

# OIKEUSTIEDE

## JURISPRUDENTIA

XXXVII

2004

---

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN VUOSIKIRJA

*Toimitusneuvosto*

Pekka Vihervuori, puheenjohtaja

Antti Jokela

Matti Ilmari Niemi

Pekka Timonen

*Toimittaja*

Leena Halila

*Tilausosoite*

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki

p. (09) 6120 300, f. (09) 604 668

sly@lakimies.org

www.lakimies.org

© 2004 kirjoittajat ja Suomalainen Lakimiesyhdistys

ISSN 0355-8215

ISBN 951-855-238-X

ISBN 978-951-855-734-3 (verkkokirja)

Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 2004

**Kristina Andström**

# **OIKEUSTIETEEN LUONTEESTA**



---

# Sisällys

1 ONKO OIKEUSTIEDE DESKRIPTIIVINEN VAI NORMATIIVINEN TIEDE? .....	9
2 OIKEUDEN ONTOLOGIASTA .....	12
2.1 Kelsenin ”puhtaan oikeusopin” käsitys oikeuden olemuksesta: oikeus normikoostumana .....	12
2.2 Kriittinen positivismi: oikeuden kahdet kasvot .....	14
3 OIKEUSTIETEELLISESTÄ TIEDOSTA .....	18
3.1 Oikeuden ja oikeustieteen suhde Kelsenin puhtaassa oikeusopissa ...	18
3.2 Oikeustieteellinen tieto kriittisessä positivismissa .....	21
3.3 Oikeustieteellisen tiedon totuudesta .....	22
3.4 Oikeusnormien tunnistamissääntö .....	24
3.5 Episteemisesti sisäinen näkökulma oikeuteen .....	28
4 POSITIIVISEN OIKEUDEN PARADOKSI .....	30
LÄHTEET .....	40
ON THE NATURE OF JURISPRUDENCE .....	42



---

# Oikeustieteen luonteesta

## 1 ONKO OIKEUSTIEDE DESKRIPTIIVINEN VAI NORMATIIVINEN TIEDE?

Oikeustieteelliseen tutkimukseen liittyvät metodologiset ongelmat voidaan palauttaa oikeustieteen ja erityisesti sen ydinalueen oikeusdogmatiikan luonnetta koskeviksi kysymyksiksi. Oikeustiedettä on ollut tapana luonnehtia normatiiviseksi tieteeksi, toisin kuin muita, ns. deskriptiivisiä yhteiskuntatieteitä.

Oikeusdogmatiikan normatiivisuudella voidaan kuitenkin tarkoittaa erilaisia asioita. *Norberto Bobbio* mukaan oikeusdogmatiikkaa voidaan pitää normatiivisena kolmessa eri suhteessa: se voi olla normatiivista kohteeltaan, metodiltaan tai funktioltaan.<sup>1</sup>

*Aulis Aarnio* vuorostaan on esittänyt väljästi edellä kuvattuun Bobbion jaotteluun perustuvan jaottelun, jonka mukaan tutkimus voi olla normatiivista joko menetelmältään tai sisällöltään. Tutkimusmenetelmää voidaan hänen mukaansa kuvata käsitteillä ”selittävä” ja vastaavasti ”ei-selittävä”. ”Selittävällä” menetelmällä hän tarkoittaa menetelmää, jolla pyritään kausaaliseen tai finaaliseen selitykseen. ”Ei-selittäviin” menetelmiin hän taas lukee kaikki muut mahdolliset menetelmät. Sisällön osalta hän tekee kah-tiajaon ”normatiivinen”/”ei-normatiivinen” tutkimus. ”Normatiivista” on hänen mukaansa tutkimus, jonka tuloksena esitetään normeja. ”Ei-normatiivisen” tutkimuksen lauseet voivat olla joko väitteitä (deskriptioita) tai performatiivisia ilmauksia, lauseita, joilla aikaansaadaan jokin asiantila.

Metodiltaan selittävän ja sisällöltään normatiivisen tutkimuksen yhdistelmä sulkeutuu hänen mukaansa jo loogisista syistä pois; selittävä tutkimus ei voi tuottaa tulokseksi normatiivisia lauseita. Oikeusdogmatiikan perinteistä tehtävänasettelua vastaa sellainen tutkimus, joka on menetel-

---

<sup>1</sup> Bobbio, ”Sein” and ”Sollen”, ARSP 1970 s. 9.

mältään ei-selittävää ja sisällöltään normatiivista. Oikeusdogmatiikassa ei siis hänen mukaansa käytetä kausaaliselityksiin pyrkiviä menetelmiä ja sen tulokset ovat normatiivisia lauseita. Luonnehdinta on hänen mukaansa kuitenkin vaillinainen sikäli, että se ei selitä, minkälaisia ”ei-selittäviä” menetelmiä tutkimuksessa oikeastaan käytetään. Toisaalta hän toteaa, että perinteiseen lainoppiin sisältyy myös tutkimusta, joka on metodiltaan ”ei-selittävää” ja sisällöltään ”ei-normatiivista”. Tällaista tutkimusta hän kutsuu ”deskriptiiviseksi”. Siinä ei edetä selittämisen asteelle mutta ei toisaalta esitetä myöskään normatiivisia kannanottoja tai suosituksia. Kysymyksessä voi olla tutkimus, jossa esitetään, analysoiden tai analysoimatta, tietyt lakitekstit tai ennakkotapaukset, ts. oikeudellinen päätöksentekomateriaali.<sup>2</sup>

Oikeusdogmatiikan kohdetta, sen metodia ja tuloksia koskevien kysymysten taustalta voidaan hahmottaa myös oikeuden ontologiaan ja oikeusdogmatiikan epistemologiaan liittyviä peruskysymyksiä. Oikeus voidaan nähdä joko normeina tai toimintana. Edellinen tarkastelutapa merkitsee oikeustieteen kohteen käsittämistä normatiiviseksi. Oikeustieteen tulokset taas näyttäytyvät tässä ontologiassa normatiivisina silloin, kun oikeustiede nähdään osana tutkimuskohdettaan oikeutta. Oikeuden ymmärtäminen inhimillisenä toimintana taas merkitsee sitä, että sitä tutkivan tieteen kohteena ovat empiiriset faktat, eivät normatiiviset entiteetit. Tämä toiminta voi olla esim. viranomaistoimintaa tai lainsäätäjän toimintaa.<sup>3</sup> Tutkimuksessa pyritään tällöin selittämään ja mahdollisesti myös ennustamaan määrättyjen aktoreiden toimintaa. Viimeksi mainittu tapahtuu etsimällä toiminnan säännönmukaisuuksia.

Tutkimuksen ontologisiin sitoumuksiin liittyvät väistämättömästi myös epistemologiset ratkaisut, joko siten, että valittu ontologia määrää epistemologiaa, tai että epistemologialla ”luodaan” tutkimuksen kohde. Ne määrittelevät, millä tavoin tutkimuskohteesta voidaan saada hyväksyttävää tietoa. Tutkimuskohteen määrittelemisen luonteeltaan normatiiviseksi merkitsee myös sitä, että empiiristen tutkimusmenetelmien käytön mahdollisuus torjutaan; normit eivät tämän käsityksen mukaan voi olla havainnoinnin kohteina.

Nykyisin vallalla olevan suomalaisen oikeustieteen paradigman käsityksiä oikeustieteen epistemologisista sitoumuksista kuvastaa osuvasti *Raimo Siltalan* kirjoitus empiiristen metodien soveltamismahdollisuuksista lainopillisessa tutkimuksessa. Hän erottaa analyysissään neljä erilaista suh-

<sup>2</sup> Aarnio, Laki, teko ja tavoite s. 216–219.

<sup>3</sup> Kivivuori, Suomen vahingonkorvauslainsäädännön kehitys s. 21–27.



tautumistapaa yhteiskuntatieteiden empiirisiin metodeihin: metodisen reduktiomallin, metodisen yhdistelmämallin, metodisen synkretismin ja metodisen paralleelimallin. Näiden lisäksi hän esittää oman, tutkimukselliseksi vuorovaikutusmalliksi kutsumansa mallin, joka on hänen mukaansa eräänlainen metodisen paralleelimallin tai yhdistelmämallin muunnelma.<sup>4</sup>

Vahvin empiristinen sitoumus on näistä metodista reduktiomallia noudattavalla tutkimussuuntauksella. Tämän mallin mukaan oikeustieteen on, ollakseen tieteellisesti hyväksyttävää, käytettävä yhteiskuntatieteiden empiirisiä menetelmiä. Siltala erottaa tässä metodisessa reduktionismissa vielä kaksi eriasteista muunnelmaa. Vahvaa reduktioteesiä noudattavassa tutkimuksessa lainopin tulkinnalliselle metodille ei jää lainkaan sijaa. Heikon reduktioteesin mukaisessa tutkimuksessa taas pyritään määrittelemään oikeudellinen tulkinta uudelleen tavalla, joka poistaa ristiriidan sen ja yhteiskuntatieteiden empiirisen metodin väliltä. Siltala torjuu metodisen reduktiomallin mukaisen tutkimuksen oikeusdogmatiikassa, koska hänen mukaansa lainoppi ei kykenisi tällöin täyttämään sille asetettua yhteiskunnallista tehtävää perustellun normitiedon tuottajana.<sup>5</sup>

Oikeuden käsittämiseen normikoostumana liittyy yleensä myös käsitys siitä, että oikeustieteen harjoittaja tarkastelee tutkimuskohdettaan sisäisestä, osanottajan näkökulmasta, toisin kuin muut yhteiskuntatieteet, joiden näkökulma tutkimuskohteeseensa on ulkoinen, tarkkailijan näkökulma. Oikeustieteen on todettu olevan osa oikeudellista toimintaa; oikeusoppineet osallistuvat oikeuden luomiseen normijärjestelmänä. Yhteiskuntatieteen harjoittajien ei sen sijaan katsota osallistuvan ainakaan välittömästi tutkimuskohteensa luomiseen.<sup>6</sup>

Vaikka tieteet voidaan eri piirteidensä perusteella jakaa periaatteessa kahteen kategoriaan, normatiivisiin ja deskriptiivisiin tieteisiin, tieteiden jako on osoittautunut kuitenkin ongelmallisemmaksi kuin ensi katsomalta näyttää. Ensinnäkin ns. deskriptiivisissä yhteiskuntatieteissä voidaan havaita myös normatiivisia piirteitä. Toisaalta oikeustieteessä normatiiviseksi tieteeksi käsitettynä on todettu olevan eräitä deskriptiivisiin tieteisiin liitettäviä piirteitä. Siten esim. *Hannu Tapani Klamin* konseptiossa oikeusnormi voidaan ymmärtää säännön ja käyttäytymisen ontologisena yhteytenä. Hänen käsityksensä oikeuden olemuksesta on siis dualistinen.<sup>7</sup> Aulis Aarnio puolestaan toteaa oikeustieteen harjoittajan toimivan tavallaan ul-

<sup>4</sup> Siltala, *Empirismin haaste*, Oikeustiede 1997 s. 278–290.

<sup>5</sup> Siltala, *mts.* 281–284 ja 289.

<sup>6</sup> Tuori, *Legal Science*, ARSP 1997 s. 125; Aarnio, *Laintulkinnan teoria* s. 56–57.

<sup>7</sup> Klami, *Finalistinen oikeusteoria* s. 3 ss. ja sama, *Ihmisen säännöt* s. 27–29.

koisen ja sisäisen näkökulman välimaastossa.<sup>8</sup> *Kaarlo Tuori* taas esittää oikeuden tasottelumallissaan, että oikeus tulisi nähdä kaksikasvoisena, sekä normijärjestelmänä että yhteiskunnallisina käytäntöinä.

Edellä kuvatut käsitykset deskriptiivisten piirteiden sisällyttämisestä myös oikeustieteelliseen tutkimukseen eivät kuitenkaan kerro mitään siitä, miten tämä yhteen kietoutuminen heijastuu oikeusdogmaattisen tutkimuksen metodologiaan. Tarkoitukseni on seuraavassa selvittää tätä kysymystä keskeisten modernien oikeuspositivististen teorioiden ontologisten ja epistemologisten sitoumusten ja niihin liittyvien metodisten kannanottojen tarkastelun avulla.

## 2 OIKEUDEN ONTOLOGIASTA

### 2.1 Kelsenin ”puhtaan oikeusopin” käsitys oikeuden olemuksesta: oikeus normikoostumana

Positivististen oikeutta koskevien teorioiden keskeisenä piirteenä voidaan pitää sitä, että oikeus nähdään ihmisten asettamien normien koostumana. Eräänlainen oikeuspositivismin perusteoria on *Hans Kelsenin* ”puhtas oikeusoppi”. Tämän teorian mukaan oikeus on normikoostuma, joka sijoittuu erityiseen ”pitämisen (*Sollen*) maailmaan”.<sup>9</sup> Puhtaan oikeusopin varhaisvaiheissa tämä normikoostuma oli oikeustieteen tuottamien lauseiden koostuma. Teorian myöhäisvaiheessa se sai voluntaristisen sisällön; oikeus on oikeusorganien asettamien oikeusnormien muodostama kokonaisuus, siis inhimillisen tahdon tuote.<sup>10</sup> ”Pitämisen maailman” vastinparina Kelsenillä on ”olemisen (*Sein*) maailma”, johon empiiriset faktat kuuluvat.

Puhtaan oikeusopin käsitys oikeudesta perustuu *Immanuel Kantin* filosofiassa esitettyyn eroon ”luonnon” ja ”pitämisen” kategorioiden välillä. Luonnon elementit järjestyvät tämän käsityksen mukaan kausaliteetin periaatteen mukaisesti, eikä niihin sisälly mitään ”pitämistä” tai arvoa. ”Pitämisen” käsite kuuluu ainoastaan inhimillisen toiminnan piiriin. Kelsenin konseptiossa ”*Sein*” merkitsee luonnon ohella myös kaikkea muuta kausaalisesti determinoituvaa todellisuutta (*Wirklichkeit*); ”*Sein*”-käsitteen

---

<sup>8</sup> Aarnio, *Laintulkinnan teoria* s. 56.

<sup>9</sup> Kelsen, *Puhtas oikeusoppi* s. 84–85.

<sup>10</sup> Laakso, *Puhtaan oikeusopin problematiikkaa*, *Oikeustiede* 1980 s. 98.

alaan kuuluu siten myös kausaalisesti määräytyvä yhteiskuntatodellisuus. ”*Sollen*” taas tarkoittaa Kelsenillä samaa kuin henki (*Geist*), arvo (*Wert*) tai normi (*Norm*).<sup>11</sup> Kelsenin mukaan nämä kaksi kategorialausta ovat inhimillisen tiedon välttämätön osa; hänen mukaansa olemisen ja pitämisen ero ei voida ryhtyä tarkemmin selittämään. Se on tajunnallemme välittömästi annettu.<sup>12</sup> ”Olemisen” ja ”pitämisen” kategoriat on Kelsenin mukaan myös erotettava jyrkästi toisistaan. Kelsen puhuu näiden kategorioiden ”täydellisestä dispariteetista”, niiden ”kumoamattomasta dualismista” ja ”täydellisestä molemminpuolisesta riippumattomuudesta”.<sup>13</sup>

”Pitämisen” kategorian sisälläkin Kelsen tekee ehdottoman eron oikeudellisten ja muiden normien välillä. Oikeus on hänen mukaansa pakkojärjestyksenä erotettava moraalista.<sup>14</sup> Tämä on välttämätöntä siksi, että oikeuden samastaminen moraalisiin edellyttäisi absoluuttisen moraalikäsitteen omaksumista. Moraaliarvostelmat voivat Kelsenin mukaan olla kuitenkin vain relatiivisia.<sup>15</sup> Tällä tavoin Kelsen sanoutuu irti ”staattiseksi” kutsumastaan periaatteesta, jonka mukaan järjestelmän normit johdetaan loogisen deduktion avulla ylemmästä normista, johon niiden voidaan oikeastaan katsoa jo sisältyvän. Ylemmänasteinen normi antaa siitä johdetuille normeille niin voimassaolon perusteen kuin sen sisällönkin. Tällainen ylemmänasteinen normi voi Kelsenin mukaan kuitenkin toimia siitä johdetun normijärjestelmän perusnormina vain silloin, kun sen sisältö voidaan välittömästi oivaltaa. ”Dynaamista” periaatetta noudattavassa järjestelmässä, jota Kelsenin käsitys edustaa, perusnormin sisältönä taas on pelkästään normeja luovan tosiseikaston määrittely, ts. normeja asettavan auktoriteetin kelpuuttaminen. Dynaamisen järjestelmän perusnormin sisältö siis ainoastaan määrää, miten tähän perusnormiin nojautuvat normit pitää luoda.<sup>16</sup> Perusnormi täyttää puhtaasti muodollisenakin asetettujen sisällöllisten normien normatiivisen pätevyyden takaajan tehtävän; asetettu normi on pätevä, jos sen asettaminen on tapahtunut perusnormin edellyttämällä tavalla. Tämä norminantokompetenssin delegaatio ulottuu aina yksittäisessä lainkäyttötarkistuksessa annettuun normiin asti. Siten moderneissa länsimaisissa valtiosääntöihin perustuvissa järjestelmissä (ensimmäisen) valtiosäännön asettajan norminantokompetenssi on sisällöllisesti rajoittamaton. Periaatteessa Kelsenin

<sup>11</sup> Laakso, Puhtaan oikeusopin problematiikkaa, Oikeustiede 1980 s. 158–159.

<sup>12</sup> Kelsen, Puhdas oikeusoppi s. 6.

<sup>13</sup> Laakso, mts. 161 ja siinä mainitut lähteet.

<sup>14</sup> Kelsen, mts. 69–70.

<sup>15</sup> Kelsen, mts. 71–75.

<sup>16</sup> Kelsen, mts. 209–215.

konstruoima norminantokompetenssin muodollinen delegaatio ylemmänasteisilla normeilla alemmanasteisia normeja asettaville normiauktoriteeteille riittäisi sellaisenaan takaamaan näiden asettamien normien pätevyyden. Koska perusnormista pätevyytensä ammentavat alemmanasteiset normit kuitenkin yleensä sisältävät myös sisällöllistä ainesta, valtiosääntöä alempia normeja antavien normiauktoriteettien norminantokompetenssi on myös sisällöllisesti rajoitettu.<sup>17</sup>

Kelsenin esittämä kuva oikeudesta näyttää olennaisilta osin vastaavan suomalaisen oikeusyhteisön vakiintunutta käsitystä oikeuden olemuksesta. Oikeuden dominoivan ydinosan muodostavat tämän käsityksen mukaan valtiosäännön mukaisessa järjestyksessä annettujen eduskuntalakien sisältämät normit.<sup>18</sup> Yhteenvedonomaaisesti voidaan siis todeta, että Kelsenin ”puhtaassa oikeusopissa” oikeus on perusnormista norminasettamisvallan delegaation kautta pätevyytensä saavien, inhimillisillä tahdonakteilla asetettujen normien koostuma, joka kuuluu ”olemisen maailmasta” täysin erilliseen ”pitämisen maailmaan”. Kuitenkin jo tämä yleinen luonnehdinta paljastaa Kelsenin oikeuskäsitykseen sisältyvän ristiriidan. Jokaisen perusnormiin viimekätisesti perustuvan norminantokompetenssin nojalla annetun normin olemassaolon edellytyksenä on tosiasiallinen asettamisakti, joka kuuluu ”olemisen maailmaan”. ”Puhtaan oikeusopin” myöhäisvaiheen käsitys oikeudesta näyttää siis sisältävän kaksi toistensa kanssa väistämättä ristiriidassa olevaa edellytystä: oikeusnormien on samanaikaisesti oltava inhimillisen tahdonaktin tuotteita ja kuitenkin ”olemisen maailmasta” täysin erilliseen ”pitämisen maailmaan” kuuluvia entiteettejä.

## 2.2 Kriittinen positivismi: oikeuden kahdet kasvot

Esittämässään kriittisen positivismin mallissa Kaarlo Tuori määrittelee oikeuden sekä normijoukoksi että erityisiksi yhteiskunnallisiksi käytännöiksi.<sup>19</sup> Modernin oikeudenkäytön ennustettavuuden vaatimus on aiheuttanut aiemmin yhtenäisen oikeuden eriytymisen yleisiksi normeiksi ja oikeudelliseksi toiminnaksi.<sup>20</sup> Modernissakaan oikeudessa nämä kaksi puolta eivät kuitenkaan ole täysin riippumattomia toisistaan; juuri oikeusnormit määrittelevät tietyt yhteiskunnalliset käytännöt oikeudellisiksi käytännöiksi,

<sup>17</sup> Kelsen, *Puhdas oikeusoppi* s. 212–215 ja 251–254.

<sup>18</sup> Ks. esim. Aarnio, *Laintulkinnan teoria* s. 220 ja 223–224.

<sup>19</sup> Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi* s. 138.

<sup>20</sup> Weber, *Ekonomi och samhälle II* s. 190–191.

ja oikeusnormit puolestaan tuotetaan ja uusinnetaan näissä käytännöissä.

Oikeudelliset käytännöt voidaan Tuorin mukaan ymmärtää viestintäkäytännöiksi. Ne ovat hänen mukaansa kielitekoja, jotka nostavat esiin ja tematisoivat erityisiä oikeudellisia pätevyysvaatimuksia. Modernille yhteiskunnalle ominainen työnjaollinen eriytyminen ulottuu myös oikeudellisiin käytäntöihin, ja siten moderni oikeus edellyttää oikeusnormien tuottamiseen, soveltamiseen, tulkitsemiseen ja systematisointiin erikoistuneita käytäntöjä. Näitä käytäntöjä hän kutsuu oikeudellisiksi käytännöiksi suppeassa mielessä, ja ne eroavat oikeudellisista käytännöistä laajassa mielessä juuri erikoistumisensa perusteella; niiden toimijoina ovat oikeuden ammattilaiset, jotka tuottavat ja uusintavat oikeutta normijärjestyksensä. Lakimieskunnan vaaliman oikeudellisen eliittikulttuurin tehtävänä on, kuten jo *Max Weber* toteaa, vastata oikeuden formaalin rationaalisuuden vaatimasta systemaattisuudesta ja systematisoidun oikeusjärjestyksen soveltamisesta tuomioistuimissa. Näitä erikoistuneita oikeudellisia käytäntöjä ovat modernissa yhteiskunnassa Tuorin mukaan tuomioistuinten ratkaisutoiminta ja oikeustiede.

Lainsäätäminen on hänen mukaansa sen sijaan poliittisten ja oikeudellisten käytäntöjen erityislaatuinen yhdistelmä, jossa poliittiset käytännöt ja poliittiset argumentit ovat määrääviä. Poliittinen argumentaatio noudattaa hänen mukaansa tavoiterationaalista mallia, jossa myös tavoitteet ovat avoimia. Tässä argumentaatiossa lainsäädäntö hahmotetaan välineeksi, jolla pyritään saavuttamaan poliittiset tavoitteet. Poliittinen argumentaatio on näin aikaperspektiiviltään tulevaisuuteen suuntautunutta. Lainsäädäntöön kuuluu kuitenkin myös muita rationaalisuustyyppisiä korostavia käytäntöjä. Lainvalmistelun tehtävänä on Tuorin mukaan varmistaa lainsäädännön looginen konsistenssi ja oikeusjärjestyksen sisäisen rationaalisuuden säilyminen. Päävastuu oikeuden sisäisestä rationaalisuudesta kuuluu kuitenkin hänen mukaansa lainkäytölle ja oikeustieteelle. Vaikka lainsäädäntö on ainakin mannereurooppalaisissa oikeusjärjestelmissä tärkein oikeuslähde, sitä voidaan hänen mukaansa pitää vasta oikeuden raaka-aineena, se on ”ei-vielä-oikeutta pikemminkin kuin jo-oikeutta”. Oikeusjärjestyksen sisäisen rationaalisuuden kannalta lainsäädäntöä voidaankin pitää Tuorin mukaan pikemminkin epäjärjestyttä tuottavana tekijänä. Jotta lainsäädäntöä voitaisiin pitää ”jo-oikeutena”, sen on ensin läpikäytävä erityisiä oikeudellisia muuntamismekanismeja, jotka siis esiintyvät tuomioistuinten laintulkinta- ja soveltamistoimintana sekä yliopistollisen oikeustieteen laintulkinta- ja systematisointitoimintana.<sup>21</sup>

<sup>21</sup> Tuori, Kriittinen oikeuspositivismi s. 146–154.

Oikeustiede on Tuorin mukaan siinä mielessä erityisasemassa oikeudellisena käytäntönä, että se ei tuota sellaisia välittömästi velvoittavia päätöksiä, jotka ovat ominaisia asetetulle oikeudelle. Sen tuottamalla ratkaisuilla ei nimittäin ole samanlaista pakkovallan tukemaa sitovuutta kuin lainsäädännöllä ja tuomioistuinratkaisuilla. Oikeustiede saa sitovan voiman vasta lainsäätämisen ja lainkäytön välityksellä. Oikeustieteen institutionaalistumisen aste on myös alhaisempi kuin lainsäätämisen ja lainkäytön. Sitä harjoittavilla tahoilla ei ole samanlaista oikeusnormeilla perustettua yksinoikeutta kuin valtiosäännön asettamalla lainsäädäntöelimillä tai tuomioistuimilla. Vaikka oikeustieteessäkin noudatetaan tiettyjä menettelysääntöjä, niitä ei ole vahvistettu lainsäädännöllä. Oikeustieteen menettelysääntöjä voidaan lisäksi pitää paremminkin tieteellisinä pelisääntöinä, joiden merkitys Tuorin mukaan ei ole seurausta oikeustieteen asemasta oikeudellisena, vaan tieteellisenä käytäntönä. Tuori toteaaakin, että oikeustiedettä voidaan pitää yhtäaikaan sekä tieteellisenä että oikeudellisena käytäntönä. Oikeustieteen harjoittaja lähestyy hänen mukaansa kohdettaan sisäisestä näkökulmasta ja antaa tuotoksillaan välittömän panoksensa tutkimuskohteensa, oikeusjärjestyksen, tuottamiseen.<sup>22</sup>

*Anthony Giddensin* viitaten Tuori esittää, että oikeuden erikoistuneiden subjektien toiminta perustuu sitä ohjaavaan ”hiljaiseen tietoon” oikeuden pelisäännöistä. Tätä ”hiljaista tietoa” oikeudelliset toimijat muuntavat diskursiiviseksi oikeuden pintatasolla kielelliseen muotoon puettuina normeina. Oikeudellisten toimijoiden asemaa oikeuden muotoamisessa säätelevät normit näkyvät vallitsevana oikeuslähdeoppina, joka määrittelee myös toimijoiden keskinäiset suhteet. Modernin oikeuden pinnan tärkeimmät ainesosat ovat lait ja muut säädökset, tuomioistuinten ratkaisut ja oikeustieteen kirjoissaan ja artikkeleissaan esittämät lausumat. Vastaavasti tärkeimmät keskeiset oikeudelliset toimijat ovat lainsäätäminen, lainkäyttö ja oikeustiede.

Vaikka oikeudellinen toiminta on Tuorin mukaan nähtävissä vain oikeuden pintatasolla, oikeuden subjektit toimivat kuitenkin samanaikaisesti myös oikeuden pinnanalaisilla, ei-diskursiivisilla tasoilla. Ne hyödyntävät toiminnassaan oikeuden kaikkia tasoja ja myös vaikuttavat niihin. Oikeudellinen teko sijoittuu Tuorin mukaan samanaikaisesti sekä oikeuden pintatason että sen pinnan alaisten tasojen rekistereihin. Tuori nimittää tätä oikeuden sedimentoitumiseksi. Oikeuden sedimentoituminen takaa hänen mukaansa modernin oikeuden positiivisuuden sen kaikilla tasoilla. Oikeuden pinnanalaiset tasot, oikeuskulttuuri ja oikeuden syvärakenne, pääse-

---

<sup>22</sup> Tuori, Kriittinen oikeuspositivismi s. 160–162.

vät osalliseksi oikeuden positiivisuudesta oikeudellisten käytäntöjen toteuttaman sedimentaatio-suhteen välityksellä.<sup>23</sup>

Oikeuden pintatason kielellisinä formulaatioina ilmenevä oikeus normatiivisena järjestyksenä koostuu näiden formulaatioiden merkitysisällöistä, oikeusnormeista. Oikeusnormit rajataan muista yhteiskunnallisista normeista erityisten oikeudellisten pätevyyskriteerien nojalla. Oikeutta ovat siis vain sellaiset normit, jotka täyttävät nämä kriteerit. Tuori hylkää mallissaan oikeuden realistiset pätevyysteoriat, jotka samastavat oikeusnormien pätevyuden niiden tosiasialliseen noudattamiseen, ja asettuu vaatimaan oikeusnormeilta normatiivista pätevyyttä. Hänen mukaansa oikeusnormeja voidaan pitää *Karl Popperin* ”maailmaan 3” kuuluvina tosiseikkoina. Ne ovat ihmisten käytännöllisen toiminnan tuotetta, mutta niillä on itsenäinen, tästä toiminnasta objektivoitunut olemassaolo. Näiden tosiseikkojen olemassaoloa koskevaa väitettä Tuorin mukaan ei kuitenkaan voida arvioida totuuden korrespondenssiteorian mukaan, kuten *Ilkka Niiniluoto* on esittänyt, vaan tarkastelemalla normia koskevaa väitettä normatiivisen pätevyuden näkökulmasta.<sup>24</sup>

Suppean oikeusyhteisön erikoistuneissa käytännöissä oikeuden yhä uudelleen esiin nouseva legitimiisyysskysymys näyttäytyy Tuorin mukaan oikeusnormien pätevyuden arvioinnissa. Oikeusnormien sisällöllisen pätevyuden mittapuuna on juuri oikeusnormien legitimiisyys, tarkemmin sanottuna niiden normatiivinen legitimiisyys. Tuori varaa normatiivisen legitimiisyysskysymyksen oikeusnormien sellaiseen arviointiin, joka perustuu moraalisiin tai eettisiin kriteereihin. Kriittisen oikeuspositivismin mallissa suppean oikeusyhteisön erikoistuneissa käytännöissä legitimiisyysskysymys ratkeaa oikeuden eri tasojen välisen justifikaatio-suhteen avulla. Justifikaatio-suhte voidaan nähdä oikeuden tasojen välisen rajoitus-suhteen kääntöpuolena. Hänen mukaansa oikeuskulttuuriin ja oikeuden syvärakenteeseen kerrostuneet moraalisesti tai eettisesti ladatut periaatteet toisaalta rajoittavat ja toisaalta justifioivat oikeuden normatiivisen pintatason sisältöä.

Pintatason oikeudellinen aineisto on normatiivisessa mielessä legitimi vain jos se on justifioitavissa oikeuden pinnanalaisten kerrostumien periaatteiden avulla. Tuorin mukaan justifioitavuusvaatimus ei aina kiinnity pintatason aineiston sisällöllisiin ratkaisuihin, vaan neutraalien säädösten justifioitavuuden vaatimuksessa on kysymys ennen kaikkea muodollisista justifikaatio-perusteista, norminasettajan toimivallasta ja norminannossa

<sup>23</sup> Tuori, Kriittinen oikeuspositivismi s. 165–178.

<sup>24</sup> Tuori, mts. 140–146.

noudatettavasta menettelystä. Näiden perusteiden on puolestaan oltava sopusoinnussa syvärakenteen demokratiaperiaatteen kanssa.

Modernin oikeuden syvärakenteeseen kuuluvat periaatteet ovatkin Tuorin mukaan yksittäisten oikeusnormien normatiivisen legitimitiivisuuden viimekätisiä perusteita. Tällaisia syvärakenteen periaatteita ovat Tuorin mukaan demokratiaperiaate ja ihmisoikeusperiaatteet. Ne voivat siis olla luonteeltaan joko muodollisia, menettelyä koskevia, tai sisällöllisiä, moraalisesti ladattuja periaatteita. Tuorin mukaan nämä oikeuden syvärakenteen periaatteet ovat nimenomaan oikeusnormien viimekätisiä justifikaatioperusteita. Tässä näyttäytyykin kriittisen oikeuspositiivismin positivistinen perusteisi; oikeusjärjestyksen viimekätisiä justifikaatioperiaatteita ei Tuorin mukaan voida enää juridisesti perustella oikeuden ulkopuolisilla periaatteilla.<sup>25</sup>

### 3 OIKEUSTIETEELLISESTÄ TIEDOSTA

#### 3.1 Oikeuden ja oikeustieteen suhde Kelsenin ”puhtaassa oikeusopissa”

Edellä oikeustieteen luonnetta koskevassa jaksossa totesin, että tieteen ontologiset ja epistemologiset sitoumukset ovat sidoksissa toisiinsa. Käsititys tutkimuksen kohteesta voi määrätä sen epistemologisia ratkaisuja tai valittu epistemologia voi tuottaa tutkimuksen kohteen. Vaikka edellä kuvaamani Kelsenin ”puhtaan oikeusopin” käsitys oikeudesta normien koostumana näyttääkin myös edellyttävän sitä, että oikeustieteen kohteestaan tuottama tieto on normatiivista tietoa, oikeuden ontologian ja oikeustieteen epistemologian suhde on Kelsenillä itse asiassa päinvastainen. Tieteen tutkimusmenetelmä ei hänen mukaansa määräydy tutkittavan kohteen perusteella, vaan metodi määrää tutkimuskohteen. Tämän ajattelutavan taustalla on *Marburgin koulun* uskantilainen käsitys siitä, että todellisuus on viime kädessä ajattelun tulos. Tieteen tutkimuskohde on tämän ajattelutavan mukaan sellaisenaan muodoton materiaalin kaaos, joka tieteen tehtävänä on saattaa järjestykseen.<sup>26</sup> Kelsen pitää myöskin ”puhtaan oikeusopin” myöhäisvaiheessa kiinni alkuperäisestä uskantilaisesta epistemologisesta käsityksestään, että oikeustiede oikeuteen kohdistuvana tie-

<sup>25</sup> Tuori, Kriittinen oikeuspositiivismi s. 260–264 ja 282–301.

<sup>26</sup> Laakso, Puhtaan oikeusopin problematiikkaa, Oikeustiede 1980 s. 99 ja 113–115.



tona on, kuten kaikki muukin tieto, luonteeltaan konstitutiivista; se ”luo” tietämyksensä kohteen. Siten myös oikeustieteen oikeusnormeihin kohdistama tietämys vasta hahmottaa ne yhtenäiseksi, ristiriidattomaksi järjestelmäksi; oikeusjärjestykseksi. Tämä ”luominen” on Kelsenin mukaan luonteeltaan kuitenkin puhtaasti tietoteoreettista.<sup>27</sup>

”Puhtaan oikeusopin” myöhäisvaiheen käsitys oikeudesta oikeusorganien asettamien normien koostumana merkitsee sitä, että oikeustiede ja sen kohde, oikeus, nähdään toisistaan erillisinä. Oikeustieteen tehtäväksi jää tämän käsityksen mukaan luonteeltaan normatiivisen oikeuden kuvaaminen ulkoisesta näkökulmasta. Kelsenin omin sanoin ”se kuvaa inhimillisin käyttäytymisaktein luotuja sekä sellaisin aktein sovellettavia ja noudatettavia oikeusnormeja ...”. Oikeustieteen tehtävänä on tämän toiminnan avulla tuottaa oikeuslauseita, jotka on pidettävä erillään oikeusorganien tuottamista oikeusnormeista. Oikeuslauseet ovat Kelsenin mukaan ”hypoteettisia arvostelmia, jotka lausuvat, että ... oikeusjärjestyksen sisällön mukaan tietyin tämän oikeusjärjestyksen määräämin ehdoin tiettyjen tämän oikeusjärjestyksen määräämien seuraamusten pitää ilmaantua”. Oikeusnormit taas eivät ole lausumia tarkasteltavana olevasta kohteesta, vaan käskyjä, lupia ja kelpuutuksia.<sup>28</sup> Oikeuslauseet ovat luonteeltaan väitelauseita (propositioita) kun taas oikeusnormit ovat normeja. Kelsenin mukaan väitelauseet voivat kuvata paitsi todellisuutta, myös normeja.<sup>29</sup> Juuri nämä normeja kuvaavat oikeustieteen väitelauseet ovat Kelsenin konseptiossa normatiivisia, vastakohtana ”*Sein*-todellisuutta” koskeville, selittäville lauseille.<sup>30</sup> Ne ovat normatiivisia siksi, että niissä kuvataan tutkimuksen kohdetta erityisen kausaalisuudesta poikkeavan periaatteen, ”imputaation”, avulla.<sup>31</sup> Kelsen torjui näin sekä luonnonoikeuden edustaman käsityksen siitä, että oikeusnormeista voitaisiin saada tietoa johtamalla ne deduktiivisesti välittömästi oivallettavasta perusnormista että luonnontieteitä jäljittelevän käsityksen oikeustieteellisestä tiedosta ”*Sein*-todellisuutta” koskevana selittävänä tietona.

Oikeustieteen tulee Kelsenin mukaan oikeutta kuvatessaan tulkita normeja. Tämä oikeustieteen suorittama tulkinta on kuitenkin hänen mukaansa sekin luonteeltaan kuvailevaa, epäautenttista tulkintaa; se ei synnytä oikeutta. Se on ”puhtaasti teoreettista, tiedostavaa oikeusnormien

<sup>27</sup> Kelsen, Puhdas oikeusoppi s. 80–81.

<sup>28</sup> Kelsen, mts. 79–80.

<sup>29</sup> Laakso, Puhtaan oikeusopin problematiikkaa, Oikeustiede 1980 s. 166.

<sup>30</sup> Kelsen, mts. 83; Bobbio, ”*Sein*” and ”*Sollen*”, ARSP 1970 s. 8.

<sup>31</sup> Kelsen, mts. 1 ja 87–92.

sisällön toteamista”. Siksi oikeustiede ei, toisin kuin oikeusorgaani, voi esittää muuta kuin oikeusnormin mahdolliset merkitykset. Tällainen oikeustieteen tulkintatoiminta vastaa Aarnion ”deskriptiiviseksi” nimittämää oikeusdogmaattista tutkimusta, joka hänen mukaansa on metodiltaan ”ei-selittävää” ja sisällöltään ”ei-normatiivista”. Oikeusorgaanin oikeutta soveltaessaan suorittama autenttinen tulkinta taas luo Kelsenin mukaan oikeutta. Tämänkin tahdonaktin on kuitenkin pysyttävä tulkittavan normin asettamissa rajoissa. Oikeusorgaanin suorittama tulkinta on tiedollista vain niiltä osin kuin se toteaa ne puitteet, joissa tahdonaktin on pysyteltävä. Kelsen tosin myöntää, että tiedollista toimintaa voi soveltamistilanteessa kohdistua myös moraalिनormeihin, oikeudenmukaisuusnormeihin, sosiaalisiin arvoarvostelmiin jne. Näitä kohteita koskeva tieto ei kuitenkaan ole hänen mukaansa oikeudellista, se vain voi liittyä oikeudelliseen tahdonmuodostusprosessiin. Kelsen torjuu jyrkästi sen, hänen ”perinteiseksi oikeustieteeksi” kutsumansa ajattelutavan, väitteen, että oikeustieteen tulkinta voisi kehittää metodin, jonka avulla tulkintakti muuttuisi luonteeltaan tiedolliseksi. Näin ollen oikean ratkaisun tuottaminen ei voi tulla myöskään oikeustieteen tehtäväksi. Hänen mukaansa positiiviseen (siis asetettuun) oikeuteen kohdistuvalle tulkintatoiminnalle ei ole löydettävissä kriteeriä, jonka avulla jokin sovellettavan oikeuden puitteissa tarjoutuvista tulkintavaihtoehdoista voitaisiin asettaa toisen edelle. Esimerkkeinä hän mainitsee tulkintakeinoina tavalliset vastakohtaispäätelmän ja analogian. Ne johtavat vastakkaisiin tulkintatuloksiin, mutta ei ole löydettävissä mitään kriteeriä sille, kumpaa tietyssä tilanteessa pitäisi soveltaa. Myöskään intressivertailu ei hänen mukaansa johda tähän tulokseen; objektiivista mittapuuta vastakkaisten etujen vertailuun ei voida löytää tulkittavana olevasta normista tai oikeusjärjestyksestä kokonaisuudessaan.<sup>32</sup>

Erottaessaan ontologisesti oikeuden tutkimuskohteena sitä ulkoapäin kuvaavasta oikeustieteestä ja pitäessään kiinni uuskantilaisesta käsityksestä tiedon konstitutiivisuudesta Kelsen tulee luoneeksi teoriaansa sisäisen ristiriidan. Epäselväksi jää, mikä on oikeusorgaanien tahdonaktien tuotteena syntyvän oikeuden ja oikeustieteen oikeutta kuvaamalla ”lopullisesti tuottaman ristiriidattoman normijärjestelmän” keskinäinen suhde.

---

<sup>32</sup> Kelsen, *Puhdas oikeusoppi* s. 361–371.

### 3.2 Oikeustieteellinen tieto kriittisessä positivismissa

Kaarlo Tuori luonnehtii oikeustiedettä kahden maailman täysivaltaiseksi, mutta joissakin suhteissa kumppaneistaan poikkeavaksi jäseneksi. Hänen mukaansa oikeustiede on sekä oikeudellinen käytäntö, jonka toimintaan vaikuttavat myös tieteelliset tiedon kriteerit, että tieteellinen käytäntö, johon vaikuttaa oikeustieteen rooli oikeudellisten käytäntöjen osanottajana.<sup>33</sup>

Oikeustiede kärsii Tuorin mukaan jatkuvasta huonosta omastatunnosta, joka aiheuttaa tarpeen todistella sen tieteellisyyttä. Tämä huono omatunto johtuu hänen mukaansa oikeustieteen erityislaatuisesta normatiivisuudesta; siitä, että oikeustiede on oikeudellinen käytäntö, joka osallistuu oman tutkimuskohteensa, oikeusjärjestyksen, uusintamiseen ja muokkaamiseen. Tuori luonnehtii oikeustiedettä normatiiviseksi sekä tutkimuskohteeltaan että vaikutuksiltaan. Oikeustieteen kohteena on hänen mukaansa oikeus symbolis-normatiivisena järjestyksenä, toisin kuin yhteiskuntatieteellisellä oikeustutkimuksella, jonka tutkimuksen kohteena ovat ensisijaisesti oikeuteen suhteutuvat yhteiskunnalliset käytännöt. Oikeustieteen tuottaman tiedon vaikutukset ovat Tuorin mukaan myös normatiivisia. Tämä johtuu siitä asemasta ja näkökulmasta, josta oikeustiede oikeutta tarkastelee. Oikeustieteen näkökulmaa voidaan Tuorin mukaan pitää osanottajan sisäisenä näkökulmana erotuksena yhteiskuntatieteiden ulkoisen tarkkailijan näkökulmasta. Oikeustiedettä luonnehtiikin hänen mukaansa piirre, jota voidaan kutsua oikeustieteen pakotetuksi normatiivisuudeksi. Tämän normatiivisuuden jakavat kaikki oikeustieteen lohkot. Tuorin mukaan oikeustieteilijä syllistyisi performatiiviseen ristiriitaan kiistäessään toimivansa oikeuden sisäisestä näkökulmasta. Tämä johtuu hänen mukaansa siitä, että oikeustieteilijät jakavat väistämättä implisiittisen sitoutumisen oikeuteen yhteiskunnallisten suhteiden sääntelykeinona.

Konkreettisesti muodossaan oikeuden normatiivisuus ilmenee Tuorin mukaan oikeustieteen lausumien pätevyysvaateissa. Nämä pätevyysvaatteet on hänen mukaansa pyritty tyypistämään sekä oikeusrealistisessa että Kelsenin normativistisessa oikeusteoriassa pelkästään totuusvaateeseen ja kieltämään oikeudellisen pätevyyden sisällöllis-normatiivinen ulottuvuus. Koska oikeusnormien pätevyydessä on Tuorin mukaan kuitenkin myös sisällöllis-normatiivinen ulottuvuus, sen arvioiminen edellyttää kannanottoa oikeusnormin normatiivisen sisällön perusteltavuuteen oikeuden pinnanalaisten kerrostumien periaatteiden kannalta. Tällöin voimassa olevaa

<sup>33</sup> Tuori, Kriittinen positivismi s. 162.

oikeutta koskevat lausumat ottavat kantaa myös sisällöllis-normatiivisiin pätevyysvaatimuksiin ja samalla esittävät itsekin tällaisia vaatimuksia. Tuori katsoo, että oikeustieteen lauseet eivät näin olisi palautettavissa deskriptiivisiksi väitelauseiksi.

Tuorin mukaan oikeustieteen lausumien normatiivinen luonne on ilmeisintä tulkintalainopissa. Hän kritisoi Aulis Aarnion esittämää tulkintalainopin lauseiden jakoa normien voimassaoloa koskevaan normikannanottoon ja normiformulaation merkityssisältöä koskevaan tulkintakannanottoon. Tuori esittää, että normikannanotto edellyttää aina myös tulkintakannanottoa ja tulkintakannanotossa on samalla aina myös kysymys normikannanotosta. Koska normikannanoton kohteena on itse normi eikä sen kielellinen muoto, normiformulaatio, kannanottojen edellytyksenä on aina normiformulaation tulkitseminen. Erillisestä normikannanotosta voidaan Tuorin mukaan puhua vain silloin, kun on kysymys normin asettamisen menettelyä koskevasta kannanotosta. Kannanottojen ero näyttää näin supistuvan vain eri pätevyysulottuvuuksia korostavien kannanottojen eroksi. Normin sisältöä l. normiformulaation tulkintaa koskeva kannanotto edellyttää Tuorin mukaan aina myös sisällöllistä pätevyysarviota, joka siis nojaa oikeuden pinnanalaisten tasojen periaatteiden tarjoamaan justifiointiin.<sup>34</sup>

### 3.3 Oikeustieteellisen tiedon totuudesta

Klassisen tiedon määritelmän mukaan tietoa on tosi ja oikeutettu tai hyvin perusteltu uskomus.<sup>35</sup> Pragmatistisessa totuusteoriassa väitteen totuus todetaan sen verifioimisella tai falsifioimisella.<sup>36</sup> Näin tiedon totuuskriteeri samastuu sen oikeutuskriteeriin. Väite on tosi silloin kun sen oikeutus on todettu verifikaatioprosessissa. Kelsenin mukaan oikeusnormeille ei kuulu lainkaan totuusvaliteettia, ne ovat tai eivät ole voimassa. Sitä vastoin oikeustieteen tuottamien oikeuslauseiden voidaan hänen mukaansa sanoa olevan joko tosia tai epätosia. Tällainen tietyn normin voimassaoloa koskeva väite on välillisesti verifioitavissa, koska itse normin, ollakseen voimassa, on oltava asetettu empiirisesti todettavalla aktilla.<sup>37</sup> Samoin Ilkka Niiniluoto esittää, että oikeusnormeja kuvaavat normipropositiot ovat lauseita, jotka sisältävät väitteen tietyn oikeusnormin voimassaolosta tietyssä

---

<sup>34</sup> Tuori, Kriittinen oikeuspositivismi s. 303–309.

<sup>35</sup> Niiniluoto, Johdatus tieteenfilosofiaan s. 138; Lammenranta, Tietoteoria s. 79.

<sup>36</sup> Niiniluoto, mts. 111.

<sup>37</sup> Kelsen, Puhdas oikeusoppi s. 82–83.

yhteisössä vallitsevan oikeusjärjestyksen osana. Tällaisina lauseina ne ovat tosia tai epätosia lauseita, jotka ilmaisevat sosiaalisia faktoja. Hänen mukaansa normipropositioiden totuus tai epätotuus on mahdollista todeta totuuden korrespondenssiteorian mukaisesti; normipropositio on tosi, jos se vastaa sisältönsä mukaista olemassa olevaa sosiaalista asiaintilaa. Tämä tosiasiallinen asiaintila on se, että oikeusyhteisö hyväksyy tietyn normin kuuluvaksi oikeusjärjestykseen. Oikeusyhteisö taas Niiniluodon mukaan määrittäyty tiettyjen ehtojen mukaan; sen mielipiteen tulee perustua esim. tiettyihin oikeuslähteisiin.

Oikeusdogmatiikassa voidaan hänen mukaansa kuitenkin esittää myös toisenlaisia lauseita, normisuosituksia. Normisuositukset ilmaisevat esittäjänsä käsityksen siitä, että jonkin normin tulisi olla voimassa olevaa oikeutta. Näille lauseille ei hänen mukaansa ole annettavissa totuusarvoa. Normiproposition erottaa normisuosituksesta se, että normiproposition totuus on riippumaton siitä, mikä sen esittäjän suhde siihen on. Normisuositus taas ilmaisee juuri esittäjänsä suhtautumisen normiin.<sup>38</sup>

Aulis Aarnio puolestaan kiistää oikeusdogmaattisten lauseiden totuuden mahdollisuuden. Hänen mukaansa oikeusdogmatiikan tulkintakannanottojen totuus on aina suhteessa niitä arvioivaan auditorioon. Kun on kysymys oikeusdogmatiikan lauseista, ”totuus” tarkoittaa aina ”sitä, mitä tulisi pitää totena”. Siksi olisikin hänen mukaansa asianmukaisempaa puhua oikeusdogmatiikan lauseiden hyväksyttävyydestä ja niiden hyväksyttävyyden kriteereistä. Oikeusdogmatiikan lauseiden totuuden suhteellisuus johtuu Aarnion mukaan siitä, että myös keskenään ristiriidassa olevat vaihtoehdot tulkintalauseet voivat olla hyväksyttäviä. Tulkintaproposition hyväksyttävyys riippuu paitsi yleisesti hyväksytyistä tulkintasäännöistä, myös arvostuksista. Aarnio puhuu keskenään koherenttien tulkintapropositioiden ryhmistä, joiden sisällä tulkintakriteerit ovat päteviä. Sen sijaan tällaisten tulkintapropositioryhmien keskinäiselle vertailulle ei ole löydettävissä kriteerejä.

Aarnio kiistää myös totuuden korrespondenssiteorian käytön mahdollisuuden oikeusdogmatiikan normipropositioiden totuuden arvioinnissa, koska hänen mukaansa normipropositiot eivät viittaa samanlaisiin tosiasioihin kuin luonnontieteiden tai empiiristen yhteiskuntatieteiden lauseet. Normia kuvaavan tulkintaproposition tosiasiallinen hyväksyminen ei voi hänen mukaansa olla tällainen fakta, sillä propositiota arvioiva auditorio eriytyy juuri hyväksyttävyyuskriteerien perusteella. Eri auditorioiden omaksumien hyväksyttävyyuskriteerien kesken taas ei ole mahdollista tehdä objektiivivi-

<sup>38</sup> Niiniluoto, *On Truth of Norm Propositions* s. 171–177.

sesti pätevää valintaa. Aarnio toteaa kuitenkin, että normipropositioiden hyväksyttävyyys on sillä tavoin yhteydessä konkreettisen yhteisöön, että hyväksyttävyysskriteerit perustuvat viime kädessä yhteiskunnassa vallitseville perusarvoille, yhteisön elämänmuotoon. Tämä takaa hänen mukaansa sen, että oikeudellinen tulkinta ei auditoriorelatiivisuudestaan huolimatta ole mielivaltaista.<sup>39</sup>

Vaikka Niiniluodon ja Aarnion esittämät käsitykset oikeusdogmatiikan lauseiden totuudesta näyttävät edustavan täysin vastakkaisia kantoja, niissä voidaan kuitenkin havaita yhteinen piirre. Niiniluoto määrittelee oikeusyhteisön siksi yhteisöksi, jonka käyttää oikeudellisen tiedon hankinnassa määrättyjä kriteerejä, oikeuslähteitä. Samoin Aarnio toteaa, että lainopin tulkintapropositioiden hyväksyttävyyys on sidoksissa yleisesti hyväksytyihin tulkintasääntöihin ja yhteisössä vallitseviin arvoihin. Näyttää siis siltä, että molemmat edellyttävät mahdolliseksi erottaa pätevä oikeudellinen tieto periaatteessa muusta tiedosta ainakin jossakin määrin yhtenäisten kriteerien mukaan tietyssä konkreettisessa oikeusyhteisössä. Näyttääkin suorastaan olevan mahdollista puhua oikeudellisen tiedon korrespondenssiteorian mukaisesta verifioitavuudesta niissä tapauksissa, joissa oikeusyhteisössä hyväksytyjen oikeuslähteiden käyttö tuottaa vain yhden mahdollisen tulkinnan tai kun tulkintalauseeseen sisällytetään kaikki hyväksytyt oikeuslähteitä käyttäen syntyneet mahdolliset tulkinnat.

### 3.4 Oikeusnormien tunnistamissääntö

*H. L. A. Hart* nimittää pätevien oikeudellisten velvollisuusnormien (*rules of obligation*) identifioimista koskevia kriteerejä kunkin oikeusjärjestyksen tunnistamissäännöksi (*rule of recognition*). Hänen mukaansa tunnistamissääntöä ei yleensä ole nimenomaisesti lausuttu julki, vaan sen olemassaolo näkyy siinä tavassa, jolla käyttäytymisnormeja identifioidaan konkreettisia tapauksia käsiteltäessä. Tunnistamissäännön voidaan todeta olevan olemassa, kun oikeudellisia ratkaisuja tekemään oikeutetut auktoriteetit pitävät sitä julkisena ja yleisenä oikean oikeudellisen päätöksen standardina. Vaikka tunnistamissääntö näin ilmaisee järjestelmän olevan faktisesti tehokas, se on Hartin mukaan myös loogisesti tarpeellinen ehto sille, että voidaan puhua tietystä oikeusjärjestyksestä.<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> Aarnio, *Truth and Acceptability* s. 35–51.

<sup>40</sup> Hart, *Concept of Law* s. 111–113.

Hart itse toteaa, että tunnistamissääntö voi olla luonteeltaan joko formaali velvollisuusnormien syntytapaan liittyvä ”*pedigree*”-kriteeri tai substantiaallinen oikeusperiaatteita tai moraaliarvoja sisältävä sääntö.<sup>41</sup> Kotimaisessa oikeusteoriassa Aulis Aarnio käyttää *Robert. S. Summersiin* viitaten vastaavasti käsitteitä auktoritatiivinen ja substantiaallinen oikeuslähde. Vaikka Aarnio esittääkin oikeuslähteiden tyyppiluokittelulla olevan ainoastaan esitysteknisen tehtävän, hän toteaa samassa yhteydessä, että lainsäännöksillä on auktoritatiivisena oikeuslähteenä ensisijainen asema sekä lainsoveltajan ja oikeusdogmaatikon tulkintatoiminnassa että määrittäessä ideaalista ”parhaan mahdollisen tulkinnan” mallia. Muilla oikeuslähteillä taas on sisällöllisen painoarvonsa mukainen merkitys.<sup>42</sup>

Onkin väistämätöntä, että asetetun oikeuden järjestelmissä formaaleilla tunnistamiskriteereillä on ensisijainen asema puhtaasti sisällöllisiin kriteereihin verrattuna. Oikeuden tunnistamissäännöt toimivat paitsi tiedollisina myös justifikatorisina kriteereinä sille, mitä on pidettävä voimassa olevana oikeutena. Velvoittavina oikeusnormeina voidaan pitää vain sellaisia normeja, jotka on määrätävällä asetettu. Robert S. Summers erottaa oikeuden formaalia luonnetta käsittelevässä tutkimuksessaan juridisissa ratkaisuperusteissa usean tyyppisiä formaaleja piirteitä. Pätevän oikeuden tunnistamiseen liittyvä formaalisuuden muoto on hänellä auktoritatiivinen formaalisuus, joka voi olla pätevyyteen liittyvää formaalisuutta (*validity formality*) tai tasoformalisuutta (*rank formality*). Ensiksi mainitulla hän tarkoittaa sosiaalisen ilmiön tunnistamista oikeudellisesti päteväksi lähteen mukaan. Kehittyneessä oikeusjärjestyksessä kaikilla formaaleilla ratkaisuperusteilla on etuoikeusjärjestyksen mukainen paikkansa, joten voidaan puhua myös niiden tasoformalisuudesta. Mandatorinen formaalisuus (*mandatory formality*) taas kuvaa sitä, miten juridinen peruste syrjäyttää non-formaalit, substantiiviset perusteet.<sup>43</sup>

Summersin mukaan puhtaasti sisällöllinen ratkaisuperuste ei voi olla oikeudellinen, vaan oikeudelliseksi luonnehdittavan perusteen täytyy aina olla jonkin verran auktoritatiivisesti ja mandatorisesti formaali. Valtiosyn-tyisessä oikeudessa tunnistamissääntöön sisältyvä kriteeri voidaan jakaa kahteen osaan: ensisijaiseen kriteeriin, jonka mukaan kaiken pätevän oikeuden on oltava peräisin sopivasta lähteestä, ja johonkin sellaiseen toisijaiseen kriteeriin, joka edellyttää säännöltä tiettyä sisältöä pätevyyden lisäehtona. Ensisijainen kriteeri on luonteeltaan formaali, koska se ei edel-

<sup>41</sup> Hart, *Concept of Law* s. 247.

<sup>42</sup> Aarnio, *Laintulkinnan teoria* s. 217–222.

<sup>43</sup> Atiyah – Summers, *Form and substance* s. 144–145 ja 148–150.

lytä eikä määrää tiettyä sisältöä ja se soveltuu tai mukautuu erilaisiin oikeuden sisältöihin. Nämä oikeuden formaalit elementit tuottavat oikeudellista päätöksentekoa justifioivia formaaleja perusteita. Oikeuden luonteenomaisin ilmenemismuoto yhteiskunnan toiminnassa ovat Summersin mukaan juuri nämä formaalit perusteet, jotka justifioivat ja auktorisoivat päätöksiä ja toimintaa. Perustuslait, lait, ennakkotapaukset, sopimukset jne. voidaan nähdä oikeuden ensisijaisina formaalien perusteiden lähteinä.

Formaalit ratkaisuperusteet eroavat substantiivisista perusteista siinä, että niiden voima perustuu niiden juridiseen muotoon; siihen, että ne on luotu pätevällä ennakolta asetetulla oikeussäännöllä. Substantiaaliset perusteet taas sisältävät yksinomaan moraalista, taloudellista tai muuta sosiaalista harkintaa. Summers toteaa *Rudolf Iheringia* siteeraten, että jokaisella formaalilla attribuutilla on tarkoituksensa. Formaalit perusteet rajoittavat viranomaisten ratkaisuvaltaa yksittäisissä ratkaisutilanteissa; niillä pyritään hänen mukaansa varmistamaan tärkeiden yhteiskunnallisten arvojen toteutumista. Tällaisia arvoja ovat hänen mukaansa kansalaisten itsemääräämisoikeus lain ohjaamina, vapaus viranomaisten mielivallasta, yhdenvertaisuus lain edessä, lainkäytön objektiivisuus, ristiriitojen välttäminen, yhteiskunnan ja oikeusjärjestyksen kitkaton toiminta ja oikeuden tehokas ”opittavuus”.

Lainsäätäjän suunnitelmassa lakeja tai viranomaisen luodessa tai soveltaessa niitä ongelmien ratkaisemiseen liittyvät tavoitteet ja formaalit arvot ovat molemmat ohjaamassa toimintaa. Mutta oikeudessa muoto ei voi yksinomaan noudattaa materiaaliseen ongelmanratkaisuun liittyviä tavoitteita ilman että se lakkaa olemasta oikeutta. Summersin mukaan muoto on keskeinen elementti sekä oikeusvaltion käytännössä että käsitteessä. Oikeus ei voi olla sosiaalisesti tehokasta, ellei se tuota formaaleja perusteita päätöksille tai toiminnalle. Yhteiskunnassa täytyy olla määrättyjä juridisia auktoriteetteja, jotka luovat näitä formaaleja perusteita. Näitä auktoriteetteja voi olla olemassa vain, kun ne on konstituoitu formaaleilla säännöillä. Ilman noita sääntöjä ei Summersin mukaan voitaisi tietää, ketkä ovat oikeutettuja sitovien ratkaisujen tekemiseen ja miten nuo ratkaisut olisi tehtävä. Jos tällaista tietoa ei olisi, ei olisi formaaleja sääntöjä eikä siten myöskään oikeutta.<sup>44</sup>

*Jürgen Habermas* puolestaan tarjoaa modernia oikeutta koskevassa tutkimuksessaan oman selityksensä sille, miksi formaaleiksi luonnehdittavilla ratkaisuperusteilla on modernissa oikeudessa keskeinen asema. Hänen mukaansa positiivisen oikeuden ensisijainen yhteiskunnallinen funk-

---

<sup>44</sup> Summers, *The Juristic Study of Laws Formal Character*, *ibidem*.



tio on vakauttaa yhteiskunnan jäsenten toisiinsa kohdistuvia käyttäytymis-  
odotuksia. Koska arvojärjestelmät ovat moderneissa yhteiskunnissa pirs-  
toutuneet ja eriytyneet, postkonventionaalinen moraalii vaatii täydennyk-  
sekseen positiivista oikeutta. Täsmälliset oikeusnormit ja niiden johdon-  
mukainen soveltaminen korvaavat postkonventionaalisen moraalii sisäl-  
öllistä epämääräisyyttä, ja positiiviseen oikeuteen liittyvä pakko mahdol-  
listaa siihen sisältyvien arvojen toteutumisen postkonventionaalisen mo-  
raalii motivaatiovoiman puutteista huolimatta.

Toisaalta modernin oikeuden on tuotettava itse oma legitimiisyytensä,  
koska se ei enää voi nojautua itsestään selvästi hyväksytyihin arvojärjes-  
telmiin.<sup>45</sup> Habermasin mukaan modernin yhteiskunnan toimintanormit eriy-  
tyvät moraalii- ja oikeusnormeiksi ja tätä vastaaviksi moraalii- ja demokra-  
tiaperiaateeksi. Oikeusnormien pätevyysvaatimusta ei ole mahdollista testata  
ideaalidiskurssiin viittaavissa moraalidiskursseissa, sillä oikeus ei ole pel-  
kästään moraalii vaan myös politiikan funktionaalinen täydennys. Oikeu-  
den yhteys politiikkaan tuo sitä koskevaan keskusteluun sellaisia teleolo-  
gisia aineksia, joiden diskursiivinen käsittely edellyttää moraaliiisista dis-  
kursseista poikkeavia argumentaatioehtoja.

Diskurssi-periaate on oikeusvaltiossa institutionalisoitu demokraatiaperiaat-  
teena niiden oikeuksien avulla, joiden tarkoituksena on taata kansalaisten osal-  
listuminen norminasettamista edeltävään diskurssiin. Nämä oikeudet on po-  
sitivoitu oikeusvaltion valtiosäännössä. Juuri demokraatioperiaate toimii oikeuden  
legitiimiisyyden perustana. Modernin oikeuden legitimizeetti voidaan johtaa  
joko Habermasin tapaan normatiivisesti viime kädessä universaalista dis-  
kurssi-periaatteesta tai, kuten Kaarlo Tuori esittää, demokraatioperiaatteesta  
modernin yhteiskunnan myötä annettuna kulttuurisena faktana.<sup>46</sup>

Lainsoveltamisen tehtävänä on Habermasin mukaan taas lainsäätämisen-  
menettelyissä oikeusnormien perustelu- tai justifikaatiodiskurssien tulok-  
sena syntyneiden normatiivisten perusteiden rekonstruointi, jossa nouda-  
tetaan soveltamisdiskurssien logiikkaa. Lainkäyttöratkaisuissa tavoitteen-  
na on paitsi ratkaisujen norminasettamismenettelyissä määriteltyjen rat-  
kaisuperusteiden mukainen oikeellisuus, myös normitulkintojen koherenssi,  
jotta oikeuden olisi mahdollista täyttää tehtävänsä yhteiskunnan jäsenten  
keskinäisten käyttäytymisodotusten vakauttajana. Koska tosiasiallisessa  
lainkäytössä on mahdotonta täyttää täydellisesti rationaalisen perustelun  
vaatimuksia, lainkäyttöratkaisut tehdään oikeusparadigmojen ohjaamina.  
Niihin kuuluu mm. oikeuslähteiden käyttöä ja tulkintaa sekä juridista ar-

<sup>45</sup> Tuori, Modernin oikeuden ytimessä I, Oikeus 1993 s. 7.

<sup>46</sup> Tuori, mts. 8–13.

gumentaatiota ohjaavia standardeja. Habermas erottaa liberaalin formaalioikeuden, hyvinvointivaltion ja ehdottamansa proseduraalisen oikeusparadigman.

Liberaalille paradigmalle perusoikeudet ovat valtiovaltaa rajoittavia vapausoikeuksia, hyvinvointivaltion paradigma taas vaatii oikeudellisen vapauden tueksi tosiasiallista vapautta ja oikeudellisen yhdenvertaisuuden tueksi tosiasiallista yhdenvertaisuutta. Tälle paradigmalle on luonteenomaista oikeuden materiaalustuminen. Proseduraalisen oikeusparadigman normatiiviset ainesosat perustuvat diskurssiteorian avulla rekonstruoituihin perusoikeuksien järjestelmään ja oikeusvaltion periaatteisiin. Sen deskriptiiviset ainesosat taas nojaavat yhteiskuntateoriaan, jonka mukaan poliittisen järjestelmän tehtävänä on taata legitimiin oikeuden avulla kokonaisyhteiskunnallinen integraatio. Proseduraalisessa paradigmassa kansalaisten yhdenvertaisen kohtelun kriteerit on ratkaistava demokraattisissa lainsäätämismenettelyissä, jotka takaavat ratkaisujen legitimitetin.<sup>47</sup> Voidaankin ehkä yhteenvedonomaaisesti todeta, että modernin demokraattisen yhteiskunnan legitimiinä tunnistamissääntöinä toimivat demokraattisia normi-asettamismenettelyitä edellyttävät normit ja lainsoveltamista ohjaavat, noissa menettelyissä syntyneiden oikeudellisten ratkaisujen normatiivisten perusteiden rekonstruointinormit.

### 3.5 Episteemisesti sisäinen näkökulma oikeuteen

H. L. A. Hartin käsitys oikeudellisen tiedon luonteesta perustuu hänen tekemäänsä jakoon oikeusjärjestyksen tarkastelemisesta sisäisestä ja ulkoisesta näkökulmasta. Näiden näkökulmien ero avautuu velvollisuuden (*obligation*) käsitteen kautta.<sup>48</sup> Oikeusjärjestelmää sisäisestä näkökulmasta tarkasteleva näkee sen säännöt itseään velvoittavina. Tästä näkökulmasta oikeutta tarkastellaan sellaisen ryhmän jäsenenä, joka hyväksyy sen säännöt ja käyttää niitä toimintansa ohjenuorana. Säännöt ovat tällaisen ryhmän jäsenille standardeja, jotka velvoittavat kaikkia ryhmän jäseniä.<sup>49</sup>

Ulkoisesta näkökulmasta oikeusjärjestystä voidaan Hartin mukaan tarkastella kahdella eri tavalla. Ulkopuolinen tarkkailija voi kuvata ryhmän käyttäytymistä viittaamatta tällaiseen sisäiseen näkökulmaan. Tässä tapauksessa hän väittää ainoastaan ryhmän havaittavassa käyttäytymisessä ole-

<sup>47</sup> Tuori, Modernin oikeuden ytimessä II, Oikeus 1993 s. 140–150.

<sup>48</sup> Velvollisuuden käsitteestä laajasti Hart, Concept of Law s. 79–89.

<sup>49</sup> Hart, mts. 55–60 ja 86–88.

van tiettyä säännöllisyyttä, joka vastaa ryhmän sääntöjä. Käyttäytymisen säännönmukaisuudesta tai -vastaisuudesta tarkkailija voi päästä selville siten, että hän havaitsee säännönmukaisesta käyttäytymisestä poikkeamista seuraavan säännöllisesti epämiellyttävän seurauksen. Hartin mukaan tällainen (äärimmäinen) ulkoinen näkökulma ei kuitenkaan pysty tavoittamaan ryhmän sääntöjä. Se kuvaa ainoastaan jäsenten käyttäytymisessä havaittavaa säännöllisyyttä; tietynlaista käyttäytymistä seuraa todennäköisesti tietty reaktio. Toisaalta hän voi myös esittää, että tietyissä ryhmässä hyväksytään tietyt normit sitoviksi sisäisestä näkökulmasta, ts. hän väittää, että tuon ryhmän jäsenet kokevat heillä olevan velvollisuus noudattaa noita normeja.<sup>50</sup> *MacCormickin* tavoin voidaan todeta, että tällaisesta ulkoisesta näkökulmasta oikeutta tarkasteleva kuvaa oikeussääntöjä sellaisina kuin ne ovat sisäisestä näkökulmasta katsottuna ottamatta huomioon omaa asennettaan näihin sääntöihin. *MacCormickin* käsityksen mukaan hartilaiseen traditioon lukeutuvan tutkijan tulisi omaksua tutkimuskohteeseensa juuri tällainen ulkoinen näkökulma.<sup>51</sup>

*MacCormickin* mukaan oikeuden sisäiseen näkökulmaan kuuluvassa asenteessa voidaan erottaa kaksi puolta, volitiivinen l. tahtoon liittyvä (kriittinen) ja kognitiivinen l. tiedollinen (reflektiivinen) elementti. Kognitiivinen elementti käsittää kyvyn arvioida tosiasiallista tai suunniteltua käyttäytymistä abstraktein termein ilmaistun käyttäytymismallin kannalta. Volitiivinen elementti taas ilmaisee, että teon tai tekemättä jättämisen tulisi tapahtua, kun abstraktisti kuvatut edellytykset ovat olemassa. Volitiivinen elementti perustuu tietynlaiseen käyttäytymiseen tai asiointilaan kohdistuvaan toiveeseen tai preferenssiin. Tällainen käyttäytyminen tai asiointila toteuttaa tai edistää joitakin perimmäisiä päämääriä tai arvoja, joihin tarkastelijalla voi olla emotionaalinen suhde.<sup>52</sup> Hartin ei-äärimmäistä ulkoista näkökulmaa oikeuteen *MacCormick* taas kutsuu ”hermeneuttiseksi”. Tällaisen näkökulman omaksuneen tarkoituksena on ymmärtää, esittää tai kuvata inhimillistä toimintaa sen ”sisäisestä näkökulmasta” annetun merkityksen mukaisena jakamatta kuitenkaan sisäisen näkökulman volitiivista sitoutumista. Hermeneuttisen näkökulman omaksunut jakaa kuitenkin sisäisen näkökulman kognitiivisen elementin ja tunnistaa ja ymmärtää sisäisen näkökulman volitiivisen elementin.<sup>53</sup>

<sup>50</sup> Hart, *Concept of Law* s. 86–88.

<sup>51</sup> *MacCormick*, H. L. A. Hart s. 37–40.

<sup>52</sup> *MacCormick*, mts. 33–34.

<sup>53</sup> *MacCormick*, mts. 43.

Tällaista äärimmäisen ulkoisen ja sisäisen näkökulman välille sijoittuvaa näkökulmaa oikeuteen voidaan Aulis Aarnion tavoin luonnehtia myös episteemisesti sisäiseksi näkökulmaksi. Aarnion mukaan oikeustieteen harjoittajan kiinnostus kohdistuu voimassa olevaan oikeuteen. Toisaalta hän ei kuitenkaan ole samanlainen oikeuden sisäinen toimija kuin tuomari. Lainopillista tutkimusta tekevän on hänen mukaansa rakennettava tulkintansa saman tulkintaidean mukaan kuin tuomarikin. Hänen on siis jäljiteltävä tiedollisesti tuomarin toimintaa, jotta lainopillinen tutkimus voisi täyttää yhteiskunnallisen tehtävänsä. Lainopin harjoittaja on toisin sanoen episteemisesti sidottu samoihin oikeuslähteisiin ja päättelyperiaatteisiin kuin tuomari.<sup>54</sup>

#### 4 POSITIIVISEN OIKEUDEN PARADOKSI

Edellä pyrin hahmottamaan oikeusdogmaattisen tutkimuksen luonnetta tarkastelemalla kahden oikeuspositivistisesti asennoituvan oikeuden teorian käsityksiä oikeusdogmatiikan kohteen ja tuloksen olemuksesta ja oikeudellisesta tiedonmuodostuksesta. Hans Kelsenin puhtaassa oikeusopissa oikeustieteen kohteena oleva oikeus on normikoostuma, josta oikeustiede kohdettaan kuvaamalla esittää sitä koskevia väitelauseita. Oikeustieteen kohde on Kelsenillä siis luonteeltaan normatiivinen, sen menetelmä deskriptiivinen ja tulos niin ikään deskriptiivinen. Toisessa kuvaamassani positivistisessa oikeuden teoriassa, Kaarlo Tuorin kriittisessä oikeuspositivismissa, oikeus käsitetään oikeustieteen kohteena normien järjestelmäksi. Oikeusdogmatiikan tehtävänä on Tuorin mukaan osallistua oikeuden tuottamiseen esittämällä normeja koskevia tulkintakannanottoja nojautuen normien pätevyyden sisällöllis-normatiiviseen ulottuvuuteen. Kriittisen oikeuspositivismin käsityksen mukaan oikeustieteen kohde, jonka osa se itsekään on, on luonteeltaan normatiivinen. Oikeustieteen tulokset ovat sen tehtävän mukaisesti normatiivisia tulkintakannanottoja, joita tuotetaan normatiivisin menetelmin perustelemalla oikeuden pintatason tulkintakannanottoja oikeuden syvärakenteen normatiivisilla periaatteilla.

Oikeusdogmaattista tutkimuksen menetelmää on myös suomalaisessa keskustelussa viime aikoina totuttu luonnehtimaan argumentaation käsitteellä, joko käyttäen perustana *Chaim Perelmanin* käytännöllisen päätte-

---

<sup>54</sup> Aarnio, Laintulkinnan teoria s. 56–58.

lyn teoriaa<sup>55</sup> tai Jürgen Habermasin diskurssiteoriaa<sup>56</sup>. Argumentaatiolla tiedon tuottamisen tapana tarkoitetaan sitä, että esitetty kanta, oli se sitten tosiasiaväite tai normatiivinen lausuma, on oikeutettava perustelemalla. Kannanottojen perusteluvaatimus ei kuitenkaan kerro mitään siitä, miten esitetyt kannanotot pitäisi tai voidaan perustella siten, että niitä voidaan pitää oikeutettuina. Argumentaatiolla näytetäänkin oikeusdogmatiikan metodologiassa tarkoitettavan lähinnä sitä tapaa, jolla oikeudellinen tieto esitetään arvioitavaksi. Argumentatiivisen esitystavan ja esitettyjen kantojen perustelemisen mahdollistavan tiedon tuottamisen taustalla voidaankin nähdä niitä kumpaakin ohjaavia metodologisia sääntöjä; vain pätevällä tavalla tuotettu tieto voi muodostaa pätevän perusteen esitetylle kannanotolle. Argumentaatioteoreettisen lähestymistavan mukaan nämä säännöt määräytyvät perustelujen vastaanottajan perusteella. Siten esim. Aulis Aarnion mukaan oikeusdogmaattisen kannanoton perustelujen on oltava hyväksyttäviä sellaisessa vastaanottajaryhmässä, joka muodostuu yhteiset arvot jakavista rationaalisista henkilöistä, ns. osittaisessa ideaaliauditioriossa, joka siis on yhteiskunta- ja kulttuurisidonnainen.<sup>57</sup> Samoin Kaarlo Tuorin kriittisessä positivismissa oikeuden pintatason oikeusdogmaattisten kannanottojen pätevyys perustuu niiden yhteensopivuuteen oikeusyhteisössä vallitsevien oikeuskulttuurin ja oikeuden syvärakenteen tasoille sijoittuvien normatiivisten periaatteiden kanssa.<sup>58</sup>

Oikeusdogmaattista tiedonmuodostusta voidaan siis kuvata joko argumentaatioprosessina, joka lähtee liikkeelle oikeudellisesta kannanotosta ja etenee kohti sen tueksi esitettyjä argumentteja tai päättelyä, joka etenee premissien kautta kannanottona esitettyyn johtopäätökseen, riippuen siitä kumpaa kuvaamissuuntaa halutaan käyttää. Kummassakin tapauksessa tiedonmuodostuksen tavoitteena on oikeusnormin ilmaiseminen ja kummassakin oikeudellisesti pätevä argumentaatioketju rakentuu tietyssä kulttuurissa määriteltujen normien mukaisesti. Nykypäivän suomalaisessa oikeusdogmatiikassa oikeudellista tiedonmuodostusta säätelee oikeuslähdeoppiksi kutsuttu (meta)normien kokonaisuus. Nämä normit muodostavat sen tunnistamissäännön, jonka perusteella oikeusdogmaattista tutkimusta harjoittava voi erottaa oikeudellisesti relevantit argumentit (tai premissit) sellaisista, joilla ei ole oikeudellista merkitystä. Oikeuslähdeoppi sisältää

<sup>55</sup> Aarnio, *Laintulkinnan teoria* s. 144 ss. ja 278 ss.

<sup>56</sup> Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi* s. 269 ss.

<sup>57</sup> Aarnio, *mts.* 283.

<sup>58</sup> Tuori, *mts.* 295–299.

vallitsevan käsityksen siitä, mistä tietolähteistä oikeudellista tietoa on saatavissa ja miten näitä lähteitä on käytettävä.

Aulis Aarnio jakaa suomalaista oikeuslähdeoppia kuvatessaan Robert S. Summersiin viitaten oikeuslähdeet kahteen tyyppiin, auktoritatiivisiin ja substantiaalisiin. Auktoritatiivisiin oikeuslähteisiin sisältyvän informaation pätevyys perustuu itse lähteen auktoritatiiviseen asemaan, joka puolestaan on Aarnion mukaan itse oikeusjärjestyksen tuottama. Substantiaalisista lähteistä saadun informaation pätevyys taas nojaa informaation itsensä sisällölliseen pätevyuteen.<sup>59</sup> Auktoritatiivisen oikeuslähteen ilmaiseman normin pätevyys on siis luonteeltaan muodollista; normi on pätevä, kun sen tuottaneella normiauktoriteetilla on oikeusjärjestyksen mukainen kelpoisuus tuottaa ao. normi. Auktoritatiivinen oikeuslähde ei sitä vastoin voi tuottaa sisällöllistä pätevyyttä, sillä lähteen tuottama normi ilmaisee normiauktoriteetin toimintaansa säätelevän normin puitteissa muodostaman tahdon. Substantiaalisen oikeuslähteen tuottaman normin pätevyys perustuu vastaavasti sen sisällölliseen hyväksyttävyyteen oikeusyhteisön arvojärjestelmän näkökulmasta.<sup>60</sup>

Substantiaalisen oikeuslähteen kutsuminen oikeuslähdeeksi on sikäli harhaanjohtavaa, että tämän tyyppinen oikeuslähde samastuu tuottamansa normin kanssa. Kumpiakkin Aarnion mainitsemista substantiaalisista oikeuslähdeistä, nimittäin moraalisia näkökohtia ja teleologisia argumentteja, voidaan pitää luonteeltaan normeina. Ns. substantiaalinen oikeuslähde pelkistyy siis normatiiviseksi lauseeksi, jota voidaan käyttää oikeudellisessa argumentaatiossa. Onkin ehkä perusteltua puhua Summersin tapaan oikeuslähteiden asemesta substantiaalisista ja auktoritatiivisista perusteista.

Auktoritatiivisiin perusteisiin sen sijaan sisältyy sekä normatiivinen että deskriptiivinen ainesosa. Tällaisen oikeuslähteen tuottama normi ilmaisee sekä normatiivisen lauseen että väitteen siitä, että tuo lause on siihen oikeutetun normiauktoriteetin ilmaisema. Viimeksi mainittu väite puolestaan edellyttää vetoamista sellaiseen normiin, johon normiauktoriteetin kompetenssi perustuu. Vastaavasti substantiaalisen perusteen pätevyys on riippuvainen siitä, että sen perusteeksi voidaan esittää pätevä normi.

Perusteiden normatiiviset osat näyttävät edellyttävän aina uuden normatiivisen perusteen esittämistä ollakseen päteviä. Kannanottojen perusteluvaatimus johtaa siis näiltä osin päättymättömään normatiiviseen regressiin; kannanoton perustelun ei voida koskaan todeta olevan lopullisesti pätevä. Sen sijaan perustelujen deskriptiiviset osat eivät enää vaadi lisäpe-

<sup>59</sup> Aarnio, Laintulkinnan teoria s. 219 ja sama, Oikeussäännösten tulkinnasta s. 96–99.

<sup>60</sup> Aarnio, Laintulkinnan teoria s. 84–98.

rusteluja, jos väitteen totuuden kriteereistä vallitsee yksimielisyys. Koska oikeudellisen argumentaation tavoitteena kuitenkin on ratkaisun saavuttaminen, normatiivisen regressin ongelma on pyrittävä ratkaisemaan katkaisemalla argumentaatioketju. Tämä on periaatteessa mahdollista kahdella tavalla: joko olettamalla normatiivinen perustelu päteväksi ilman lisäperusteluita tai katkaisemalla normatiivinen argumentaatioketju deskriptiivisellä perusteella. Jälkimmäinen tapa tosin tuottaa tulokseksi deskriptiivisen lauseen, joten tällaisen argumentaation lopputuloksena ei ole mahdollista esittää normatiivista lausetta, siis normia.

Koska oikeudellisen argumentaation tai päättelyn tavoitteena on normin ilmaiseminen, ongelmaa on yleensä yritetty ratkaista olettamalla jokin normatiivinen peruste päteväksi ilman lisäperusteluita. Ehkä merkittävintä oikeuspositivistinen tapa ratkaista päättymättömän normatiivisen regressin ongelma tällä tavalla on Hans Kelsenin ”edellytetty” tai ”transsendentaaliloginen” perusnormi. Kelsenin perusnormin tarkoituksena on taata jonkin tietyn, faktisesti olemassa olevan oikeusjärjestyksen normatiivinen pätevyys. Perusnormi kelpuuttaa tietyn normiauktoriteetin antamaan oikeusnormeja ja samalla se määrittelee nämä subjektiiviset tahdonaktit velvoittaviksi, objektiivisiksi oikeussäännöiksi. Kelsenin perusnormi näyttää siis normina varmistavan oikeudellisen argumentaatioketjun lopputuloksen normatiivisuuden.

Perusnormiin liittyvät ongelmat oikeudellisen päättelyn tai argumentaation kannalta tulevat kuitenkin näkyviin, kun tarkastellaan lähemmin sen ”transsendentaalilogista” luonnetta. Kelsenin mukaan tällaisen perusnormin olemassaolo on välttämättä edellytettävä, kun halutaan selittää tietyn tosiasiallisesti tehokkaan oikeusjärjestyksen sitovuus. Edellytetyn perusnormin pätevyyden ehtona näyttääkin siis olevan oikeusjärjestyksen tosiasiallinen tehokkuus. Oikeudellisen argumentaation kannalta tämä merkitsee sitä, että normatiivisen perusnormi-argumentin perusteluksi esitetään deskriptiivinen argumentti oikeusjärjestyksen tosiasiallisesta tehokkuudesta.<sup>61</sup> Kelsenin yritys katkaista perustelujen päättymätön normatiivinen regressi näyttää siis kuitenkin johtavan argumentaatioketjun katkaisemiseen deskriptiivisellä argumentilla. Jotta argumentaation lopputuloksena olisi normi, olisi perusteluita taas täydennettävä uudella normatiivisella argumentilla jne.

Sama paradoksi rasittaa myös muita positivistisia oikeuden teorioita. Aulis Aarnion argumentaatioteoreettisessa mallissa oikeudellinen kannanotto on periaatteessa pätevästi perusteltu silloin, kun se on hyväksyttävissä elä-

<sup>61</sup> Kelsen, Puhdas oikeusoppi s. 215–220.

mänmuodon määrittelemät arvot jakavassa auditoriossa. Koska moderni konkreettinen oikeusyhteisö koostuu erilaisia arvojärjestelmiä omaksuneista henkilöistä, mallissa joudutaan perustelemaan myös valinta eri arvojen välillä. Tätä valintaa ei Aarnion omaksuman arvorelativistisen kannan mukaan ole kuitenkaan mahdollista suorittaa rationaalisiin perustein, joten Aarnio päätyy suosittelemaan valinnan perusteeksi enemmistöperiaatetta; ratkaisun tulisi olla oikeusyhteisön enemmistön omaksuman arvojärjestelmän mukainen. Oikeudellisen kannanoton viimekätisenä perusteena näyttää siten olevan konkreettisen oikeusyhteisön tosiasiallisen enemmistön faktinen arvokannanotto, jota koskeva argumentti on luonteeltaan deskriptiivinen lause.<sup>62</sup>

H. L. A. Hartin teoriassa tiettyyn oikeusjärjestykseen kuuluvien normien viimekätisenä pätevyuden perusteena toimii tunnistamissääntö, tarkemmin sanottuna sen ilmaisemista oikeussäännön tunnistamisen kriteereistä se, joka on hierarkkisesti ylin. Tunnistamissääntö on Hartin mukaan se normi, jota viranomaiset ratkaisuihinsa tosiasiallisesti käyttävät osallistuessaan oikeudellisen toimintaan. Tunnistamissääntö on siis luonteeltaan sekä normi että fakta. Normina se näyttäytyy oikeusjärjestyksestä sen sisäisestä näkökulmasta tarkastelevalle, kuten oikeudellisen ratkaisun tekijälle. Oikeusjärjestyksestä sen ulkopuolelta tarkastelevalle se taas on fakta.<sup>63</sup> Avoimeksi kuitenkin jää, mihin tunnistamissäännön luonne velvoittavana normina oikein perustuu. Kuten Raimo Siltala Hartin tunnistamissääntöä käsittelevässä artikkelissaan esittää, tunnistamissääntö ei voi olla aidosti sisäisen näkökulman mukainen oikeudellisen argumentaation viimekätinen peruste, ellei siihen voi liittää määrettä ”pätevä” tai ”velvoittava” sääntö.<sup>64</sup> Oikeusjärjestyksen sisäisestä näkökulmasta ei riitä, että voidaan todeta tunnistamissääntöä tosiasiallisesti sovellettavan oikeudellisissa ratkaisuihinsa, vaan lisäksi on voitava perustella, miksi sitä on noudatettava. Deskriptiivinen lausuma tunnistamissäännön noudattamisesta tarvitsee siis jälleen tuekseen normatiivisen perusteen.

Kaarlo Tuorin kriittisessä positivismissa oikeuden pinnan oikeusnormien pätevyys voidaan osoittaa vain oikeuttamalla ne oikeuden pinnanalaisten kerrostumien normatiivisten periaatteiden avulla, joista viimekätisiä ovat syvärakenteen demokratiaperiaate ja ihmisoikeusperiaatteet. Oikeuden tasojen ontologisen ykseyden vuoksi oikeuden pinnanalaisilla tasoilla ei kuitenkaan voi olla normia, jolla ei olisi vastinetta pintatason kielellise-

---

<sup>62</sup> Aarnio, *Laintulkinnan teoria* s. 283–287.

<sup>63</sup> Hart, *Concept of Law* s. 92–93 sekä 102–104.

<sup>64</sup> Siltala, *Oikeuden viimekätisen pätevyyskriteerin ratkaisematon ongelma*, LM 2000 s. 684–685.



nä formulaationa. Tämä merkitsee sitä, että väite syvempien tasojen justifioivan normin olemassaolosta joudutaan perustelemaan pintatason pätevällä normilla. Tätä normia koskeva väite puolestaan joudutaan taas perustelemaan pinnanalaisella normilla jne. Tuorin tasottelumallin mukaiset tasojen väliset sedimentaatio- ja justifikaatiosuhteet näyttävät aiheuttavan kehän muodossa esiintyvän päättymättömän normatiivisen regressin muodostumisen.

Tuori on kuitenkin itse esittänyt myös toisen ratkaisuvaihtoehdon, jossa normia koskevan kannanoton viimekätisenä perusteena on demokratiaperiaate kulttuurisena faktana.<sup>65</sup> Tämä ratkaisu muistuttaa rakenteeltaan Hartin oikeuden viimekätiseen tunnistamissääntöön perustuvaa ratkaisua; oikeudellinen argumentaatio suljetaan oikeuden ulkopuolisella perusteella, joka on yhtä aikaa sekä fakta että normi. Hartin mallissa tunnistamissääntö voi olla samanaikaisesti sekä fakta että normi, koska sen luonteen ratkaisee valittu tarkastelunäkökulma; oikeuden ulkoisesta näkökulmasta tarkasteltuna se on fakta ja sisäisestä taas normi. Tuorin kriittisen positivismiin mallissa oikeudellista kannanottoa ei sitä vastoin voida esittää ulkoisesta näkökulmasta, sillä oikeudellisten käytäntöjen osanottajat suhtautuvat hänen mukaansa oikeusnormeihin aina myös performatiivisesti.<sup>66</sup> Tässä ratkaisumallissa ongelmaksi siis jää, miten normatiivinen kanta voidaan oikeuttaa deskriptiivisellä väitteellä faktan olemassaolosta.

Edellä kuvaamani paradoksi on ominainen kaikille positivistisiksi luonnehdittaville käsityksille oikeudesta. Tämä johtuu nähdäkseni oikeuspositivististen teorioiden peruskäsityksestä, jonka mukaan oikeus on inhimillisin tahdonaktein asetettuja normeja. Inhimillistä tahdonaktia koskeva väite ei deskriptiivisenä koskaan voi toimia normin viimekätisenä perusteena, vaikka oikeuspositivismiin perusoletus edellyttäisi oikeudellisen argumentaation katkaisemista tällaiseen perusteeseen, sillä tällainen argumentaatio tai päättely tuottaa tuloksekseen proposition eikä normia. Näin oikeuden viimekätiseksi perusteeksi esitetty deskriptio pakottaa argumentaation ylittämään oikeuspositivismiin asettaman oikeuden rajan ja siirtymään normatiivisen argumentaation päättymättömään regressiin, esim. esittämään oikeudellisen kannanoton tueksi moraalisia ja arvoargumentteja. Oikeudellinen kannanotto näyttää siis ainakin oikeuspositivistisen oikeuskäsitelmän kannalta jäävän rationaalisen oikeudellisen perustelun ulottumattomiin.

<sup>65</sup> Tuori, Kriittinen oikeuspositivismi s. 103.

<sup>66</sup> Tuori, mts. 146–149.

Voidaan siis kysyä, miten on mahdollista, että oikeus voi siihen sisältyvästä paradoksista huolimatta täyttää tehtävänsä yhteiskunnan jäsenten toisiinsa kohdistuvien käyttäytymisodotuksen vakauttamisessa. Mihin perustuu modernin yhteiskunnan jäsenten luottamus siihen, että toiset noudattavat oikeudellisia normeja, joiden velvoittavuutta ei oikeastaan voida perustella? Max Weberin mukaan modernin oikeuden tosiasiallinen legitimitetti perustuu yhteiskunnan jäsenten jakamaan legaliteettiuskomukseen, ts. uskomukseen siitä, että oikeusnormit on asetettu oikeusnormein säännellyssä järjestyksessä. Kuten Kaarlo Tuori Max Weberin ja Jürgen Habermasin oikeutta koskevia käsityksiä käsittelevässä tutkimuksessaan esittää, Weberin mukaan legitimitetin takaava legaalisuususkomus taas perustuu siihen, että oikeusnormien asettamista säätelevät normit ovat joko kansalaisten välisen sopimuksen tulosta tai legitimiin herruuden haltijan antamia. Modernin, lainsäätäjän asettaman oikeuden legitimitetti näyttää siis perustuvan uskomukseen oikeusnormien legaalisuudesta, jonka perustana on uskomus niiden syntyvän legaalisuudesta. Legaalisuususkomus oikeuden legitimitetin selityksenä näyttää siis kulkevan kehässä.<sup>67</sup>

Vaikka Weberin legaalisuususkomus ei näytäkään olevan hyväksyttävissä oleva selitys oikeusjärjestyksen tosiasialliselle hyväksymiselle modernissa yhteiskunnassa, tuo hyväksyminen voidaan nähdäkseni kuitenkin selittää toisenlaisella uskomuksella, nimittäin oikeusyhteisön jäsenten oikeusjärjestyksen perusteisiin kohdistuvalla legitimiisyysuskomuksella sekä empiirisessä että normatiivisessa mielessä. Tällä uskomuksella tarkoitetaan eräänlaista kollektiivista myyttiä oikeusjärjestyksen perusteiden hyväksyttävyydestä ja olettamusta siitä, että myös muut oikeusyhteisön jäsenet jakavat tämän uskomuksen. Tämä kollektiivinen myytti on välttämätön, jotta niin oikeusnormeja antavat normiauktoriteetit kuin normien mukaan orientoituvat kansalaisetkin voivat pitää oikeusnormeja oikeudellisesti merkityksellistä toimintaansa ohjaavina velvoittavina normeina.

Vaikka legitimiisyysuskomus onkin välttämätön oikeutta sisäisestä näkökulmasta tarkastelevalle normiauktoriteetille tai normia sen hyväksyttävyyden perusteella noudattavalle kansalaiselle, tällainen normatiivisuuden perustava myytti ei ole tarpeen oikeutta sen velvoittavuuden suhteen ulkopuolisesta näkökulmasta tarkastelevalle. Tällainen näkökulma oikeuteen on nähdäkseni sekä oikeutta yhteiskunnallisina käytäntöinä tarkastelevilla ns. empiirisillä yhteiskuntatieteillä että myös oikeustieteellä itsellään. Vaikka oikeusdogmatiikka jakaa oikeuden sisäisen näkökulman

---

<sup>67</sup> Tuori, *Oikeuden rationaalisuus* s. 28–29 ja siinä mainitut lähteet ja sama, *Kriittinen oikeuspositivismi* s. 277–279.

oikeudellista tiedonmuodostusta koskevat normit, sen ei ole välttämätöntä omaksua oikeuden velvoittavuuden takaavaa normatiivista asennetta; oikeusnormeja tutkivan oikeusdogmatiikan näkökulmaa voidaan siis kuvata hartilaisittain hermeneuttiseksi tai Aulis Aarnion tapaan episteemisesti sisäiseksi näkökulmaksi. Oikeusdogmatiikkaa ei nähdäkseen voidakaan pitää sillä tavoin pakotetusti normatiivisena kuin Kaarlo Tuori esittää kriittisessä oikeuspositivismissaan. Hänen mukaansahan oikeusdogmaattikko syyllystyisi performatiiviseen ristiriitaan kieltäessään normatiivisen lähestymistavan oikeuteen, sillä hän jakaa väistämättä implisiittisen sitoutumisen oikeuteen yhteiskunnallisten suhteiden sääntelykeinona. Oikeusdogmaattisen tutkimuksen harjoittajalle näyttäisi mielestäni kuitenkin riittävän, että hän toteaa tutkimuskohteenaan olevassa yhteiskunnassa tosiasiallisesti sitoudutun oikeuteen yhteiskunnallisten suhteiden sääntelykeinona. Edelleen tutkija voi todeta, että tuo oikeudellinen normijärjestelmä perustuu viime kädessä tutkimuksen kohteena olevassa yhteiskunnassa esimerkiksi tosiasiallisesti vallitsevaan demokratian arvoon.

Tämä toteamus on luonteeltaan deskriptiivinen, kuten edellä olen esittänyt, ja aiheuttaa sen, että myöskin tutkimuksen lopputuloksena oleva normia koskeva lause on deskriptiivinen. Tutkijan esittämän normiväitteen voidaan katsoa olevan oikeusdogmaattisessa mielessä tosi, jos voidaan todeta ko. yhteiskunnassa vallitsevan demokratian arvon ja jos oikeudellinen päättely on noudattanut oikeudellisen tiedonmuodostuksen normeja. Koska positivistisen oikeuskäsityksen mukaan normit ovat inhimillisen toiminnan tuloksia, niitä voidaan aina tarkastella myös tietynlaisia merkityssisältöjä tuottavana toimintana.

Kokonaan toinen seikka on se, että tällainen deskriptiivinen normiväite ei sellaisenaan voi ohjata oikeudellista toimintaa, normin asettamista tai soveltamista. Tällainen toiminta vaatii lisäksi uskomusta oikeudellisten normien velvoittavuuden viimekätisen perusteen legitimitetistä. Oikeustieteen normiväitteiden perustuminen episteemisesti sisäisen näkökulman mukaiseen tiedonmuodostukseen takaa kuitenkin sen, että sen deskriptiiviset lauseet ovat legitimiä käännettävissä oikeudellista toimintaa ohjauviksi normeiksi.

On myös olemassa syitä, jotka puoltavat oikeusdogmatiikan käsittämistä deskriptiiviseksi tieteeksi. Ensinnäkin edellä kuvaamani positiivisen oikeuden paradoksi on vaikeasti ratkaistavissa noudattaen tieteellisiä kriteerejä. Legitimiteettiuskonus oikeuden viimekätisenä perustana ei ole sellainen rationaalinen perustelu, jota tieteelliseltä argumentaatiolta voidaan edellyttää. Erityisesti positivistisen oikeuskäsityksen lähtökohdista kysymys oikeuden viimekätisestä perustasta on vaikea ratkaista, sillä kä-

sitys oikeudesta inhimillisen tahdon tuotteena tekee mahdolliseksi omaksua sellaista arvokognitivistista lähtökohtaa, jota oikeuden velvoittavuuden perustaminen legitimizeettiuskomukseen edellyttää. Positiivisen oikeuden oloissa lainsäätäjällä voi Kaarlo Tuorin siteeraamaa esimerkkiä käyttäkseni todellakin säätää lain, joka määrää tappamaan kaikki sinisilmäiset poikalapset.<sup>68</sup> Positiivinen oikeus ei tarjoa mitään keinoa, jolla tällaisen lainsäädännön syntyminen ja soveltaminen voidaan estää, jos oikeudelliset toimijat kokevat säännöksen olevan legitiimi. Positiivinen oikeus on asetettua oikeutta aina perusteitaan myöten. Positiivista oikeutta rajoittavat moraalinormistot, kuten esim. Hartin luonnonoikeuden minimisisältö, ovatkin vain asetetun oikeuden ulkopuolisia faktisia rajoituksia, joista johtuu, että oikeus ei yleensä tosiasiallisesti saa minkälaisia sisältöjä hyvänsä.<sup>69</sup>

Toiseksi oikeustieteen ulkopuolinen asenne tutkimuskohteeseensa oikeuteen tekee mahdolliseksi tuoda näkyviin oikeuden luonne yhteiskunnallisena valtajärjestelmänä. Oikeudellisten ilmiöiden deskriptiivisen käsittelyn avulla voidaan paikantaa ja kuvata ne arvotkaisuut, jotka oikeudelliseen ratkaisuun aina sisältyvät. Näin voidaan käsitellä sekä ”virheettömään” oikeudelliseen päättelyyn liittyviä ”hyväksytyjä” arvotkaisuja että mahdollisia ratkaisijan kompetenssin ylitykseen perustuvia arvopunnintoja.

Jälkimmäisessä tapauksessa kyse on ns. immanentin kritiikin pohjaksi tarvittavasta selvityksestä, joka tuottaa tulokseksi tietoa oikeusjärjestelmän oikeudelliselle toiminnalle asettamista luonteeltaan sekä muodollisista että sisällöllisistä normatiivisista rajoista ja siitä, millaisessa suhteessa niihin tarkastelun kohteena oleva toiminta on. Edellisessä tapauksessa tarkastelun tehtävänä on selvittää niitä arvo- ja moraalikäsitteitä, joiden voidaan katsoa olevan vallitsevan oikeusjärjestyksen perustana. Näitä käsitteitä voidaan kritisoida ainoastaan oikeusjärjestyksen ulkopuolisilla perusteilla. Oikeustieteen harjoittaja ei kuitenkaan oikeuden ulkopuolista kritiikkiä harjoittaessaan enää voi vedota erikoistuneeseen tietoon perustuvaan kompetenssiinsa, vaan osallistuu arvoista käytävään keskusteluun samoista lähtökohdista kuin kuka tahansa oikeusyhteisön jäsen. Oikeustieteen ulkoisesta näkökulmasta voimassa olevan oikeuden kuvaamiseen perustuvaa kritiikkiä voitaisiinkin luonnehtia Kaarlo Tuorin tapaan paljastavaksi kritiikiksi, joka kuitenkin voidaan ”kääntää” pätevästi oikeuden sisäisen näkökulman mukaiseksi normatiiviseksi kritiikiksi.<sup>70</sup>

---

<sup>68</sup> Tuori, Kriittinen oikeuspositivismi s. 18.

<sup>69</sup> Siltala, Oikeuden viimekätisen pätevyyskriteerin ratkaisematon ongelma, LM 2000 s. 679 ja Hart, Concept of Law s. 189–195.

<sup>70</sup> Tuori, mts. 328–330.

Argumentaatio- tai diskurssiteoreettisen lähestymistavan mukainen käsitys oikeudellisista käytännöistä kielitekoina tekee mahdolliseksi oikeuden tarkastelemisen ulkoisesta deskriptiivisestä näkökulmasta. Oikeusnormi syntyy normiauktoriteetin kieliteon tuloksena ja irtautuu sitten alkuperäisestä faktisesta asettamisaktista oikeussäännökseksi. Tätä oikeusnormien itsenäistymistä voidaan *Hannu Tolosen* tavoin kuvata niiden ”objektivaationa” tai ”eksternalisaationa”. Tällä hän tarkoittaa sitä, että esim. oikeudelliset tahdonaktit ulkoistetaan esittäjistään, jolloin ne muodostavat sosiaalisesti jaetun merkityssisällön.<sup>71</sup> Oikeusnormien ”objektivaatio” on mahdollista suhteellisen pysyvästi ymmärrettävän kielen avulla; norminasettajan ilmaisema normi voi jatkaa olemassaoloaan itsenäisenä, kun se on puettu kielelliseen muotoon. Tällaisten ”objektivoituneiden” normien on usein katsottu kuuluvan ontologiselta statukseltaan siihen ihmisten tekemien abstraktien entiteettien kokoelmaan, jota Karl Popper kutsuu nimellä ”maailma 3”.

Vaikka ”maailma 3” on autonominen suhteessa fyysiseen ja mentaaliin maailmaan, se ei kuitenkaan ole niistä täysin riippumaton. Ihmisen tekemänä todellisuutena se syntyy ja on olemassa ainoastaan tajunnalla varustettujen olioiden aktiviteetin kautta.<sup>72</sup>

Koska oikeusnormit esiintyvät, kuten Tuori ”kriittisessä positivismis- saan” esittää, oikeuden pinnan kielellisinä formulaatioina, oikeustieteellisen tiedon tuottamista voidaan *Jaakko Husan* tavoin pitää siinä mielessä empiirisenä tutkimuksena, että tutkimuksen kohteena ovat ilmiöt, joilla on vastineensa reaalisessa todellisuudessa. Vaikka oikeustieteellisen tutkimuksen kohteena olevan tekstin merkitys ei olekaan samalla tavoin ”havaittavissa” kuin luonnontieteiden tutkimuskohde, voidaan oikeustieteessä Husan mukaan kuitenkin puhua analogisesti ”merkityshavainnosta”.<sup>73</sup> Analogia perustuu Ilkka Niiniluodon analyysiin luonnontieteellisen ja tulkintatieteellisen tutkimuksen rakenteellisesta samankaltaisuudesta. Hänen mukaansa luonnontieteissä havaittavat ilmiöt selitetään rakentamalla teorioita, jotka viittaavat ilmiöiden takana oleviin ei-havaittaviin seikkoihin. Vastaavasti tulkintatieteiden kohdetta tulkitaan rakentamalla oletuksia tekstin takana olevista ei-havaittavista seikoista.<sup>74</sup>

Tekstien merkityssisältöjä selvittävänä tieteenä oikeustiedettä voidaan pitää perusluonteeltaan hermeneuttisena tieteenä.<sup>75</sup> Oikeustieteen suhdet-

<sup>71</sup> Tolonen, Oikeus ja sen tulkinnat s. 288–292.

<sup>72</sup> Niiniluoto, Tiede, filosofia ja maailmankatsomus s. 321.

<sup>73</sup> Husa, Julkisoikeudellinen tutkimus s. 192–196 ja 232–235.

<sup>74</sup> Niiniluoto, Oikeustiede ja hermeneutiikka s. 19–20.

<sup>75</sup> Aarnio, Laintulkinnan teoria s. 138–143.

ta tutkimuskohteeseensa oikeuteen voidaan kuvata Anthony Giddensin termillä ”kaksoishermeneutiikka”. Kaksoishermeneutiikalla Giddens tarkoittaa metodia, jonka perustana ovat tutkimuskohteen itsensä tulkittavalle ilmiölle antamat merkitykset. Tieteen tehtävänä on näiden merkitysten uudelleentulkinta. Kaksoishermeneutiikassa tutkimuksen ja sen kohteen välillä vallitsee lisäksi molemminpuolinen vuorovaikutussuhde; kohde vaikuttaa tutkimukseen, mutta tutkimuksella taas on puolestaan vaikutuksia kohteeseen.<sup>76</sup> Oikeustieteellinen tiedonmuodostus on tämän mukaisesti sidoksissa tutkimuskohteensa oikeuden tiedonmuodostukseen, mutta ylittää tutkimuskohteensa tulkinnan siinä, että se, kuten Tuori esittää Giddensiin nojautuen, muuntaa oikeudellisten toimijoiden toimintaa ohjaavaa praktista tietoa diskursiiviseen muotoon rekonstruoidulla oikeuden pinnanalaisia tasoja.<sup>77</sup> Oikeudellisten toimijoiden tulkinnasta tämä toiminta eroaa käsitykseni mukaan myös siinä, että oikeustiede tarkastelee kohdettaan ulkoisesta näkökulmasta sitoutumatta sen käsitykseen oikeuden velvoittavuudesta.

## LÄHTEET

- AARNIO, Aulis: *Laintulkinnan teoria. Yleisen oikeustieteen oppikirja*. Porvoo 1989.
- *Laki, teko ja tavoite. Tutkimus tavoitteellisuudesta lain tulkinnassa ja sen soveltamisessa*. Forssa 1975.
- *Oikeussäännösten tulkinnasta. Tutkimus lainopillisen perustelun rationaalisuudesta ja hyväksyttävyydestä*. Helsinki 1982.
- Truth and Acceptability of Interpretative Propositions. *Rechtstheorie* Beiheft 2 (1981) s. 33–51.
- ATIYAH, P. S. – SUMMERS, R. S.: *Form and substance in Anglo-American law: a comparative study of legal reasoning, legal theory and legal institutions*. Oxford 1987.
- BOBBIO, Norberto: ”Sein” and ”Sollen” in Legal Science. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP)* Beiheft 6/1970 s. 7–31.
- GIDDENS, Anthony: *New Rules of Sociological Method: A Positive Critique of Interpretative Sociologies*. London 1976.
- HART, H. L. A.: *The Concept of Law*, second edition with a Postscript. Oxford 1994.
- HUSA, Jaakko: *Julkisoikeudellinen tutkimus. Tutkimus julkisoikeudessa harjoitettavan oikeusdogmatiikan metodologiasta*. Jyväskylä 1995.
- KELSEN, Hans: *Puhdas oikeusoppi*. Porvoo 1968.
- KIVIVUORI, Antti: *Suomen vahingonkorvauslainsäädännön kehitys, I. Rikoslainsäädäntö 1809–1875*. Joensuu 1969.

---

<sup>76</sup> Giddens, *New Rules* s. 162.

<sup>77</sup> Tuori, Kriittinen oikeuspositivismi s. 165–167 ja 180–181.

- KLAMI, Hannu Tapani: *Finalistinen oikeusteoria*. Turku 1979.
- Ihmisen säännöt. Tutkimus oikeuden olemuksesta, synnystä ja toiminnasta. Turku 1983.
- LAAKSO, Seppo: Puhtaan oikeusopin problematiikkaa. *Oikeustiede – Jurisprudentia XIII* (1980) s. 95–183.
- LAMMENRANTA, Markus: *Tietoteoria*. Tampere 1994.
- MACCORMICK, Neil: *H. L. A. Hart*. London 1981.
- NIINILUOTO, Ilkka: *Johdatus tieteenfilosofiaan. Käsitteen- ja teorianmuodostus*. Keuruu 1997.
- Oikeustiede ja hermeneutiikka. *Oikeustieteen perusteet, menetelmät ja tavoitteet. Studia juridica* (toim. Jukka Kekkonen) 1981 s. 17–23.
- On the Truth of Norm Propositions. *Rechtstheorie Beiheft* 3 (1981) s. 171–180.
- *Tiede, filosofia ja maailmankatsomus. Filosofisia esseitä tiedosta ja sen arvosta*. Keuruu 1984.
- SIILTALA, Raimo: Empirismin haaste – ajatuksia yhteiskuntatieteellisen metodin soveltamisesta lainopissa. *Oikeustiede – Jurisprudentia XXX* (1997) s. 279–290.
- Oikeuden viimekätisen pätevyyskriteerin ratkaisematon ongelma. Onko Hartin tunnistamissääntö velvoittava oikeussääntö vai yhteiskunnallinen tosiasia? *Lakimies* 2000 s. 671–689.
- SUMMERS, Robert S.: The Juristic Study of Law's Formal Character. *Ratio Juris* 8 (1995) s. 237–247.
- TOLONEN, Hannu: Oikeus ja sen tulkinnat. *Minun metodini* (toim. Juha Häyhä) s. 279–297. Porvoo 1997.
- TUORI, Kaarlo: *Kriittinen oikeuspositivismi*. Vantaa 2000.
- Legal Science as/and Social Science. *ARSP Beiheft* 70/1997 s. 127–133.
- Modernin oikeuden ytimessä I ja II. *Oikeus* 1993 s. 2–15 ja 132–151.
- *Oikeuden rationaalisuus. Max Weber ja Jürgen Habermas oikeuskehityksen tulkitsijoina*. Helsinki 1988.
- WEBER, Max: *Ekonomi och samhälle* I ja II. Lund 1983.

## ON THE NATURE OF JURISPRUDENCE

Methodological problems in jurisprudence research can be examined in terms of questions on the nature of legal dogmatics, a core element of jurisprudence. Legal dogmatics has conventionally been characterised as a normative science, in contrast to the other ‘descriptive’ social sciences.

Fundamental issues of legal ontology and epistemology are among the factors underlying the methodology questions in legal dogmatics. Law can be seen as a set of norms, in which case the object of jurisprudence is considered to be normative. An alternative approach is to see law as an activity, in which case empirical facts will form the object of study. Defining the object of study as normative also means that the option of using empirical research methods is rejected. If law is treated as a collection of norms, those engaged in research are likely to analyse the object of their research from an internal, participant’s perspective. It has, accordingly, been asserted that jurisprudence is an integral part of its own object of study, i.e. law.

The division of the sciences into normative and descriptive categories has proved to be problematic, however. On the one hand, normative features have been observed in descriptive social sciences, and on the other hand, various descriptive elements have been linked with normative sciences.

The way in which the descriptive features of jurisprudence are reflected in the research methodology of legal dogmatics has been analysed on the basis of a number of key, modern legal positivist theories and their ontological and epistemological commitments, together with the related methodological standpoints. These theories are Hans Kelsen’s ‘Pure Theory of Law’, Kaarlo Tuori’s ‘Critical Legal Positivism’ and H. L. A. Hart’s legal positivism theory.

Examination of these legal positivist theories gives rise to the conclusion that they suffer from an internal contradiction, the ‘paradox of positive law’. This conflict stems from the basic approach of the legal positivist theories, which is that law is a set of norms put in place through acts of human will. Being descriptive, a statement about an act of human will cannot function as the ultimate basis for a norm because such reasoning produces an end result that is a proposition rather than a norm. Legal contentions would then seem to remain beyond the reach of rational explanation.



The jurisprudential view of the law should therefore be seen as a hermeneutic or epistemically internal perspective by which legal statements are, by nature, descriptions, but are nevertheless capable of being legitimately transposed into norms that accord with the internal view of the law. Since legal norms develop into linguistic formulations independent of the original acts that established them, it is possible in jurisprudence to talk to the empirical sciences in analogical terms about 'semantic observation'. Jurisprudence can thus be considered one of the hermeneutic social sciences.