaleja; on koettu oikeaksi, ettei sopimus sido tähän pakotettua, huijattua tai kiristettyä. Mikäli sopimus on tehty jonkin edellä esitetyn pätemättömyysperusteen rasittamana, ei positiivinen sopimusvapaus ole voinut toteutua koska sopimusosapuoli ei ole solminut sopimusta omasta vapaasta tahdostaan. Niin ikään negatiivinen sopimusvapaus, eli oikeus olla solmimatta sopimusta ei ole voinut toteutua, eikä sopimusta voida katsoa sitovaksi.[42]

Pätemättömyysperusteen ilmeneminen mitätöi sopimuksen ja poistaa toisen sopimusosapuolen oikeuden vaatia korvausta sopimuksen jäämisestä täyttymättä. Sopimusosapuolilta odotetaan etukäteisen selonottovelvollisuuden täyttämistä koskien vastapuolen kompetenssia kyseisen sopimuksen solmimiseen. Perustellussa eli kvalifioidussa vilpittömässä mielessä[43] ollutta sopimuspuolta saatettaisiin voida suojata, mutta tämä kuitenkin tulee ammattimaisen liiketoiminnan tapauksessa harvemmin kyseeseen. Lähtökohtaisesti lainsäädäntö kyllä suojaisi kvalifioidussa vilpittömässä ollutta vahinkoa kärsinyttä osapuolta, mutta kuten jo mainittua, molemmille osapuolille asetettu selonottovelvollisuus on sitä ankarampi mitä ammattitaitoisemmasta toimijasta on kyse, jolloin esimerkiksi ammatikseen liike-elämässä toimiva toimija ei ole oikeutettu edellä mainittuun korvaukseen mikäli hän on jättänyt selvittämättä ne asiat, jotka hänen olisi oman kokemuksensa ja asiantuntemuksensa perusteella tullut selvittää.[44] Sopimuksen pätemättömyysperuste johtaa sopimuksen mitätöitymiseen ja oikeus korvaukseen riippuu selonottovelvollisuuden vaatimuksen täyttämisestä.[45]

---

[42] Negatiivisen sopimusvapauden erikoistapaukseen, jossa valinnanvapaus ohitetaan suoraan lain nojalla merkittävän yleisen edun tätä vaatiessa ei ole mahdollista pätemättömyysperusteiden vastaisesti vedota, sillä kuten jo aiemmin todettiin, niistä poikkeuksista joissa negatiivisen sopimusvapauden ohittaminen on sallittua säädetään laissa nimenomaisesti erikseen.

[43] Kvalifioidun vilpittömän mielen määritelmä on ”ei tiennyt, eikä pitänytkään tietää”.

[44] Tällaisia asioita ovat juuri esimerkiksi vastapuolen oikeustoimikelpoisuus sekä tämän oikeus kaupan kohteeseen.

[45] Esitettyyn listaan voitaisiin edelleen seitsemäntenä kohtana lisätä OikTL 36 §:ssä määritelty sopimuksen kohtuuttomuus. Vaikka kohtuuttomuus ei varsinaisesti olekaan ehdoton sopimuksen pätemättömyysperuste, johtuen lähinnä siitä että kohtuuttomuutta voi käytännössä olla suhteellisen

Oikeustoimen pätemättömyysperusteet ovat lainsäädännössä olevia heikomman osapuolen suojaksi laadittuja suojaelementtejä, joiden selvittämisen laiminlyönti voi kääntää asetelman vahingonkärsineen osapuolen kannalta haitalliseksi. Näin ollen, vaikka lainsäädäntö itsessään lähtökohtaisesti pyrkiikin sopimusten pysyvyyden suojaamiseen, sopimusrikkomusten sanktiointiin ja sopimusriskien pienentämiseen, toimivat sopimuksen pätemättömyysperusteet tietyssä määrin juuri päinvastoin. Tämä tulee ottaa huomioon sopimussuhteeseen ryhdyttäessä.[46]

3.2.3 Sopimuksen jäämisestä täyttämättä

Sopimuksen jääminen täyttämättä on hyvin konkreettinen sopimusriski, jonka varalta sopimuksiin on yleensä sisällytetty erilaisia sanktiolausekkeita. Edellä tarkoitetun laista sopimusrikkomusta koskeva asia on mahdollista ratkaista joko osapuolten välisesti tai tuomioistuimen taikka muun oikeudellisen toimielimen kuten välimiesmenettelyn välityksellä.

Oikeustiede jaottelee sopimuksen täyttymättä jäämisen tilanteet osittaisiin ja totaalisiin sopimusrikkomuksiin. Ensin mainitussa osapuoli kyllä tekee sovitun suoritteen mutta vaillinaisena siitä mitä on sovittu. Jälkimmäisessä osapuoli puolestaan jättää suoritteen kokonaan tekemättä. Keskeinen lainsäädännöllinen ero osittaisen ja totaalisen sopimusrikkomuksen tilanteiden välillä on se, että ainoastaan

---

vaikeaa osoittaa eikä määre ole samalla tavoin selvärajainen kuin muut listatut perusteet, on kohtuuttomuus kuitenkin tekijä joka saattaa johtaa sopimuksen purkautumiseen. Lähtökohtana on, että mikäli sopimuksen tai sen ehdon voidaan katsoa olevan kohtuuton voidaan sopimus määrätä sovittelun kautta muutettavaksi. Mikäli sopimuksen muuttaminen ei olisi mahdollista, voitaisiin sopimus määrätä raukeamaan. Näin ollen, kohtuuttomuutta voidaan pitää sellaisena tekijänä, joka voi saada aikaan ehdottomia sopimuksen purkautumiseen johtavia vaikutuksia. Lisätään toisaalta edelleen se, että poikkeuksina varsinaisiin pätemättömyysperusteisiin ei vaatimuksena esiintyvä selonottovelvollisuuden täyttyminen ole sopimuksen kohtuuttomuuden tapauksessa kysymyksenasetteluna täysin mielekäs koska kumpikin osapuoli on ainakin todennäköisesti osallistunut sopimuksen laatimiseen tai vähintäänkin hyväksynyt sopimuksen sisällön. Näin ollen on selvää, että kumpikin osapuoli on samalla ottanut selon kyseisen sopimuksen sisällöstä. Käytännössä kohtuuttomuutta voikin ilmetä lähinnä pidemmän ajan kuluessa; olisi esimerkiksi mahdollista, että ajan kuluessa tapahtuva suuri hintatason muutos saisi aikaan tilanteen, jossa velvoitetta sopimuksen täyttämiseen voitaisiin pitää osapuolen kannalta kohtuuttomana. Tällainen tilanne saattaisi johtaa tarpeeseen muuttaa sopimusta tai purkaa sopimus.

[46] Toisaalta, sopimuksen pätemättömyysperusteiden, selonottovelvollisuuden sekä vain perustellussa vilpittömässä mielessä olleen osapuolen suojaamisen voitaneen niin ikään katsoa toimivan sopimusjärjestelmää itseään tehostavasti, lähinnä silloin, kun näiden avulla saadaan aikaiseksi lähtötasoltaan huolellisemmin perustettuja sopimussuhteita.

totaalisen sopimusrikkomuksen tapauksessa on vahinkoa kärsineellä osapuolella oikeus vetäytyä sopimuksesta ja olla suorittamatta omaa osuuttaan. Osittaisessa sopimusrikkomuksessa tulee vahingonkärsijän lähtökohtaisesti edelleen suorittaa oma osuutensa sopimuksesta vastapuolen rikkomuksesta huolimatta, ja vasta tämän jälkeen jää hänelle oikeus vaatia rikkoneen osapuolen suoritusta tai sopimusvelvoitteiden suorittamatta jäämisestä suoritettavaa hyvitystä.[47]

Osittainen tai totaalinen sopimusrikkomus voi käytännössä syntyä joko tarkoituksellisesti tai ilman osapuolten tarkoitusta. Mikäli kyseessä on ei-tarkoituksellinen teko, on sopimusrikkomuksen syynä useimmiten suoritushäiriön kohdanneelle osapuolelle syntynyt odottamaton este tai muu ennakoimaton vaikeus. Odottamatonkaan este ei toisaalta vapauttaisi sopimusosapuolta velvoitteestaan täyttää sopimus, vaan tämä tulee pyrkiä täyttämään esteestä huolimatta. Mikäli sopimuksen täyttäminen ei sen sijaan ole enää mahdollista, tulee kyseeseen vahingonkorvausvelvollisuus. Vahingonkorvauksen määrä riippuu lähtökohtaisesti aiheutuneen vahingon luonteesta ja laajuudesta, mutta toisaalta tähän saattaa vaikuttaa myös rikkoneen osapuolen tuottamuksen tai tahallisuuden aste[48].

Lähtökohtana on näin ollen se, että sopimus tulee täyttää siten kuin tämä olisi täytetty ilman häiriötä. Mikäli tämä ei ole mahdollista, mitoitetaan vahingonkorvaus siten että tämä kattaa rikotulle osapuolelle syntyneen vahingon kokonaisuudessaan. Pääsääntönä toimii niin kutsutun positiivisen sopimusedun mukainen korvaus[49], jossa korvattavaksi tulee myös toisen sopimusosapuolen saamatta jäänyt tuotto.

---

[47] *Saarnilehto* 2009, s. 188-189.

[48] Huomautetaan, että arvioinnin vaikutus olisi tässä lähinnä osapuolen korvausvastuuta ankaroittavaa ei lieventävää.

[49] Positiivisella sopimusedulla tarkoitetaan sitä, että sopimusrikkomuksen kohteeksi joutunut osapuoli saatetaan siihen taloudelliseen asemaan jossa tämä olisi, mikäli sopimus olisi täytetty sopimuksessa sovitulla tavalla. Negatiivisessa sopimusedussa on sen sijaan kyse siitä, että rikkomuksen kohteeksi joutunut osapuoli saatetaan sellaiseen taloudelliseen asemaan jossa tämä olisi, mikäli sopimusta ei olisi tehty lainkaan.

3.2.4 Sopimusrikkomusten ennaltaehkäisemisestä ja jälkikäteisestä hyvittämisestä

Oikeustaloustieteellisessä tutkimuksessa keskeinen kysymyksenasettelu on se, miten rikkomuksen aiheuttanutta osapuolta rangaistaan ja minkä suuruisen tulee olla vahingon kärsineelle osapuolelle hyvitettävä oikeansuuruinen vahingonkorvaus.

Richard A. Posner listaa kirjassaan ”The Economic Analysis of Law” seitsemän tapaa, joilla sopimusrikkomuksesta aiheutunutta vahinkoa voidaan kompensoida. Esitetyt sanktiot ovat samalla sellaisia keinoja, joiden avulla kannustimia sopimusten rikkomiselle pyritään poistamaan. Posnerin esittämä lista[50] on seuraava:

1) Luottamuksen ja maineen menettäminen;
2) Odotettujen tulevien tuottojen menettäminen;
3) Sopimukseen sisällytetyn rangaistusmaksun suorittamisvelvoite;
4) Sopimusrikkomuksesta seuranneiden välillisten vahinkojen korvaamisvelvoite;
5) Vahingonkorvausvelvollisuus;
6) Luontoissuoritus, eli velvoite sopimuksen täyttämiseen tuomioistuimen päätöksellä; sekä
7) Sopimukseen sisällytetyn sopimussakon suorittaminen ja muut rangaistusluonteiset maksut.

Rangaistukseksi voidaan määrätä edellä esitetyistä vaihtoehdoista yksi tai useita, minkä lisäksi merkitsevää voi olla se, voidaanko sopimusrikkomuksen katsoa olleen aiheutettu tahallisesti, vai onko rikkomuksen syy ollut sopimusosapuolten omien vaikutusmahdollisuuksien ulkopuolella.

Oleellista on toisaalta edelleen sopimusrikkomuksella saadun taloudellisen hyödyn ja oikeansuuruisen vahingonkorvauksen määrittäminen. Vaikka lähtökohtana pidettäisiinkin positiivista sopimusetua, jonka on katsottu olevan ainakin sopimusrikkomusten ehkäisyn kannalta tehokkaampi vaihtoehto kuin negatiivisen sopimusedun soveltamisen, voi ongelmaksi edelleenkin muodostua todellisen

[50] *Posner* 2007, s. 118-119.

menetetyn voiton määrittäminen. Vahingonkärsineellä osapuolella i saattaisi olla hyötyään maksimoiden kannustin ilmoittaa menetetty voitto todellista suuremmaksi, $u_i{}^* - c_i{}^* \geq u_i - c_i$, ja rikkoneella osapuolella vastaavasti olla kannustin pyrkiä esittämään aiheutuneen vahingon olleen mahdollisimman vähäinen.[51]

Sopimusrikkomuksesta seuraavat sanktiot tulisikin oikeustaloustieteellisen tutkimuksen mukaan pyrkiä asettamaan sellaiselle tasolle, jossa nämä mahdollisimman pitkälti ennaltaehkäisisivät sopimusrikkomustilanteiden syntymistä. Oikeusjärjestelmästä riippuen saattavatkin muun muassa velvoitteet välillisten vahinkojen[52] korvaamiseen, kuten myös erilaiset rikkojan maksukykyyn suhteutetut rangaistusluonteiset vahingonkorvaukset[53] olla sanktioina varsin ankaria. Tämä lienee kuitenkin tarpeellista, mikäli sopimusten tosiasiallinen täyttäminen halutaan varmistaa.

3.2.5 Erikoistapaus, tehokkaasta sopimusrikkomuksesta

Todetaan edelleen, että edellä esitetyistä huolimatta on sopimus luonnollisesti mahdollista purkaa molempien osapuolten suostumuksella. Tällaisessa tilanteessa voidaan puhua niin kutsutusta tehokkaasta sopimusrikkomuksesta.

Sopimusrikkomus on tehokas, mikäli sopimuksessa pysymisestä aiheutuvat kustannukset muodostuisivat molemmille osapuolille suuremmiksi kuin sopimuksessa pysymisestä koituva hyöty, tai vastaavasti, mikäli sopimuksen rikkomuksesta seuraava sanktio tai menetys olisi kummallekin osapuolelle edullisempi kuin vaihtoehtoisesta toiminnasta saatavat tuotot.

---

[51] Vaihtoehtona edellä esitetyssä tilanteessa voisi olla esimerkiksi tietyn laskennallisen korvauksen määrääminen tilanteissa, joissa aiheutuneen vahingon todellinen suuruus jää epävarmaksi, eikä asianosaisen selvityksestä ole saatavissa riittävää objektiivista selvitystä kärsitystä menetyksestä.

[52] Välillisellä vahingolla tarkoitetaan vahinkoa, joka on aiheutunut sopimusrikkomuksesta aiheutuneen vahingon seurauksena, muttei kuitenkaan välittömästi suoraan sopimusrikkomuksesta.

[53] Esimerkinomaisesti yhdysvaltalaisessa oikeudessa tunnetaan nk. ’punitive damages’ -käsite, jolla tarkoitetaan sanktioluonteisia rikkojan maksukykyyn suhteutettuja vahingonkorvauksia. Punitive damages -korvaukset mahdollistavat määrättävän hyvinkin mittavia vahingonkorvauksia verraten vähäisistä rikkomuksista, tilanteissa, joissa tämän katsotaan rikkojan maksukykyyn suhteutettuna vastaavan riittävää kompensaatiota aiheutetusta vahingosta. Vähemmän ei puolestaan katsottaisi sisältävän riittävää ennaltaehkäisevää pelotetta pidättäytyä tuomittavana pidettävästä toiminnasta.

Hyödyn maksimoinnin periaate edellyttää sopimusosapuolen i saaman hyödyn u_i olevan suurempi tai vähintään yhtä suuri kuin sopimuksen kustannukset, c_i ; $u_i \geq c_i$. Tämä on sopimusta solmittaessa *ex ante* itsestään selvää mutta esimerkiksi tilanteissa, joissa sopimus täytetään ajan kuluessa ja sopimuksen johdosta saatava hyöty ja toteutuvat kustannukset voivat muuttua tulevaisuuden tapahtuman johdosta *ex post* paljonkin, voi tilanne muuttua sellaiseksi jossa tehokas sopimusrikkomus saattaa olla osapuolten kannalta jopa ainoa kannattava vaihtoehto.

> Tehokkaan sopimusrikkomuksen Pareto-tehokkuus saavutetaan negatiivista sopimusetua sovellettaessa tilanteessa, jossa kaikki osapuolet ovat sopimusrikkomuksen seurauksena vähintään samalla hyötytasolla kuin silloin kun sopimusta ei olisi solmittu lainkaan, ja, jossa sopimuksen rikkojan hyötytaso on korkeampi kuin se vaihtoehtoinen hyötytaso joka olisi seurannut, mikäli sopimuksessa olisi pysytty. Negatiivisen sopimusedun soveltaminen johtaa helpommin tehokkaan sopimusrikkomuksen syntyyn. Positiivista sopimusetua noudatettaessa tulisi saatavan hyödyn puolestaan ylittää molempien osapuolien menetykset, jolloin sopimuksessa pysyminen tulee lähes kaikissa tilanteissa edullisemmaksi kuin tästä vetäytyminen.[54]

Tehokkaan sopimusrikkomuksen tapauksessa esiintyy yhtäläisyyksiä opportunistisen sopimusrikkomuksen tapaukseen. Ratkaisevana erona on kuitenkin se, kuka rikkoo sopimuksen ja millaisin tarkoitusperin. Opportunistisen sopimusrikkomuksen tilanteessa ei kyseessä ole yhteisymmärrykseen perustuva menettely sopimusosapuolten välillä, vaan toisen osapuolen tarkoituksellinen epärehellinen toiminta toista sopimusosapuolta kohtaan. Tehokas sopimusrikkomus on näin ollen tarpeellista erottaa opportunistisesta sopimusrikkomuksesta erilliseksi kokonaisuudekseen, mahdollisen käsitteiden sekaantumisvaaran vuoksi.

[54] *Hermalin ym.* 2007, s. 102-104. Mainittu tilanne, jossa sopimuksen osapuolet vetäytyvät molemminpuolisesti sopimuksesta on nimitykseltään sikäli harhaanjohtava, ettei kyseessä todellisuudessa ole sopimusrikkomus vaikka toimesta käytetäänkin nimitystä ’tehokas sopimusrikkomus’. Tämä on oikeustaloustieteellisessä kirjallisuudessa tiedostettu epäkohta, jota ei kuitenkaan ole asiasta vallitsevan yhteisymmärryksen vuoksi koettu tarpeelliseksi muuttaa. Vaihtoehtoinen, todenmukaisempi nimitys kyseiselle toimelle voisi olla esimerkiksi ’sopimuksen konkludenttinen purkaminen’. Aiheesta ks. myös *Friedman* 2000, s. 162-165.

4 Opportunistisen sopimusrikkomuksen ongelmasta

4.1 Yleistä

Edellä on käsitelty sopimuksen sisältämiä riskejä yleisellä tasolla. Seuraavaksi käsitellään opportunistisen sopimusrikkomuksen ongelmaa tiettynä nimenomaisena sopimusrikkomuksen tyyppinä.

Opportunistisen sopimusrikkomuksen ongelmaan liittyvät olennaisesti epäsymmetrisen informaation, rajoitetun rationaalisuuden sekä moral hazard -ongelman käsitteet. Näin ollen opportunistinen sopimusrikkomus on kokonaisuutena tarkasteltuna oikeastaan neljän asian kokonaisuus; kolmen edellä esitetyn sekä sen, että sopimustilanne itsessään on kyseisen rikkomuksen toteuttamiselle otollinen.

4.2 Epäsymmetrisestä informaatiosta

Epäsymmetrinen informaatio osapuolten välillä on asiana käytännössä selviö (mm. Akerlof, 1970) ja tämä tulee ottaa huomioon sopimussuhteen sisältöä arvioitaessa. Mikäli osapuolten välillä vallitsee epäsymmetrinen informaatio sopimussuhteeseen ryhdyttäessä, tulee sopimuksista useimmiten toisenlaisia kuin mitä nämä olisivat symmetrisen informaation vallitessa. Ellei edelleen olisi niin, ettei hyvinvointi olisikaan parhaimmalla tasollaan täydellisen informaation vallitessa, johtaa epäsymmetrinen informaatio sopimussuhteessa väistämättä kokonaishyvinvoinnin laskuun.

Law and Economics -tieteenalalla on mietittäväksi noussut se, olisiko sopimussuhteessa vallitsevan epäsymmetrisen informaation vaikutuksia mahdollista lainsäädännön keinoin poistaa; joko etukäteisesti näitä ehkäisemällä, esimerkiksi sallimalla vain tietyntyyppisiä sopimuksia, tai jälkikäteisesti tilanteita hyvittämällä, esimerkiksi oikomalla väärinkäytöksiä sopivin oikeudellisin keinoin.[55]

[55] Jälkikäteistä oikomista tapahtuu koko ajan sekä vahingonkorvausten että rikosoikeudellisten sanktioiden muodossa. Kumpaakin mainituista käsitellään erikseen myöhemmin.

Tieteenalalla on tutkittu etukäteisen sopimussääntelyn sekä erilaisten rajoitusten tehokkuutta sekä ’signaloinnin’ että ’screeningin’ tapauksissa. On osoitettu, että sopimusten sisällön rajoittaminen ei voisi lisätä sopimussuhteen Pareto-tehokkuutta screening-tilanteissa, mikäli informoimaton osapuoli ei olisi vilpillinen taikka mikäli strict tradeoff -ehdot[56] täyttyisivät.

> Mikäli C_U on sääntelemättömien sopimusten joukko ja C_R säänneltyjen sopimusten osajoukko ($C_R \subset C_U$) , C_i :n ollessa vaihtoehtoina olevat sopimukset ja C_i^* :n ollessa se sopimus jonka tarjoaa informoimaton osapuoli ja hyväksyy informoitu osapuoli, on informoimattoman osapuolen hyödyn sopimuksesta C ollessa $u_P(C)$ ja ottaen huomioon sen, ettei ei-informoitu osapuoli voi signaloida informaatiota, lopputulemana aina $u_p(C_U^*) \geq u_p(C_R^*)$.[57]

Signaloinnin tapauksessa tilanne on toisenlainen ja sopimusten etukäteisellä sääntelyllä on mahdollista luoda Pareto-tehokkaampia sopimussuhteita.

> Oletetaan tilanne, jossa sopimuskumppani A hakee hankkeeseensa rahoitusta osapuolelta B. Osapuolen A hanke voi olla joko hyvä F_g taikka huono F_b ja siten, että epäonnistumisen todennäköisyys hankkeille on $F_b > F_g$. Osapuolella B ei ole varmaa tietoa hankkeen onnistumisen todennäköisyydestä $\theta \in (0,1)$ ja tämä pyrkii arvioimaan hanketta A:n antaman informaation perusteella. Sopimuskumppani A voi pyrkiä signaloimaan B:lle hankkeen kannattavuutta ottamalla hankkeessa enemmän henkilökohtaista riskiä kuin hankkeen F_g laatu edellyttäisi, kuitenkin mieluummin olemalla tekemättä tätä ja toivoen, että B enemmin olettaisi hankkeen olevan keskitasoa F_a , $\theta F_g + (1-\theta)F_b$. Todellisuudessa osapuoli B kuitenkin tulkitsee osapuolen A signaloimattomuuden merkiksi siitä, että hanke on huono F_b , eikä A:lle näin ollen jää muuta vaihtoehtoa kuin

[56] Strict tradeoff -ehdot määritetään seuraavasti: Mikäli C on vaihtoehtoisten sopimusten joukko ja on olemassa kaksi sopimusta C_0 ja C_1 siten, että $U_1(C_1) \geq U_1(C_0)$ ja $U_2(C_1) \geq U_2(C_0)$ siten, että ainakin yksi epäyhtälö pitää, on olemassa sopimus $C_2 \in C$ siten, että $U_1(C_2) \geq U_1(C_0)$ ja $U_2(C_2) \geq U_2(C_0)$.

[57] *Hermalin ym.* 2007, s. 37-39. Sopimusten teon säänteleminen kuitenkin voisi kuitenkin tästä huolimatta lisätä kokonaishyvinvointia.

signaloida hankkeen kannattavuutta B:lle ottamalla itse ylimääräistä riskiä sopimussuhteessa.

Mikäli nyt sopimussuhteeseen puututaan etukäteisesti, esimerkiksi takaamalla osapuolelle A parempi henkilökohtaisen omaisuuden suoja konkurssitilanteessa muuttuu tilanne siten, että A:n tarve signaloida informaatiota ylimääräisellä henkilökohtaisella riskinotolla poistuu, koska osapuoli B ei voi A:lta tällaista signaalia enää vaatia. Lopputulemana osapuoli B alkaa kohdella kaikkia hankkeita keskitasoisina F_a. Hankkeiden F_b yrittäjät päätyvät paremmalle hyötytasolle koska heitä kohdellaan nyt keskitasoisina yrittäjinä F_a ja hankkeiden F_g yrittäjät niin ikään päätyvät paremmalle hyötytasolle koska heidän ei enää tarvitse signaloida hankkeensa kannattavuutta ylimääräisellä henkilökohtaisella riskinotolla. Etukäteiset lainsäädännölliset rajoitukset ovat lisänneet kokonaishyvinvoinnin tasoa sekä johtaneet pareto-parannukseen.[58]

4.3 Rajoitetusta rationaalisuudesta

Yksinkertaistettuna rajoitetun rationaalisuuden käsite palautuu siihen tosiseikkaan, että ainoastaan harvassa tilanteessa osapuolet olisivat siinä määrin tasavertaisia ettei minkäänlaista resurssien[59] epäsymmetriaa ilmenisi. Muissa tilanteissa asia vaikuttaa käytännössä siten, että resursseiltaan vahvemmalla osapuolella on aina etulyöntiasema sopimussuhteessa, mikä osallaan saattaa edesauttaa opportunististen sopimusrikkomustilanteiden syntyä.

Asiaa voidaan tarkastella seuraavan esimerkin avulla:

Oletetaan kahden osapuolen P ja A välinen sopimus, jossa on kaksi mahdollista lopputulemaa: todennäköisempi $1 - r$ sekä hyvin epätodennäköinen r. Sopimus johtaa tavalla $1 - r$ toteutuessaan osapuolelle i

[58] *Hermalin ym.* 2007, s. 35-36.

[59] Resurssit tulee ymmärtää joko taloudellisiksi resursseiksi tai muiksi resursseiksi, kuten tietotaidoksi, kontakteiksi, kokemukseksi jne. Kaikki tämänkaltaiset resurssit ovat tekijöitä, jotka luovat taloudellista arvoa osapuolelle ja näiden resurssien ollessa osapuolten välillä epätasapainossa syntyy toiselle osapuolelle selvää etua.

taloudelliseen etuun U_i. Sopimussuhde itsessään sisältää sopimussuhteelle tavanomaisen oikeuden vaatia tiettyä seikkaa[60] $s \in S$ poikkeustilanteessa, esimerkiksi häiriötilanteessa, jota esimerkissä kuvaa tila r. Häiriötilanteessa osapuolen P hyödyn maksimoi $\hat{s}$, joka ei ole sama kuin sellainen vaade joka maksimoisi molempien osapuolten yhteenlasketut hyödyt, s^*, $u_i(s)$:n kuvatessa yksittäisen osapuolen i hyötyä tilanteessa r.

$$u_P(\hat{s}) \geq u_P(s), \forall\, s \in S$$
$$u_P(\hat{s}) \geq u_P(s^*)$$
$$u_A(s^*) + u_P(s^*) \geq u_A(s) + u_P(s), \forall\, s \in S \text{ ja}$$
$$u_A(s^*) + u_P(s^*) \geq u_A(\hat{s}) + u_P(\hat{s}).$$ [61]

Tilanne aktualisoituu kun osapuoli P pääsee ehdottamaan osapuoli A:lle sopimuskohtaa, joka sisältää vaateen tilanteessa r siten, että tämän selvittäminen maksaa A:lle summan k [62]. Summa k on täysin riippuvainen osapuoli A:n ammattitaidosta ja osaamisesta, ja esimerkinomaisesti tilanteessa jossa osapuolten välinen ammattitaitosuhde on erittäin epätasapainoinen on mahdollista että $k = \infty$, A:n ollessa täysin kykenemätön ymmärtämään mitä P on ehdolla tarkoittanut.

A:n saatua selon ehdosta, osapuolet tulevat neuvottelemaan ehdon sisällöstä pyrkien tilaan s^*. Ongelmaksi muodostuu kuitenkin se, että käytännössä A:lle $k > r\,\Delta_A$, mikä tarkoittaa sitä, että A:lle sopimusehdon sisällön tarkasta selvittämisestä koituva kustannus tulee olemaan suurempi kuin se hyöty mikä seuraa ehdon ymmärtämisestä oikein tilanteessa r. Näin ollen, etenkin sellaisessa tilanteessa jossa k on suuri taikka r taikka Δ_A hyvin pieniä, ei A pysty lopultakaan pääsemään tilanteeseen jossa hän ymmärtäisi vaateen oikein ja osapuoli P tulee s^*:n sijaan ehdottamaan vaadetta $\hat{s}$.

Edellisestä seuraa lopputulema $\widehat{W} \equiv (1-r)(U_A + U_P) + r(u_A(\hat{s}) + u_P(\hat{s}))$, jossa kokonaishyvinvointi ei ole maksimaalinen.[63]

---

[60] Engl. 'stipulation', joka viittaa toisen osapuolen toiseen osapuoleen, sopimuksen perusteella, tietyn määritellyn asiantilan toteutuessa kohdistamaa vaadetta.
[61] Tulee huomata, että on oltava sellainen $s \in S$, joka sisältää s^*:n jota A preferoi $\hat{s}$ nähden.
[62] k voidaan ymmärtää asianajokuluksi, asiantuntijakuluksi taikka miksi tahansa sellaiseksi summaksi, joka osapuolen A tulee maksaa ottaakseen aidosti selvää osapuolen P laatimasta ehdosta.
[63] *Hermalin ym.* 2007, s. 42-46.

Edellä esitetty on esimerkki siitä, millä tavalla osapuolten välinen resurssiepätasapaino johtaa tilanteeseen jossa toinen osapuoli pystyy dominoimaan sopimussuhteen ehtoja toisen osapuolen sekä kokonaishyvinvoinnin vahingoksi. Vaikka opportunistisen sopimusrikkomuksen tilanteessa onkin kyse edelleen sopimuksen rikkomisesta vilpillisin aikein, tulee edellinen ottaa mallia antavaksi esimerkiksi siitä, ettei heikomman osapuolen mahdollisuus varautua rikkomukseen ole vastaavankaltaisissa tilanteessa lainkaan edellä esitettyä parempaa. Muutettavat muuttaen, opportunistisen sopimusrikkomuksen tilanteessa r tulisi ymmärtää esimerkiksi siksi todennäköisyydeksi jolla toinen osapuoli rikkoisi sopimuksen ja k vastaavasti niiksi kustannuksiksi, jotka heikommalle osapuolelle muodostuisivat tällaiseen tilanteeseen varautumisesta.

4.4 Moral Hazard -ongelmasta sekä optimaalisesta sopimuksesta

Edelleen vahvasti opportunistisen sopimusrikkomuksen ongelmaan liittyvänä seikkana on syytä tarkastella moral hazard -tilannetta, lähinnä siinä muodossa milloin toisen osapuolen tarjous itsessään olisi omiaan kannustamaan toista osapuolta opportunistisen sopimusrikkomuksen toteuttamiseen.

Mallia[64] soveltaen voidaan asiaa lähestyä seuraavasti:

> Sopimuksessa on kaksi osapuolta, A ja B siten, että sopimuksessa pysyminen riippuu osapuolen B valinnasta. B voi valita teokseen joko sopimuksessa pysymisen $(a = 1)$ tai sopimuksen rikkomisen $(a = 0)$ ja siten, että sopimuksessa pysymisestä B:lle seuraava hyöty on suuruudeltaan $(u(w) - b)$, jossa w kuvaa saatavaa tuloa ja u on vahvasti konkaavi.
>
> Toinen osapuoli A voi ainoastaan havaita B:n suorituksen, joka tässä tapauksessa tarkoittaa joko sopimuksen täyttämistä sovitulla tavalla taikka

[64] Alkuperäinen malli teoksesta *Salanie* 1997, s. 110-112. Kyseinen malli käsittelee päämies-agentti -ongelmaa mutta on soveltuvin osin muokattavissa kahden sopimuskumppanin väliseen sopimussuhteeseen, jossa ei varsinaista päämies-agentti -suhdetta olisi mutta jossa kuitenkin toisen osapuolen esittämä tarjous voisi olla omiaan edesauttamaan opportunistisen sopimusrikkomuksen syntyä.

tämän rikkomista. Todennäköisyys sille, että osapuoli B sekä täyttää velvoitteensa että onnistuu tekemään tämän sovitulla tavalla on P, josta seuraa A:lle tulo x_S. Muussa tapauksessa todennäköisyys on $p < P$, ja A:lle seuraava tulo on $x_F < x_S$.

Saadakseen osapuolen B toimimaan toivotulla tavalla tulee osapuolen A tarjota osapuolelle B korvausta w_S, jonka tulee ylittää korvaus w_F jonka osapuoli B saisi toimiessaan muutoin kuin sopimuksessa sovitulla tavalla. Sopimuksessa sovitulla tavalla toimimisen tulee niin ikään olla B:lle kannattavampaa kuin koko sopimuksesta irtautumisen, ts. $Pu(w_S) + (1-P)u(w_F) - 1 \geq \underline{U}$.[65]

Edellisestä seuraa $Pu(w_S) + (1-P)u(w_F) - 1 \geq pu(w_S) + (1-p)u(w_F)$ ja edelleen $(P-p)(u(w_S) - u(w_F) \geq 1$, joten osapuolen A tulee tarjota osapuolelle B sopimuksen täyttämisestä korvausta, joka suuruudeltaan ylittää sen hyödyn jonka osapuoli B saavuttaisi toimimalla sopimuksen vastaisesti. Edelleen tulee toisaalta huomata se, että ero $(w_S - w_F)$ suurenee P:n lähestyessä p:tä, jolloin A:n tulee olemaan edelleen vaikeampaa ennakoida sitä, tuleeko B toimimaan sovittujen velvoitteiden mukaisesti.

Yleisellä tasolla voitaisiin toisen sopimusosapuolen kannustimia edelleen esittää esimerkiksi seuraavalla tavalla[66]:

Oletetaan jälleen tilanne, jossa osapuoli A laatii sopimuksen, jonka tulee olla riittävän kannustava osapuolelle B. B:n toiminta vaikuttaa sopimussuhteessa siten, että mikäli B panostaa sopimussuhteeseen $(a = 1)$ tulee sopimussuhteen tuotto määräytymään jakaumafunktion $F_0(\cdot)$ mukaisesti ja mikäli taas B ei panosta sopimussuhteeseen $(a = 0)$, tulee jakaumafunktio

[65] Päämies – agentti -ongelmassa epäyhtälö voi olla myös yhtälö, ks. *Salanie* 1997 s. 111. Samaa voitaisiin muutoin soveltaa myös kahden sopimusosapuolen väliseen suhteeseen, mutta tähän liittyy osapuolten tasavertaisuudesta johtuvia käytännön ongelmia. Itse en pidä todennäköisenä sitä, että osapuoli solmisi sopimusta, josta saatava hyöty ei ylittäisi sitä hyötyä jonka tämä saisi olemalla tekemättä sopimusta.

[66] Soveltaen *Caillaud – Hermalin* 2000b, s. 4-6. Malli kuvaa jälleen päämies-agentti -suhdetta, mutta on näkemykseni mukaan ainakin yleisen tason esimerkkinä soveltuva myös kahden sopimuskumppanin välisessä suhteessa. Tällöin B:n panostuksen $(a = 1)$ tai $(a = 0)$ voisi käsittää yleiseksi sopimusvelvoitteiden täyttämiseksi sellaisella tavalla, joka maksimoisi sopimuksen arvoa. Esimerkki on ainakin siltä osin käypä, että voidaan olettaa optimaalisen sopimuksen tulevan maksimoida kummankin osapuolen hyötyä riittävällä tavalla.

olemaan muotoa $F_1(\cdot)$. B:n panostamisen oletetaan olevan muotoa joko–tai, jolloin tilanne tulee olemaan muotoa:

$$\mathbb{E}_1[x] \equiv \int_0^{+\infty} x dF_0(x) > \int_0^{+\infty} x dF_1(x)\, dx \equiv \mathbb{E}_0[x]$$

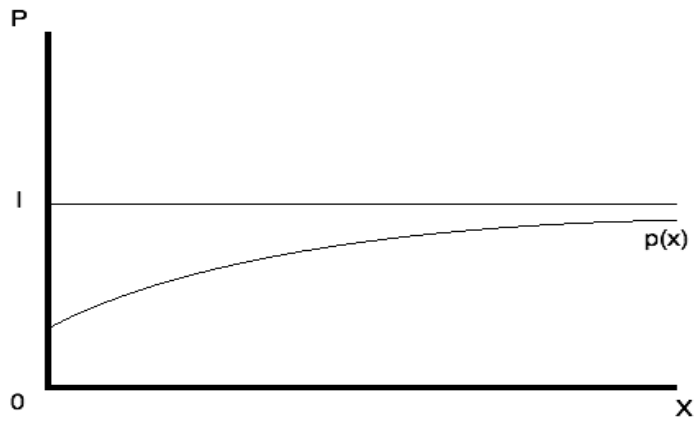
B:n toiminta kasvattaa sopimuksen arvoa mutta aiheuttaa toisaalta B:lle kustannuksia C siten, että B:n hyöty on $U(s,x,a) = u(s) - aC$, jossa s on se suoritus jonka B saa A:lta. A:n hyöty on vastaavasti muotoa $W(s,x,a) = x - s$. Optimaalisessa sopimuksessa B tulee valitsemaan $(a = 1)$:n, mikäli $\mathbb{E}_1\big[u\big(S(x)\big)\big] - C \geq \mathbb{E}_0[u(Sx))]$ (IC'). Optimaalisen sopimuksen tulee niin ikään olla yksilöllisesti rationaalinen, $\mathbb{E}_1\big[u\big(S(x)\big)\big] - C \geq U_R$ (IR').

Edellisestä saadaan optimaalinen sopimus, joka ratkaisee ongelman $\max_{S(\cdot)} \mathbb{E}_1[-S(x)]$, rajoitteilla $(IC')\ ja\ (IR')$.

Vaikka edellä esitetyt eivät olekaan asioina täysin samoja kuin seuraavassa luvussa esitettävä opportunistisen sopimusrikkomuksen tilanne, tulee riittävien kannustimien sisällyttäminen sopimukseen käsittää tietynlaiseksi perusedellytykseksi sille minkälaista sopimussuhdetta osapuolten tulee ylipäätään toisilleen tarjota. Mikäli sopimuksen täyttämisestä seuraava hyöty ei edes lähtökohtaisesti ylittäsi toisin toimimalla saavutettavaa hyötyä, on solmittu sopimus taloudellisesti epäpätevä ja sopimusrikkomus selkeästi todennäköisempi.

Huomataan toisaalta, että osapuoli voi edelleen monin erilaisin toimin vaikuttaa siihen todennäköisyyteen jolla toinen osapuoli pysyy sopimuksessa. Huomioida tulee kuitenkin yhtälailla se, että mitä varmemmin sopimus halutaan täytettävän sovitulla tavalla sitä enemmän kustannuksia tällaisesta ylimääräisestä varmistelusta osapuolelle aiheutuu. Valittavaksi jää tavoitellun varmuuden aste, vaikkakin täydellisen varmuuden saaminen on tästä huolimatta käytännössä edelleen mahdotonta.[67]

[67] Soveltaen *Cooter – Ulen* 2012, s. 374. Kuviossa P on se todennäköisyys, jolla toinen osapuoli täyttää velvoitteensa sovitulla tavalla ja X ne kustannukset, jotka aiheutuvat tämän todennäköisyyden kasvattamisesta.



Kuvio 1. Kuviossa P kuvaa sitä todennäköisyyttä, jolla sopimus tulee täytetyksi sovitulla tavalla ja X niitä kustannuksia, joita tämän varmistaminen edellyttää.

4.5 Opportunistisesta sopimusrikkomuksesta

4.5.1 Yleistä

Varsinaisella opportunistisella sopimusrikkomuksella tarkoitetaan menettelyä, jossa toinen sopimusosapuoli rikkoo sopimuksen ja toimii toista kohtaan petollisesti tarkoituksenaan tällä toiminnalla kasvattaa omaa hyötyään suuremmaksi kuin mikä tämä olisi toimittaessa sopimusvelvoitteiden mukaisesti.[68] Kannustin opportunistiseen sopimusrikkomukseen voi syntyä sellaisessa tilanteessa, jossa sopimusosapuolella on sopimusrikkomuksensa avulla mahdollisuus saavuttaa enemmän hyötyä kuin sopimus asianmukaisesti täyttämällä.

Edellä, luvussa 4.4, on esitetty näkemyksiä oikeansuuruisen tarjouksen esittämiseksi. On päädytty siihen, että osapuolen A tulee tarjota osapuolelle B taloudellisti riittävän kannustavaa sopimusta sekä saadakseen B:n ylipäätään lähtemään sopimussuhteeseen että niin ikään maksimoidakseen sopimussuhteen kokonaisarvoa. Riittävä korvaus olisi riippuvainen sekä osapuolen B tyypistä sopimuskumppanina (hyvä /huono) että sopimussuhteen yksilöllisemmistä tekijöistä, mutta yleisesti olettaen voitaisiin kuitenkin lähteä siitä, että A:n B:lle tarjoama korvaus olisi riittävä silloin kun tämä kattaisi B:n kustannukset sekä tavalla tai toisella tarjoaisi riittävän

[68] *Hemmo* 2005, s. 90-92.

kannustimen sopimussuhteeseen ryhtymiseksi. Teoreettisesti esitettynä tällainen korvaus olisi muotoa $s_t^F - C_t(x_t^F) = 0$, mikä oletettaisiin nyt B:lle tulevaksi korvaukseksi sopimussuhteessa.

> Sopimuksessa $x \in \mathbb{R}_+$ kuvaa tuotettua määrää ja $r(x)$ osapuolen A tuloa tuotannosta x, $r'(0) > 0$. Osapuoli B on tyypiltään joko tehokas $(= E)$ tai tehoton $(= I)$ sopimuskumppani ja B:n kustannukset sopimuksen täyttämisestä muotoa $C_E(x)$ tai $C_I(x)$ siten, että $C_I(x) > C_E(x)$ ja $C'_I(x) > C'_E(x)$ kaikille $x > 0$. s on se kokonaiskorvaus, jonka A tarjoaa B:lle sopimuksen täyttämisestä ja sopimuksen tuotot osapuolille $r(x) - s$ ja $s - C_t(x)$. Olettaen, että A:lla on tietoisuus B:n tyypistä on Pareto-optimaalinen allokaatio $x_t^F = \arg\max_{x \geq 0}\{r(x) - C_t(x)\}$ ja edelleen, kun $r'(0) > C'_E(0)$ saadaan $r'(x_E^F) = C'_E(x_E^F)$ ja $[r'(x_I^F) - C'_I(x_I^F)]x_I^F = 0$. Kun $0 \leq x_I^F < x_E^F$ asettaa A sopimuksen tavoitelluksi tuottotasoksi tason $x = x_t^F$ ja tarjoaa B:lle tämän tyypistä riippuen korvausta s_t^F, joka ei tulisi olemaan suurempi kuin se alin tarjous, jonka B tulisi hyväksymään, näin ollen $s_t^F - C_t(x_t^F) = 0$.[69]

Opportunistisen sopimusrikkomuksen synty edellyttää jo aiemmin todetusti lähtötilannetta, josta on mahdollista opportunistisen käyttäytymisen jälkeen päästä lopputulokseen jossa sopimusrikkomus on tullut rikkovalle osapuolelle kannattavammaksi kuin sopimuksessa pysyminen, huomioiden myös sopimusrikkomuksesta seuraavat sanktiot.[70] Kannustinta opportunistiselle sopimuskäyttäytymiselle ei vastaavasti olisi olemassa, mikäli kummallekin osapuolelle kannattavin vaihtoehto olisi täyttää sopimus sovitulla tavalla. Edellä sekä luvussa 4.4 esitettyjen korvausten voitaisiin olettaa olevan riittäviä perusteltuun sopimussuhteeseen lähtemiseksi mutta opportunistisen sopimusrikkomuksen tapauksessa asiantilaa muuttaakin se, että on ylipäätään olemassa jokin sellainen tekijä, joka edelleen luo toiselle osapuolelle mahdollisuuden päästä jo perustetussa

[69] *Caillaud – Hermalin* 2000a, s. 3-4. Voidaan edelleen olettaa, että toinen osapuoli olettaa rationaalisesti toisen osapuolen pysyvän sopimuksessa tietyllä todennäköisyydellä ja määrittää tarjoamansa korvauksen tämän perusteella. Lopputulos tulee olemaan muotoa, jonka kumpikin sopimusosapuoli sopimuksen tekohetkellä hyväksyy.

[70] Muistetaan, että kuten aiemmin esitettiin ei opportunistista sopimusrikkomusta tule käsitteenä sotkea tehokkaaseen sopimusrikkomukseen, joka on idealtaan muutoin samankaltainen mutta sillä erotuksella, että sopimuksen rikkomisen tulee olla kummallekin sopimusosapuolelle kannattavampaa kuin sopimuksessa pysymisen.

sopimussuhteessa parempaan lopputulemaan sopimus rikkomalla kuin tässä pysymällä. Tällaiseen tilanteeseen johtava seikka voi käytännössä olla hyvinkin moninainen ja rikkomus niin ikään olla suunniteltu joko ennen sopimuksen solmimista taikka vasta tämän jälkeen. Olennaista on kuitenkin huomata se, että toisen osapuolen mahdollisuudet ehkäistä opportunistisen sopimusrikkomuksen toteutumista ovat tässä vaiheessa rajalliset ja tätä suurempi merkitys on sillä miten voimassaoleva lainsäädäntö opportunististen sopimusrikkomustilanteiden syntyyn varautuu.

> Opportunistisen sopimusrikkomuksen tilanteessa tulee näin ollen lähteä siitä oletuksesta, että sopimus itsessään on esimerkinomaisesti A:n parhaan kyvyn mukaan laadittu. A ei näin ollen ole toiminut tavalla, joka itsessään kannustaisi B:tä toteuttamaan opportunistisen sopimusrikkomuksen mutta tällainen tekijä on edellisestä huolimatta kuitenkin olemassa. A ei olisi voinut, eikä voi, tarjota B:lle enempää kannustimia taikka hyötyä sopimussuhteesta mutta B voi kuitenkin saada tilanteessa enemmän hyötyä sopimus rikkomalla kuin tässä pysymällä. Asiantilaan vaikuttaminen on tässä vaiheessa A:n vaikutusmahdollisuuksien ulkopuolella ja ainoa mahdollisuus puuttua tilanteeseen on tehdä tämä lainsäädännön keinoin

4.5.2 Opportunistiselle sopimusrikkomustilanteelle otollisista tilanteista

Opportunistiselle sopimusrikkomukselle otollisen tilan olemassaoloa voidaan tarkastella Nashin tasapainon, $u_i\left(x_i{}^*, x_j{}^*\right) \geq u_i\left(x_i, x_j{}^*\right), i \neq j$, kautta. Sopimussuhteen ollessa Nashin tasapainossa ei vallitsevassa tilanteessa kummankaan toimijan kannata muuttaa omaa valintaansa annettuna toisen toimijan valinta. Toisin sanoen, esimerkiksi juuri sopimustilanteessa tulee kummankin osapuolen saavuttaa suurin hyöty sopimuksessa pysymällä, olettaen että toinen osapuoli pysyy sopimuksessa.

Esimerkkikuvio I

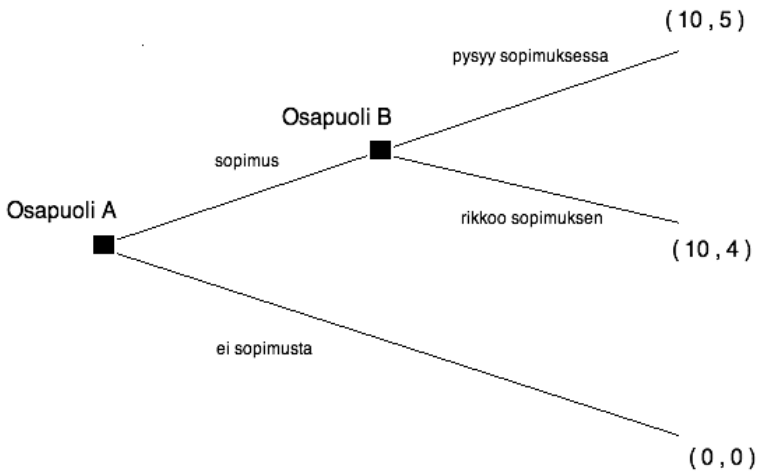
		Osapuoli B	
		i	***ii***
Osapuoli A	***i***	**10 , 5**	**10 , 4**
	ii	**4 , 5**	**0 , 0**

i, osapuoli noudattaa sopimusta

ii, osapuoli ei noudata sopimusta[71]

Esimerkkikuviossa I kumpikin sopimusosapuoli voi valita strategiakseen joko sopimuksessa pysymisen tai sopimusrikkomuksen. Huomataan, että kummallekin osapuolelle kannattavin vaihtoehto on noudattaa sopimusta, koska kummankin osapuolen hyödyt valinnoilla *i* ja *i* ovat suuremmat kuin muutoin toimimalla. Sopimussuhteessa vallitsee Nashin tasapaino.

Vaihtoehtoisesti asia voitaisiin ilmaista myös pelipuun avulla[72]:



Kuvio 2. Sopimustilanne, jossa osapuolella B ei ole kannustinta opportunistiseen sopimusrikkomukseen.

[71] Kuvio on esimerkinomainen 2x2 matriisi, jonka luvut on mielivaltaisesti valittu, luvut voisivat olla myös toisenlaisia. Olennaista on huomata se, että matriisissa noudatetaan ajatusta positiivisen sopimusedun mukaisesta vahingonkorvauksesta, jolloin mahdollisen rikotun osapuolen hyöty on aina samansuuruinen riippumatta siitä, pysyykö toinen osapuoli sopimuksessa vaiko ei. Solussa *i*,*i* vallitsee Nashin tasapaino. Kummankaan toimijan ei näin ollen kannata poiketa sopimuksesta.

[72] Soveltaen *Cooter – Ulen* 2012, s. 285. Tilanne A:n näkökulmasta.

Mikäli kuitenkin lähtötilannetta muutetaan siten, että lukuyhdistelmä (10 , 4) korvataan yhdistelmällä (10 , 6) päädytään tilanteeseen, jossa opportunistinen sopimusrikkomus tulee kannattavaksi osapuolelle B. Sopimuksen täyttämisestä seuraava hyöty osapuolelle B on 5 mutta opportunistisesta käyttäytymisestä seuraava hyöty on 6. Osapuoli B tulee käyttäytymään opportunistisesti ja rikkoo sopimuksen[73].

Esimerkkikuvio II

		Osapuoli B	
		i	***ii***
Osapuoli A	***i***	**10 , 5**	**10 , 6**
	ii	**4 , 5**	**0 , 0**

i, osapuoli noudattaa sopimusta

ii, osapuoli ei noudata sopimusta

Kummassakin esimerkkikuviossa sopimusosapuolten lopulliset hyödyt on kuvattu nettomääräisinä ja mahdolliset vahingonkorvauksen muodossa suoritettavat sanktiot on huomioitu.

Edelleen tulee huomata se, että tilanne saattaisi olla myös toisenlainen. Riskinottohaluisempi opportunistinen sopimusosapuoli toimisi opportunistisesti jo silloin, kun petollisella toiminnalla saavutettava hyöty olisi sopimuksessa pysymisestä saatavaa hyötyä suurempi, painotettuna rikkomuksesta seuraavien sanktioiden toteutumisen todennäköisyyksillä. Tällöin rikkova osapuoli arvioisi rikkomuksen kannattavuutta korvausvelvolliseksi joutumisen tai tuomituksi tulemisen todennäköisyyksien kautta, ei ainoastaan toteutettavien toimien absoluuttisten hyötyarvojen kautta.

Tulee muistaa se, että teon näytettävyys toteen on eri asia kuin teon tapahtuminen ylipäänsä. Asiaa voidaan kuvata lausekkeella $\Omega(H|x) =$

[73] Huomataan, että ratkaisu on Nashin tasapaino koska valinnoilla *i* ja *ii* päädytään tilanteeseen, jossa kumpikaan osapuoli ei halua muuttaa omaa valintaansa annettuna toisen osapuolen valinta. Valinnat *i*,*i* eivät muuttuneessa lähtötilanteessa muodostaneet Nashin tasapainoa. Osapuolelle B oli kannattavampaa olla noudattamatta sopimusta.

$Lx\Omega(H)$ jossa Ω kuvaa todennäköisyyttä, H hypoteesia ja L on ”todennäköisyysratio” $\frac{p(x|H)}{p(x|\widetilde{H})}$, joka kuvaa sitä mikä on yksittäisen todisteen painoarvo kokonaisuutta arvioitaessa. Esimerkinomaisesti, mikäli hypoteesina on se, että osapuoli B on toiminut petollisesti ja tällä tavoin saavuttanut itselleen ylimääräistä hyötyä tulee tämän hypoteesin tueksi saada riittävä näyttö todisteista joiden yhteinen näyttövoima riittää osoittamaan sen, että tällainen teko on oikeasti tapahtunut. Tietyn asiantilan itsensä ilmeneminen, erimerkiksi asiantilan siitä että A:n ja B:n välinen sopimus on jäänyt täyttämättä ei yksiselitteisesti tämän osoittamiseen riitä. Erikseen tulee edelleen riittävällä näytöllä osoittaa se, että B on todella rikkonut sopimuksen tarkoituksellisesti /rikollisella teolla ja edelleen saanut tästä itselleen ylimääräistä hyötyä.[74]

Esimerkkikuviosta III huomataan, että osapuoli B voi saavuttaa rikkomuksellaan joko hyödyn 14 tai hyödyn 4 riippuen siitä, onko osapuolen B korvattava osapuolelle A aiheutuneet vahingot vaiko ei.

Esimerkkikuvio III

		osapuoli B	
		i	***ii***
osapuoli A	***i***	**10 , 5**	**10 , 4 *tai* 0 , 14**
	ii	**4 , 5**	**0 , 0**

i, osapuoli noudattaa sopimusta

ii, osapuoli ei noudata sopimusta

Osapuoli B laskee toiminnalleen odotusarvon $E(u) = p\,u_1 + (1-p)\,u_2$, jossa p on se todennäköisyys jolla osapuoli B joutuu rikkomuksestaan korvausvelvolliseksi, u_1 on korvausvastuun jälkeen jäljelle jäävä hyöty ja u_2 korvausvastuu vältettäessä saavutettava hyöty.[75] Edellisestä huomataan se, että mikäli korvausvastuuseen

[74] Soveltaen *Posner* 2001, s. 343-344.

[75] Esimerkin III luvuin $E(u) = p \times 4 + (1-p) \times 14$. Mikäli oletetaan kummankin vaihtoehdon olevan yhtä todennäköisiä, tulee odotusarvoksi luonnollisesti $0{,}5 \times 4 + (1-0{,}5) \times 14 = 9$. Koska $9 > 5$, osapuoli B tulee toimimaan opportunistisesti ja rikkoo sopimuksen. Jotta B pysyisi sopimuksessa tulisi tapauksessa joutua korvausvelvolliseksi vähintään 90 prosentin

joutumisen toteutumistodennäköisyys on alhainen, on mahdollisuus opportunistiseen sopimuskäyttäytymiseen huomattavasti suurempi kuin sellaisessa tilanteessa, jossa sanktiojärjestelmä toimii tehokkaasti. Osapuolen B toiminta riippuisi näin ollen täysin myös siitä, kuinka tehokas sanktiojärjestelmä olisi käytössä, mikä tulee luonnollisesti ottaa huomioon sopimussuhteen tasapainotilaa arvioitaessa.

> Myös $E(U) = pU(Y - f) + (1 - p)U(Y)$, jossa $E(U)$ on odotettu hyöty, p on kiinnijäämistodennäköisyys, f on rangaistuksen taloudellinen arvo ja Y on rikkomuksella saavutettava tuotto. Mikäli $E(U) > 0$ tulee osapuoli rikkomaan sopimuksen.[76]

Edelleen viimeisenä vaihtoehtona tulee huomioida seuraavanlainen tilanne:

Esimerkkikuvio IV

		osapuoli B	
		i	***ii***
osapuoli A	***i***	**10 , 5**	**10 , 20**
	ii	**4 , 5**	**0 , 0**

i, osapuoli noudattaa sopimusta
ii, osapuoli ei noudata sopimusta

Kuvio on edellisistä siinä poikkeava, että osapuoli B jää rikkomuksensa jälkeen selvästi voitolle silloinkin kun osapuoli A saa jo korvattuna sen minkä sopimussuhde olisi hänelle tuottanut. Kyseisessä tapauksessa B:n kannustin rikkoa sopimus on kiistaton ja kyseessä on opportunistiseen sopimuskäyttäytymiseen liittyvä erikoistapaus, joka nykyisellään jää lähes kokonaisuudessaan voimassaolevan lainsäädännön ulkopuolelle.

> Esimerkkikuviossa IV esitetty tilanne voisi toteutua esimerkiksi silloin, kun kyseessä olisi merkittävän innovaation kehittänyt, resursseiltaan pieni toimija

---

todennäköisyydellä. Tällöin odotusarvoksi tulisi $0{,}9 \times 4 + (1 - 0{,}9) \times 14 = 5$, joka eli ylittäisi B:lle sopimuksessa pysymisestä seuraavaa hyötyä.

[76] Soveltaen *Määttä* 1998, s. 132.

A ja pitkään alalla toiminut tai muutoin resursseiltaan merkittävä toimija B. On mahdollinen tilanne, jossa toimija B tietää A:n innovaation arvon olevan huomattava ja pyrkii tietoisesti ”siirtämään” tämän A:lta itselleen hyödyntääkseen tätä myöhemmin omin resursseinsa. B voi tehdä A:n kanssa sopimuksen, joka tuottaisi A:lle hyödyn 10 yksikköä tietäen kuitenkin sen, että innovaation arvo on vähintään 30 yksikköä jolloin B:lle jäävä hyöty olisi 30 – 10 yksikköä (10 yksikköä ollen A:lle maksettava vahingonkorvaus). B tekee tarkoitusperiinsä sopivan näennäissopimuksen A:n kanssa ja huomattavilla resursseillaan järjestelee tilanteen siten, ettei A pysty ottamaan tilanteesta kokonaisuudessaan selkoa. A ymmärtää hyötynsä olevan 10 yksikköä ja tämän A myös saa B:ltä vahingonkorvauksena sopimussuhteen päätyttyä. B on kuitenkin tavalla tai toisella saanut siirrettyä itselleen oikeuden, tai ainakin mahdollisuuden, hyödyntää A:n innovaatiota tämän jälkeenkin, minkä B myös tekee. A sai sopimussuhteesta hyötyä 10 yksikköä, B sai hyötyä 20 yksikköä. B saavutti hyötynsä järjestelemällä opportunistiselle sopimusrikkomukselle otollisen tilanteen ja rikkomalla sopimuksen.

Esimerkkikuvion IV tapaus jää kokonaan Suomen vahingonkorvausjärjestelmän ulkopuolelle nimenomaan siltä osin, kuin kyse on B:n itselleen hankkimasta ylimääräisestä hyödystä. Tämä lainsäädännöllinen puute johtaa siihen, että riittävän resurssiepätasapainon vallitessa ei A voisi pohjimmiltaan edes odottaa B:n aikovan täyttää sopimusvelvoitteitaan sovitulla tavalla, vaan päinvastoin A:n tulisi alunperinkin tiedostaa B:n mahdollisuus käyttää sopimussuhdetta opportunistisesti hyväkseen tarkoituksenaan myöhemmin rikkoa tämä. Esitetyn asian olemassaolo luo merkittävää epävarmuutta sopimussuhteisiin ja asiantila tulisi lainsäädäntöä tarkistamalla muuttaa.

5 Sopimussuhteessa aiheutetun vahingon korvaamisesta

5.1 Lainsäädännöllisiä lähtökohtia

Velvoite toiselle aiheutetun vahingon korvaamiseen on asiana tietynlainen selviö. Yleisestä vahingonkorvausvelvollisuudesta on säädetty vahingonkorvauslain (VahL, 412/1974) 2 luvun 1 §:ssä, jonka mukaan se, joka aiheuttaa toiselle vahingon joko tahallisesti taikka tuottamuksesta on velvollinen korvaamaan tämän. Mikäli vahinko on useamman kuin yhden aiheuttama ovat kaikki vahingon aiheuttajat korvausvelvollisia yhteisvastuullisesti[77].

Sopimussuhteessa syntyvää, sopimukseen perustuvaa vahingonkorvausvastuuta ei kuitenkaan lähtökohtaisesti ratkaista vahingonkorvauslain perusteella, mikä käy ilmi VahL:n 1 luvun 1 §:stä. Pykälän mukaan vahingonkorvauslaki ei, ellei toisin säädetä, koske sopimukseen perustuvaa korvausvastuuta ja vahingonkorvauslakia voidaankin soveltaa sopimussuhteessa korvattavaan vahinkoon ainoastaan poikkeuksellisesti.[78] Sopimusperusteisiin vastuukysymyksiin tulee lähtökohtaisesti soveltaa sopimusoikeudellista sääntelyä.[79]

Sopimussuhteessa suoritettavan vahingonkorvauksen määrästä on säännelty kauppalaissa (KL, 355/1987) jossa todetaan, että sopimusrikkomuksen vuoksi

---

[77] VahL 6 luvun 2 ja 3 §.

[78] Viittaus vahingonkorvauslain yleissäännökseen on kuitenkin välttämätön, sillä riittävän yksityiskohtaisuuden puuttuessa tullaan myös sopimussuhteessa syntyneeseen korvausvelvollisuuteen hakemaan tukea vahingonkorvauslain yleissäännöksestä.

[79] *Routamo – Ståhlberg* 2000, s. 116-117. Sopimusrikkomukset on erotettu yleisemmästä vahingonkorvausvastuusta suhteellisen selvärajaisesti. Jaottelulla sopimusvastuuseen ja sopimuksen ulkoiseen vastuuseen on pyritty turvaamaan sopimusinstituution luotettavuutta ja edesauttamaan sopimusten tulemista täytetyiksi. Sopimusrikkomusten erityisellä sanktioinnilla on niin ikään pyritty turvaamaan sujuvan vaihdannan toteutumista. *Routamo – Ståhlberg* 2000, s. 116-117. Merkittävimpinä erityisinä tunnusmerkkeinä nimenomaisesti sopimusperusteisten vahingonkorvausten sääntelylle voidaan mainita yleisen sovittelusäännöksen puuttuminen, varallisuusvahinkojen korvaaminen rajoittamattomina sekä sopimusosapuolen tuottamuksen olettaminen pelkän suoritusvirheen perusteella. Edellinen tarkoittaa sitä, että rikotun osapuolen kannalta riittävää on osoittaa toteen tapahtunut rikkomus ja tästä seurannut vahinko; toinen osapuoli voi vapautua korvausvastuusta ainoastaan siinä tapauksessa, että hän kykenee osoittamaan ettei ole aiheuttanut vahinkoa tuottamuksellaan. Mm. *Routamo – Ståhlberg* 2000, s. 118-119. Niin ikään lähtökohtainen mahdollisuus sopia vahingonkorvausvelvollisuudesta sekä sopijapuolen vastuu myös sopimuksen täyttämisessä käyttämiensä apulaisten teoista ovat sopimusperusteiselle vahingonkorvausvastuulle tunnusomaisia.

suoritettava vahingonkorvaus käsittää korvauksen kuluista, hinnanerosta, saamatta jääneestä voitosta sekä muusta välittömästä tai välillisestä vahingosta joka sopimusrikkomuksesta on aiheutunut[80]. Välillinen vahinko määritellään edelleen suhteellisen laajasti siten, että välillisenä vahinkona pidetään muun muassa sellaista vahinkoa joka on aiheutunut tuotannon tai liikevaihdon vähentymisestä tai keskeytymisestä. Niin ikään muu samankaltainen vaikeasti ennakoitava vahinko katsottaisiin välilliseksi vahingoksi.

Muusta lainsäädännöstä saattaisi tulla soveltuvaksi esimerkiksi laki sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa (SopMenL, 1061/1978). Mikäli kyseessä sen sijaan on senlajinen sopimusrikkomus joka voidaan käsittää rikokseksi, tulee ottaa huomioon rikoslain (RL, 1889) säännökset.[81] Näistä erityistä merkitystä tulee antaa paitsi sanktionormeille niin yhtäältä myös RL 10 luvun rikoshyödyn menettämistä koskeville säännöksille. Edellä tarkoitettuun hyötykonfiskaatioon ja tämän vaikutuksiin suhteessa sopimussuhteessa aiheutetun vahingon korvaamiseen palataan luvuissa 5.3 ja 5.4.

5.2 Vahingonkorvausvastuusta sopimussuhteissa

5.2.1 Sopimusrikkomuksella aiheutetun vahingon korvaamisesta

Kuten aiemmin todettiin toimii sopimusoikeudellisena pääsääntönä sopimusten sitovuuden periaate; yleinen oppi sopimusvelvoitteiden pysyvyydestä, *pacta sunt servanda*, sitoo yhtäläisesti kumpaakin sopimusosapuolta. Osapuolten tulee täyttää se mistä voidaan katsoa sovitun ja välttää sellaista käyttäytymistä, joka voidaan katsoa sopimussuhdetta loukkaavaksi. Sopimusten sitovuudesta ei tällaisenaan lausuta suoraan laissa, mutta kyseinen on kuitenkin selkeästi luettavissa esimerkiksi

[80] KL 67 §.

[81] Sopimussuhteessa aiheutettu vahinko saattaa tulla käsiteltäväksi yhtälailla siviili- tai rikosperusteisena. Tämä asia on olennainen tilanteissa, joissa sopimusrikkomus täyttäisi samalla tietyn rikoksen, kuten esimerkiksi törkeän petoksen tunnusmerkit.

oikeustoimilain 1 §:stä, jonka mukaisesti tarjous ja tähän tarjoukseen annettu vastaus ovat osapuolia sitovia.[82]

Useassa tilanteessa sopimusrikkomus saa aikaan sen, että toisen sopimusosapuolen varallisuusasema muodostuu heikommaksi kuin mikä tämä olisi mikäli sopimus olisi täytetty sovitulla tavalla. Näin ollen kyse on nk. puhtaasta varallisuusvahingosta ja tämän korvaamisesta[83].

Sopimussuhteessa voidaan vahinkoa korvattaessa noudattaa joko positiivista tai negatiivista sopimusetua; Suomen lainsäädännön mukaisesti lähtökohtana on positiivisen sopimusedun mukainen korvaus. Positiivisella sopimusedulla tarkoitetaan sitä, että rikotulle osapuolelle korvataan kaikki sopimussuhteesta aiheutuneet kustannukset[84] sekä kaikki se tulo taikka muu hyöty jonka tämä olisi saanut, mikäli sopimus olisi täytetty sovitulla tavalla. Toisin sanoen rikottu sopimusosapuoli pyritään saattamaan sellaiseen taloudelliseen asemaan jossa tämä olisi, mikäli sopimus olisi täytetty siten kuten oli sovittu.[85]

> Kun sopimuksesta saatava hyöty osapuolelle i on u_i ja sopimuksen kustannukset ovat c_i , tulee positiivisen sopimusedun mukaisesti korvattavaksi arvo $u_i - c_i$. Mikäli c_i on jo i:n toimesta suoritettu, korvataan arvo u_i.

Negatiivisella sopimusedulla tarkoitetaan puolestaan sitä, että rikottu sopimusosapuoli saatetaan siihen taloudelliseen asemaan missä tämä olisi, mikäli sopimuksen tekoon ei olisi lainkaan ryhdytty. Negatiivinen sopimusetu ei sisällä korvausta saamatta jääneestä tuotosta taikka muustakaan hyödystä minkä sopimus olisi osapuolelle aikaansaanut, vaan korvattaviksi tulevat ainoastaan ne todelliset kustannukset, jotka sopimusprosessista ovat aiheutuneet.

---

[82] *Saarnilehto* 2009, s. 161-165 sekä *Routamo – Ståhlberg* 2000, s. 119.
[83] Todettakoon, että toisaalta myös henkilö- tai esinevahinko olisi luonnollisesti mahdollinen.
[84] Tällaisia kustannuksia ovat esimerkiksi alkuperäisen sopimuksen valmistelun ja toteutuksen yhteydessä syntyneet kulut, kulut sopimusrikkomuksen selvittämisestä ja toteennäyttämisestä, mahdolliset kulut jotka syntyvät työn uudelleenteettämisestä toisella sekä tulon menetykset. *Hemmo* 2003, s. 219-220.
[85] *Hemmo* 2003, s. 260-262

Negatiivisen sopimusedun mukaisesti korvaukseksi riittää c_i , tai mikäli tätä ei vielä ole i :n toimesta suoritettu, ei korvausta tarvitse maksaa.

Näin ollen, positiivista sopimusetua sovellettaessa korvataan myös saamatta jäänyt voitto, negatiivista sopimusetua sovellettaessa ainoastaan sopimuksenteon yhteydessä aiheutuneet kustannukset. Positiivisen sopimusedun soveltaminen on edellä todetusti vahva pääsääntö ja negatiivinen sopimusetu saattaisikin tulla korvauksen perustaksi ainoastaan tietyissä poikkeuksellisissa tilanteissa[86].

Edelleen, mikäli sopimusrikkomuksella on aiheutettu muuta vahinkoa tulee tämä vahinko korvata ja mikäli sopimussakosta on sovittu, tulee sakko maksettavaksi. Vahingonkorvausvelvollisuus voi niin ikään toteutua riippumatta siitä, onko asiassa myöhemmin pyritty täyttämään velvoitteet alkuperäisen sopimuksen mukaisesti.[87]

Sopimussuhteessa tulevat näin ollen korvattavaksi kaikki vahinkotapahtumasta aiheutuneet vahingot, yhtälailla välilliset[88] kuin välittömätkin.[89] Välittömän ja välillisen vahingon erottelulla on käytännön merkitystä erityisesti silloin, kun sopimukseen olisi osapuolten toimesta otettu välilliset vahingot poissulkeva vastuunrajoitusehto, vaikkakaan poissulkevalla vastuunrajoitusehdolla ei toisaalta olisi merkitystä mikäli sopimusosapuoli olisi aiheuttanut vahingon joko toimimalla tahallisesti taikka törkeän huolimattomasti[90].

---

[86] Tällaista laskentatapaa voitaisiin soveltaa esimerkiksi silloin, kun muutoin päädyttäisiin vahingonkärsijän kannalta kohtuuttomaan lopputulokseen. Tilanne on harvinainen ja liittyisi lähinnä olosuhteisiin, joissa sopimus osoittautuisikin laskennallisesti tappiolliseksi. Aiheeseen ei paneuduta tässä tarkemmin. Mm. *Hemmo* 1994, s. 99-103.

[87] *Hemmo* 2003, s. 219-220.

[88] Kauppalain 67 § mukaan välillisenä vahinkona pidetään vahinkoa, joka johtuu tuotannon tai liikevaihdon vähentymisestä tai keskeytymisestä, muuta vahinkoa joka johtuu siitä ettei tavaraa voida käyttää tarkoitetulla tavalla, voittoa joka on jäänyt saamatta sen vuoksi että sopimus sivullisen kanssa on rauennut tai jäänyt täyttämättä oikein, vahinkoa joka johtuu muun omaisuuden kuin myydyn tavaran vahingoittumisesta sekä muuta samankaltaista, vaikeasti ennakoitavaa vahinkoa. Välillisenä vahinkona ei kuitenkaan pidetä sellaista vahinkoa, joka on aiheutunut vahingon kärsineelle sopijapuolelle muun kuin jonkin edellä tarkoitetun vahingon rajoittamisesta. Kauppalaissa omaksutun systematiikan mukaan voidaan muiden kuin lueteltujen vahinkojen päätellä olevan välittömiä, *Hemmo* 2003, s. 274.

[89] Oikeudellisesti välillisten vahinkojen katsotaan olevan sopimussuhteessa sellainen tyypillinen ja odotettavissa oleva seuraus, jonka on perusteltua katsoa kuuluvan osaksi korvattavaa vahinkoa. *Hemmo* 2003, s. 272-273.

[90] Kyseessä olisi tällöin nk. kvalifioitu tuottamus, jossa vastuunrajoitusehdot tulevat syrjäytetyksi suoraan käytössä olevien oikeusperiaatteiden nojalla. *Hemmo* 2003, s. 278 ja 287.

Lähtökohtana on edelleen se, ettei sopimusperusteista vahingonkorvausvastuuta tule sovitella. Vahingonkorvauslaissa oleva sovittelusäännös koskee pääosin sopimuksen ulkoista vastuuta, eikä sopimuksen perusteella syntyvään korvausvelvollisuuteen ole muutoinkaan katsottu tarpeelliseksi tältä osin puuttua. Osapuolilla on erilaisin vastuunrajoitusehdoin laaja mahdollisuus sopia vastuun rajoittamisesta keskenään, minkä lisäksi sopimusosapuolten tulee kantaa riski sopimukseen lähtemisestä ja tässä pysymisestä.[91] Vahingonkorvauksen sovittelu saattaisikin tulla kyseeseen lähinnä ainoastaan silloin, mikäli vahinkoa voitaisiin kaikki olosuhteet huomioiden pitää niin vaikeasti ennakoitavana ja estettävänä, että suoritettavaksi määrättävä täysi korvaus olisi vahingonaiheuttajalle kohtuuton, tai, mikäli kärsineen osapuolen oma toiminta olisi antanut tähän perusteen. Kysymys olisi lähinnä siitä, onko vahinkoa aiheuttanut osapuoli voinut rikkomuksen tehdessään ymmärtää aiheutuvan vahingon laajuuden, vai onko olemassa sellainen tekijä joka saattaisi johtaa tarpeeseen sovitella maksettavaa korvausta.[92]

5.2.3 Differenssiopin mukaisesta vahingonkorvauksesta

Korvattavan vahingonkorvauksen oikeaa suuruutta määriteltäessä sovelletaan useimmiten niin kutsutun differenssiopin mukaista laskentatapaa. Differenssiopilla tarkoitetaan ajattelumallia, jossa vahinkotapahtuma käsitetään ulkoisen seikan aiheuttamaksi, vahingonkärsijän kannalta epäedulliseksi muutokseksi joka tulee joko korjata ennalleen tai hyvittää siten, että muutoksen vaikutus poistuu maksettavan korvauksen myötä.[93]

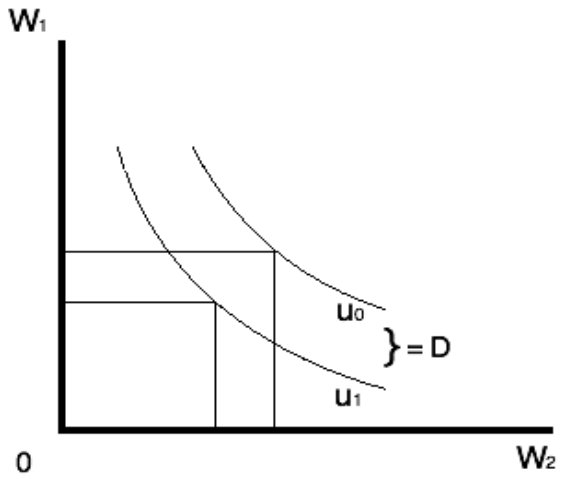
Differenssioppia sovellettaessa aiheutuneen vahingon suuruus määritellään vertaamalla kahta eri tapahtumakulkua, toteutunutta ja vaihtoehtoista, toisiinsa. Ajatuksena on se, että korvattavan vahingon tulee olla tarkalleen saman suuruinen kuin sen erotuksen mikä muodostuu vallitsevan todellisuuden ja sen vaihtoehtoisen todellisuuden välille joka olisi toteutunut, ellei kyseistä vahinkotapahtumaa olisi

[91] *Hemmo* 2003, s. 316-318.
[92] Kauppalain 70 §:n mukaisesti sopimusperusteista vahingonkorvausta voidaan sovitella, mikäli tämä on kohtuuton ottaen huomioon sekä vahingonkorvausvelvollisen sopijapuolen mahdollisuudet ennakoida ja estää vahingon syntyminen että muut olosuhteet.
[93] *Routamo ym.* 2006, s. 367.

tapahtunut. Tämä erotus on differenssiopin mukainen vahingonkorvauksen määrä, nk. velkojan korvausintressi.[94]

$$D_i = E(u_i - c_i)\text{ , tai}$$
$$D_i = E(u_i)\text{ , siten että } D_i \geq c_i$$

Kuviomuodossa asia voitaisiin kuvata esimerkiksi siten, että differenssiopin mukainen vahingonkorvaus vastaisi rikotun osapuolen nousua nykytasolta takaisin sille hyötytasolle jossa osapuoli olisi, mikäli rikkomusta ei olisi tapahtunut.[95]



Kuvio 3. Differenssiopin mukainen vahingonkorvauksen määrä.

Ongelmallista differenssiopin soveltamisen kannalta on luonnollisesti tietoisuus siitä, että tapahtumattoman todellisuuden mallintaminen on aina epävarmaa ja useat eri tapahtumat olisivat voineet muuttaa tapahtumakulkua merkittävästikin. Näin ollen, lähtökohtana arvioinnissa tuleekin olla ”sen todennäköisimmän mahdollisen” tapahtumakulun etsintä. Toisin sanoen, differenssioppia sovellettaessa on mahdollisimman luotettavalla tavalla pyrittävä konstruoimaan sellainen todennäköinen tapahtumakulku, mikä olisi seurannut ilman vahinkotapahtumaa.

[94] *Hemmo* 1994, s. 62-65. Voidaan myös katsoa, että differenssioppia sovellettaessa pyritään määrittämään nk. ’kadonnutta voittoa’, ei niinkään sitä arvoa, mikä esimerkiksi sopimuksella itsellään oli, *Viljanen M.* 2008, s. 108

[95] Soveltaen *Cooter – Ulen* 2012, s. 191. Ajatuksena on, että rikotun osapuolen hyöty muodostuu tekijöistä W_1 ja W_2 ja sopimusrikkomus johtaa tämän hyödyn vähenemiseen siirryttäessä alemmalle indifferenssikäyrälle u_1. Sopimusrikkomus tulee hyvittää erotuksen suuruisella korvauksella D, joka nostaa rikotun osapuolen indifferenssikäyrälle u_0 , jolle tämä olisi päätynyt täytettäessä sopimusvelvoitteet sovitun mukaisesti.

Sopimussuhteessa tämä tarkoittaa käytännössä sitä, että menettelyllä pyritään selvittämään se, millaiseen lopputulokseen olisi päädytty mikäli sopimus olisi täytetty ilman rikkomusta.

Vahingon korvauskelpoisuuden välttämätön edellytys on edelleen tämän syy-yhteys vahingon aiheuttaneeseen tekoon.[96] Vahingon tulee niin ikään olla ollut siinä määrin ennalta arvattava, että vahingon aiheuttaneella voidaan katsoa olleen tosiasiallinen mahdollisuus olla aiheuttamatta kyseistä vahinkoa.[97] Täysin ennalta-arvaamattomat vahingot on lähtökohtaisesti rajattu sopimussuhteessa syntyvän vahingonkorvausvastuun ulkopuolelle.[98]

5.2.4 Rikastumiskiellosta

Sopimusperusteista vahingonkorvausvastuuta arvioitaessa on edelleen olennainen nk. rikastumiskiellon periaate. Rikastumiskiellon periaatteella tarkoitetaan määritelmää, jonka mukaisesti maksettavan vahingonkorvauksen määrän tulee rajoittua todellisen kärsityn vahingon suuruuteen. Vahingonkärsijän ei näin ollen tule vahingonkorvauksen myötä päästä parempaan taloudelliseen asemaan kuin missä hän olisi, mikäli vahinkotapahtumaa ei olisi tapahtunut.[99]

---

[96] On selvää, etteivät kaikki tapahtuneet asiat välttämättä ole suoraa seurausta aiheutetusta vahingosta ja ongelmalliseksi saattaisi muodostua näiden tapahtumien erottaminen toisistaan. Tällainen tilanne voisi tulla kyseeseen esimerkiksi silloin, kun alalla olisi tapahtunut vahinkotapahtuman jälkeen huomattavaa kasvua taikka hintatason muuttumista. Aiheesta mm. *Hemmo* 2003, s. 293-295.

[97] Ongelmallista saattaa olla sen arvioiminen, missä määrin toisen osapuolen olisi tullut kunkin seurauksen ilmenemiseen osata varautua. Kyseisissä tapauksissa voitaneen arvioinnin lähtökohtana käyttää esimerkiksi tietoa siitä, kuinka tahallista taikka tuottamuksellista toisen osapuolen toiminta on ollut, jolloin esimerkiksi kvalifioidun tuottamuksen tapauksessa voinee rikkoneen osapuolen mahdollista alempaa korvausvastuuta olla vaikeampaa perustella. Ennalta-arvattavuuden vaatimus itsessään voi puolestaan vaikuttaa merkittävästi siihen millaista riski-informaatiota osapuolet toisilleen antavat. Esimerkiksi olennaisten tietojen pimittäminen saattaa vaikuttaa tiedot antamatta jättäneen osapuolen kannalta negatiivisesti arvioitaessa tämän oikeutta korvaukseen tietystä sopimusrikkomuksen johdosta aiheutuneesta vahingosta. *Hemmo* 2002, s. 200.

[98] *Hemmo* 2003, s. 293. Tulee kuitenkin edelleen huomata myös se, että vahingonkärsineen sopimusosapuolen tulee niin ikään mahdollisuuksiensa mukaan pyrkiä rajoittamaan vahinkoa. Mikäli osapuoli ei toimisi näin, voitaisiin hänen katsoa myötävaikuttaneen vahingon aiheutumiseen taikka siihen, kuinka laajaksi kyseinen vahinko olisi päässyt muodostumaan. Tällainen vahingonkärsijän myötävaikutus saattaisi olla peruste vahingonkorvauksen määrän alentamiselle. *Hemmo* 2002, s. 202-203. Edellä tarkoitettu vahinkoa rajoittava toimi voisi olla esimerkiksi korvaavan sopimuksen tekeminen toisen toimijan kanssa. *Hemmo* 2003, s. 305.

[99] *Hemmo* 2003, s. 265-267.

$$D_i \leq u_i - c_i \text{ , tai}$$
$$D_i \leq u_i$$

Oikeustieteellisesti on katsottu, että sellaisissa sopimussuhteissa joissa lähtökohtana olisi positiivisen sopimusedun mukainen täysi vahingonkorvaus olisi rikastumiskiellon periaatteen soveltaminen tietyissä määrin teoreettista, johtuen lähinnä siitä että differenssiopin mukaisesti määritelty täysi korvaus saattaisi aina olla suurempi kuin vaihtoehtoisesti toteutuneen todellisuuden tuottama taloudellinen hyöty. Kuitenkin, tämän estämättä toimii rikastumiskiellon periaate sikäli ehdottomana ylärajana, ettei vahingonkorvauksen määrän tulisi ainakaan arvioituna ylittää sitä määrää mikä voidaan arvioida positiivisen sopimusedun mukaiseksi vahingonkorvaukseksi kyseisessä sopimusrikkomustilanteessa[100].[101]

5.3 Hyötykonfiskaatiojärjestelmästä

5.3.1 Yleistä

Aiemmin on mainittu sopimusrikkomuksen saattavan johtaa myös rikosoikeudellisiin seuraamuksiin. Näitä seuraamuksia voivat olla paitsi suorat rikosoikeudelliset sanktiot kuten sakko- tai vankeusrangaistukset, niin yhtälailla myös rikoksella hankittuun omaisuuteen kohdistuvat pakkotoimet, kuten saadun hyödyn tuomitseminen menetetyksi valtiolle.

---

[100] Rikastumiskiellon periaate olisi niin ikään keskeinen sellaisissa sopimustilanteissa, joissa korvausta olisi mahdollista saada usealta eri taholta. Tällöin katsottaisiin, ettei usealta saatujen korvausten yhteismäärä saisi ylittää sitä, mikä kuitenkin olisi todellisen kärsityn vahingon suuruus. *Hemmo* 2003, s. 266.

[101] Vaikka yleisesti katsottaisiinkin rikastumiskiellolla olevan sopimusperusteista vahingonkorvausta määritettäessä vähemmän merkitystä, olen asiassa ainakin osittain eri mieltä. Mielestäni rikastumiskiellolla on tarpeettomankin paljon merkitystä sellaisissa mahdollisissa tilanteissa, joissa vahingonaiheuttajan rikkomuksellaan saavuttama hyöty ylittäisi vahingonkärsijälle rikkomuksesta koituneen haitan. Toisaalta, niin ikään rikoksen tunnusmerkistön täyttyessä sopimusrikkomuksen yhteydessä on rikastumiskiellon periaate suhteellisen kyseenalainen käsite, mahdollisen hyöty-ylijäämän päätyessä tällöin hyötykonfiskaation kohteeksi. Kummassakin edellisistä tapauksista olisin halukas harkitsemaan rikastumiskiellon ehdottomuutta uudelleen ja palaan aiheeseen myöhemmässä vaiheessa uudelleen.

Hyötykonfiskaatiolla tarkoitetaan näin juuri rikoksella saadun taloudellisen hyödyn tuomitsemista menetettäväksi valtiolle. Hyötykonfiskaatio eli hyödynmenettämisseuraamus on mahdollista tuomita silloin, kun kyseessä on laissa rangaistavaksi säädetty teko eli rikos. Menettämisseuraamus voidaan kohdistaa rikoksen tekijään taikka siihen muuhun, jonka hyväksi rikos on tehty, minkä lisäksi hyötykonfiskaatio on mahdollista kohdistaa myös oikeushenkilöön.[102]

Hyötykonfiskaation määräämisen edellytyksenä on se, että teko jolla omaisuus on saatu on laissa säädetty rangaistavaksi.[103] Teon on näin ollen oltava tunnusmerkistöltään rikos. Merkitystä ei ole sillä onko kyseinen rikos virallisen syytteen alainen rikos vaiko asianomistajarikos, eikä myöskään sillä onko kyseinen teko määritelty rikokseksi rikoslain vaiko jonkin muun lain säännöksessä. Niin ikään teon tahallisuudella tai tuottamuksellisuudella ei ole merkitystä vaan hyötykonfiskaatio voidaan pääsääntöisesti tuomita kummassakin tapauksessa yhtälailla. Menettämisseuraamuksen edellytykset täyttyvät myös rikoksen yrityksen tai valmistelun[104] kohdalla, mikäli yritys tai valmistelu on kyseisen teon osalta säädetty laissa rangaistavaksi.[105]

5.3.2 Hyötykonfiskaation kohteeksi tulevasta taloudellisesta hyödystä ja henkilöllisestä kohdistamisesta

Menettämisseuraamuksen kohteena on rikoksen tuottama taloudellinen hyöty[106].

---

[102] Menettämisseuraamus voidaan niin ikään kohdistaa myös sellaisen henkilön toteuttamaan rikolliseen tekoon, josta ei muutoin voitaisi tuomita rangaistusta jonkin olemassa olevan anteeksiantoperusteen nojalla, *Frände* 2005, s. 414-416.

[103] Rikoslain 10 luvun 1 §.

[104] Rikoksen yritys taikka valmistelu ehtii harvemmin tuottaa taloudellista hyötyä, mutta mikäli näin kuitenkin olisi, olisi tämä hyöty mahdollista konfiskoida.

[105] *Viljanen, P.* 2007, s. 31-32. Hyötykonfiskaation määräämisen edellytyksenä on edelleen menettämisseuraamuksen vaatiminen ja menettämisseuraamus määrätäänkin tavanomaisesti syyttäjän taikka muun laissa tarkoitetun virkamiehen vaatimuksesta. Toisaalta myös syytettä yksin ajava asianomistaja voisi esittää menettämisvaatimuksen. Mikäli kyseessä sen sijaan on rikos, jossa syytteen nostaminen edellyttää asianomistajan tekemää syyttämispyyntöä, on syyttämispyyntö tehtävä jotta syyttäjän on mahdollista esittää asiassa konfiskaatiovaatimus. *Viljanen, P.* 2007, s. 32. Hyötykonfiskaation määräämiselle on niin ikään säädetty aikaraja. Rikoslain 8 luvun 9 § mukaan menettämisseuraamusta ei voida tuomita, mikäli kyseisestä teosta ei saisi vanhentumisen vuoksi enää tuomita rangaistusta. Pykälässä täsmennetään kuitenkin hyötykonfiskaation osalla lyhyimmän vanhentumisajan olevan kestoltaan viisi vuotta.

[106] Rikoslain 10 luvun 2 §.

Mikäli saavutetun hyödyn määrästä ei ole mahdollista saada tarkkaa selvitystä, voidaan tämä hyödyn määrä arvioida ottaen huomioon kyseisen rikollisen teon ominaispiirteet.

> Hyötykonfiskaation tapauksessa rangaistusseuraamus on muotoa $f + k$, jossa f on teosta seuraava muu rangaistus ja k on konfiskoitava rikoshyöty. Mikäli hyödyn arvosta k ei ole tarkkaa selvitystä, käytetään estimaattia $E(k)$.

Konfiskaation kohteeksi tulevan hyödyn tulee olla luonteeltaan taloudellinen, jolloin hyöty voi olla rahaa mutta yhtälailla myös esimerkiksi muuta omaisuutta taikka rahanarvoinen oikeus.[107] Sen sijaan sellainen oikeus, jolle ei myönnetä oikeussuojaa ei vakiintuneen tulkinnan mukaan ole rikoksella saavutettua taloudellista hyötyä eikä näin voi tulla osaksi konfiskoitavaa rikoshyötyä. Rikoksella saavutettua taloudellista hyötyä on paitsi suoranainen omaisuuden lisäys niin yhtälailla rikollisella teolla saavutettu säästö; mikäli toimija onnistuisi rikollisen teon toteuttamalla vähentämään omia kulujaan, olisi tämä sellaista laissa tarkoitettua hyötyä joka olisi mahdollista konfiskoida.[108]

Rikoslaissa säädetään edelleen niin kutsutusta laajennetusta hyödyn menettämisestä[109]. Lain mukaan sellainen omaisuus, jonka voidaan olettaa olevan kokonaan tai osittain peräisin ei-vähäisestä rikollisesta toiminnasta voidaan tuomita joko kokonaan tai osittain menetetyksi valtiolle. Lisäedellytyksenä on, että kyseinen toteutettu rikos on luonteeltaan sellainen että tämä voi tuottaa huomattavaa taloudellista hyötyä. Laajennettu hyötykonfiskaatio saattaakin käytännössä tulla sovellettavaksi esimerkiksi suunnitelmallisen taloudellisen rikollisuuden osalla.[110]

---

[107] Mikäli rikoshyötynä saatua tiettyä muuta omaisuutta ei ole mahdollista saada takaisin, on tämän sijaan mahdollista rikoslain 10 luvun 8 § perusteella konfiskoida kyseisen omaisuuden arvo. Arvokonfiskaatio on kuitenkin lähtökohtaisesti toissijainen vaihtoehto. *Viljanen, P.* 2007, s. 441-443.

[108] *Viljanen, P.* 2007, s. 65-66 ja 68-69.

[109] Rikoslain 10 luvun 3 §.

[110] *Viljanen, P.* 2007, s. 179-180. Kyseisen RL 10 luvun 3 § taustalla on katsottu olevan sen ongelman, että suunnitelmallisella rikoksentekijällä olisi käytännössä mahdollisuus toteuttaa rikoksensa erilaisin monimutkaisin järjestelyin siten, että tavanomaisen hyötykonfiskaation näyttöedellytyksiä olisi käytännössä mahdotonta saavuttaa. Rikollisen teon toteutus on esimerkiksi saatettu järjestellä siten, ettei kyseisiin varoihin olisi mahdollista kohdistaa tavanomaisia pakkotoimia eikä menettämisseuraamusta, jolloin rikoksesta saatu hyöty jäisi lähes poikkeuksetta rikoksentekijän eduksi. Laajennetun hyötykonfiskaation kohteeksi voikin näin ollen tulla myös sellainen omaisuus, jota ei ole mahdollista täydellä näytöllä osoittaa tietyllä rikollisella teolla saaduksi, mutta jonka osalla on ilmeistä olettaa, että kyseinen omaisuus ei ole peräisin laillisesta toiminnasta

> Laajennetun hyötykonfiskaation tapauksessa rangaistusseuraamus on muotoa $f + E(k_L)$, jossa $E(k_L)$ on arvio siitä rikoksen tuottamasta taloudellisesta hyödystä jota ei voida suoraan osoittaa kyseisellä rikoksella saaduksi, mutta jonka voidaan olettaa olevan peräisin rikollisesta toiminnasta.

Rikoshyödyn määrän laskennassa mitataan saatua hyötyä nettomääräisenä. Rikoksen tekijällä saattaa näin olla tietyin edellytyksin mahdollisuus vähentää saamastaan rikoshyödystä kyseisen rikoksen toteuttamisesta aiheutuneet kustannukset, joskaan tämä asiantila ei ole täysin yksiselitteinen, eikä asiasta ole vakiintunutta oikeuskäytäntöä.[111]

Rikoksella saatu hyöty voidaan konfiskoida rikoksen tekijältä, rikokseen osalliselta taikka siltä, jonka hyväksi taikka puolesta kyseinen rikos on tehty. Laajennettu hyötykonfiskaatio voidaan niin ikään kohdistaa rikollisen teon toteuttajaan, rikokseen osalliseen taikka siihen muuhun, jonka puolesta tai hyväksi rikollinen teko on tehty.[112] Laajennetun hyötykonfiskaation tapauksessa rikoksella saatu omaisuus on mahdollista tuomita menettäväksi myös jonkin aiemmin tarkoitetun henkilön läheiseltä, taikka sellaiselta oikeushenkilöltä joka on johonkin edellä tarkoitettuun taikka tällaisen läheiseen sellaisessa suhteessa että olemassa on tosiasiallinen laissa tarkoitettu etujen yhteys tai muu olennainen vaikutusvalta kyseisen oikeushenkilön toiminnassa.[113] Rikoksella saatu hyöty on näin ollen mahdollista periä takaisin keneltä tahansa, joka on tällaista hyötyä saanut. Tietoisuus tapahtumien rikollisesta

---

[111] Kyseisen lainkohdan säätämisen yhteydessä esitettyjen perusteluiden mukaan menetettäväksi oli tarkoitettu vain todellinen nettohyöty, mutta kuitenkin siten, että vähennyksenä ei tulisi ottaa huomioon rikoksen valmistelusta tai täytäntöönpanosta aiheutuvia kustannuksia, hallituksen esitys 80/2000 vp, s. 21. Taloudellisen rikollisuuden osalla on kantana ollut rikoshyödyn nettomääräinen arviointi, joskin lain oikea tulkinta jäänee edelleen tämän estämättä tapauskohtaisesti arvioitavaksi. *Viljanen, P.* 2007, s. 88-91.

[112] Rikoslain 10 luvun 2 ja 3 §.

[113] Kyseisen omaisuuden tulee oletettavasti olla siirretty edellä mainituille konfiskaation tai korvausvelvollisuuden välttämiseksi, eikä omaisuus toisaalta saa olla siirretty tämän vastaanottajalle yli viittä vuotta ennen rikoksen toteuttamista. Arvokonfiskaatiotuomio voidaan vastaavasti kohdistaa rikoksen tekijään, rikokseen osalliseen taikka siihen, jonka puolesta tai suostumuksella rikos on tehty. Arvon menettämisen osalla lisäedellytyksenä on toisaalta se, että vastaanottaja tiesi taikka tämän olisi ollut perusteltua syytä epäillä kyseisen omaisuuden liittyvän rikokseen, vaikkakin edellytykseksi voi toisaalta riittää myös se, että kyseinen omaisuus on vastaanotettu lahjana taikka muuten vastikkeetta, RL 10 luvun 8§. Mikäli kaksi tai useampi tuomitaan suorittamaan samaa menettämisseuraamusta vastaavat nämä asiassa RL 10 luvun 3 § 3 momentin perusteella yhteisvastuullisesti. Mikäli rikoshyötyä saanut on kuollut kohdistetaan rikoshyödyn konfiskointi RL 8 luvun 16 § 2 momentin perusteella tämän kuolinpesään. Konfiskointi voitaisiin toisaalta jättää kuolemantapauksen yhteydessä myös tuomitsematta mikäli tämä katsottaisiin kohtuuttomaksi. Tuomitseminen on kuitenkin pääsääntö. *Viljanen, P.* 2007, s. 536-538.

luonteesta, mahdollinen tietämättömyys taikka vilpittömässä mielessä toimiminen ei toimi rikoshyödyn konfiskointia koskevassa asiassa vapauttavana tekijänä.

5.4 Hyötykonfiskaation ja vahingonkorvauksen välisestä suhteesta

Hyötykonfiskaatiojärjestelmä ja vahingonkorvausjärjestelmä toimivat useissa tapauksissa rinnakkain; konfiskoitavasta rikoshyödystä tulee lähtökohtaisesti suorittaa vahingonkorvausta vahinkoa kärsineelle[114]. Pohjimmaiselta luonteeltaan mainitut ovat kuitenkin varsin erilaisia, sillä siinä missä hyötykonfiskaatiolla on selkeä rangaistuksellinen ja ennaltaehkäisevä tehtävä, tulisi vahingonkorvausjärjestelmän olla vallitsevan käsityksen mukaan olemukseltaan ainoastaan korjaavaa[115]. Merkittävänä erona on luonnollisesti niin ikään se, että hyötykonfiskaatio soveltuu ainoastaan rikoksen tunnusmerkistön täyttyessä, kun taas vahingonkorvausvastuun syntyminen ei välttämättä edellytä minkäänlaista rikollista tekoa.

Hyötykonfiskaatiojärjestelmän tehtävän voidaankin edellä todetusti katsoa olevan pitkälti ennaltaehkäisevää. Menettämisseuraamuksen uhka tehostaa kielto- ja käskynormien noudattamista, mikä luo hyötykonfiskaatiolle selkeän yleisestävän vaikutuksen.[116] Toisaalta menettämisseuraamuksen tehtävänä on niin ikään olla rangaistuksellinen siltä osin, kuin seuraamus kohdistetaan hankittuun rikoshyötyyn; rikos pyritään tekemään rikoksentekijälle taloudellisesti kannattamattomaksi.[117]

---

[114] Rikoslain mukaan rikoshyötyä ei lähtökohtaisesti tulisi konfiskoida valtiolle siltä osin, kuin tämä on suoritettu taikka tulee suorittaa vahingonkorvauksena vahinkoa kärsineelle. Rikoslain ilmaisu on kuitenkin hieman harhaanjohtava, sillä vakiintuneena käytäntönä on rikoshyödyn ensisijainen konfiskoiminen valtiolle jonka jälkeen vahinkoa kärsineellä on jälkikäteinen mahdollisuus hakea saatavaansa oikeusteitse valtiolta.

[115] *Viljanen M.* 2008, s. 160-161. Jo aiemmin on todettu, että Law and Economics -tieteenalan valtavirran käsityksen mukaan vahingonkorvausoikeudella tulisi olla preventiivinen tehtävä.

[116] *Viljanen P.* 2007, s. 23.

[117] *Viljanen P.* 2007, s. 27. Hyötykonfiskaation olemuksen voidaan edelleen nähdä olevan yhteiskunnallista oikeudenmukaisuutta ylläpitävää, rikoshyödyn konfiskoinnin perustuessa ajatukseen jonka mukaan kenenkään ei tule hyötyä tekemästään rikoksesta. *Frände* 2005, s. 416 ja 420.

Odotusarvo rikoksen tuottamalle hyödylle on tällöin muotoa $E(U)_k = pU(Y - (f + k)) + (1 - p)U(Y)$, jossa $f + k$ on rangaistuksen taloudellinen arvo lisättynä hyötykonfiskaation määrällä.

Hyötykonfiskaatiolla voitaisiin toisaalta edelleen katsoa olevan myös turvaavaa vaikutusta sikäli, kuin tämän avulla pyrittäisiin varmistamaan vahinkoa kärsineelle asianmukainen hyvitys.[118]

Vahingonkorvauksella ei kuitenkaan, kuten edellä on todettu, nähtäisi vallitsevan tulkinnan mukaan olevan preventiivistä eikä rangaistuksellista funktiota[119] vaan vahingonkorvausjärjestelmän tehtävänä olisi olla luonteeltaan ainoastaan korjaavaa.[120] Niin ikään sopimusperusteisen vahingonkorvausvastuun tulisi toimia yksityisoikeudellisilla ehdoilla, eikä asiaan tulisi ulottaa moraalisia tai eettisiä arvostelmia koska osapuolten välillä ei ole hierarkkista valta-asemaa. Siviilioikeuden tehtävän, johon sopimusperusteisen vahingonkorvauksen katsotaan kuuluvan, katsottaisiin olevan ainoastaan rajojen luonti yksilöiden toiminnalle, ei näiden valintojen ohjaaminen. Kyse on näin ollen lähtökohtaisesti yksilöiden oikeuksien suojaamisesta, ei näiden toiminnan kontrolloinnista.[121]

Edellisten nojalla, odotusarvo teon, josta seuraa vahingonkorvausvelvollisuus (kuten sopimusrikkomus) tuottamalle hyödylle on $E(U) = pU(Y - D) + (1 - p)U(Y)$, jossa D on vahingonkorvauksen taloudellinen arvo.

Edelleen, odotusarvo sellaisen sopimusrikkomuksen joka täyttää rikoslaissa määritellyt rikoksen tunnusmerkit (esim. törkeä petos) tuottamalle hyödylle on $E(U)_k = pU(Y - D - (f + (k - D))) + (1 - p)U(Y)$.

---

[118] Toimeenpannun hyötykonfiskaation tulisi varmistaa se, että loukatulla on tosiasiallinen mahdollisuus saada vahingonkorvausta. Mikäli näin ei toimittaisi, voisi vahingonaiheuttajan maksusuoritus jäädä enemmän tai vähemmän epävarmaksi. *Viljanen P.* 2007, s. 28.

[119] Asiaa tarkastellaan Suomen lainsäädännön tasolla, jolloin esimerkiksi seuraavassa luvussa esiteltävä disgorgement principle sivuutetaan tässä kohtaa.

[120] *Viljanen M.* 2008, s. 157.

[121] *Viljanen M.* 2008, s. 160-163 ja 175. Toisaalta todettakoon, että jyrkän erottelun taustalla saattaa olla myös pyrkimys ehkäistä siviilioikeudellisen vastuun hallitsematonta laajenemista.

Edellisessä k voi olla suurempi kuin D, $k \geq D$, joten $pU(Y-D) + (1-p)U(Y) > pU\left(Y - D - \left(f + (k-D)\right)\right) + (1-p)U(Y)$, silloin kun $k > D$. Näin ollen $E(U) \geq E(U)_k$.

Hyötykonfiskaatiojärjestelmän ja sopimusperusteisen vahingonkorvauksen välillä voidaan näin ollen nähdä olevan suomalaisessa järjestelmässä hyvin keskeisiä eroja ja vaikka molemmat pyrkisivätkin osallaan aiheutuneen vahingon hyvittämiseen on sekä lähestymistavassa että menettelyn luonteessa ratkaisevia eroavaisuuksia.

Todetaan edelleen se, että kuten jo mainittiin ei rikoksen tuottamaa hyötyä tulisi tuomita siltä osin valtiolle menetetyksi, kuin kyseinen hyöty on palautettu[122], tuomittu tai tuomitaan loukatulle osapuolelle hyvitettäväksi joko vahingonkorvauksena tai edunpalautuksena.[123] Rikoshyöty olisi näin ollen mahdollista konfiskoida ainoastaan siltä osin, kuin vahinkoa kärsineellä ei olisi tähän oikeutta[124] vahingonkorvauksen taikka muun varallisuudenpalautuksen perusteella.[125]

Tämä asiantila ei kuitenkaan useassakaan tapauksessa käytännössä toteudu[126] ja pidänkin edelleen ongelmallisena ’kolmannen intressin’ syntyä kahdenvälisessä sopimustilanteessa.

---

[122] Hyödyn tulee olla tosiasiallisesti palautettu siihen hetkeen mennessä, jolloin menettämisseuraamusta koskeva kysymys tulee ratkaistavaksi tai täytäntöönpantavaksi. Pelkkä lupaus taikka muu aie suoritettavasta korvauksesta ei ole riittävä vaan korvaus on tullut suorittaa konkreettisessa muodossa vahinkoa kärsineelle. *Viljanen P.* 2007, s. 133-135.

[123] Rikoslain 10 luvun 2 § 3 momentti. Saman luvun 11 pykälässä todetaan, että mikäli korvausta taikka edunpalautusta on tuomittu suoritettavaksi hyötykonfiskaatioasiassa annetun ratkaisun jälkeen, voidaan kyseinen summa ottaa huomioon menettämisseuraamuksen vähennyksenä.

[124] Rikoksen tuottaman taloudellisen hyödyn ja loukatun kärsimän vahingon välillä tulee olla tosiasiallinen yhteys. Toisin sanoen, hyödyn ja vahingon tulee perustua samaan tapahtumakulkuun, eikä sellaisen korvauksen vaatimisella, jolla ei ole suoraa yhteyttä saatuun rikoshyötyyn ole hyötykonfiskaation tuomitsemista estäviä vaikutuksia. *Viljanen P.* 2007, s. 151-152.

[125] Pelkkä toisen oikeuden olemassaolo ei estä hyötykonfiskaation tuomitsemista vaan oikeuden tulee olla konkreettinen ja oikeutta tulee vaatia. Abstrakti tai erittelemätön oikeus ei saa aikaan hyötykonfiskaatiota estäviä vaikutuksia. Edellä tarkoitetun oikeuden haltijan ei kuitenkaan tarvitse olla tapauksessa asianomistajan asemassa vaan riittää, että hän on tosiasiallinen loukattu. Näin ollen sellaisenkin henkilön tosiasiallinen oikeus korvaukseen, joka ei ole käsittelyssä asianomistajana, riittää aikaansaamaan hyötykonfiskaation estymisen. *Viljanen P.* 2007, s. 129-130 ja 132-133.

[126] Nykykäytännön mukaan syyttäjä esittää hyötykonfiskaatiovaatimuksen aina, kun rikoksella saatua hyötyä vaikuttaa syntyneen ja rikoshyöty tuomitaan useissa tapauksessa ensin valtiolle menetetyksi minkä jälkeen vahinkoa kärsineellä on oikeus hakea saatavaansa kanneteitse erillisessä oikeudenkäynnissä. Menettely on suhteellisen raskas ja tietyllä tavoin epätarkoituksenmukainen, loukatun joutuessa ensin ajamaan kannetta korvausvelvollista vastaan ja myöhemmin edelleen valtiota vastaan. *Viljanen P.* 2002, s. 8-9. Yksinkertaisempikin menettelytapa lienisi perusteltu ja mahdollinen.

Kyse on siitä, että kolmannelle osapuolelle, eli tässä tapauksessa valtiolle, syntyy taloudellinen intressi kahdenväliseen sopimusrikkomustilanteeseen. Kolmannen intressi on suuruudeltaan $k - D$, jossa k on rikollisella teolla saatu hyöty kokonaisuudessaan ja D on kärsineelle osapuolelle tästä hyödystä hyvitettävä vahingonkorvaus. On huomattava se, että saattaa olla $k \geq D$ jolloin kolmannen intressi on ≥ 0. Pidän lisäksi ongelmallista sitä, että käytännössä kolmannella on mahdollisuuksia vaikuttaa siihen korvataanko D, ja mikäli korvataan, niin myös siihen minkä suuruinen D on, kolmannen intressin ollessa $U = \max\ k - D$.[127]

Henkilökohtaisesti pitäisin parempana vaihtoehtona sitä, että mahdollinen hyöty ohjattaisiin täysimääräisesti vahingonkärsijälle ja palaan tähän luvussa 6 uudelleen.

5.5 Ekskurssi common law -järjestelmään: disgorgement principle

Käyn seuraavassa läpi erään common law -oikeusjärjestelmässä käytössä olevan vaihtoehtoisen periaatteen oikeansuuruisen vahingonkorvauksen määrän laskemiseksi. Periaate tunnetaan nimellä disgorgement principle, vakiintunutta suomenkielistä vastinetta ei periaatteelle toistaiseksi ole olemassa. Disgorgement

[127] Saadakseen hyötykonfiskaatiotuomion yhteydessä vahingonkorvausta tai edunpalautusta tulee kärsineen osapuolen esittää asiaan liittyvät vaatimuksensa ennen tuomioistuinkäsittelyä tai viimeistään sen aikana. Pääsääntönä on se, että edunpalautus- ja vahingonkorvausvaatimukset käsitellään yhtä aikaa rangaistus- ja menettämisseuraamuskysymysten kanssa mutta on kuitenkin niin ikään mahdollista, että kyseiset vaatimukset jäävät erillisessä oikeudenkäynnissä käsiteltäviksi, mikä voisi olla tilanne esimerkiksi silloin kun korvausvaatimuksia ei ole pääasian käsittelyhetkeen mennessä esitetty tai kun tämä katsotaan parhaaksi menettelyksi johtuen esimerkiksi korvausvaatimusten suuresta määrästä tai siitä, ettei kokonaisvahingon määrä ole vielä selvillä. Edellä esitetylle ei ole olemassa lakiin perustuvaa estettä, eikä tätä asiaa ole tarkemmin rajoitettu. *Viljanen P.* 2007, s. 144-145 ja 150. Mikäli korvaus- tai edunpalautusvaatimusta ei ole esitetty tai mikäli kyseinen vaatimus on vielä ratkaisematta hetkellä jolloin menettämisvaatimusta koskeva ratkaisu annetaan, on menettämisseuraamus RL 10 luvun 2 § nojalla tuomittava. Näin ollen korvausvaatimuskäsittelyn keskeneräisyys johtaa rikoshyödyn konfiskoimiseen valtiolle. Varojen päätyminen valtion haltuun ei yksiselitteisesti estäisi korvaukseen oikeutettua myöhemmin saamasta saatavaansa, sillä RL 10 luvun 11 pykälässä säädetään että tilanteessa, jossa menettämisseuraamus on jo pantu täytäntöön on korvaukseen oikeutetulla mahdollisuus saada itselleen kuuluva määrä suoritettavaksi valtion varoista. Korvauksen saaminen edellyttää kuitenkin erillistä valtiota vastaan ajettavaa kannetta ja hyvin eri asia on se tuleeko tämä kanne automaattisesti menestymään. Turun yliopiston rikosoikeuden professori Pekka Viljasen mukaan Suomen valtio ei ainakaan toistaiseksi ole palauttanut konfiskoiduksi päätyneitä varoja. Tämä johtunee joko siitä, että kyseisenlaisia kanteita ei ole asioissa nostettu, tai sitten siitä että nämä kanteet eivät ole menestyneet.

principle sisältää tiettyjä mielenkiintoisia ominaispiirteitä ja tämä on pääosin käytössä nimenomaisesti juuri sopimusperusteisen vahingonkorvauksen tapauksissa. Itse en pitäisi ainakaan täysin poissuljettuna sitä mahdollisuutta, että periaate voisi tulla aikanaan sovellettavaksi myös manner-eurooppalaisessa oikeudessa[128].

Disgorgement principlen pohjimmaisena ajatuksena on se, ettei kenenkään tule hyötyä aiheuttamastaan vahingosta sen jälkeenkään, kun rikotulle osapuolelle on jo vahingonkorvauksena korvattu se mikä tälle kuuluu, tai vaihtoehtoisesti se, minkä tämä olisi velvoitteiden oikealla täyttämisellä saanut. Periaate on tietynlainen laajennus positiivisen sopimusedun ulkopuolelle, ja siinä missä positiivinen sopimusetu lähtee ajatuksesta jonka mukaan korvauksen perustaksi tulee vahingonkärsijän tappio ja saamatta jäänyt voitto, tarkastelee disgorgement principle asiaa kääntäen lähtien arvioimaan vahingonaiheuttajan rikkomuksellaan saavuttamaa hyötyä. Korvattavaksi ei näin ollen tulisikaan ainoastaan rikkomuksen johdosta syntynyt tappio ja saamatta jäänyt voitto, vaan koko se hyöty jonka vahingonaiheuttajan voitaisiin katsoa vahinko aiheuttamalla saaneen. Periaate on eräänlainen yleisesti käytössä olevan korvausajattelun peilikuva ja muodostaa tietyissä tapauksissa korvausvastuusta selkeästi positiivista sopimusetua ankaramman.[129]

Disgorgemet principle tulee kyseeseen nimenomaisesti sellaisissa rikkomustilanteissa, joissa vahingonaiheuttajan saavuttama hyöty ylittää vahingonkärsijän kokeman vahingon, ts. $U_B > L_A$, $L_A = E(u_A)$. Kuten aiemmin on esitetty, on siis mahdollista että vahingonaiheuttaja voi jäädä voitolle vielä sen jälkeenkin kun kaikki vahinkoa kärsineen osapuolen korvaukset on jo positiivista sopimusetua noudattaen korvattu, mitä taas ei ainakaan yksiselitteisesti voitaisi pitää oikeudenmukaisena lopputulemana.

---

[128] Mikäli vahingonkorvausjärjestelmää kehitetään edelleen on tämän tyyppisen ajattelun omaksuminen ainakin yksi mahdollinen kehityskulku. Toisaalta jo nykyhetkelläkin periaate luonnollisesti soveltuu eurooppalaisiin toimijoihin siltä osin kuin nämä toimivat maissa, joissa periaatetta sovelletaan. Esimerkiksi, sveitsiläinen ABB velvoitettiin maksamaan vahingonkorvauksia disgorgement principle -arvioinnin perusteella tapauksessa ABB inc. vs. United States v. 2010. Korvausten yhteismääräksi tuli 58.3 M usd, minkä arvioitiin vastaavan ABB:n sopimusten vastaisella toiminnallaan saavuttamaa hyötyä.

[129] *Eisenberg* 2006, s. 561 ja *Farnsworth* 1985, s. 1343.

> Luvussa 4.5.2 esitettyä sivuten voidaan ajatella tilannetta, jossa sopimus olisi oikein täytettynä tuottanut A:lle määrän u_A, mikä on samalla positiivista sopimusetua noudattaen määrättävä vahingonkorvaus. Voidaan kuitenkin edelleen ajatella, että rikkoja B olisi esimerkiksi omia parempia kontaktejaan ja asiantuntemustaan hyödyntäen pystynyt saavuttamaan rikkomuksellaan taloudellista hyötyä määrän u_B siten, että $u_B > u_A$. B:n tulee positiivista sopimusetua noudattaen korvata A:lle u_A, minkä seurauksena A on saanut sen minkä sopimus olisi hänelle oikein täytettynä tuottanut. B on toteuttanut sopimusrikkomuksen ja jäänyt maksamiensa korvausten jälkeen edelleen voitolle määrän $u_B - u_A > 0$. Mikäli disgorgement principlea sovellettaisiin, tulisi korvauksen summaksi B:n saavuttama hyöty u_B. Tällöin A:lle suoritettavaksi määrättävä vahingonkorvaus olisi suuruudeltaan u_B, eikä B olisi hyötynyt sopimusrikkomuksestaan millään tavalla, $u_B - u_B = 0$.[130]

Käytännössä periaatteet positiivisen sopimusedun soveltamisesta tai vaihtoehtoisesti sopimusrikkomuksella saadun hyödyn käyttämisestä korvauksen perustana toimivat useassa tapauksessa rinnakkain. Disgorgement principle ei ole periaatteena yhtälailla vakiintunut kuin positiivinen sopimusetu, eikä tätä ole varauksetta tunnustettu sovellettavaksi[131]. Kuitenkin, on olemassa useita esimerkkejä tapauksista, joissa vahingonkorvaus on määritetty nimenomaisesti kyseistä periaatetta noudattaen. Näistä esimerkkinä voidaan mainita mm. *Snepp v. United States* sekä *Attorney General v. Blake*. Kummassakaan tapauksessa ei syntynyt varsinaista korvattavaa taloudellista vahinkoa mutta katsottiin, että sopimusrikkomuksella saatu taloudellinen hyöty tuli tästä huolimatta määrätä sopimusrikkomuksen perusteella korvattavaksi.

> Kummassakin tapauksessa oli kyse luottamuksellisen tiedon julkistamisesta salassapitosopimuksen vastaisesti. Sekä Snepp että Blake olivat päässeet työssään käsiksi luottamukselliseen tietoon ja allekirjoittaneet sopimuksen olla paljastamatta mitään työssään tietoon saamaansa sen jälkeenkään, kun

---

[130] Toisaalta, tällaisessa tilanteessa A olisi hyötynyt määrän $u_B - u_A > 0$ B:ltä saadun ylimääräisen vahingonkorvauksen muodossa. En pidä tätä asiaa ongelmallisena, enkä näe todennäköistä mahdollisuutta siihen että tällainen mahdollisuus itsessään vääristäsi A:n sopimuskäyttäytymistä siitä mitä tämä positiivista sopimusetua noudatettaessa olisi. Tiedossa olisi ainoastaan se, että B:n kannustimet sopimusrikkomuksen toteuttamiseen olisivat entistäkin alhaisemmat, minkä tulisi toimia sopimussuhdetta vahvistavasti.

[131] *Farnsworth* 1985, s. 1369. *Eisenberg* 2006, s. 578.

> kyseinen työsuhde olisi päättynyt. Kumpikin oli kuitenkin salassapitosopimuksen vastaisesti kirjoittanut työuransa päätyttyä kirjan, joka käsitteli kirjoittajan työuraa kyseisen organisaation työntekijänä. Kirjat käsittelivät organisaatioiden toimintaa tiettynä aikana ja pohjautuivat kirjoittajien tietoihin entisinä työntekijöinä. Kirjat eivät sisältäneet mitään raskauttavaa salassapidonalaista materiaalia, eikä näiden julkaisemisesta katsottu koituneen kyseisille organisaatioille minkäänlaista taloudellista taikka muuta vahinkoa. Kuitenkin, disgorgement principle:a soveltaen kumpikin kirjoittaja määrättiin korvaamaan entisille työnantajilleen vahingonkorvauksena kirjojen myynnistä saamansa tulo kokonaisuudessaan. Vahingonkorvauksen määräämisen perusteena oli sopimusrikkomus ja tällä sopimusrikkomuksella saavutettu hyöty.

Disgorgement principle -ajattelutavalle ei ole minkäänlaista vastinetta suomalaisessa oikeusjärjestelmässä. Ajattelutavassa ja aiemmin läpikäydyssä hyötykonfiskaatiojärjestelmässä voidaan nähdä tiettyä ajatuksellista yhtäläisyyttä, lähinnä siltä osin kuin kenenkään ei tulisi hyötyä tekemästään väärästä. Merkittävänä erona on kuitenkin se, että toisin kuin hyötykonfiskaation tapauksessa ei disgorgement principlen soveltuminen edellytä rikoksen tunnusmerkistön täyttymistä vaan hyöty voidaan tuomita vahingonkorvauksena menetetyksi myös silloin, kun kyseessä ei ole rikos vaan muu vahinkoa aiheuttanut sopimusrikkomus. Erona on toisaalta niin ikään se, että siinä missä hyötykonfiskaation tapauksessa ylimääräisen hyödyn edunsaajaksi tulee valtio, on edunsaajana disgorgement principlea sovellettaessa alkuperäinen vahingonkärsijä. Kuten aiemmin on esitetty, vaikka nykytilanteessa konfiskoitavasta rikoshyödystä suoritettaisiinkin vahingonkorvausta kärsineelle voi eroa kuitenkin syntyä, mikäli olemassa on vielä tämän jälkeenkin rikoksen tuottamaa ”ylijäämää”. Disgorgement principlea seuraten kyseinen ylijäämä kohdistettaisiin lisähyvityksenä kärsineelle, hyötykonfiskaatiojärjestelmää käytettäessä ylijäämän perii valtio.

Kummassakin yhtäläistä on kuitenkin vahva pyrkimys preventiiviseen vaikutukseen rikoksen tai rikkomuksen kannustimia vähentämällä.

> Disgorgement principlea sovellettaessa on rikkomuksella saavutettavan hyödyn odotusarvo sopimusrikkomukselle, joka ei täytä rikoksen

tunnusmerkistöä $E(U)_D = pU(Y - D_D) + (1 - p)U(Y)$ siten, että D_D on rikkoneen osapuolen saavuttama taloudellinen hyöty Y, mutta kuitenkin siten, että $D_D \geq D$, jossa $D = L_A = E(u_A)$.

Mikäli $Y > D$, on $pU(Y - D_D) + (1 - p)U(Y) < pU(Y - D) + (1 - p)U(Y)$ ja edelleen, $pU(Y - D_D) + (1 - p)U(Y) = pU(Y - D - (f + (k - D))) + (1 - p)U(Y)$, $D_D = Y = D + (k - D)$ silloin kun $Y > D$, muutoin $D_D = D$.[132]

Odotusarvo sopimusrikkomuksen tuottamalle hyödylle on näin ollen disgorgement principlea sovellettaessa pienempi kuin positiivista sopimusetua sovellettaessa ja sama kuin hyötykonfiskaation tapauksessa, riippumatta siitä, täyttyvätkö rikoksen tunnusmerkit vaiko ei.

[132] Oletuksena on nyt se, että $f = 0$. Toisin sanoen, muulla rangaistuksella kuin määrättävällä vahingonkorvauksella ja hyötykonfiskaatiolla ei ole taloudellista arvoa.

6 Arviointia. Vahingonkorvausjärjestelmästä, hyötykonfiskaatiosta ja opportunismista sekä muutama sana riskikäyttäytymisestä.

6.1 Vahingonkorvausjärjestelmästä, hyötykonfiskaatiosta ja opportunismista

Tutkielmassa on käsitelty sopimussuhteita ja sopimusinstituutiota, opportunistisen sopimusrikkomuksen ongelmaa, sopimussuhteissa sovellettavaa vahingonkorvauslainsäädäntöä, vaihtoehtoisia käytäntöjä, hyötykonfiskaatiojärjestelmää sekä vahingonkorvausjärjestelmien ja hyötykonfiskaation välistä yhteyttä.

On todettu, että vallitsevan näkemyksen mukaan vahingonkorvausjärjestelmällä ei tulisi olevan preventiivistä eikä rankaisevaa tehtävää vaan vahingonkorvauksen tulisi olla olemukseltaan ainoastaan tapahtunutta vahinkoa korjaavaa. Vahingonkorvauksena suoritettaisiin kärsineelle osapuolelle positiivisen sopimusedun mukainen todellisen vahingon suuruus, ei enempää. On niin ikään todettu se, että mikäli kyseessä olisi rikoksen tunnusmerkistön täyttävä sopimusrikkomus kuten esimerkiksi petos, tulisi kyseisellä rikoksella saatu hyöty konfiskoida kokonaan menetettäväksi valtiolle. Konfiskointi tulisi toisaalta lähtökohtaisesti toteuttaa siten, että vahingonkärsineelle suoritettaisiin konfiskoitavasta varallisuudesta tälle kuuluva vahingonkorvaus, korvauksen määränä toimien edelleen positiivisen sopimusedun mukainen vahingonkorvaus.

6.2 Muutama sana riskikäyttäytymisestä

Muutama sana riskikäyttäytymisestä. On selvää, että sopimussuhteessa vallitsee aina epävarmuus sopimuksen tulemisesta täytetyksi sovitulla tavalla. Asiaan vaikuttaa satunnaisten yllättävien tekijöiden lisäksi ennen kaikkea epätieto toisen sopimusosapuolen luotettavuudesta sekä tämän halusta täyttää sopimuksen mukaiset velvoitteensa.

Kuten on esitetty, on oikeusjärjestelmään otettu sopimusrikkomusten varalta erilaisia vahinkoja hyvittäviä järjestelyjä. Näillä järjestelyillä on kuitenkin vaikutuksensa paitsi sopimusten pysyvyyteen niin myös siihen, millaisiin sopimussuhteisiin ja millaisella riskinottohalukkuudella sopimusosapuoli on valmis. Saattaa olla myös niin, että osapuolen tietoisuus vahingonkorvausmahdollisuudesta saisikin tämän tavoittelemaan lisähyötyä ylimääräisellä riskinotolla.[133]

Oletetaan, että $u(r)$ on se arvo, joka seuraa sopimusosapuolelle sopimuksesta ja tämän täyttymisestä sovitulla tavalla ja $w(r)$ puolestaan se arvo joka seuraa, mikäli sopimus jää täyttymättä. r kuvaa sopimusosapuolen luottamusta sopimuksen pysyvyyteen sekä niitä investointeja, jotka tämä tekee kasvattaakseen sopimuksen lisäarvoa. Mikäli sopimuksen täyttyminen sovitulla tavalla on täysin varmaa, saavutetaan maksimihyöty maksimoimalla lauseke $u(r) - r$.

Kuitenkin, koska todellisuudessa ei sopimuksen täyttyminen sovitulla tavalla ole koskaan täydellisen varmaa, on todenmukaisempi vaihtoehto etsiä sellaista arvoa joka maksimoi lausekkeen $pu(r) + (1 - p)w(r) - r$, p :n ollessa se todennäköisyys, jolla sopimus tulee täytetyksi sovitulla tavalla.

Voidaan osoittaa, että mikäli käytössä on positiivinen sopimusetu d [134], ei sopimusosapuolen luottamus r vastaa hänen todellista luottamustaan vastapuoleen positiivisen sopimusedun toimiessa tietynlaisena täysvakuutuksena kaikkien mahdollisten saamatta jäävien tulojen varalla: $d = u(r) - w(r) - c$.[135] Osapuolen hyöty sopimuksen täyttyessä on $u(r) - c$ ja hyöty sopimuksen jäädessä täyttymättä niin ikään $d + w(r) = u(r) - c$. Osapuolelle ei näin ollen ole merkitystä sillä täytetäänkö sopimusvelvoitteita vaiko ei, sillä hänen hyötynsä tulee joka tapauksessa olemaan samansuuruinen, $u(r) - c$.

[133] *Hermalin ym.* 2007, s. 105-107.

[134] Muistetaan, että kun sopimuksesta saatava hyöty osapuolelle i on u_i ja sopimuksen kustannukset ovat c_i, tulee positiivisen sopimusedun mukaisesti korvata arvo $u_i - c_i$, tai mikäli c_i on jo i:n toimesta suoritettu, u_i. Negatiivisen sopimusedun mukaisesti korvaukseksi riittää c_i, tai mikäli tätä ei ole vielä i:n toimesta suoritettu, ei korvausta tarvi maksaa.

[135] Kaavassa c kuvaa sopimuksen kustannuksia.

Jotta sopimusosapuolen luottamus r vastaisi osapuolen todellista luottamusta, tulisi $u'(r^*)$:n olla sama kuin $w'(r^*)$, r^*:n ollessa se arvo joka saadaan maksimoimalla aiemmin esitetty lauseke $pu(r) + (1-p)w(r) - r$. Muussa tapauksessa, mikäli $u'(r)$ on suurempi kuin $w'(r)$ perustuu osapuolen luottamus sopimussuhteeseen nimenomaisesti tietoisuuteen positiivisesta sopimusedusta ja ajatukseen täydestä kompensaatiosta vahingonkorvausten kautta.

Vastaavasti niin ikään negatiivinen sopimusetu $d = r - w(r)$ ei johtaisi r :n määrittymiseen optimaalisesti, koska tällöin mikäli $u'(r)$ olisi suurempi kuin $w'(r)$, olisi $w'(r^*) < 1$. Edellinen tarkoittaa käytännössä sitä, että liiallisen luottamuksen perusteella tehdyt virheinvestoinnit kasvattavat myönnettävän vahingonkorvauksen määrää ja kannustavat osapuolta ylimääräiseen riskinottoon.

Todennäköisyys p on todellisuudessa muuttujana endogeeninen, jolloin käytössä olevan vahingonkorvauksen tyyppi ja sanktioiden ankaruus vaikuttavat siihen millä todennäköisyydellä sopimuksen asettamat velvoitteet joko täytetään tai jätetään täyttämättä. Kuitenkaan p :n endogeenisuus ei lopulta muuta edellä esitettyä lopputulosta, sillä tehokkain vaihtoehto edellyttää suoritusta aina kun $u(r) - c_P \geq w(r)$[136]. Näin ollen panostusten tulee maksimoida lauseke

$$\int_0^{u(r)-w(r)} (u(r) - c_P) f(c_P|s) dc_P + \int_{u(r)-w(r)}^{\infty} w(r) f(c_P|s) dc_P - r - s$$

jossa s on se investointi, jonka vastapuoli tekee varautuakseen mahdolliseen sopimusrikkomukseen[137]. Tästä seuraa tilanne $c - c_P \geq -d$ jos ja vain jos $u(r) - c \geq w(r)$. Näin ollen, lopputuloksena on lauseke $d = u(r) - w(r) - c$, joka on tarkalleen sama kuin positiivisen sopimusedun ollessa kyseessä.[138]

[136] Sopimuksen tuottaman hyödyn vähennettynä riskinhallintakustannuksilla on oltava vähintään samansuuruinen kuin sen hyödyn mikä seuraa mikäli sopimukseen ei ryhdytä. c_P tarkoittaa kaavassa riskinhallintakustannuksia. Erona muuttujaan c, c_P on varautumisinvestoinnin kustannukset, c:n kuvatessa koko sopimussuhteen kustannuksia.

[137] $f(c_P|s)$ kuvaa tiheysfunktiota joka muodostuu muuttujien c_P ja s välille, koskien vastapuolen sopimusrikkomuksen varalle tekemiä investointeja ja näiden investointien kustannuksia.

[138] *Hermalin ym.* 2007, s. 106-107.

Edellä esitetyistä voidaan huomata se, että vaikka niin ikään positiiviseen kuin negatiiviseen sopimusetuun perustuva vahingonkorvausjärjestelmä toisaalla turvaa ja edistää vaihdantaa[139], saattaa vahingonkorvausjärjestelmä samanaikaisesti kannustaa sopimusosapuolta ottamaan toiminnassaan suurempia riskejä kuin mihin hänen todellinen tietämyksensä vastapuolen luotettavuudesta edellyttäisi. Edellisestä puolestaan voidaan päätyä hieman yllättäväänkin lopputulokseen: Mikäli sopimusosapuolen riskinotto haluttaisiin saada todellista tilannetta vastaavalle tasolle, ei minkäänlaista vahingonkorvausjärjestelmää taikka mahdollisuutta jälkikäteiseen kompensaatioon saisi olla olemassa. Edellinen olisi ainoa tilanne, jolloin sopimusosapuolen luottamus todella vastaisi sopimustilanteen aitoa riskitasoa.

Täysin eri asia on luonnollisesti se, voitaisiinko tällaista järjestelyä pitää vaihdannan kannalta tehokkaana vaihtoehtona.

6.3 Entä jos oikeutta ei saataisikaan?

Todettakoon vielä edelleen se, että usein sekä sopimusteoriaa että sopimusoikeuteen liittyviä vahingonkorvausjärjestelmiä käsiteltäessä taustalla on vahva oletus oikeusjärjestelmän toimivuudesta täydellisesti; loukattu osapuoli tulisi saamaan korvauksen rikkoneelta osapuolelta ja vielä siten, ettei tästä aiheutuisi loukatulle osapuolelle kustannuksia.

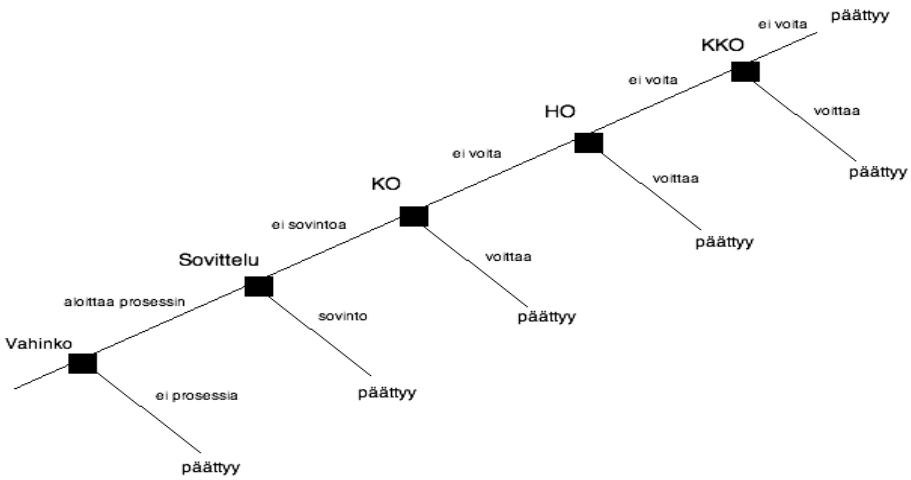
Edellinen oletus on kuitenkin monessa tapauksessa epärealistinen eikä todellisuudessa hyvityksen saaminen oikeusteitse ole likimainkaan näin yksinkertaista. Oikeudellinen prosessaaminen on paitsi aikaavievää ja riita-asioissa hyvinkin kallista, niin yhtälailla prosessin lopputuloksesta ei ole monessakaan tapauksessa etukäteistä varmuutta.

Vahingonkorvauksen saaminen riippuisikin näin ollen vahvasti paitsi niistä mahdollisuuksista jotka lainsäädäntö tarjoaa niin myös osapuolen resursseista sekä mahdollisuudesta käyttää aikaa pitkäänkin oikeusprosessiin. On mahdollista, että

[139] Vahingonkorvausjärjestelmän yleisesti hyväksytyt tehtävät.

osapuolella ei yksinkertaisesti ole mahdollisuutta hakea asiassa itselleen oikeutta, joko siksi etteivät tämän resurssit tähän riitä taikka siksi, ettei tällä muuten ole tähän käytännön mahdollisuutta.

> Kuviossa on esimerkinomainen pitkä riitaprosessi. KKO:n jälkeenkin olisi kuvioon vielä mahdollisuus lisätä mahdollinen vahingonkorvauskanne valtiota vastaan, mahdollisen konfiskoidun hyödyn saamiseksi korvattua vahingonkorvauksena kärsineelle. [140]



On edelleen osoitettu, että mikäli oikeusjärjestelmä olisi erityisen tehoton, ts. osapuolella ei olisi käytännön mahdollisuutta saada oikeusjärjestelmän kautta itselleen hyvitystä, olisi osapuolen odotettu hyvinvointitappio sopimussuhteessa[141]

$$L^E = \left(p\left(S\left(\underline{q}^*\right) - \underline{\theta}\underline{q}^*\right) + (1-p)\left(S\left(\overline{q}^*\right) - \overline{\theta}\overline{q}^*\right)\right)$$
$$-\left(p\left(S\left(\underline{q}^*\right) - \underline{\theta}\underline{q}^* - \Delta\theta\overline{q}^E\right) + (1-p)\left(S\left(\overline{q}^E\right) - \overline{\theta}\overline{q}^E\right)\right)$$
$$= p\Delta\theta\overline{q}^E + (1-p)\left(\left(S\left(\overline{q}^*\right) - \overline{\theta}\overline{q}^*\right) - \left(S\left(\overline{q}^E\right) - \overline{\theta}\overline{q}^E\right)\right)$$

[140] Kuvio mukaillen *Cooter – Ulen* 2012, s. 383. Mikäli asiassa käytäisiin läpi kaikki mahdolliset valitustiet olisi asian käsittelyn odotettu kestoaika 4-6 vuotta. Prosessin jokaisessa vaiheessa aiheutuu kustannuksia, minkä lisäksi riski velvollisuudesta hävitessään joutua korvaamaan myös vastapuolen kustannukset on välttämätöntä ottaa huomioon. Näin ollen ei ole ollenkaan varmaa lähtisikö resursseiltaan heikko osapuoli ylipäätäänsä pitkälle valitustielle, vai jäisikö tällainen tekemättä resurssipulan vuoksi. Monesti yritysten välillä sovitaan käytettäväksi välimiesmenettelyä, mikä on kestoajaltaan nopeampaa mutta toisaalta kustannuksiltaan hyvinkin kallista, minkä johdosta etenkään pienemmillä toimijoilla ei jälleenkään ole tällaiseen menettelyyn käytännössä mahdollisuuksia ryhtyä.

[141] *Laffont – Martimort* 2002, s. 32 ja 361.

jossa q on yksikköjen määrä sopimuksessa, S on kokonaisuuden arvo, θ marginaalikustannus $\Theta = \{\underline{\theta}, \overline{\theta}\}$ ja p sekä $1 - p$ ovat ne todennäköisyydet joilla toinen osapuoli joko toimii toivotusti $\underline{\theta}$ taikka ei-toivotusti $\overline{\theta}$.

Edellä esitetty hyvinvointitappio syntyisi siitä, että osapuoli joutuisi varmistamaan sopimuksen täyttämisen itse, mikäli tämä ylipäätään olisi mahdollista.

Edellisissä esitetyillä asioilla on merkitystä opportunistisen sopimusrikkomuksen tapauksissa. Opportunistisen sopimusosapuolen tietäessä toisen osapuolen luottamuksen olevan ylikorostunut on aiottu rikkomus helpompi toteuttaa vastapuolen riittävän varautumisen puuttuessa.[142] Niin ikään selkeän resurssiepätasapainon vallitessa voisi opportunistinen sopimusosapuoli käyttää hyväkseen tietoa siitä, ettei toisella osapuolella olisi käytännön mahdollisuutta kalliiseen ja aikaavievään oikeusprosessiin lähteä.

Edelliset esitettiin lähinnä esimerkkeinä siitä, millainen tilanne saattaisi todellisuudessa huonoimmillaan olla. Edelleen, esitetyistä epävarmuustekijöistä huolimatta oletettakoon kuitenkin, että tosiasiallinen mahdollisuus hyvitykseen toimivan oikeusjärjestelmän kautta olisi olemassa.

6.4 Vahingonkorvausoikeuden kehittämismahdollisuuksia

Luvissa 6.2 ja 6.3 esitetyistä huolimatta en esitä sitä, että vahingonkorvausjärjestelmä tulisi luottamusharhan välttämiseksi poistaa sillä epäilen lopputuleman olevan sopimusperusteisen vaihdannan kannalta nykytilaa heikompi. Esitän kuitenkin sen, että vahingonkorvausjärjestelmää tulisi muuttaa siltä osin kuin on mahdollista vaikuttaa muuttujaan p joka on se todennäköisyys jolla sopimukset tulevat täytetyksi sovitulla tavalla. Koska osapuolen luottamusharhan poistaminen on vaikeaa, tulee enemmin varmistaa se ettei toiselle osapuolelle syntyisi kannustimia opportunistiseen sopimuskäyttäytymiseen. Paras tapa varmistaa sopimusten pysyvyyttä on lisätä sitä

[142] Niin ikään ylipäätäinen riski opportunistisen sopimuskumppanin valintaan kasvaa, valitsevan osapuolen luottaessa positiivisen sopimusedun mukaiseen vahingonkorvaukseen sopimusrikkomuksen sattuessa.

todennäköisyyttä, jolla sopimus tulee täytetyksi, toisin sanoen laskea opportunistisen sopimuskäyttäytymisen kannustimia.

Kuten jo useamman kerran on todettu, ei Suomen vahingonkorvausjärjestelmällä ole katsottu olevan ennaltaehkäisevää eikä rankaisevaa tehtävää, vaan järjestelmän on katsottu olevan luonteeltaan ainoastaan korjaavaa. Positiivisen sopimusedun mukaisen vahingonkorvauksen suorittaminen hyvittää ne kustannukset sekä sen hyödyn menetyksen, jotka ovat syntyneet sopimuksen jäämisestä täyttymättä sovitulla tavalla. Positiivisen sopimusedun mukainen vahingonkorvaus ei kuitenkaan riittävissä määrin ehkäise opportunistisen sopimusrikkomuksen toteuttamista, sillä rikkovalla sopimusosapuolella on aina mahdollisuus saavuttaa rikkomuksellaan enemmän hyötyä kuin minkä verran toinen osapuoli kärsii vahinkoa.

Hyötykonfiskaatiojärjestelmän osalla voitaneen pitää selvänä sitä, että tietoisuus hyötykonfiskaation mahdollisuudesta vaikuttaa alentavasti kannustimiin harjoittaa rikoksen tunnusmerkistön täyttävää opportunistista sopimuskäyttäytymistä. Koska tiedossa on tällöin se, ettei rikoksen tunnusmerkit täyttävällä sopimusrikkomuksella saatava hyöty jää missään määrin vahingonaiheuttajan eduksi voidaan kyseessä ajatella olevan kannustin sopimuksessa pysymiseksi.[143]

Järjestelyssä on kuitenkin ainakin kaksi selkeää ongelmaa. Ensinnä kysymykseksi jää jokaisessa yksittäistapauksessa se täyttyisivätkö tapauksessa rikoksen tunnusmerkit. Voidaan jo aiemmin esitetysti ajatella tilanne, jossa opportunistinen sopimuskäyttäytyminen toisi rikkojalle huomattavan taloudellisen hyödyn mutta rikos jäisi näyttämättä toteen. Rikkova osapuoli keskittyisi toteuttamaan rikkomuksensa siten, että saavutettu taloudellinen hyöty olisi maksimaalinen mutta rikoksen tunnusmerkistö ei täyttyisi, tai vaihtoehtoisesti kyseistä rikosta ei muutoin kyettäisi näyttämään toteen. Tällöin hyötykonfiskaatio ei soveltuisi, eikä maksettava vahingonkorvaus välttämättä vastaisi rikkomuksella saatua hyötyä. Uhka hyötykonfiskaatiosta ei tällaisessa tapauksessa olisi millään tavoin vaikuttanut

[143] Tämä siltä osin, kuin sopimusrikkomus toteutettaisiin rikoksen tunnusmerkistön täyttävällä teolla, kuten esimerkiksi petoksella.

kyseisen opportunistisen sopimusosapuolen käyttäytymiseen sopimussuhdetta edistävästi.[144]

Toisena asiana ongelmallisena voitaisiin pitää kysymystä siitä, kenellä tulisi olla oikeus sopimusrikkomustilanteesta suoritettavaan kompensaatioon. Positiivisen sopimusedun mukainen vahingonkorvaus suoritetaan loukatulle mutta mahdollinen hyötyylijäämä tulee konfiskoiduksi valtiolle. Pohdinnan arvoista on se, tuleeko valtion kolmantena osapuolena saada taloudellista hyötyä kahden välisessä sopimusrikkomustilanteessa, vai olisiko oikeampi tapa kohdentaa vahingonkorvaushyvitys kaikissa sopimusrikkomustapauksissa kokonaisuudessaan vahinkoa kärsineelle osapuolelle.

Kolmas ongelma on yleinen ja liittyy kahteen ensimmäiseen. Järjestelmä on selkeän epäyhtenäinen. Hyötykonfiskaatiojärjestelmän olemassaolon voidaan katsoa täydentävän tiettyjä sopimusrikkomustilanteissa syntyviä epäkohtia, mutta ainoastaan silloin kun kyseessä on rikollinen teko muiden sopimusrikkomustilanteiden rajautuessa hyötykonfiskaation soveltamisalan ulkopuolelle.[145] Toisaalta kysymys korvauksen edunsaajasta on epäselvä, sillä yhtäällä tämä on vahinkoa kärsinyt ja toisaalla valtio, enkä ole varma siitä voidaanko perustellusti olettaa ettei minkäänlaisia risteäviä intressejä synny, esimerkiksi arvioitaessa sitä minkä suuruinen korvaus loukatulle osapuolelle tulee valtion varoista suorittaa. Toisaalta taas, mikäli rikoshyöty perittäisiin laajennettua hyötykonfiskaatiota soveltaen, en ole rikoslain sanamuoto huomioon ottaen varma edes siitä, tulisiko vahinkoa kärsinyt ylipäätään saamaan asiassa korvauksia.[146] [147]

---

[144] Ajatuksena tässä on siis se, että näytetyksi kyllä tulevat sopimusrikkomus ja tällä saatu hyöty, mutta ei rikosta. Tällöin hyöty-ylijäämä jää rikkojan eduksi.

[145] Hyötykonfiskaation tapauksessa voitaisiin toisaalta valtion väliintulossa nähdä se kärsineen kannalta positiivinen asia, että luvussa 6.3 esitetty epäilys mahdollisuudesta lähteä kalliiseen ja aikaavievään oikeusprosessiin olisi vähäisempi, kyseessä ollen syyttäjän ajama oikeusprosessi. Loukatun osapuolen voisi toisaalta katsoa saavan hyötykonfiskaatiojärjestelmän olemassaolosta tietynlaista riskinhallinnallista etua, tietyntyyppisten opportunististen sopimusrikkomusten johtaessa viranomaisten väliintuloon kyseisessä rikkomustilanteessa. En ole kyseisestä tulkinnasta varma ja näkisin tämän asian olevan lähinnä näkökulmakysymys.

[146] Hyötykonfiskaatio ja vahingonkorvaus olisivat rikoslain mukaan yhteen sovitettavissa ainoastaan tavallisen hyötykonfiskaation tapauksessa. Toisin sanoen, vahingonkorvauksen suorittamista koskevia sääntöjä ei rikoslain sanamuodon mukaan sovellettaisi, mikäli kyseessä olisi sellainen rikoshyöty joka tuomittaisiin valtiolle laajennettua hyötykonfiskaatiota koskevien säännösten perusteella. Asiassa voi nähdä merkittävän epäkohdan, josta äärimmäinen esimerkki olisi tilanne jossa sopimusrikkomukseen liittyisi rikos ja tällä rikoksella saadut varat olisi pyritty kätkemään siten,

Epäselvät järjestelyt eivät ole omiaan ehkäisemään opportunistista käyttäytymistä eivätkä edistämään tehokasta vaihdantaa.

Suomen vahingonkorvausjärjestelmää sekä tämän suhdetta hyötykonfiskaatiojärjestelmään tulisi mielestäni muokata ja yhtenäistää. Vahingonkorvausjärjestelmän luonnetta tulisi muuttaa antamalla tälle preventiivinen sekä tarvittaessa yli-kompensoiva tehtävä[148] ja korvattavan vahingonkorvauksen tulisi kaikissa tapauksissa olla suuruudeltaan vastaava kuin nykyisen positiivisen sopimusedun mukaisen korvauksen lisättynä mahdollisella ylijäävällä hyötyosuudella, ts. $D = u_A + (u_B - u_A),\ u_B - u_A \geq 0$. Toisin sanoen, disgorgement principle -ajatustavan mukaisesti laskettu korvaus. Lisäksi mahdolliset kolmannen intressit tulisi poistaa ohjaamalla rikkomuksesta saatu hyöty vahingonkorvauksen muodossa täysimääräisesti vahingonkärsijälle[149].

Edellä esitetyt muutokset nostaisivat sitä todennäköisyyttä, jolla sopimukset tulisivat täytetyksi sovitulla tavalla sopimusosapuolen tietäessä, ettei rikkomuksella saavutettu hyöty tulisi missään määrin jäämään tälle hyödyksi. Kun sopimusrikkomustilanteissa voitaisiin vaihtoehtoisesti arvioida rikkomuksella

---

että varoihin sovellettaisiin laajennettua hyötykonfiskaatiota koskevia säännöksiä. Tällöin sellainen konfiskoitu omaisuus, joka yleisen ymmärryksen mukaan tulisi käyttää vahingonkorvauksen suorittamiseen loukatulle tulisikin kokonaisuudessaan menetetyksi valtiolle. Asiantila on epäselvä ja käytännössä asia jäisi tuomioistuimen ratkaistavaksi. Tuomioistuimella voisi olla mahdollisuus ottaa vahingonkorvausvelvollisuus huomioon kohtuussyistä, mutta toisaalta tällaista velvollisuutta ei ole olemassa. *Viljanen P.* 2002, s. 10.

[147] Edelleen, yksi mahdollinen epäkohta koskee vanhentumisaikoja. Laissa tarkoitetun kanteen nostamiselle säädetty määräaika on viisi vuotta menettämisseuraamustuomion tulosta lainvoimaiseksi mutta vastaavan konfiskaatiotuomion täytäntöönpanoaika on kymmenen vuotta. Asiassa on mahdollista käydä niin, että varoja saadaan perityksi tuomitulta mutta loukatulla osapuolella ei ole enää mahdollisuutta vaatia saataviaan valtiolta, koska kanteen nostamiselle asetettu määräaika on päättynyt. Vastaava voi toisaalta koskea myös korvausta suorittanutta rikoksentekijää, joka saattaa päätyä kaksinkertaisen suoritusvelvollisuuden kohteeksi. *Viljanen P.* 2002, s. 10.

[148] Käytän termiä yli-kompensoiva kuvaamaan sitä tilannetta, jossa vahinkoa kärsinyt saa hyvitystä yli kärsimänsä vahingon suuruuden. Tulee muistaa se, että vallitsevan käsityksen mukaan rikastumiskielto estäisi kärsineen osapuolen hyötymisen vahinkotapahtumasta, jolloin hyvitettävä korvaus saisi olla korkeintaan kärsityn vahingon suuruinen. Disgorgement principlen soveltaminen edellyttäisi näin ollen tästä periaatteesta luopumista. Todettakoon vielä, että tilanne tulee toisaalta edelleen erottaa common law -järjestelmässä käytössäolevasta rankaisevasta vahingonkorvausjärjestelmästä (punitive damages), sillä disgorgement principlea sovellettaessa korvaus määrättäisiin edelleen rikkoneen osapuolen saaman hyödyn, ei tämän laskennallisen varallisuusaseman mukaisesti.

[149] Valtion oikeus mahdolliseen konfiskoituun ylijäämään poistettaisiin ja sopimusrikkomukseen liittyvä takavarikoitu hyöty kohdistettaisiin jokaisessa tilanteessa täysimääräisesti rikotulle sopimusosapuolelle.

saavutettua hyötyä kärsityn haitan sijaan tehden tästä korvauksen perusta, voitaisiin laskentatavan ainakin olettaa alentavan kannustimia ryhtyä sopimuksenvastaiseen tekoon.

Esimerkkikuvio V

		osapuoli B	
		i	***ii***
osapuoli A	***i***	**10 , 5**	**30 , 0**
	ii	**4 , 5**	**0 , 0**

i, osapuoli noudattaa sopimusta
ii, osapuoli ei noudata sopimusta

Esimerkkikuviossa IV luvussa 4.5.2 esitetty tilanne muuttuisi nyt seuraavanlaiseksi. Huomataan, että opportunistinen sopimuskäyttäytyminen ei tehdyn muutoksen johdosta jäisi millään tavoin osapuolen B eduksi.[150]

Ylimääräistä hyötyä ei olisi enää mahdollista saavuttaa sopimus rikkomalla. Mahdollisen hyödyn odotusarvo riippuisi toisaalta edelleen kiinnijäämistodennäköisyydestä p, mutta koska rikoksen tunnusmerkistön täyttymistä ei asiassa enää edellytettäisi, olisi korvausvelvolliseksi joutumisen todennäköisyys niin ikään aiempaa korkeampaa.[151]

Koska $D_D = D + (k - D)$, tällöin $pU(Y - D_D) + (1 - p)U(Y) = pU\left(Y - D - \left(f + (k - D)\right)\right) + (1 - p)U(Y)$ eli $E(U)_D = E(U)_k$, kun $f = 0$.

Esitetyt lainsäädännölliset muutokset poistaisivat epäkohdat eri rikkomustilanteiden välillä ja pitäisivät opportunistisen sopimuskäyttäytymisen kannustimet eri tilanteissa toisiaan vastaavalla tasolla. Muitakin vaihtoehtoja olisi varmasti olemassa, mutta

[150] Osapuolen A hyöty kasvaisi tämäntyyppisen tilanteen myötä. Koska A ei kuitenkaan voisi laittaa B:tä tekemään sopimusrikkomusta olisi ainoa mahdollinen lopputulema kohdassa *i* , *i*.
[151] Tämä yksinkertaisesti siitä syystä, että harvinaisempi olisi tilanne jossa toisen osapuolen sopimusrikkomus ei selviäisi toiselle osapuolelle.

nykyistä hyötykonfiskaatiojärjestelmän ja vahingonkorvausjärjestelmän ”yhteistoimintaa” en pidä hyvänä ratkaisuna.

Esitetyillä muutoksilla voisi katsoa olevan vaihdantaa tehostavaa vaikutusta ja esitettyjä voisi pitää ainakin opportunistisen sopimuskäyttäytymisen ehkäisemisen kannalta parhaana vaihtoehtona.

7 Lopuksi

7.1 Tiivistelmä

Opportunistisen sopimusrikkomuksen ongelmassa on kyse toiminnasta, jossa toinen sopimusosapuoli rikkoo osapuolten välisen sopimuksen tarkoituksellisesti, pyrkimyksenään tämän rikkomuksensa avulla saavuttaa enemmän hyötyä kuin sopimuksessa pysymällä. Opportunistinen sopimusrikkomus on mahdollista toteuttaa tilanteessa, jossa sopimusasetelma itsessään antaa mahdollisuuden saavuttaa enemmän hyötyä sopimusrikkomus toteuttamalla kuin sopimus asianmukaisesti täyttämällä. Opportunistisen sopimusrikkomuksen ongelmaan liittyvät olennaisesti epäsymmetrisen informaation, rajoitetun rationaalisuuden sekä moral hazard -ongelman käsitteet, jotka yhdessä sopimusrikkomukselle otollisen asetelman kanssa antavat mahdollisuuden sekä opportunistisen sopimusrikkomuksen toteuttamiseen että tästä hyötymiseen.

Lainsäädännöllisenä lähtökohtana sopimusten teolle on mahdollisimman suuren sopimusvapauden salliminen. Sopimusvapauden vastaparina ovat sopimusosapuolet kuitenkin velvoitettuja täyttämään sopimuksen mukaiset velvoitteensa sekä sopimusta että toista osapuolta kohtaan. Sopimusrikkomukset ovat erityisellä tavalla sanktioituja, millä pyritään sopimusinstituution maksimaaliseen suojaamiseen ja sopimusperusteisen vaihdannan turvaamiseen.

Suomalaisessa vahingonkorvausjärjestelmässä sovelletaan sopimusrikkomusten osalla positiivisen sopimusedun mukaista vahingonkorvausta, joka hyvittää rikotulle osapuolelle sopimussuhteeseen ryhtymisestä syntyneet kustannukset sekä sopimusrikkomuksen johdosta saamatta jääneen tuoton. Positiivisen sopimusedun soveltaminen ei kuitenkaan ole opportunistisen sopimusrikkomuksen ehkäisemiseksi riittävää, sillä opportunistisesti toimiva sopimusosapuoli voi jäädä rikkomuksensa johdosta voitolle vielä sen jälkeenkin, kun kärsineelle osapuolelle on jo positiivista sopimusetua noudattaen korvattu sopimussuhteessa syntyneet kustannukset sekä rikkomuksen johdosta saamatta jäänyt tuotto. Opportunistiseen sopimusrikkomukseen saattaa edelleen liittyä rikoslaissa rangaistavaksi säädetty teko kuten esimerkiksi petos, jolloin sovellettavaksi tulevat vahingonkorvaus- ja rangaistussäädösten ohella rikoslain hyödyn menettämistä koskevat säännökset. Rikollisella teolla saavutettu hyöty tulee

kokonaisuudessaan valtiolle menetetyksi, joskin vahinkoa kärsineellä osapuolella tulisi lähtökohtaisesti edelleen olla oikeus positiivisen sopimusedun mukaiseen vahingonkorvaukseen tämän estämättä.

Suomen vahingonkorvausjärjestelmän on katsottu olevan luonteeltaan hyvittävää ja vastaavasti ennaltaehkäisevän ja rangaistuksellisen tehtävän on katsottu kuuluvan rikoslainsäädännölle. Keskeinen ongelma koskien nimenomaisesti opportunististen sopimusrikkomustilanteiden syntyä on kuitenkin juuri vallitsevan sääntelyn liiallinen keskittyminen rikotun osapuolen kärsimän vahingon kompensoimiseen, ei rikkomustilanteiden synnyn ennaltaehkäisemiseen. Rikastumiskiellon periaate rajoittaa vahingonkorvauksen määrän kärsityn vahingon suuruuteen, jolloin mahdollinen hyöty-ylijäämä jää, ainakin milloin rikoksen tunnusmerkistö ei täyttyisi, rikkoneen osapuolen hyödyksi. Näin ollen tilanteissa, joissa sopimusrikkomus ei täyttäisi rikoslaissa määritellyn rikoksen tunnusmerkkejä tai joissa rikosta ei muutoin kyettäisi näyttämään toteen, saattaisi rikkomus tuottaa rikkojalle huomattavasti enemmän hyötyä kuin minkä verran loukattu osapuoli kärsii vahinkoa. Edellistä puolestaan ei tulisi pitää oikeudenmukaisena lopputulemana.

Common law -oikeusjärjestelmästä on löydettävissä disgorgement principle -niminen vaihtoehtoinen periaate vahingonkorvauksen määrän laskemiseksi. Periaatetta sovellettaessa voi sopimusperusteisen vahingonkorvauksen määrän perustana toimia rikkojan saavuttama hyöty vahingonkärsijän kärsimän vahingon sijaan. Kannustimia opportunistiselle sopimuskäyttäytymiselle ei periaatetta sovellettaessa synny, sopimusosapuolen tietäessä ettei aiottu rikkomus jää tälle missään määrin eduksi.

Suomen vahingonkorvausjärjestelmää tulisi kehittää suuntaan, jossa järjestelmä paremmin ennaltaehkäisisi opportunististen sopimusrikkomustilanteiden syntyä. Disgorgement principle -suuntaisen ajattelun omaksuminen olisi yksi mahdollinen kehityskulku. Olennaista olisi kuitenkin se, että järjestelmää kehitettäisiin sellaiseen suuntaan, jossa rikkomus ei enää voisi tulla rikkojalle kannattavaksi. Opportunistisen toiminnan kannustimet tulisi lainsäädäntöä tarkistamalla poistaa. Tällä olisi sekä sopimusinstituutiota turvaavaa että vaihdantaa edistävää vaikutusta.

7.2 Lopuksi

Kuten tutkielmassa on esitetty, on sopimusinstituutio itsessään katsottu sellaiseksi hyväksi jota tulee suojella. Sopimussuhteiden sekä sopimusinstituution erityisellä suojaamisella on katsottu olevan merkitystä paitsi taloudellisen toimeliaisuuden, niin niinikään yhteiskunnallisen kehityksen sekä yhteiskunnan toimivuuden kannalta. Ilman toimivaa sopimusjärjestelmää olisi vaikeaa nähdä olevan olemassa toimivaa yhteiskuntaa, taikka toimivaa talouttakaan. Edellisiä tukevat teoreettisten osoitusten sekä mm. yleisen oikeudenmukaisuus /oikeushyvä -argumentaation ohella useat empiiriset tutkimukset, joissa esimerkiksi yhteys sopimusoikeudellisen sääntelyn tehokkuuden ja talouskasvun välillä on selkeästi osoitettu (mm. Barro, 1996 sekä Sala-i-Martin, 2002) [152].

Samanaikaisesti kun sopimusinstituutio itsessään on haluttu ottaa erityisen suojaamisen ja sääntelyn kohteeksi, on sopimusperusteiseen vahingonkorvausjärjestelmään kuitenkin jäänyt systemaattinen aukko joka mahdollistaa harkitun ja suunnitelmallisen sopimussuhteiden väärinkäytön sekä ylimääräisen hyödyn saavuttamisen tällaisella toiminnalla. Tähän opportunistisen sopimusrikkomuksen ongelmaan ei ole koettu suomalaisessa oikeustieteellisessä argumentaatiossa tarvetta enemmin puuttua, vaan riittäväksi lainsäädännön tasoksi on toistaiseksi katsottu velvoite kärsineen osapuolen vahingon hyvittämiseen osapuolen alkuperäiseen odotetun hyödyn määrään saakka.

Vallitseva ajattelutapa ei kuitenkaan johda yhteiskunnan kannalta parhaaseen lopputulokseen, sillä toimivan järjestelmän ei tule sisältää taloudellisia kannustimia epäasianmukaiseen toimintaan. Näitä kannustimia kuitenkin on, minkä Law and Economics -tutkimussuunnan mukainen arviointi selkeästi osoittaa. Opportunistisen sopimuskäyttäytymisen mahdollistava aukko sopimusperusteista vahingonkorvausta koskevassa sääntelyssä luo vakavaa epävarmuutta sopimussuhteisin ja mahdollistaa harkitut väärinkäytökset, jotka edelleen ovat omiaan merkittävällä tavalla häiritsemään sekä sopimusinstituution itsensä toimivuutta että sujuvaa vaihdantaa.

---

[152] *Robert Barro:* Determinants of Economic Growth: A Cross-Country Empirical Study (1996), sekä *Xavier Sala-i-Martin:* Fifteen Years of New Growth Economics: What Have We Learned? (2002).

Opportunistisen sopimuskäyttäytymisen mahdollisuuden ollessa sopimusosapuolten tiedossa on niin ikään varsin epätoivotun kehityskulun mahdollisuus konkreettinen: Tietoisuus mahdollisuudesta opportunistisella toiminnalla hyötymiseen korottaisi osapuolten varautumiskustannuksia, heikentäisi entisestään luottamusta sopimuskumppaniin ja sopimussuhteeseen sekä ylipäätään vähentäisi halua tehdä sopimuksia, joissa toisen osapuolen toiminannasta olisi olemassa pieninkin epävarmuus. Koska taas tällainen epävarmuus olisi käytännössä olemassa aina, kysymykseksi jäisikin lähinnä se milloin sopimussuhde ylipäätään olisi enää sellainen, että kasvaneet kustannukset sekä korostetun tiedostetut riskit huomioiden olisi osapuolen kannattavaa tähän lähteä.

Taloustieteessä tunnetun politiikan uskottavuuden sekä aikajohdonmukaisuuden ongelman yhteydessä on osoitettu että ’petkutus’ voi toimia kerran, jonka jälkeen usko toimintaan olisi menetetty. Kannustin tällaiseen petkutukseen tulisi vastaavasti poistaa riittävällä pakotteella, joka estäisi osapuolta valitsemasta strategiakseen petkuttamista.

Opportunistisen sopimusrikkomuksen tapauksessa usko vahingonkorvausjärjestelmään itseensä ei toistaiseksi liene järkkynyt, mutta tämä voinee toisaalta johtua myös siitä, että lainsäädännön itsensä yksityiskohdista on tässä nimenomaisessa asiassa tietoa verraten harvalla. Näin ollen, opportunistisen sopimuskäyttäytymisen mahdollisuus ei ole laajalti taloudellisten toimijoiden tiedossa, yleisesti enemmin uskottaen vahingonkorvausjärjestelmän tuomaan suojaan kaikenlaisissa sopimusrikkomustilanteissa. Näin ei kuitenkaan ole, mikä on tutkielman varrella selkeästi osoitettu.

Kaikki esitetty huomioon ottaen pidänkin hieman erikoisena sitä, ettei opportunistisen sopimusrikkomuksen ongelmaan ole toistaiseksi koettu vallitsevassa lainsäädännössä tarvetta puuttua. Näen asian kuitenkin siten, että kyseessä on konkreettinen ongelma jolla on hyvin konkreettisia vaikutuksia. Näin ollen, ja kaiken aiemmin esitetyn nojalla katson, että ongelmaan tulee etsiä tehokas opportunistisen toiminnan kannustimet poistava ratkaisu ja voimassaolevaa lainsäädäntöä muokata tämän mukaisesti.

Lähteet

Akerlof, George A.: The market for ’lemons’: Qualitative uncertainty and the market mechanism. Quarterly Journal of Economics 109 (4), s. 488-500.

Barro, Robert: Determinants of Economic Growth: A Cross-Country Empirical Study. Cambridge 1996.

Becker , Gary S.: Crime and Punishment: An Economic Approach. The Journal of Political Economy, 76 (1968) s. 169-217.

Becker, Gary S. ja Thomes, Nigel: Child Endowments and the Qauntity and Quality of Children. Stanford 1976a.

Becker, Gary S. – Landes, Elisabeth M. ja Michael, Robert T.: Economics of Marital Instability. Stanford 1976b.

Caillaud, Bernard ja Hermalin, Benjamin E.: Hidden-Information Agency. 2000a.

Caillaud, Bernard ja Hermalin, Benjamin E.: Hidden Action and Incentives. 2000b.

Kanniainen, Vesa – Määttä, Kalle ja Timonen, Pekka: Oikeustaloustiede. Teoksessa Näkökulmia oikeustaloustieteeseen, V. Kanniainen ja K. Määttä (toim.). Helsinki 1996.

Calabresi, Guido: Some Thoughts on Risk Distributions and the Law of Torts. Yale 1961.

Calabresi, Guido: The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis. Yale University Press 1970.

Coase, Ronald H.: The Problem of Social Cost. The Journal of Law and Economics, Vol.3 (1960), s. 1-44.

Cooter, Robert ja Ulen, Thomas: Law and Economics, 6th edition. Boston 2012.

Eisenberg, Melvin A.: The Disgorgement Interest in Contract Law. Michigan Law Review, Vol. 105, No. 3 (2006), s. 559-602.

Farnsworth, E. Allan: Your loss or my gain? The Dilemma of the Disgorgement Principle in Breach of Contract. The Yale Law Journal, Vol. 94, No. 6 (1985), s. 1339-1393.

Friedman, David: Law's Order: An Economic Account. Princeton 2000.

Frände, Dan: Yleinen rikosoikeus. Helsinki 2005.

Hemmo, Mika: Oikeudellisen riskienhallinnan perusteita. Helsinki 2005.

Hemmo, Mika: Sopimusoikeus II. Helsinki 2003.

Hemmo, Mika: Vahingonkorvauksen määräytymisestä sopimussuhteissa. Helsinki 1994.

Hemmo, Mika: Vahingonkorvausoikeuden oppikirja. Vantaa 2002.

Hemmo, Mika: Vahingonkorvausoikeus. Helsinki 2005.

Hermalin, Benjamin E. – Katz, Avery W. ja Craswell, Richard: Ch. 1 Contract Law. Teoksessa Handbook of Law and Economics vol. 1., M. Polinsky ja S. Shavell (toim.). Elsevier 2007.

Kaisanlahti, Timo: Riskin pulverointi vahingonkorvausoikeuden tehtävänä. Teoksessa Näkökulmia oikeustaloustieteeseen 3, V. Kanniainen ja K. Määttä (toim.). Helsinki 1999.

Laffont, Jean-Jacques ja Martimort, David: The Theory of Incentives. Princeton University Press 2002.

Letto-Vanamo, Pia ja Määttä, Kalle: Varallisuusoikeuksien tehokkuus. Teoksessa Näkökulmia oikeustaloustieteeseen, V. Kanniainen ja K. Määttä (toim.). Helsinki 1996.

Mähönen, Jukka: Law and economics: erityminen ja kehitys. Teoksessa Näkökulmia oikeustaloustieteeseen 2, V. Kanniainen ja K. Määttä (toim.). Helsinki 1998.

Määttä, Kalle: Näkökulmia rikostaloustieteeseen. Teoksessa Näkökulmia oikeustaloustieteeseen 2, V. Kanniainen ja K. Määttä (toim.). Helsinki 1998.

Posner, Richard A.: An Economic Theory of the Criminal Law. Columbia Law Rewiev, Vol.85 (1985), s. 1193-1231.

Posner, Richard.A.: The Economic Analysis of Law, 7th edition". Austin 2007.

Posner, Richard A.: Frontiers of Legal Theory. Cambridge: Harvard University Press 2001.

Routamo, Eero ja Ståhlberg, Pauli: Suomen vahingonkorvausoikeus. Helsinki 2000.

Routamo, Eero – Ståhlberg, Pauli ja Karhu, Juha: Suomen vahingonkorvausoikeus. Helsinki 2006.

Saarnilehto, Ari: Sopimusoikeuden perusteet. Helsinki 2009.

Sala-i-Martin, Xavier: Fifteen Years of New Growth Economics: What Have We Learned? Teoksessa Economic Growth: Sources, Trends, and Cycles, N. Loayza ja R. Soto (toim.). Chile 2002.

Salanié, Bernard: The Economics of Contracts. Cambridge MA. MIT Press 1997.

Viljanen, Mika: Vahingonkorvauksen määrä. Vammala 2008.

Viljanen, Pekka: Konfiskaatio rikosoikeudellisena seuraamuksena. Helsinki 2007.

Viljanen, Pekka: Rikoslain uuden 10 luvun mukaisesta hyödyn menettämisestä ja laajennetusta hyödyn menettämisestä. Defensor Legis N:o 1/2002, s. 3-20.

Virallislähteet ja julkaisut

Hallituksen esitys Eduskunnalle menettämisseuraamuksia koskevan lainsäädännön uudistamiseksi HE 80/2000

Lyhenteet

KL	Kauppalaki 355/1987
OikTL	Laki varallisuusoikeudellisista oikeustoimista 228/1929
RL	Rikoslaki 1889
SopMenL	Laki sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa 1061/1978
VahL	Vahingonkorvauslaki 412/1974