SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja n:o 178

Markku Helin

LAINOPPI JA METAFYSIIKKA

Tutkimus skandinaavisen oikeusrealismin tieteenkuvasta ja sen vaikutuksesta Suomen siviilioikeuden tutkimuksessa vuosina 1920—1960.

With an English Summary

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN
JULKAISUJA

A-sarja n:o 178

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja n:o 178

MARKKU HELIN

LAINOPPI JA METAFYSIIKKA

Tutkimus skandinaavisen oikeusrealismin tieteenkuvasta ja sen vaikutuksesta Suomen siviilioikeuden tutkimuksessa vuosina 1920—1960.

With an English Summary

AKATEEMINEN KIRJAKAUPPA
JAKAJA

LAINOPPI JA METAFYSIIKKA

Tutkimus skandinaavisen oikeusrealismin tieteenkuvasta ja sen vaikutuksesta Suomen siviilioikeuden tutkimuksessa vuosina 1920—1960.

KIRJOITTANUT

MARKKU HELIN

Yliopistollinen väitöskirja, joka Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan suostumuksella esitetään julkisesti tarkastettavaksi Porthanian luentosalissa III lauantaina huhtikuun 16 päivänä 1988 kello 10.

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS

ISBN 951-855-100-6 nid.
ISBN 951-855-101-4 sid.

ISSN 0356-7206 (painettu)

ISBN 978-951-855-645-2 (PDF)
ISSN 2814-8053 (verkkojulkaisu)

ALKUSANAT

Kirjoittajan kiinnostus lainopin teoriaan juontuu kaukaa, oikeastaan jo ajalta, jolloin hän tuli yliopistoon opiskelemaan oikeustiedettä ja törmäsi lain lukemisen todellisuuteen. Teokset, joita luettavaksi annettiin, eivät juurikaan vastanneet koululaiselle syntynyttä näkemystä tieteestä. Viehtymys Upsalan koulukunnan ajatuksiin on lähes yhtä vanhaa perua. Koulukunnan kriittinen suhtautuminen oikeudelliseen ajatteluun sai vastakaikua nuorukaisessa, joka oman vähäisen kokemuksensa pohjalta oli päätynyt samankaltaisiin epäilyksiin.

Noista ajoista on kuljettu pitkä tie. Matkan kestäessä kirjoittaja on alkanut hieman paremmin ymmärtää lainoppia, ja oppinut jopa näkemään outoa, vaikeasti avautuvaa kauneutta sen päättelyissä. Epäilys on vaihtunut näkemykseksi, jonka mukaan lainopilla on oma, merkittävä paikkansa kulttuurientiteettejä tutkivana ja luovana tieteenä.

Tämän tutkimuksen valmistuessa haluan erityisesti kiittää opettajaani, professori *Aulis Aarniota*. Arvostan korkealle hänen panoksensa sekä tieteellisten virikkeiden antajana että oppilaansa tutkimustyön käytännöllisistä edellytyksistä huolehtivana esimiehenä. Tässä yhteydessä en voi jättää mainitsematta hänen johdollaan toiminutta oikeusteorian keskustelupiiriä. Se tarjosi jäsenilleen tutkijankoulutusta, jota innostavampaa on vaikea ajatella.

Keskustelupiirissä syntyneistä ystävyyssuhteista on myöhemmin ollut paljon iloa ja apua. Muita unohtamatta haluan tässä kiittää työtoveriani *Juha Pöyhöstä*. Hänen kanssaan vuosien mittaan käydyt, usein syvien erimielisyyksien sävyttämät keskustelut oikeusteorian ja siviilioikeuden tutkimuksen ongelmista ovat olleet minulle tärkeitä.

Professori *Juhani Wirilander* on työn esitarkastajana perehtynyt käsikirjoitukseen ja laajan asiantuntemuksensa pohjalta esittänyt huomautuksia, jotka ovat syventäneet näkemyksiäni ja auttaneet parantamaan teoksen yksityiskohtia.

Yksityisoikeuden laitoksen tutkijoita, erityisesti laitoskahvion uutteraa käyttäjäkuntaa kiitän hyvästä ja solidaarisesta työilmapiiristä. *Tarja Lehtimäelle*

ja *Anne Hotille* olen kiitollinen työn puhtaaksikirjoittamisesta, mikä suuresti helpotti käsikirjoituksen viimeistelyä.

Maisteri *Sheryl Hinkkasta* kiitän tiivistelmän kääntämisestä englannin kielelle ja oikeustieteen kandidaatti *Raimo Siltalaa* avusta käännöksen erikoisterminologian tarkistamisessa. Vammalan Kirjapainon henkilökuntaa kiitän hyvästä yhteistyöstä teoksen painatuksen vaiheissa ja Suomalaista Lakimiesyhdistystä siitä, että se on hyväksynyt kirjan julkaisusarjaansa.

Taloudellista tukea olen apurahoina saanut Suomen Kulttuurirahastolta, Emil Aaltosen säätiöltä, Leo ja Regina Wainsteinin säätiöltä ja Suomalaiselta Tiedeakatemialta.

Omistan tämän kirjan vanhemmilleni, jotka aikoinaan laittoivat poikansa opin tielle. Äitiä kiitos ei enää tavoita. Perhettäni, *Kirstiä, Mikkoa* ja *Timoa* kiitän tuesta, jota olen saanut kokea kuluneiden vuosien aikana.

Helsingissä 16. päivänä helmikuuta 1988

Markku Helin

SISÄLTÖ

Kirjallisuusluettelo XIII

Lyhenteitä XXXI

I. JOHDANNOKSI 1
1. Tehtävä 1
2. Skandinaavisesta oikeusrealismista 2
3. Tutkimuksen jäsentely 7

II. SKANDINAAVISEN OIKEUSREALISMIN FILOSOFINEN TAUSTA ... 11
1. Yleistä 11
2. Upsalan koulukunnan tutkimusmenetelmä 11
3. Tietoteoreettisen idealismin kritiikki 15
4. Hägerströmin teoria todellisuuden luonteesta 19
4.1. Yleistä 19
4.2. Käsiteanalyyttinen kysymys 21
4.3. Tietoteoreettinen kysymys 27
4.4. Ontologinen kysymys 30
4.5. Todellisuuden teoria ja arvostelmien totuusarvo 33
5. Upsalan koulukunnan arvoteoria 34
5.1. Arvojen ontologia 34
5.2. Arvojen johtaminen tosiasioista 37
5.3. Arvoarvostelmien semanttinen status 38
5.4. Arvoteoria ja aikalaiset 41
6. Upsalan koulun tieteenkuvan pääpiirteet — yhteenvetoa 44

III. OIKEUSTIETEEN TUTKIMUSKOHDE JA METODI 46
1. Yleistä 46
2. Hägerströmin analyysi 52
2.1. Taustaa 52
2.2. Tahtoteorioiden kritiikki 52
2.2.1. Kysymyksenasettelu 52
2.2.2. Tahtoteoriat 54
2.3. Tahtoteorioiden virheet — yhteenvetoa 65

2.4. Velvollisuuden käsitteen analyysi 67
2.4.1. Ongelma 67
2.4.2. Velvollisuuselämyksen analyysi 68
2.4.3. Oikeuselämyksen analyysi 75
2.5. Velvollisuuden käsitteen analyysi — yhteenvetoa, johtopäätöksiä .. 78
2.6. Metafysiikasta tieteeksi 79
2.7. Oikeustieteen tehtävät 85
3. Olivecronan analyysi 89
3.1. Oikeustieteen kohde 89
3.2. Oikeustieteen tehtävät 97
4. Lundstedt ja yhteiskuntahyödyn periaate 104
4.1. Taustaa 104
4.2. Yhteiskuntahyöty justifikaatioperusteena 109
4.3. Yhteiskuntahyöty lainsäädäntöperiaatteena 114
4.4. Yhteiskuntahyöty yhteiskunnan kehityslakina 118
4.5. Yhteiskuntahyöty laintulkintaperiaatteena 123
4.6. Periaatteen arviointia 125
5. Ekelöf ja teleologinen metodi 129
5.1. Metodin sisältö 129
5.2. Metodin arviointia 135
6. Alf Rossin näkemys oikeustieteen tutkimuskohteesta ja metodista 139
6.1. Yleistä 139
6.2. Dualistisuus oikeustieteen peruskäsitteissä 141
6.3. Dualismin purkaminen 144
6.4. Tutkimuskohteen rekonstruktio ja lainopin metodi 152
6.5. Oikeustieteen tutkimuskohde — ongelman semanttinen tarkastelu .. 157
6.5.1. Ongelma 157
6.5.2. Normin voimassaolon yleinen teoria 159
6.5.3. Teoria oikeusnormin voimassaolosta 163
6.6. Oikeustieteen tehtävät ja metodi 169
6.6.1. Oikeustieteen tulokset ja niiden tuottaminen 169
6.6.2. Oikeustiede ja oikeuspolitiikka 172
7. Knud Illumin näkemys oikeustieteen kohteesta ja metodista 177

IV. SUBJEKTIIVISTEN OIKEUKSIEN JA OIKEUSASEMIEN ANALYYSI .. 182
1. Yleistä 182
2. Subjektiiviset oikeudet — mystistä valtaa 184
2.1. Hägerströmin analyysi 184
2.1.1. Analyysi ja sen tulos 184
2.1.2. Miksi silti puhumme subjektiivisista oikeuksista? 189
2.2. Lundstedt ja subjektiivisten oikeuksien naturalisointi 192
2.2.1. Subjektiiviset oikeudet metafysiikkana 192
2.2.2. Subjektiivisten oikeuksien naturalisointi 194
2.2.3. Johtopäätökset lainopin kannalta 195
2.3. Olivecrona ja oikeuskielen ei-esittävät funktiot 199
2.3.1. Suhtautuminen Hägerströmin tulokseen 199

2.3.2. Oikeuskielen käyttäytymistä ohjaava funktio 202
2.3.3. Oikeuskielen esitystekninen ja informatiivinen funktio 204
2.3.4. Johtopäätökset lainopin kannalta 209
3. Subjektiivisten oikeuksien hajoittelu — substanssikäsitteistä relaatiokäsitteiksi 211
3.1. Undén ja juridiset fiktiot 211
3.2. Alf Ross ja subjektiivisten oikeuksien hajoittelu 217
3.2.1. Subjektiiviset oikeudet yläkäsitteinä 217
3.2.2. Subjektiivisten oikeuksien realistinen rekonstruktio 220
3.2.3. Johtopäätökset lainopin kannalta 222
4. Tietoisen semanttisen analyysin vaihe 224
4.1. Hedenius ja epävarsinaiset oikeuslauseet 224
4.1.1. Upsalan koulun käsitystavan kritiikki 224
4.1.2. Hedeniuksen teoria 226
4.1.3. Teorian arviointia 230
4.2. Ekelöf ja subjektiiviset oikeudet 233
4.3. Strahlin kritiikki 236
4.4. Alf Ross ja tû-tû 238
5. Keskustelun arviointia 241

V. SKANDINAAVISEN OIKEUSREALISMIN VAATIMUKSET LAINOPILLE 247
1. Yleistä 247
2. Tutkimuskohteen rekonstruktiosta johtuvat metodiset vaatimukset 248
3. Subjektiivisten oikeuksien analyysistä johtuvat metodiset vaatimukset .. 255
4. Kokoavia huomioita 259

VI. SKANDINAAVISEN OIKEUSREALISMIN TIETEENKUVA JA SUOMEN SIVIILIOIKEUDEN TUTKIMUS 261
1. Johdantoa 261
2. Lainopin tutkimuskohde ja sen kuvaaminen 265
2.1. Johdantoa 265
2.2. 1920-luku 266
a) El. Kailan näkemys s.266; b) oikeudet substansseina s. 267; c) oikeudet hyödyllisinä fiktioina s. 270; d) Sainio ja oikeusjärjestyksen dualistisuuden kritiikki s. 270; e) oikeusrealismi Sainion tapaan s. 271; f) Caselius ja Upsalan koulukunnan kritiikki s. 274.
2.3. 1930-luku 276
a) af Hällströmin Lundstedt-kritiikki s. 276; b) B. C. Carlson ja oikeusjärjestyksen systemaattisuus s. 278; c) Carlsonin näkemys yleisen käsityksen eksplikaationa s. 279; d) juridisten entiteettien epäluonnollinen käyttäytyminen s. 280; e) oikeuksien epäsuora tarkastelu s. 281; f) muutoksen merkkejä s. 281.
2.4. 1940-luku 284
a) muutoksen kausi s. 284; b) oikeustieteen empiirisyys ja sen miedontuminen s. 285; c) lainopillisten ongelmien muuttuminen s. 285; d) sääntöskeptisismi s. 286; e) subjektiivisten oikeuksien järjestelmän murtuminen s. 287; f) tieteen ja arvostusten suhde s. 288.

2.5. 1950-luku 290
a) subjektiivisten oikeuksien tutkimisesta fakta/seuraamus -relaatioiden tutkimukseen s. 290; b) oikeustieteen tutkimuskohde tutkijoiden lausumien valossa s. 292; c) lainopista heijastuva kuva oikeustieteen tutkimuskohteesta s. 297; d) tutkimuskohteen kuvaaminen ja sen edellyttämä uusi käsitteistö s. 302; e) subjektiivisten oikeuksien merkityksen vähentyminen s. 306; f) oikeudellisen muutoksen evoluutioteoria s. 307; g) uusi kuvaamistapa entiseen verrattuna s. 309; h) uuden käsitteistön ontologinen tulkinta s. 310.
3. Juridinen argumentaatio 314
3.1. Konstruktiivinen argumentaatio 314
3.1.1. 1920-luku 314
a) kritiikki viriää, mutta usko kategorisointiin säilyy s. 314; b) konstruktiivisen argumentaation käytöstä s. 318; c) Sainio ja konstruktiivisen argumentaation kritiikki s. 320.
3.1.2. 1930-luku 322
a) konstruktiivisen metodin ote tiivistyy s. 322; b) kritiikki voimistuu s. 326; c) konstruktiivisen metodin puolustautuminen s. 329.
3.1.3. 1940-luku 330
a) käsitelainopillinen perinne jatkuu, mutta perinteen jatkajat vähenevät s. 330; b) perinteen murtuminen ja käsitelainopin kritiikin sisältö s. 333; c) muutoksen seurauksena yleisten oppien merkitys vähentyy s. 336.
3.1.4. 1950-luku 337
a) käsitelainopillisen tradition voima ehtyy s. 337; b) argumentit konstruktiivista metodia vastaan s. 339; c) yleisten oppien periaatteiden syrjäytyminen s. 342; d) konstruktiivisen metodin kannattajien puolustautuminen s. 344; e) puhtaan oikeudellisen ajattelun vaatimus ja konstruktiivinen päättely s. 346; f) pohjoismaisen perinteen jakautuminen s. 351.
3.2. Oikeuslähteiden keskinäisten painoarvojen muuttuminen 351
3.2.1. Johdantoa 351
3.2.2. Oikeuslähteiden painoarvo ja suomalainen siviilioikeuden tutkimus 353
3.2.2.1. 1920-luku 355
a) juridinen argumentaatio Ekströmin oikeuslähdeoppiin verrattuna s. 355; b) reaalisten argumenttien käyttö s. 357; c) vuosikymmenen taitteen realistinen episodi s. 359.
3.2.2.2. 1930-luku 362
a) reaalisten argumenttien torjuminen s. 362; b) reaalisten argumenttien sallittavuutta koskeva oikeusteoreettinen keskustelu s. 364; c) lain esitöiden oikeuslähdemerkitys s. 365; d) prejudikaattien oikeuslähdemerkitys s. 366.

3.2.2.3. 1940-luku 368
a) social engineering -juridiikan läpimurto s. 368; b) reaalisten argumenttien käytöstä s. 371; c) oikeussääntöihanteen muuttuminen s. 374; d) prejudikaattien oikeuslähdemerkityksen kasvu s. 376; e) uuden tutkimustavan synnyttämä kritiikki s. 377.
3.2.2.4. 1950-luku 378
a) lainsäädännön oikeuslähdemerkityksen relativoituminen s. 378; b) sosiaalitekniikan julkilausutut tavoitteet s. 385; c) lainoppi sosiaalitekniikkana s. 385; d) muutoksen vaikutus lainopin tuloksena tuotettuihin normeihin s. 386; e) lain esitöiden oikeuslähdemerkityksestä s. 390; f) prejudikaattien oikeuslähdemerkityksestä s. 391; g) oikeuslähdeperiaatteiden pohjoismaistamista vastustavat näkemykset ja niiden vaikutus s. 395.
4. Lainopillinen kysymyksenasettelu 396
4.1. Johdantoa 396
4.1.1. Kriittiset muutosvaatimukset 397
4.1.2. Rakentavat muutosvaatimukset 400
4.2. Kysymyksenasettelu ja sen muuttuminen 400
4.2.1. 1920-luku 400
a) luonnepohdintojen suosio ja funktiot s. 400.
4.2.2. 1930-luku 402
a) luonnepohdintojen suosio ja funktiot s. 402; b) luonnepohdintojen kritiikistä s. 404; c) merkkejä muutoksesta s. 407.
4.2.3. 1940-luku 408
a) Hannikainen konstruktiivisen perinteen jatkajana s. 408; b) uusi kysymyksenasettelutapa s. 409; c) uuden kysymistavan vaikutuksista lainopin tuloksiin s. 411.
4.2.4. 1950-luku 411
a) juridiset ongelmat oikeusseuraamuksia tai oikeustosiseikastoa koskevina ongelmina s. 411; b) kysymyksenasettelun vaatima uusi käsitteistö s. 412; c) kysymyksenasettelun vaikutuksista tuloksiin s. 414; d) henkilösuhteiden erottelu s. 415; e) vanhan kysymyksenasettelutavan esiintymisestä s. 418; f) justifikatorisen kategorisoinnin asemasta 1950-luvulla s. 420.

VII. LOPUKSI 423

VIII. SUMMARY 431

HENKILÖHAKEMISTO 448

ASIAHAKEMISTO 451

KIRJALLISUUSLUETTELO

Aaltonen, Aimo O.: Tavaran virheistä I. Porvoo 1955.
Aarnio, Aulis: Laki, teko ja tavoite. Forssa 1975.
— » — Mitä lainoppi on? Helsinki 1978.
— » — Muodon merkitys oikeudellisessa käyttäytymisessä. Oikeustiede — Jurisprudentia 1972: 1 s. 185—220.
— » — Oikeudellisen ajattelun perusteista. Vammala 1971.
— » — Oikeussäännösten tulkinnasta. Helsinki 1982.
— » — On Legal Reasoning. Loimaa 1977.
— » — Perillisen oikeusasemasta. Porvoo 1967.
— » — The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification. Dordrecht 1987.
— » — Teoreettisen tutkimuksen merkityksestä oikeustieteelle. LM 1976 s. 247—281.
— » — Tuomioistuinratkaisujen ennustamisesta. Teoks. *Niiniluoto, Ilkka — Nyman, Heikki* (toim.), Tulevaisuus. Georg Henrik von Wrightin juhlakirja. Keuruu 1986 s. 244—264.
Aarnio, Aulis — Peczenik, Aleksander: Beyond the Reality. A Criticism of Alf Ross' Reconstruction of Legal Dogmatics. (teoks.) *Peczenik, Aleksander* (toim.), Meaning, Interpretation and the Law. Tampere 1986.
Ahlander, Björn: Om rätt och rättstillämpning. Studier i juridikens idehistoria och rättstillämpningens teori. Uppsala 1973.
— » — Är juridiken en vetenskap. Uppsala 1950.
Ahlberg, Alf: Filosofiskt lexikon. Stockholm 1925.
Alanen, Aatos: Eräitä laintulkintaopillisia näkökohtia. LM 1926 s. 97—113.
— » — Kohtuusnäkökohtien merkitys lainsäädännössä ja -käytössä. LM 1942 s. 175—199.
— » — Oikeustiede oikeuslähteenä. LM 1958 s. 423—429.
Alexy, Robert: Rechtsregeln und Rechtsprinzipien. ARSP. Beiheft nr. 25. Stuttgart 1985 s. 13—29.
Almén, Tore: Om köp och byte av lös egendom. Förra delen. Stockholm 1924.
Anners, Erik: Europas rättshistoria. Del 2. Stockholm 1972.
Arnholm, Carl Jacob: Fra rettens grunnproblemer. TfR 1954 s. 113—176.
— » — Noen metodologiske betraktninger. SvJT 1952 s. 505—523.
Aubert, Vilhelm: Begrepet ''Gjeldende ret''. Noen sosiologiske synspunkter i tillknytning til Alf Ross' ''Om ret og retfærdighed''. TfR 1954 s. 376—394.
Aurejärvi, Erkki: Luotto- ja maksuvälineet. Jyväskylä 1986.
Austin, J. L.: How to Do Things with Words. Cambridge. Massachusetts 1962.
— » — Philosophical Papers. Oxford 1966.
Ayer, A. J.: Language, Truth and Logic. 1976 (Penguin Books).

Bergbohm, Karl: Jurisprudenz und Rechtsphilosophie I. Leipzig 1892.
Bergholtz, Gunnar: Ratio et Auctoritas. Lund 1987.
Bjarup, Jes: Epistemology and Law According to Axel Hägerström. Scandinavian Studies in Law 1985 s. 13—47.
— » — Reason and Passion. A Basic Theme in Hägerström's Legal Philosophy. World Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy. Paper N:r 118. Basel 1979.
— » — Reason, Emotion and the Law. Studies in the Philosophy of Axel Hägerström. Aarhus 1982 (moniste).
Björne, Lars: Oikeusjärjestelmän kehityksestä. 2. p. Helsinki 1986.
— » — Siviilioikeuden yleiset opit. Tutkimus saksalaisen oikeuden vaikutuksesta Suomen siviilioikeuden yleisiin oppeihin lähinnä vuosina 1889—1945. Turku 1977.
Blegvad, Mogens — Foighel, Isi: Alf Ross. Teoks. Festskrift til Alf Ross. København 1969 s. 7—12.
von Bonsdorff, P. E.: Arvostelu Ylöstalon teoksesta ''Takauksesta''. JFT 1957 s. 334—339.
— » — Om rättsfaktum och rättsverkan vid tvungen kvittning. JFT 1956 s. 219—252.
Brante, Thomas: Vetenskapens struktur och förändring. Lund 1980.
Broad, C. D.: Hägerström's Account of Sense of Duty and Certain Allied Experiences. Philosophy 1951 s. 99—113 (Sense of Duty).
Brusiin, Otto: Oikeusfilosofia ja käytäntö. DL 1934 s. 243—254.
— » — Oikeustiede ja käytäntö. DL 1944 s. 197—204.
— » — Tuomarin harkinta normin puuttuessa. Vammala 1938.
— » — Under vilka förutsättningar kan rättsvetenskapen främja den praktiska juristens arbete. Alustus Lainopillisen yhdistyksen keskustelukysymykseen. JFT 1944 s. 283—286 (JFT 1944).
— » — Vastine oikeusneuvosmies B. C. Carlsonin arvostelun johdosta. DL 1938 s. 449—450.
— » — Über die Objektivität der Rechtsprechung. Helsinki 1949.
Carlson, B. C.: Culpa-regeln och domarens fria prövning. JFT 1938 s. 466—490.
— » — En bevisbördelära. JFT 1957 s. 300—313.
— » — Giltigheten. JFT 1952 s. 166—180.
— » — Lag och plikt. JFT 1923 s. 4—20.
— » — Luckor i rätten: JFT 1937 s. 583—605.
— » — Lundstedts kritik. DL 1937 s. 390—406.
— » — Några anmärkningar om rättsvetenskap och sosiologi. JFT 1924 s. 280—293.
— » — Reella överväganden. DL 1944 s. 191—196 ja 320—329.
— » — Rätten. Ett rättsteoretiskt försök. Hyvinkää 1954.
— » — Rättigheten. DL 1940 s. 73—99.
— » — Rättssäkerhet och skälighet. DL 1939 s. 115—121.
— » — Rättsvärlden och verkligheten. DL 1935 s. 449—457.
— » — Suhde- ja olemuskäsitteistä lainopissa. LM 1957 s. 22—32.
Caselius, Ilmari: Asunto-osakeyhtiölain tulkintakysymyksiä. DL 1939 s. 349—379.
— » — Den Hägerström — Lundstedtska skolan i Finland. JFT 1929 s. 177—186.
— » — Etuoikeusjärjestyksestä. DL 1940 s. 141—158.
— » — Kiinteistöjen omistussuhteita koskevista fidusiaarisista sopimuksista. DL 1952 s. 277—289.
— » — Mietteitä oikeustoimen määrämuotoisuudesta. LM 1958 s. 445—460.
— » — Ns. Gründer-säännöstön kehittämisestä. DL 1960 s. 265—277.

— » — Näkökohtia aviottoman lapsen tunnustamisen muodosta. LM 1955 s. 865—876.
— » — Oikeustieteelliselle väitöskirjalle asetetuista vaatimuksista. LM 1949 s. 527—531.
— » — Omistajankiinnityksestä Suomen oikeuden mukaan. Helsinki 1924.
— » — Panttioikeuden käsitteestä Suomen oikeuden mukaan. Helsinki 1925.
— » — Perustajan merkitsemän osakkeen luovutuksesta asunto-osakeyhtiössä. LM 1957 s. 595—611.
— » — Sopimukseen perustuvat irroittamisoikeudet. Helsinki 1934 (Irroittamisoikeudet).
— » — Tapaamisoikeudesta. LM 1952 s. 1—10.
— » — Tontin osan lunastamisesta. DL 1943 s. 1—10.
— » — Virallisen vastaväittäjän lausunto Hannikaisen väitöskirjasta ''Pidätysoikeuden rakenteesta''. LM 1948 s. 477—483.
— » — Virallisen vastaväittäjän lausunto Heikosen väitöskirjasta ''Perinnönyhteydestä I''. LM 1937 s. 286—295.
— » — Virallisen vastaväittäjän lausunto Sainion väitöskirjasta ''Elinkeinotoiminnan harjoittamisesta''. LM 1929 s. 329—349 (Lausunto).
— » — Voidaanko KK 11 luvun 4 §:ssä ja 12 luvun 4 §:ssä lausuttua periaatetta soveltaa myöskin avoimella siirrolla varustettuihin osakkeisiin. JFT 1946 s. 86—93.
Cassirer, Ernst: Axel Hägerström. Eine Studie zur schwedischen Philosophie der Gegenwart. Göteborgs Högskolas årsskrift 1939 s. 1—119.
— » — Substanzbegriff und Funktionsbegriff. 2. p. Berlin 1923.
Chydenius, Jacob Wilhelm: Lärobok i finsk kontraktsrätt I. 3. p. Helsingfors 1923.
— » — Virallisen vastaväittäjän lausunto Voipion väitöskirjasta ''Ilman ja virtaavan veden oikeusasema''. LM 1924 s. 231—245.
Dalberg-Larsen, Jørgen: Et gensyn med en klassiker. Francis Hagerups ''Nogle Ord om den nyere Retsvidenskabs Karakter'' i historisk og aktuel belysning. TfR 1987 s. 5—32.
— » — Retsvidenskab som samfundsvidenskab. København 1977.
— » — The Influence of Social Science on the Dogmatics of Private Law in Denmark und Norway in the Period after 1900. Teoks. *Heyen, Erik Volmar,* Historische Soziologie der Rechtswissenschaft. Ius Commune. Sonderhefte 26. Frankfurt am Main 1986 s. 253—271.
Dworkin, Ronald: Taking Rights Seriously. London 1981.
Eckhoff, Torstein: Justice and Social Utility. Teoks. Legal Essays. A Tribute to Frede Castberg on the Occasion of His 70th Birthday 4 july 1963. Norway 1963 s. 74—93.
— » — Litt om det juridiske rettighetsspråk. Teoks. Festskrift til Alf Ross. København 1969 s. 63—78.
— » — Ross om retskilder og rett. TfR 1987 s. 197—213.
Ek, C. H.: Bidrag till läran om utomobligatoriskt skadeståndsansvar vid rättsenlig farlig verksamhet enligt Finlands gällande civilrätt. Helsingfors 1943 (Utomobligatoriskt skadeståndsansvar).
Ekelöf, Per Olof: Civilrätt och civilrättsskipning. Teoks. Festskrift till Jan Hellner. Malmö 1984 s. 229—252.
— » — En essay om tolkning och mening. Kungl. vetenskapssamhällets i Uppsala årsbok 20/1976 s. 5—53 (En essay).
— » — Från en forskares verkstad. Teoks. Uppsalaskolan — och efteråt. Rättsfilosofiskt symposium Uppsala 23—26 maj 1977. Uppsala 1978 s. 11—21.
— » — Juridisk slutledning och terminologi. TfR 1945 s. 213—272.

— » — Om begagnandet av termen rättighet inom juridiken. Teoks. Festskrift tillägnad Birger Ekeberg. Stockholm 1950 s. 151—177.
— » — Rättegång. Första häftet. 5. p. Stockholm 1977.
— » — Teleological Construction of Statutes. Scandinavian Studies in Law 1958 s. 75—117.
— » — Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap. Lund 1951 (Teknik eller vetenskap).
— » — Är termen rättighet ett syntaktiskt hjälpmedel utan mening? SvJT 1952 s. 546—559.
Ekström, F. W.: Om borgen 2. p. Helsingfors 1916.
— » — Privaträttens allmänna läror. Helsingfors 1921.
Ellilä, Tauno: Oikeustieteen ja oikeuskäytännön keskinäisestä kosketuksesta ja yhteensovittamisesta. DL 1950 s. 222—246.
Elliot, Donald E.: The Evolutionary Tradition in Jurisprudence. Columbia Law Review 1985 s. 38—94.
Erich, Rafael: Virallisen vastaväittäjän lausunto Elieser Kailan väitöskirjasta ”Oikeuslogiikka I” LM 1924 s. 170—180.
Erma, Reino: Työurakka Suomen velvoiteoikeuden mukaisena sopimustyyppinä. Vammala 1955.
Evers, Jan: Viljeteorins premisser. Teoks. *Halldén, Sören — Hermerén, Göran — Stille, Leif* (toim.), Logik, rätt och moral. Filosofiska studier tillägnade Manfred Moritz på 60-årsdagen den 4 juni 1969. Lund 1969 s. 43—48.
Federley, Martti: Laintulkinnasta deskriptiivisenä tulkintaoppina. LM 1965 s. 296—302.
Flew, Antony: A Dictionary of Philosophy. London 1979.
Fries, Martin: Grunddragen i Axel Hägerströms filosofi. (teoks.) Axel Hägerström, Socialfilosofiska uppsatser. Stockholm 1939 s. 7—34.
— » — Verklighetsbegreppet enligt Hägerström. Uppsala universitetets årskrift 1944: 3. Uppsala 1944.
Frändberg, Åke: Om rättsordningars giltighet. Teoks. Samfunn, ret, retferdighet. Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag. Otta 1986 s. 323—334.
Fröström, Lars: Axel Hägerströms analys av värdeupplevelsen. (teoks.) *Halldén, Sören — Hermerén, Göran — Stille, Leif* (toim.) Logik, rätt och moral. Filosofiska studier tillägnade Manfred Moritz på 60-årsdagen den 4 juni 1969. Lund 1969 s. 49—60.
Fuller, Lon: Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart. Harvard Law Review 1958 s. 630—672.
Furberg, Mats: Locutionary and Illocutionary Acts. A Main Theme in J. L. Austin's Philosophy. Göteborg 1963.
Geiger, Theodor: Debatt med Uppsala om moral og ret. Lund 1946.
— » — Retsreglers gyldighed og den såkaldte retsbevidsthed. Statsvetenskaplig Tidskrift 1946 s. 380—401.
— » — Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts. København 1947.
Godenhielm, Berndt: En förlagsrättslig avhandling. Virallisen vastaväittäjän lausunto Saxénin väitöskirjasta ”Förlagsavtalet”. JFT 1955 s. 137—163.
— » — Några ord om juridiken som vetenskap. DL 1948 s. 12—17.
— » — Om hävning av hyresavtal. DL 1954 s. 157—172.
— » — Om realisation av pantskuldebrev. JFT 1958 s. 89—98.
— » — Om rättsverkan av föravtal. JFT 1958 s. 226—234.
— » — Om säljarens bundenhet under ändrade förhållanden. Helsingfors 1954.

— » — Patentskyddets omfång på basen av patentanspråkets funktionella innehåll. Borgå 1950.
— » — Piirteitä myyjän pysäyttämisoikeudesta. Teoks. Toivo Mikael Kivimäki 1886. 5. 6. 1956 Juhlajulkaisu. Vammala 1956 s. 85—103.
— » — Successionsrättsliga spörsmål IV. DL 1952 s. 311—319.
— » — Till tolkningen av ÄB 17: 2. JFT 1952 s. 92—106.
— » — Till tolkningen av 15 § skuldebrevslagen. JFT 1949 s. 241—248.
— » — Värderingen av arvejordsvederlag. JFT 1956 s. 37—69.
Graham, Keith: J. L. Austin — A Critique of Ordinary Language Philosophy. Sussex 1977.
Granfelt, O. Hj.: Arvostelu Olivecronan teoksesta "Bevisskyldigheten och den materiella rätten". JFT 1934 s. 244—248.
— » — Puheenvuoro keskustelukysymykseen "Under vilka förutsättningar kan rättsvetenskapen främja den praktiska juristens arbete?" JFT 1944 s. 286 (JFT 1944).
Gray, John Chipman: The Nature and Sources of Law. New York 1909.
Grotenfelt, Arvi: Uuden ajan filosofian historia. Jälkimmäinen osa. Helsinki 1938.
Haataja, Kyösti: Arvostelu Caseliuksen teoksesta "Sopimukseen perustuvat irroittamisoikeudet". LM 1937 s. 20—65 (arvostelu).
— » — Förändringar i rättsåskådningen under senare tider. SvJT 1934 s. 1—14.
— » — Kysymys Suomen siviilioikeuden kodifioimistyön alkuunpanosta. LM 1953 s. 93—105.
— » — Maanjaot ja talojärjestelmä. Helsinki 1949.
— » — Näkökulmia lain ja oikeuden erosta ja sen merkityksestä nykyisessä yhteiskunnassa. Teoks. Festskrift för prof. jur. utr. Dr. Otto Hjalmar Granfelt. Helsinki 1934 s. 263—280.
— » — Vuokran käsite yksityismaan vuokrasta maalla nykyään voimassa olevan Suomen lainsäädännön mukaan. Porvoo 1921.
— » — Överlåtelse av visst på marken bestämt område enligt finsk rätt. JFT 1949 s. 44—57.
Hagerup, Francis: Nogle Ord om den nyere Retsvidenskabs Karakter. TfR 1888 s. 1—58.
Hakulinen, Y. J.: Actio quanti minoris. JFT 1935 s. 187—198.
— » — Arvostelu af Hällströmin teoksesta "Verkan av ägareförbehåll...". LM 1943 s. 415—420.
— » — Arvostelu Lundstedtin teoksesta "Grundlinjer i skadeståndsrätten. Senare delen; Strikt ansvar I". LM 1947 s. 156—159.
— » — Arvostelu Rekolan teoksesta "Saamisoikeuden vanhentuminen Suomen lain mukaan I—II". LM 1940 s. 134—157. (LM 1940).
— » — Avio-oikeus ja puolison perintöoikeus. DL 1935 s. 277—298.
— » — Eräs takaussitoumuksen raukeamistapaus. JFT 1947 s. 173—178.
— » — Hallinnansaannin merkityksestä, kun sama esine on vuokrattu kahdelle. LM 1937 s. 399—411.
— » — Kiinteistön luovutuksen muodosta. Helsinki 1933.
— » — Kuittaus siirronsaajaa vastaan. DL 1936 s. 351—362.
— » — Kuolinpesäkö juridinen henkilö? LM 1955 s. 357—384.
— » — Kuolinpesän velkojain oikeus jäämistöön. DL 1931 s. 115—130.
— » — Latinankieli ja lainoppi. LM 1949 s. 341—344.
— » — Oikeudentunto. DL 1952 s. 225—229.
— » — Perillisten yhteisomistusoikeudesta ja jäämistön osakkuudesta. LM 1939 s. 54—75.

— » — Perusteettoman edun palautus. Helsinki 1931.
— » — Puolison oikeudesta määrätä perintönä saadusta omaisuudesta. DL 1941 s. 225—239.
— » — Retentio-oikeuden suhde kolmanteen mieheen. LM 1927 s. 65—113.
— » — Sovintojako ja perintöosuuden luovutus. LM 1945 s. 31—45.
— » — Velkakirjalaki. Porvoo 1947.
— » — Velvoiteoikeus I. Yleiset opit. Helsinki 1958.
Hannikainen, Antti: Pidätysoikeuden rakenteesta silmälläpitäen Suomen voimassaolevaa oikeutta. Vammala 1948.
— » — Vuokranantajalle huoneenvuokralain 26 §:n mukaan kuuluvasta vakuusoikeudesta. LM 1949 s. 328—340.
Hare, R. M.: The Language of Morals. Oxford 1952.
— » — 'Nothing Matters'. (teoks.) *Hare,* Applications of Moral Philosophy. Berkeley and Los Angeles 1973 s. 32—47.
Hart, H. L. A.: The Concept of Law. Oxford 1961.
— » — Definition and Theory in Jurisprudence. An Inaugural Lecture delivered before the University of Oxford on 30 May 1953. Oxford 1953.
Havansi, Erkki: Oikeustapauskommentti. KKO 1984 II 220. LM 1985 s. 686—694.
Heck, Philipp: Gesetzeauslegung und Interessenjurisprudenz. Tübingen 1914.
— » — Interessenjurisprudenz. Tübingen 1933.
Hedenius, Ingemar: Ett argument mot den rättsfilosofiska domstolsrealismen. Teoks. En filosofibok tillägnad Anders Wedberg. Stockholm 1978 s. 62—65.
— » — Om den rättsfilosofiska domstolsrealismen. Teoks. Uppsalaskolan — och efteråt. Rättsfilosofiskt symposium Uppsala 23—26 maj 1977. Uppsala 1978 s. 41—49.
— » — Om rätt och moral. Stockholm 1941.
Heikonen, A. R.: Arvostelu Åke Malmströmin teoksesta ''Successionsrättsliga studier''. DL 1939 s. 324—335.
— » — Avoimen yhtiön perustamisesta. DL 1930 s. 347—356 ja 373—390.
— » — Avoin yhtiö. Porvoo 1948.
— » — Eräs osakkeiden lunastamista koskeva tapaus. LM 1948 s. 602—611.
— » — Jäämistönosakkaan velan ulosmittaamisesta. DL 1939 s. 91—114.
— » — Perikunnan omistaman kiinteistön lainhuudattamisesta ja kiinnittämisestä sekä määräalan erottamisesta siitä. LM 1939 s. 656—673.
— » — Perinnönyhteydestä Suomen oikeudessa I. Helsinki 1936.
— » — Perinnönyhteydestä Suomen oikeudessa II. Helsinki 1937.
— » — Perintöosuutta vastaavan kiinteistönosan luovutuksen oikeusseuraamuksista. LM 1954 s. 787—810.
— » — Testamentin hyväksymisestä ennen testamentintekijän kuolemaa. LM 1939 s. 353—372.
— » — Testamentin peruuttamisesta. LM 1941 s. 253—275.
— » — Testamentin valvomisesta. DL 1936 s. 391—405.
— » — Vaaditaanko perintöosuuden luovutukseen perillisen puolison suostumus, milloin jäämistöön kuuluu kiinteää omaisuutta. DL 1947 s. 232—242.
— » — Vaimon oikeudesta luovuttaa omistamaansa tai perillisille yhteisesti kuuluvaa kiinteätä omaisuutta. LM 1941 s. 63—83.
— » — Voidaanko omaisuus, joka on saatu testamentilla, ulosmitata, vaikkei testamentti ole saanut lain voimaa? JFT 1937 s. 123—139.

— » — Yhteisomistajan oikeudesta luovuttaa tietty osa osuudestaan määrätarkoitukseen ostetusta kiinteistöstä. LM 1944 s. 62—82.
Helin, Markku: Kihlalapsen asemasta. LM 1981 s. 700—705.
— » — Käsitteistä päättelemisestä. Teoks. Juhlajulkaisu Simo Zitting 1915 · 14/2 · 1985. Vammala 1985 s. 82—92.
— » — Oikeustapauskommentti KKO 1984 II 41. LM 1984 s. 599—606.
— » — On the Semantics of the Interpretative Sentences in Legal Dogmatics. Oikeustiede — Jurisprudentia 1983. Essays in Legal Theory in Honor of Kaarle Makkonen.
— » — Den skandinaviska realismen och rättighetsbegreppet — Några anmärkningar. Teoks. Uppsalaskolan — och efteråt. Rättsfilosofiskt symposium Uppsala 23—26 maj 1977. Uppsala 1978 s. 71—81.
Hermerén, Göran: Värdering och objektivitet. Umeå 1972.
Hernberg, Alarik: Förbudsdomen. DL 1921 s. 1—17.
— » — Strövtåg på lösöresakrättens område. Teoks. Festskrift för presidenten jur.utr. Dr. Berndt Julius Grotenfelt. Helsingfors 1929 s. 268—284.
— » — Äktenskapslagen i doktrinens ljus. DL 1930 s. 33—44, 81—91, 145—155, 269—275 ja 339—346.
Hiidensalo, Tuula: Kihlalapsen asema korkeimman oikeuden viimeaikaisessa käytännössä. LM 1981 s. 549—558.
Hoel, Astrup: Den moderne retsmetode. Oslo 1925.
Honkasalo, Brynolf: Virallisen vastaväittäjän lausunto Livsonin teoksesta ''Epävarsinainen laiminlyöntirikos''. LM 1949 s. 549—557.
Hult, Phillips: Lagens bokstav och lagens andemening. SJT 1952 s. 579—608.
Hyvönen, Veikko O.: Määräalan luovutuksensaajan oikeusasemasta. Vammala 1970.
Hägerström, Axel: Begreppet viljeförklaring på privaträttens område. Theoria 1935 s. 32—57 ja 121—138.
— » — Botanisten och filosofen. Stockholm 1910.
— » — De socialistiska idéernas historia. Stockholm 1946.
— » — Framställning av den egna filosofien. (teoks.) *Hägerström, Axel:* Filosofi och vetenskap. Utgiven och kommenterad av *Martin Fries.* Örebro 1957.
— » — Moralpsykologi. Stockholm 1952.
— » — Naturrätt i straffrättsvetenskapen. SvJT 1920 s. 321—341.
— » — Om moraliska föreställningars sanning. Stockholm 1911.
— » — Die Philosophie der Gegenwart in Selbstdarstellungen. Leipzig 1929. (Selbstdarstellung).
— » — Relativitetsteori och kunskapsfilosofi. (teoks.) *Axel Hägerström,* Filosofi och vetenskap. Utgiven och kommenterad av *Martin Fries.* Orebro 1957 s. 183—242.
— » — Rätten och staten. Tre föreläsningar om rätts- och statsfilosofi utgivna av *Martin Fries.* Stockholm 1963.
— » — Socialfilosofiska uppsatser. Stockholm 1939.
— » — En straffrättslig principundersökning. SvJT 1939 s. 209—225 (Principundersökning).
— » — Till frågan om begreppet gällande rätt. TfR 1931 s. 48—91. (Gällande rätt).
— » — Till frågan om den objektiva rättens begrepp. I Viljeteorien. Uppsala 1917. (Den Objektiva rättens begrepp)
— » — Är gällande rätt uttryck av vilja. Teoks. *Olivecrona, Karl* (ed.): Rätten och viljan. Lund 1961. (Är gällande rätt).

af Hällström, Erik: Arvostelu Brusiinin teoksesta ”Tuomarin harkinta normin puuttuessa”. JFT 1939 s. 568—570.
— » — Arvostelu Hakulisen teoksesta ”Kiinteistön luovutuksen muodosta”. JFT 1937 s. 202—205.
— » — Arvostelu Lundstedtin teoksesta ”Grundlinjer i skadeståndsrätten. Forra delen”. JFT 1936 s. 249—251.
— » — Arvostelu Melanderin teoksesta ”Asumusero”. JFT 1949 s. 261—262.
— » — Arvostelu Ranisen teoksesta ”Vahvistuskirje sopimuksen tekemisessä”. JFT 1938 s. 136—139.
— » — Arvostelu Rekolan teoksesta ”Saamisoikeuden vanhentuminen Suomen lain mukaan I—II. JFT 1939 s. 554—558. (JFT 1939).
— » — Arvostelu Schmidtin teoksesta ”Om ägareförbehåll och avbetalningsköp”. JFT 1940 s. 313—314.
— » — Arvostelu Undénin teoksesta ”Svensk sakrätt I—II”. JFT 1937 s. 208—211.
— » — Borde lagarna vara uttömmande och detaljerade eller kortfattade och allmänt hållna? JFT 1942 s. 412—425.
— » — Det nordiska rättsarvet. Finsk tidskrift. Juli—december 1944 s. 161—170.
— » — Force majeure vid hyresavtal. JFT 1940 s. 150—159.
— » — Kollision mellan testamentaries rätt och efterlevande makes giftorättsanspråk. JFT 1947 s. 147—152.
— » — Något om juridiska begrepp, deras uppgift och berättigande. JFT 1931 s. 355—367.
— » — Något om rättshandlingars ogiltighet enligt avtalslagens 28—35 §§. teoks. Festskrift för professorn jur.utr.dr. Otto Hjalmar Granfelt. Helsingfors 1934 s. 320—339.
— » — Om villfarelse såsom divergens mellan vilja och förklaring vid rättshandlingar på förmögenhetsrättens område. Helsingfors 1931. (Om villfarelse).
— » — Puheenvuoro Lainopillisen yhdistyksen keskustelukysymykseen ”Under vilka förutsättningar kan rättsvetenskapen främja den praktiska juristens arbete”. JFT 1944 s. 286—288 (JFT 1944).
— » — Testamentsexekutorn. JFT 1950 s. 180—202.
— » — Till frågan om köpares rätt till prisavdrag. JFT 1935 s. 61—72.
— » — Vastaus Lainopillisen yhdistyksen keskustelukysymykseen ”Kan det anses vara en i vår rätt numera gällande regel, att vid köp av lös egendom faran övergår å köparen vid godsets avlämnande?”. JFT 1938 s. 151—156.
— » — Verkan av att det avtalade priset vid fastighetsköp är ett annat än det i köpebrevet angivna. JFT 1944 s. 320—326.
— » — Verkan av ägareförbehåll på rättsförhållandet mellan säljaren och köparen. Åbo 1942.
— » — Vilja, förklaring, tillit. En förmögenhetsrättslig studie. DL 1929 s. 50—63, 81—92, 249—262.
Illum, Knud: Lov og Ret. København 1945.
Jansson, Jan-Magnus: Hans Kelsens statsteori mot bakgrunden av hans rättsfilosofiska åskådning. Helsingfors 1950.
— » — En inhemsk rättsteoretiker. JFT 1955 s. 191—201.
Jørgensen, Stig: Die Bedeutung Jherings für die neuere skandinavische Rechtslehre. Teoks. *Jørgensen, Stig:* Lovmål och dom. Retsteoretiske afhandlinger. København 1975, s. 97—107.

— » — Retspositivisme og naturret. Acta Jutlandica XLVI. Samfundsvidenskabelig Serie 13. Århus 1977.
Kaila, Eino: Inhimillinen tieto. Helsinki 1939.
Kaila, Elieser: Ennakkoturvaamismenettelyn käsitteestä. LM 1925 s. 62—85.
— » — Näkökohtia subjektillisesta oikeudesta. LM 1937 s. 444—455.
— » — Oikeuslogiikka I. Muodollinen oikeuslauseoppi. Helsinki 1924.
— » — Virallisen vastaväittäjän lausunto Brusiinin väitöskirjasta ”Tuomarin harkinta normin puuttuessa”. LM 1938 s. 385—408.
— » — Virallisen vastaväittäjän lausunto Ranisen teoksesta ”Fob -lauseke”. LM 1934 s. 286—300.
Kairinen, Martti: Perussuhdeteoriasta työoikeuden yleisten oppien osana. Vammala 1979.
Kangas, Urpo: Kansallissosialistinen oikeusajattelu ja sen herättämät reaktiot Suomessa. Turku 1985.
— » — Piirteitä Otto Brusiinin ajatusmaailmasta. Helsinki 1976.
Karlgren, Hjalmar: Arvostelu Gunnar Palmgrenin teoksesta ”Om påföljderna av säljares mora”. SvJT 1937 s. 307—309.
— » — Arvostelu Taxellin teoksesta ”Panträtt i skuldebrev”. SvJT 1949 s. 673—674. (SvJT 1949)
Kastari, Paavo: Eräitä Hans Kelsenin oikeusteoriaa koskevia näkökohtia. LM 1936 s. 80—100.
— » — Hans Kelsenin valtiokäsitys. LM 1937 s. 1—19.
Kauppi, Kalle: Kaupparekisteristä Suomen oikeuden mukaan rekisterimerkintäin yksityisoikeudellisia vaikutuksia silmälläpitäen. Helsinki 1927.
Kelsen, Hans: General Theory of Law and State. New York 1973.
— » — Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Tübingen 1911.
— » — On the Pure Theory of Law. Israel Law Review 1966 s. 1—7.
— » — Puhdas oikeusoppi. Porvoo 1968.
Kivimäki, T. M.: Arvostelu Hakulisen teoksesta ”Velvoiteoikeus I”. LM 1958 s. 748—756.
— » — Asianajajan siviilioikeudellinen vastuu. Helsinki 1924.
— » — Asiantuntijalausunto 18. 9. 1958 täytettäessä siviilioikeuden professorinvirkaa. LM 1959 s. 695—712. (LM 1959).
— » — ”Doctorum opinio” ja 1873 vuoden takausasetuksen 1 §. LM 1960 s. 145—160.
— » — Eloonjääneen aviopuolison oikeudesta maanhankintalaissa säänneltyyn hallintasopimukseen ja sanotun lain nojalla hankittuun tilaan. DL 1952 s. 135—146.
— » — Irtainta omaisuutta koskevan lahjanlupauksen sitovaisuudesta. LM 1925 s. 85—101.
— » — Lainkäytön ja oikeustieteen oikeutta kehittävästä merkityksestä. LM 1937 s. 474—484.
— » — N.s. fidusiaarisista oikeustoimista. DL 1938 s. 361—380.
— » — Oikeudellisen ajattelun kehityksestä viime vuosikymmenien kuluessa. LM 1959 s. 121—130.
— » — Osalakko ja työhaluisten oikeus työpalkkaan. JFT 1949 s. 26—43.
— » — Tekijänoikeudellisia probleemeja. LM 1945 s. 420—431.
— » — ”Tunneperäisistä” tuomioista. DL 1952 s. 347—357.
— » — Työsopimuslain 1 §. DL 1930 s. 156—166.
— » — Uusia virtauksia siviililainopin alalla. DL 1921 s. 367—388.
— » — Yleislausekkeet oikeusvarmuutta heikentävinä tekijöinä. LM 1950 s. 302—318.

Kivivuori, Antti: Suomen vahingonkorvauslainsäädännön kehitys I. Rikoslainsäädäntö. Joensuu 1969.
Klami, Hannu Tapani: A History of Finnish Legal Science. An Outline. Oikeustiede Jurisprudentia 1986 s. 125—270.
— » — Ihmisen säännöt. Turku 1983.
— » — ''Kuluttajansuojasta'' oikeustieteessä. DL 1982 s. 467—481.
— » — Norm-Rationality Versus Goal-Rationality. JFT 1980 s. 308—320.
— » — Oikeudellisen säätelyn yleinen teoria. Turku 1977.
— » — Oikeustaistelijat. Suomen oikeustiede Venäjän vallan aikana. Porvoo 1977.
Kriele, Martin: Rechtspositivismus und Naturrecht — politisch beleuchtet. Juristische Schulung 1969 s. 149—156.
Kuhn, Thomas S.: The Structure of Scientific Revolutions. 2. p. Chicago 1970.
Källström, Staffan: Den gode nihilisten. Kristiansand 1986.
— » — Värdenihilism och vetenskap. Uppsalafilosofin i forskning och samhällsdebatt under 1920- och 30-talen. Göteborg 1984.
Lahtinen, Osvi: Arvostelu Rautialan teoksesta ''Ositus''. DL 1952 s. 320—334.
— » — Arvostelu Zittingin teoksesta ''Omistajanvaihdoksesta''. DL 1952 s. 208—214. (DL 1952)
— » — Asialegitimatiokysymyksen tarkastelua lähinnä erään oikeustapauksen puitteissa. DL 1956 s. 364—367.
— » — Avioliittolain kolme omaisuuslajia? DL 1951 s. 122—129.
— » — Kun puoliso luovuttaa omaisuuttaan, jotta toiselle puolisolle osituksessa tuleva omaisuus vähenisi. DL 1958 s. 381—393.
— » — Kuolinpesä-konstruktiosta. LM 1955 s. 112—122.
— » — N.s. mustaa kauppahintaa koskevasta eräästä ajatuksenjuoksusta. DL 1954 s. 312—318.
— » — Oikeustoimen muoto-ongelmasta. LM 1957 s. 134—144.
— » — Om rättskraften. JFT 1952 s. 216—223.
— » — Till läran om juridiska personer. TfR 1949 s. 47—58.
— » — Vekselilain 17 §:n tulkintaa. DL 1948 s. 372—378.
— » — Zum Aufbau der rechtlichen Grundlagen. (Zum Aufbau). Helsinki 1951.
Lakatos, Imre — Musgrave, Alan: (eds.) Criticism and the Growth of Knowledge. Aberdeen 1970. *(Lakatos — Musgrave).*
Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Berlin — Göttingen — Heidelberg 1960.
Lassen, Julius: Nogle Bemærkninger om Definitioner i Retsliteraturen. Teoks. Festskrift för friherre R. A. Wrede. Helsingfors 1921 s. 23—37.
Lehtinen, J. N.: Mitä oikeus on? Vammala 1949.
Lilius, F. O.: Katsaus päävirtauksiin XIX:nnen vuosisadan oikeustieteessä. LM 1904 s. 81—93.
— » — Testamentin peruuttamisesta. LM 1925 s. 101—120.
— » — Tuomarin suhtautumisesta oikeusoppineiden mielipiteisiin. Teoks. Festskrift för presidenten, jur.utr.Dr. Berndt Julius Grotenfelt. Helsingfors 1929 s. 315—321.
— » — Uusi suunta Saksan lakitieteessä. LM 1910 s. 138—147.
— » — Vanhoja ja uusia laintulkitsemisteorioja LM 1906 s. 106—111 ja 132—138.
Lindberg, Per: Om lösningsrätt till hembud underkastade aktier. JFT 1945 s. 82—90.
Lindblad, Geir: Vastaus Lainopillisen yhdistyksen keskustelukysymykseen ''Kan det anses

vara en i vår rätt numera gällande regel, att vid köp av lös egendom faran övergår å köparen vid godsets avlämnande? JFT 1938 s. 147—151.
Ljungman, Seve: Ytterligare om sydfruktslasten. Teoks. Festskrift tillägnad Vilhelm Lundstedt. Uppsala 1947 s. 152—166.
Logren, Ernst: Huvuddragen av Hägerströms filosofi. Uppsala 1944.
Lundstedt, Vilhelm: Det Hägerström-Lundstedtska misstaget. Uppsala 1942.
— » — Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft. Erster Band. Die falschen Vorstellungen von objektivem Recht und subjektiven Rechten. Uppsala 1932.
— » — Fiktion eller sanning i juridiken. SvJT 1924 s. 241—285. (Fiktion eller sanning).
— » — Grundlinjer i skadeståndsrätten. Senare delen. Strikt ansvar. Band II: 2. Uppsala 1953. (Grundlinjer Bd II: 2)
— » — Har Duguits rättsteori något underlag i fakta. (teoks.) Festskrift tillägnad Axel Hägerström. Uppsala 1928 s. 84—110.
— » — Har rättsvetenskapen behov av rättsideologi? teoks. Festskrift tillägnad Thore Engströmer. Uppsala 1943 s. 107—142.
— » — Kan härskande tolkning av 24 § köplagen anses riktig? SvJT 1921 s. 325—358. (24 § köplagen)
— » — Kritik av nordiska skadeståndsläror. TfR 1923 s. 55—154.
— » — Legal Thinking Revised. Uppsala 1956.
— » — Obligationsbegreppet. Förra delen. Fakta och fiktioner. Uppsala 1929. (Obligationsbegreppet I)
— » — Obligationsbegreppet. Senare delen. Första häftet. Uppsala 1930. (Obligationsbegreppet II: 1)
— » — Principinledning. Kritik av straffrättens grundåskådningar. Uppsala 1920.
— » — Superstition or Rationality in Action for Peace. London 1925.
— » — Till frågan om rätten och samhället. Svar till professor Thyrén. Uppsala 1921.
— » — Är det metafysik att beakta samhällets intressen i rättsvetenskapen? SvJT 1932 s. 537—552.
MacCormick, Neil: Law as Institutional Fact. The Law Quaterly Review 1974 s. 102—129.
MacCormick, Neil — Weinberger, Ota: An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism. Dordrecht 1986.
Makkonen, Kaarle: Ajatuksia juridisen kielen loogisesta analyysista. LM 1959 s. 49—72.
— » — Ilmaisusta "subjektiivinen oikeus" juridisessa kielessä. Teoks. *Pöyhönen, Juha (toim.), Suomalaista oikeusteoriaa I s. 257—271.*
— » — *Zur Problematik der juridischen Entscheidung. Eine strukturanalytische Studie. Turku 1965.*
Malmström, Åke: Till frågan om lagtolkningsmetoderna. SvJT 1952 s. 657—674. (Lagtolkningsmetoderna)
Marc-Wogau, Konrad: Axel Hägerström's Ontology. (teoks.) *Olson, Raymond E. — Paul, Anthony M.* (ed.): Contemporary Philosophy in Scandinavia. Baltimore and London 1972.
— » — Studier till Axel Hägerströms filosofi. Falköping 1968. (Studier)
Masterman, Margaret: The Nature of a Paradigm. Teoks. *Lakatos, Imre — Musgrave, Alan:* Criticism and the Growth of Knowledge. Aberdeen 1970 s. 59—89.
Mautner, Thomas: Om bestämning av begrepp inom rättsvetenskapen. TfR 1956 s. 156—161.
Montgomery, Robert: Handbok i Finlands allmänna privaträtt. 2. p. Helsingfors 1908—1910.

Munro, Colin R.: Lundstedt's Method of Social Welfare. ARSP 1981 s. 14—25.
Muukkonen, P. J.: Kiinteistön ns. mustasta kauppahinnasta. LM 1959 s. 814—828.
— » — Lainhuudatusvelvollisuuden alkamisajasta, kun kiinteistö ostetaan perustettavalle osakeyhtiölle. DL 1955 s. 221—236.
— » — Muotosäännökset. Vammala 1958.
— » — Osakkeen ''ylihinnan'' sovittelusta OYL 3: 3.2:n mukaan. DL 1987 s. 379—389.
— » — Sopimusvapauden käsitteestä. LM 1956 s. 601—612.
Myrdal, Gunnar: Vetenskap och politik i nationalekonomien. Stockholm 1930.
Nial, Håkan: Some Remarks on Legal Research and the Teaching of Law. Teoks. XXth Century Comparative and Conflicts Law. Legal Essays in Honor of Hessel E. Yntema. Leyden 1961 s. 91—97.
Niiniluoto, Ilkka: Maailma 3:n oliot. Teoks. *Haaparanta, Leila* (toim.): Olio. Suomen filosofisen yhdistyksen järjestämä kotimainen tutkijakollokvio. Helsingin yliopiston filosofian laitoksen julkaisuja 3/1984. Helsinki 1984 s. 120—141.
— » — On the Truth of Norm Propositions. Rechtstheorie. Beiheft 3. Berlin 1981 s. 171—180.
Nikupaavola, Eino: Yhteiskiinnityksestä I. Vammala 1953.
Noponen, V. K.: Oikeudesta ryhtyä liikennettä ja voimansiirtoa tarkoittaviin rakennustöihin naapurin maalla. Helsinki 1931.
Nordin, Svante: Från Hägerström till Hedenius. Lund 1984.
Nybergh, Gunnar: Arvostelu Lundstedtin teoksesta ''Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtwissenschaft'' I Band. JFT 1953 s. 207—208.
— » — Auktorrättens juridiska karaktär enligt finsk rätt. JFT 1937 s. 140—188.
— » — Ett par äktenskapsrättsliga spörsmål. JFT 1944 s. 308—319.
— » — Om pantsättning av förlagsrätt. JFT 1942 s. 116—129.
— » — Till frågan om efterlevande makes rätt enligt inbördes testamente när äktenskapet underlytt ÄL. JFT 1947 s. 133—146.
Ofstad, Harald: Alf Ross's begreppsbestemmelse av begreppet 'Rettsregel'. En elementær analytisk og kritisk undersøkelse. Oslo 1949.
— » — Om deskriptive definisjoner av begrepet rettsregel. TfR 1952 s. 38—83.
— » — Naturrettsfilosofiens sunne seiglivethet. En kritisk diskusjon av Karl Olivecrona's Law as Fact. TfR 1972 s. 427—462.
Olausson, Lennart: Uppsalamarxismen. Häften för kritiska studier. 1978: 6 s. 20—51.
Olivecrona, Karl: Det rättsliga språket och verkligheten. Lund 1964.
— » — Lagens imperativ. Lund 1942.
— » — Law as Fact. 2. ed. London 1971.
— » — Några synpunkter på de juridiska begreppen. Teoks. Festskrift tillägnad Axel Hägerström den 6 september 1928. Uppsala 1928 s. 221—228.
— » — Om lagen och staten. Lund 1940.
— » — Om ''skandinavisk realism''. UfR 1975 s. 346.
— » — Rätt och dom. Lund 1960.
— » — Rättsordningen. Ideer och fakta. Lund 1966.
— » — Studier över begreppet juridisk person i romersk och modern rätt. Uppsala 1928.
— » — Talerätt och materiell rätt. En relikt från naturrätten. SvJT 1925 s. 177—182.
— » — Till frågan om rättsvetenskapens problemställning. TfR 1927 s. 327—350.
— » — Zum Begriff des subjektiven Rechts. Bemerkungen zu Konrad Marc-Wogaus Kritik. Theoria 1941 s. 46—52.

Olivier, Pierre J. J.: Legal Fictions in Practice and Legal Science. Rotterdam 1975. (Legal Fictions)
Olsson, Curt: Aktieförvärvares rätt i förhållande till bolaget. Helsingfors 1949.
— » — Arvostelu Janssonin teoksesta ”Hans Kelsens statsteori”. JFT 1951 s. 313—314. (JFT 1951).
— » — Arvostelu Zittingin teoksesta ”Omistajanvaihdoksesta”. JFT 1952 s. 128—130. (JFT 1952)
— » — Den oåterkalleliga fullmakten. JFT 1952 s. 236—254.
— » — Om köpares borgenärsskydd vid köp av lös egendom. Helsingfors 1954.
— » — Rättsvetenskapens mål och medel. Nya Argus 1953 s. 79—83.
— » — Verkan av avtalsklausuler i standardformulär. Vammala 1957.
— » — Vilken verkan har ägareförbehåll då godset säljes vidare. JFT 1960 s. 3—12.
Olsson, Hagar: Ny mentalitet. Finsk tidskrift 1930, förra halvåret s. 431—434.
Opałek, Kazimierz: Positiivisen oikeuden käsitteestä. LM 1978 s. 851—870.
Opsahl, Torkel: Alf Ross 70 år. TfR 1969 s. 1—8.
Ott, Walter: Der Rechtspositivismus. Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus. Berlin 1976.
Oxenstierna, Gunnar: Vad är Uppsala-filosofien. Stockholm 1938.
Palme, W. A.: Vem är berättigad utverka lagfart när fastigheten hör till oskift dödsbo. JFT 1946 s. 9—20.
Palmgrén, Gunnar: Arvostelu Taxellin väitöskirjasta ”Aktiebolagstyrelsens kompetens att rättshandla”. JFT 1946 s. 313—327.
— » — Arvostelu Vihman teoksesta ”Palovakuutussopimus”. LM 1948 s. 495—502.
— » — Några synpunkter på rättsvetenskapens arbetsuppgifter. Nya Argus 1940 s. 177—178.
— » — Om påföljderna av säljares mora. Helsingfors 1936.
— » — Om säljares rätt att åberopa svek eller bedrägeri vid överlåtelse av fast egendom. JFT 1942 s. 247—294.
— » — Suomen siviilioikeus pääpiirteittäin I. Helsinki 1948.
— » — Till frågan om fordringspreskriptionens rättsverkan. JFT 1936 s. 228—240.
Pap, Arthur: Elements of Analytic Philosophy. New York 1972.
Passmore, John: A Hundred Years of Philosophy. 1966 (Penguin Books)
— » — Hägerström's Philosophy of Law. Philosophy 1961 s. 143—160.
Pattaro, Enrico: The Concept of a Legal Transaction according to Axel Hägerström. World Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy. Paper n:o 143. Category III. Basel 1979.
Peczenik, Aleksander: The Basis of Legal Justification. Lund 1983.
— » — Forskning i allmän rättslära — finns den? teoks. Svensk rätt i omvandling. Studier tillägnade Hilding Eek, Seve Ljungman, Folke Schmidt. Stockholm 1976 s. 359—376.
— » — Juridikens metodproblem. Stockholm 1974.
— » — Juridisk operationism. JFT 1977 s. 112—131.
Petersson, Bo: Axel Hägerströms värdeteori. Uppsala 1973.
Phillips, Derek L.: Wittgenstein and Scientific Knowledge. A Sociological Perspective. London 1977.
Popper, Karl: Conjectures and Refutations. The Growth of Scientific Knowledge. 4. ed. London 1978.
— » — Objective Knowledge. An Evolutionary Approach. Oxford 1972.

— » — The Poverty of Historicism. London and Henley 1979.
Portin, Göran: Om reklamation vid köp av lös egendom. JFT 1957 s. 197—210.
Pöyhönen, Juha: Juridisista teorioista. Tutkimus lainopillisen teorian käsitteestä. Helsinki 1981.
Raninen, Huugo: Fob -lauseke hankinta- ja kauppasopimuksissa. Helsinki 1934.
Rautiala, Martti: Aviottoman lapsen tunnustamisen muodosta. LM 1955 s. 621—639.
— » — Lainhuudatuksen myöntämisestä, kun kiinteistö kuuluu jakamattomaan kuolinpesään. JFT 1946 s. 5—8.
— » — Minä hetkenä avio-oikeuden on katsottava lakkaavan, kun tuomioistuin on tuominnut avioeroon? LM 1942 s. 70—76.
— » — Puolisoiden velkasuhteet avioliittolain mukaan I. Vammala 1945.
— » — Valtuutuksen (kelpoisuuden) ylittämisestä oikeuskäytännön valossa. LM 1958 s. 583—605.
Rawls, John: Two Concepts of Rules. Teoks. *Foot, Philippa* (ed.), Theories of Ethics. Oxford 1970 s. 144—170.
Rekola, Aarne: Saamisoikeuden vanhentuminen Suomen lain mukaan I. Vammala 1938.
— » — Saamisoikeuden vanhentuminen Suomen lain mukaan II. Vammala 1938.
Riska, Olof: Laivaajan ja rahdinottajan välille syntyvästä oikeudellisesta suhteesta. LM 1955 s. 672—688.
Rodhe, Knut: Gränsbestämning och äganderättstvist. Lund 1944.
— » — Om Fastighetsindelningen och dess betydelse. Uppsala 1941.
Ross, Alf: Arvostelu Ekelöfin teoksesta "Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap?". TfR 1952 s. 526—527.
— » — Directives and Norms. London 1968.
— » — Ejendomsret og Ejendomsovergang med særligt Henblik paa dansk Retspraksis. København 1935. (Ejendomsret og Ejendomsovergang)
— » — Imperatives and Logic. Theoria 1941 s. 53—71.
— » — Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis. Zugleich Prolegomena zu einer Kritik der Rechtswissenschaft. Kopenhagen — Leipzig 1933.
— » — Lærebog i Folkeret. Almindelig Del. København 1942.
— » — Om begreppet "gældende ret" hos Theodor Geiger. TfR 1950 s. 242—272.
— » — Om ret og retfærdighed. København 1953.
— » — Realismen i Retsvidenskaben og Samfundsnyttekimæren. SvJT 1932 s. 324—349.
— » — Retsfilosofiens problem. SvJT 1952 s. 701—732.
— » — Retskilde og metodelære i realistisk belysning. TfR 1931 s. 241—301.
— » — Status i rettighedsdiskussionen. SvJT 1953 s. 529—540.
— » — Theorie der Rechtsquellen. Leipzig und Wien 1929.
— » — Towards a Realistic Jurisprudence. A Criticism of the Dualism in Law. Copenhagen 1946.
— » — En traditionstro billedstormer. UfR 1975 s. 229—235.
— » — Validity and the Conflict Between Legal Positivism and Natural Law. Revista Juridica de Buenos Aires 1961 s. 46—92.
— » — Videnskab og politik i juridisk doktrin. TfR 1952 s. 252—257.
— » — Virkelighed og Gyldighed i Retslæren. København 1934.
Routamo, Eero: Takuutiedettä irtaimen kaupasta. DL 1982 s. 226—231.
Russell, Bertrand: Filosofian ongelmat. Helsinki 1969.

— » — Länsimaisen filosofian historia II. Uuden ajan filosofia. Helsinki 1948.
Ryding, Erik: Den svenska filosofins historia. Stockholm 1959.
Sainio, Viljo: Elinkeinotoiminnan harjoittamisesta johtuvat suhteet naapureihin Suomen yksityisoikeuden mukaan. Tampere 1929. (Elinkeinotoiminnan harjoittamisesta)
— » — Eräitä oikeuden olemusta käsitteleviä teorioja. DL 1928 s. 93—113.
Salmond, John: Jurisprudence 4th ed. London 1913.
— » — Jurisprudence. 11th edition by Glanville Williams. London 1957.
Salomaa, J. E.: Filosofian historia. Porvoo 1935.
Savolainen, Matti: Kihlalapsen asema ennen, nyt ja korkeimman oikeuden mukaan. DL 1980 s. 435—462.
Saxén, Hans: Om förmedlingsprovision vid köp. JFT 1958 s. 1—59.
Schilpp, Arthur: (ed.) The Philosophy of Karl Popper. La Salle 1974.
Schmidt, Folke: Bundna och öppna argument i rättsvetenskapen. Teoks. Festskrift till Per Olof Ekelöf. Stockholm 1972 s. 569—585.
Schneider, G.: Der Ursprung des Positivismus in der Gestalt des Historismus. ARSP 1972 s. 267—286.
Searle, John: Speech Acts. London 1970.
Serlachius, Julian: Sakrätten enligt gällande finsk rätt. 2. p. Helsingfors 1912.
Simmonds, N.E.: Law as a Rational Science. ARSP 1980 s. 535—556.
— » — The decline of juridical reason. Doctrine and theory in the legal order. London 1984.
Sintonen, Matti: Positivismi. Teoks. *Niiniluoto, Ilkka — Saarinen, Esa* (toim.), Vuosisatamme filosofia. Porvoo-Helsinki-Juva 1986 s. 1—39.
Sipilä, Arvo: Deliktiperusteisen vahingonvastuun teoreettinen rakenne. Helsinki 1936.
— » — Näkökohtia asunto-osakeyhtiön osakkeenomistajan huoneiston hallintaoikeudesta vastikkeen suoritusta silmällä pitäen. DL 1932 s. 93—116.
Smart, J. J. C.: Extreme and Restricted Utilitarianism. Teoks. *Foot Philippa* (ed.), Theories of Ethics. Oxford 1970 s. 171—183.
Smith, Norman Kemp: Immanuel Kants Critique of Pure Reason. London 1952.
Stenius, Erik: Wittgensteinin 'Puhtaan kielen kritiikki'. Teoks. *Hintikka, Jaakko — Routila, Lauri* (toim.), Filosofian tila ja tulevaisuus. Tapiola 1970 s. 45—58.
Storheim, Eivind: Axel Hägerström. Teoks. Ahlberg Alf (toim.), Västerlandets tänkare III. Stockholm 1964.
Strahl, Ivar: Till frågan om rättighetsbegreppet. TfR 1946 s. 204—210.
— » — Till frågan om rättighetsbegreppet. TfR 1947 s. 481—514. (Till frågan om rättighetsbegreppet II)
Strömholm, Stig: Teleologisk tolkning och likformig argumentation. Teoks. Festskrift till Per Olof Ekelöf. Stockholm 1972 s. 671—723.
Stuer Lauridsen, Preben: Kelsen og Ross. Teoks. Samfunn, Rett, Rettferdighed. Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag. Otta 1986 s. 681—699.
— » — Studier i retspolitisk argumentation. København 1974.
Summers, Robert S.: Two Types of Reasons of Substance in Common Law Cases. ARSP. Beiheft n:o 11. Wiesbaden 1979 s. 217—229.
— » — Instrumentalism and American Legal Theory. Ithaca and London 1982.
Sundberg, Jacob: fr. Eddan t. Ekelöf. Repetitorium om rättskällor i Norden. Malmö 1978.
— » — Om totalitär rättsuppfattning. SvJT 1984 s. 98—110.
Sundby, Nils Kr.: Legal Right in Scandinavian Analyses. Natural Law Forum 1968 s. 72—107.

Sundell, Jan-Olof: Tysk påverkan på svensk civilrättsdoktrin 1870—1914. Lund 1987.
Suppe, Frederick: (ed.), The Structure of Scientific Theories. 2. p. Urbana-Chicago-London 1979.
Suviranta, Outi: Ennakkopäätösten käytöstä suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa. Oikeustiede — Jurisprudentia 1986 s. 425—475.
Tawaststjerna, Ilmari: Onko lupaus, joka tarkoittaa arvomäärän lahjoittamista, antajaa sitova. LM 1924 s. 73—77.
Taxell, Lars Erik: Aktiebolagstyrelsens kompetens att rättshandla. Åbo 1986.
— » — Arvostelu Hannikaisen teoksesta ''Pidätysoikeuden rakenteesta''. JFT 1950 s. 65—67. (JFT 1950)
— » — Några synpunkter på styrelsemedlems ansvar. DL 1954 s. 352—367.
— » — Om aktierätt vid bolagstämma. Åbo 1959.
— » — Om avbeställningsrätt vid leverans och arbetsbeting. JFT 1949 s. 151—164.
— » — Om förutsättningarna för säljarens skadeansvar när godset har fel. JFT 1956 s. 80—97.
— » — Panträtt i skuldebrev. Åbo 1949.
— » — Penningvärdet som rättsligt problem. Några synpunkter. JFT 1959 s. 221—245.
— » — Sakkunnigutlåtande vid besättandet av professur i civilrätt. JFT 1959 s. 188—200. (JFT 1959)
— » — Styrelsemedlems ansvar för beslut som han motsatt sig. JFT 1954 s. 62—71.
— » — Till frågan om den skadelidandes medverkan i utomobligatoriskt skadeförorsakande. JFT 1944 s. 368—387.
— » — Är byggnadsentreprenör ansvarig för skada (t.ex. brandskada), som hans arbetare orsakat under utförandet av arbetet? JFT 1946 s. 108—120.
Tegen, Einar: ''Fenomenalismen'' och ''Uppsalafilosofien''. Teoks. *Tegen,* I Filosofiska frågor s. 36—55.
— » — I filosofiska frågor. Uppsala 1927.
— » — The Basic Problem in the Theory of Value. Theoria 1944 s. 28—51.
Telaranta, K. A.: Sopimuksista kolmannen hyväksi. LM 1954 s. 183—212.
— » — Varallisuusoikeudellinen tahdonilmaisu. Porvoo 1953.
Thornstedt, Hans, Legalitet och teleologisk metod i straffrätten. Teoks. Festskrift tillägnad professor, juris och filosofie doktor Nils Herlitz vid hans avgång från professors ämbetet den 30 juni 1955 av Stockholms Högskolas stats- och rättsvetenskapliga fakultet. Stockholm 1955 s. 319—368.
Thyrén, Johan C. W.: Den moderna straffrättens grundåskådningar. Lund 1920.
Tirkkonen, Tauno: Arvostelu Olivecronan teoksesta ''Domen i tvistemål''. LM 1943 s. 527—530.
— » — Arvostelu Olivecronan teoksesta ''Utsökning'' LM 1946 s. 425—428.
— » — Käsitteistä lainvoima ja oikeusvoima. LM 1953 s. 253—262.
Tolonen, Juha: Stat och rätt. En studie över lagbegreppet. Åbo 1986.
Undén, Östen: Juridiken som vetenskap. Lunds Universitets Årskrift. N.f. Avd. I. Bd 14. Nr. 6. s. 1—22.
— » — Några reflexioner om termen gällande rätt. TfR 1933 s. 287—295.
— » — Några synpunkter på begreppsbildning inom juridiken. Teoks. Festskrift tillägnad Axel Hägerström den 6 september 1928 s. 167—177. (Några synpunkter på begreppsbildning)

— » — Om panträtt i rättigheter. Lund 1915.
— » — Svensk sakrätt I. 2. p. Lund 1946.
Ussing, Carl: Om Retsvidenskabens Methode. TfR 1888 s. 272—277.
Ussing, Henry: Condictio indebiti. JFT 1943 s. 1—26.
— » — Aftaler paa Formuerettens Omraade. København 1930.
Uusitalo, Jyrki: Tieteen dynamiikka tutkimusilmiönä. Oikeustieteellisen tutkimuksen tutkimus. Julkaisuja n:o 1/1980. Helsinki 1980.
Victor, Dag: Rättssystem och vetenskap. Studier kring en analysmodell för ideologiska system. Lund 1977.
Vihma, Väinö: Sopimussakko. Helsinki 1950.
— » — Suorituksen mahdottomuus varallisuusoikeudellisessa sopimussuhteessa. Vammala 1957.
Vinding Kruse, Fr: Retslæren I. Almindelig Del. København 1943.
Voipio, Viljo: Ilman ja virtaavan veden oikeusasema. Porvoo 1923.
— » — Onko asunto-osakeoikeuden tuottama asumisoikeus vuokraoikeutta. LM 1925 s. 188—207.
Vuorio, Jorma: Oikeustoimesta funktio- ja substanssikäsitteenä. LM 1956 s. 444—478.
— » — Työsuhteen ehtojen määrääminen. Tutkimus Suomen työoikeuden normijärjestelmästä. Turku 1955.
Wagner, Heinz: Die Theorie in der Rechtswissenschaft. JS 1963 s. 457—465.
Wedberg, Anders: Den logiska strukturen hos Boströms filosofi. En studie i klassisk metafysik. Uppsala 1937.
— » — Filosofins historia. Nyare tiden till romantiken (II). Stockholm 1959.
— » — Filosofins historia. Från Bolzano till Wittgenstein (III). Stockholm 1966.
— » — Some Problems in the Logical Analysis of Legal Science. Theoria 1951 s. 246—275.
Weinberger, Ota: Facts and Fact-Descriptions. Teoks. *MacCormick, Neil* and *Weinberger, Ota:* An Institutional Theory of Law. Dordrecht 1986 s. 77—92.
Wilhelmsson, Thomas: Mietteitä amerikkalaisesta realismista. Oikeus 1976 s. 51—57.
— » — Social civilrätt. Om behovsorienterade element i kontraktsrättens allmänna läror. Helsinki 1987.
Wirilander, Juhani: Rasitteesta maankäyttömääräyksenä. Vammala 1979.
Wittgenstein, Ludvig: Sininen ja ruskea kirja. Juva 1980.
— » — Tractatus logico philosophicus. Porvoo 1971.
Wrede, R. A.: Finländsk familje- och arvsrätt. JFT 1921 s. 149—156.
— » — Grunddragen av sakrätten enligt Finlands lag. Helsingfors 1926.
von Wright, Georg Henrik: Explanation and Understanding. London 1971.
— » — Introduction. Esipuhe teokseen *Olson, Raymond E. — Paul, Anthony, M.,* Contemporary Philosophy in Scandinavia. Baltimore and London 1972.
— » — Logiikka, filosofia ja kieli. Helsinki 1968.
— » — Looginen empirismi. Helsinki 1945.
— » — Norm and action. London 1963.
— » — Om s.k. praktiska slutledningar. TfR 1955 s. 465—495.
Wróblewski, Jerzy: Facts in Law teoks. *Wróblewski,* Meaning and Truth in Juridical Decision. Edited by *Aulis Aarnio.* Helsinki 1979 s. 113—135.
Ylöstalo, Matti: Arvostelu Viehwegin teoksesta "Topik und Jurisprudenz". LM 1955 s. 816—818.

— » — Henry Ussing. LM 1954 s. 623—626.
— » — Peruutetun testamentin voimaansaattamisesta. DL 1953 s. 17—30 ja 98—114.
— » — Takauksesta. Helsinki 1957.
— » — Takausmiehen kuittausoikeudesta. DL 1957 s. 71—80.
— » — Testamentinmoitteesta. Helsinki 1953.
— » — Tutkimuksia vekselioikeuden alalta. Helsinki 1956.
— » — Virallisen vastaväittäjän lausunto Muukkosen teoksesta ''Muotosäännökset''. LM 1958 s. 361—378.
Zahle, Henrik: Kritik af en retsteori, Om Alf Ross' opfattelse af retsvidenskaben. TfR 1974 s. 333—403.
Zitting, Simo: Arvopaperin luovutuksensaajan oikeussuojasta. Porvoo 1957.
— » — Arvostelu Rossin teoksesta ''Om ret og retfærdighed''. LM 1954 s. 861—864.
— » — Aviopuolisoiden välisistä lahjoista. JFT 1953 s. 166—180.
— » — Esine- ja velvoiteoikeuden erosta varallisuusoikeuden järjestelmän perustana. LM 1954 s. 607—622.
— » — Kiinteistön omistajahaltijan oikeusasemasta saantokirjan puuttuessa. DL 1957 s. 21—34.
— » — Kiinteistön osto omassa nimessä toisen lukuun. LM 1956 s. 549—585.
— » — Kysymys omistusoikeuden siirtymishetken määräämisestä. LM 1955 s. 640—671.
— » — Näkökohtia pohjoismaisesta kehityksestä kirjaamisoikeuden alalla. Teoks. Toivo Mikael Kivimäki 1886. 5. 6. 1956. Vammala 1956 s. 511—526.
— » — Omistajan oikeuksista ja velvollisuuksista. LM 1952 s. 387—401 ja 501—531.
— » — Omistajanvaihdoksesta silmälläpitäen erityisesti lainhuudatuksen vaikutuksia. Vammala 1951.
— » — Omistusoikeudesta systemaattisena käsitteenä. LM 1953 s. 590—599.
— » — ''Puhtaan'' oikeudellisen ajattelun vaatimuksesta käytännössä. Teoks. Juhlajulkaisu Ilmari Caseliuksen ja Aarne Rekolan 70-vuotispäivänä 29. 4. 1963. Porvoo 1963 s. 284—289.
— » — Saantosuoja irtaimisto-oikeudessa. Vammala 1956.
— » — Virallisen vastaväittäjän lausunto Telarannan väitöskirjasta ''Varallisuusoikeudellinen tahdonilmaisu''. LM 1953 s. 975—990.

LYHENTEITÄ

ARSP = Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
AvtL = Lag (1915: 218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (Ruotsi)
BGB = Bürgerliches Gesetzbuch 18. 8. 1896 (Saksa)
DL = Defensor Legis
ed. = edited
JF = Juridiska Föreningen i Finland
JFT = Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
JS = Juristische Schulung
KK = kauppakaari
KKO = korkein oikeus
LM = Lakimies
MK = maakaari
m.k. = mainittu kirjoitus
m.t. = mainittu teos
SvJT = Svensk Juristtidning
TekijäL = Tekijänoikeuslaki (404/1961)
teoks. = teoksessa
TfR = Tidskrift for Rettsvitenskap (ja Tidskrift for Retsvidenskab)
toim. = toimittanut, toimittaja
UfR = Ugeskrift for Retsvæsen
UL = ulosottolaki (37/1895)
VanhA = A määräajasta velkomisasioissa sekä julkisesta haasteesta velkojille (32/1868)

I. JOHDANNOKSI

1. Lainoppi on yleisen käsityksen mukaan toimintaa, joka sijoittuu melko etäälle intellektuaalisen elämän keskuksista. Oikeusdogmatiikan harrastaja joutuu toistuvasti kohtaamaan epäilyksiä, joiden mukaan hänen alansa on pikemminkin henkeä kuolettavaa sananvääntöä kuin tieteellistä tutkimusta.

Olisi väärin kuitata tällaiset mielipiteet pelkkinä ennakkoluuloina. Savua ei tässäkään tapauksessa esiinny ilman tulta. Käsillä olevan työn lähtökohta on kuitenkin päinvastainen. Sen mukaan lainopilla on myös intellektuaalinen puolensa, joka ansaitsee tulla tutkituksi.

Lainopin intellektuaalinen puoli näkyy muun ohella lainopin muuttumisessa. Jokainen, joka perehtyy vuosisadan alun oikeuskirjallisuuteen, voi havaita sen olennaiset erot nykyajan tutkimuksiin verrattuna. Tapahtunut muutos ei ole ollut seurausta lakien muuttumisesta. Nykyistä oikeusjärjestystä voitaisiin lainsäädännön muutoksista huolimatta tutkia rakenteellisesti samoin kuin vajaa vuosisata aikaisemmin. Muutos on aiheutunut siitä, että tutkimuksen taustalla olevat teoreettiset ja ateoreettiset sitoumukset ovat vaihtuneet.

Suomalaisessa siviilioikeuden tutkimuksessa tapahtunutta muutosta voidaan lyhyesti luonnehtia pohjoismaistumiseksi. Tutkimuksen metodisia esikuvia etsittäessä käännyttiin Saksan asemesta Skandinaviaan, missä oikeustiede oli vuosisadan vaihteen tienoilla alkanut voimakkaasti kehittyä.

Tässä tutkimuksessa tarkastellaan suomalaisen siviilioikeuden tutkimuksen muuttumisprosessia 1920-luvulta 1960-luvun alkuun. Taustan, johon muutosta verrataan ja jonka avulla muuttumisprosessia jäsennetään, muodostaa skandinaavisen oikeusrealismin teoria. Tarkoituksena on tutkia, missä määrin siviilioikeuden tutkimuksessa tapahtunut muutos voidaan sen avulla perustella, ja miltä osin puolestaan poikettiin mallista.

Suomalaisen lainopin ja skandinaavisen realismin mallin vertailu on mielestäni kiintoisaa niiden arvojen ja näkemysten vuoksi, joita skandinaavinen realismi edustaa. Lainoppi on kulttuurityötä, jonka sovellutukset yhteiskunnallisessa elämässä ovat runsaat ja välittömät. Sovellutusten kautta pääsevät

lainopin taustalla olevat näkemykset muovaamaan arkipäivää jokseenkin konkreettisella tavalla, ja ansaitsevat tästä syystä julkisuuden.[1] Asialla on myös oikeustieteellinen puolensa. Pohjoismaistumisprosessin seurauksena muotoutunut lainoppi edustaa sitä perinnettä, jolta nykyinen siviilioikeuden tutkimus ponnistaa. Tämän perinteen hyödyntäminen ja haluttaessa myös sen ylittäminen on helpompaa, jos perinteen sisältö on jäsentyneessä muodossa selvillä.

Tapa, jolla tutkimuskohdetta jäljempänä lähestytään, eroaa jossakin määrin oikeusteorian normaalista tavasta tarkastella lainoppia. Oikeusteorian piirissä kehitellyt lainopin teoriat pyrkivät tavallisesti laajahkoon yleispätevyyteen, mistä on seurauksena joko korkea abstraktiotaso tai kohteen voimakas rationaalistaminen. Tässä tutkimuksessa on puolestaan pyritty jokseenkin suureen konkreettisuuteen ja tarkkuuteen. Pyrkimyksenä on ollut, että lainopillisen tutkimustyön arkipäivä saataisiin näkyville ja että lainopin taustalla vaikuttavat sidonnaisuudet saataisiin havainnollisiksi konkreettisesta tutkimustyöstä poimittuja esimerkkejä käyttäen.

Tämänkaltaiset tutkimukset näyttävät olevan harvinaisia. Tutkimusta, jota olisi voitu käyttää suoranaisena esikuvana, en ole tavannut. Tähän lienee osasyynä jo edellä mainituksi tullut seikka, lainopin intellektuaalisen sisällön oletettu laihuus. Lainopin on katsottu olevan joko säännöksin sidottua toimintaa, jonka teoria tyhjentyy loogiseen syllogismiin, tai päin vastoin metodisesti jokseenkin kontrolloitumatonta sananvääntöä, jota voidaan kuvata vain hyvin korkealla abstraktiotasolla. Pelko siitä, että näkemys osoittautuisi oikeaksi, kalvoi ajoittain mieltäni työn kestäessä. Käsillä oleva tutkimus osoittaa toivoakseni, että pelko ei ollut täysin aiheellinen. Kun tarkkaan katsoo, lainoppiin näyttää sittenkin sisältyvän henkeä ja ajatuksen lentoa. Sillä näyttää olevan yhteyksiä aikansa intellektuaalisiin virtauksiin. Sen piirteitä voidaan tietty yleispätevyys silti säilyttäen kuvata yleistä teoriaa matalammalla abstraktiotasolla, ja saada siten esille lisävivahteita ja nyansseja, jotka yleisestä teoriasta puuttuvat.

2. Skandinaavinen oikeusrealismi on epäilemättä huomattavin panos, jolla pohjoismainen oikeustiede on rikastuttanut kansainvälistä, oikeusteoreettista keskustelua. Jos suuntausta tarkastellaan filosofianhistoriallisena ilmiönä, ja pyritään liittämään se historiallisiin juuriinsa, sitä voidaan pitää seurauksena kritiikistä, joka kuluvan vuosisadan alun Ruotsissa suunnattiin idealistista filosofiaa ja siinä nähtyä metafysiikkaa vastaan. Ruotsalaista filosofiaa leimasi 1800-luvulla muiden pohjoismaiden tavoin vahva saksalainen vaikutus. Upsalan yliopistossa opetettiin vuosisadan jälkipuoliskolla ns. boström-

[1] Ks. tästä myös *Summers,* Instrumentalism and American Legal Theory s. 34—35.

miläistä filosofiaa, rationaaliseksi idealismiksi nimitettyä. Sen kärkihahmo *Christopher Jacob Boström* (1797—1866) oli aikansa merkittävin ruotsalainen filosofi, jota on luonnehdittu Hegelin itsenäiseksi rinnakkaisilmiöksi Ruotsissa.[2] Boströmin huomattavaa asemaa kuvaa häneen liitetty epiteetti, Ruotsin Platon.

Boströmin filosofian vaikutus säilyi voimakkaana kuluvalle vuosisadalle asti. 1800-luvun lopulla alkoi saksalaisen romantiikan kyllästämä filosofia kuitenkin etenevässä määrin herättää vastustusta, ja kiinnostus *Kantin* filosofiaan alkoi elpyä. Uuskantilaisten keskuudessa virisi varovaista kritiikkiä, joka suuntautui Boströmin ajatuksia vastaan.

Lopullista välirikkoa rationaaliseen idealismiin merkitsivät kuitenkin vasta *Axel Hägerströmin* (1868—1939) ja hänen oppilaansa *Adolf Phalénin* (1884—1931) kirjoitukset. He katsoivat voivansa todistaa, että kaikkinainen tietoteoreettinen idealismi eri muodoissaan, Boströmin mukaanluettuna, oli virheellistä. On olemassa tajunnasta riippumaton todellisuus, ja ihmisillä on mahdollisuus saada siitä tietoa.

Todistuksen lopputulos synnytti tarpeen tutkia, millainen objektiivinen todellisuus on luonteeltaan, mitkä ovat ne perusosat, joista se koostuu. Näin syntyi Hägerströmin todellisuuden teoria (verklighetsteori). Tämä vaikeaselkoinen rakennelma on hänen filosofiansa keskus, josta hänen muut käsityksensä versovat. Siihen sisältyvien ontologisten sitoumusten pohjalle rakentuvat viime kädessä myös skandinaavisen oikeusrealismin perusajatukset.

Hägerströmin ja Phalénin ajatukset saivat Upsalan yliopistossa pian seuraajia, joista voidaan mainita *Karl Hedvall* (1873—1918), *Einar Tegen* (1884—1965) ja *Gunnar Oxenstierna* (1897—1937). Mainittujen tutkijoiden töissä näkyy tietoisuus siitä, että he edustivat melko yhtenäisiä, vanhasta traditiosta poikkeavia näkemyksiä. Nimitys, *Upsalan koulukunta,* jonka jäseninä heidät nykyisin muistetaan, näyttää kuitenkin syntyneen muiden kuin suuntauksen edustajien toimesta. Edes ohjelmallisissa, suurelle yleisölle tarkoitetuissa kirjoituksissaan he eivät itse käyttäneet mainittua nimeä, vaan harrastivat väljempiä ilmauksia, kuten ”den moderna filosofiska riktningen i Uppsala”, ”det uppsaliensiska sättet” jne. Termi ”Uppsalafilosofin” esiintyy toisinaan, mutta yleensä lainausmerkeissä.[3] Oxenstierna tahtoisi mieluimmin pu-

---

[2] Boströmin filosofiasta ks. *Ryding,* Den svenska filosofins historia s. 42—96 ja *Wedberg,* Den logiska strukturen hos Boströms filosofi, jossa s. 14—17 on yleisluonteinen kuvaus boströmiläisyydestä ja sen kulttuurihistoriallisesta merkityksestä. Ks. myös *von Wright,* Introduction s. 3.

[3] Ks. esim. *Tegen,* I filosofiska frågor s. 30 ja 37.

hua vain käsiteanalyyttisestä filosofiasta.[4] Nimitys ”Upsalan koulukunta” lieneekin syntynyt 1930-luvun alussa uuden ajatustavan merkityksestä käydyn kulttuuripoliittisen väittelyn yhteydessä, jolloin kritiikin kohteelle oli tarvetta saada nimi.[5]

Koulukunnan vaikutus ei rajoittunut pelkästään filosofiaan, vaan tuntui etenkin 1930-luvulla koko ruotsalaisen korkeakulttuurin ilmastossa. Tieteistä mm. kirjallisuuden tutkimus, valtiotiede, kansantaloustiede ja jopa teologia saivat siitä vaikutteita. Upsalan koulun opeilla oli luonnollisesti myös poliittinen merkityksensä. Kun Boströmin rationaalinen idealismi oli poliittiselta luonteeltaan ollut konservatiivista, Hägerströmin käytännöllinen filosofia tuki omana aikanaan lähinnä liberaaleja ja edistysmielisiä asenteita. Hägerströmin omat vasemmistosympatiat olivat yleisesti tunnettuja. Hägerströmin kenties uskollisin ja intomielisin seuraaja *Vilhelm Lundstedt* oli tiedemiesuransa ohella sosialidemokraattinen valtiopäivämies ja puolueensa älyllisiä vaikuttajia.[6]

Kaikkein pysyvimmän jäljen Upsalan koulukunta on kuitenkin jättänyt oikeusteoreettiseen tutkimukseen. Vaikutuksen ulottuminen oikeustieteeseen johtui osaltaan jo siitä, että Hägerström toimiessaan käytännöllisen filosofian professorina kiinnostui itse oikeusfilosofisista kysymyksistä. Kuten luonnollista onkin, Hägerströmin näkökulma oikeusfilosofiaan oli puhtaasti yleisfilosofinen. Todellisuuden teoria oli tarjonnut hänelle aseet, joita käyttäen hän piti mahdollisena paljastaa tieteisiin sisältyvän taikauskon ja metafyysisen aineksen. Myös hänen oikeusteoreettiset tutkimuksensa palvelivat samaa tarkoitusta, metafysiikan poistamista oikeudellisesta ajattelusta.

Se, että oikeusteoreettinen suuntaus sai oppi-isäkseen filosofin, lienee vaikuttanut sen tulevaisuuteen kahdella eri tavalla. Hägerströmin filosofinen koulutus ilmeisestikin auttoi häntä nostamaan esiin kysymyksiä, jotka olivat filosofisesti eläviä ja tärkeitä. Näin Upsalan koulukunnan oikeusteoria välttyi muodostumasta tuloksiltaan vähempiarvoiseksi näpertelyksi, mikä vaara usein

[4] Ks. *Oxenstierna,* Vad är Uppsala-filosofien? s. 7. Oxenstierna tahtoi muutoinkin korostaa sitä, että kysymys ei ole ehdottoman yhtenäisestä koulusta, jossa kukin jäsen allekirjoittaisi kaikki toisten ajatukset. ”Gemensamma äro dock den allmänna uppfattningen av filosofiens metod och mål, liksom även vissa allmänna resultat”. s. 8.

[5] Ks. siitä *Marc-Wogau,* Studier till Axel Hägerströms filosofi s. 195—208 ja *Källström,* Den gode nihilisten s. 77—102.

[6] Hägerströmin poliittisesta vaikutuksesta ks. *Olausson,* Uppsala-marxismen s. 24—49. Kysymys Upsalan filosofian vaikutuksesta ruotsalaisen kansankodin ja korkeiden verojen yhteiskunnan syntyyn näyttää olevan jossakin määrin ajankohtainen ruotsalaisessa kulttuuridebatissa. Ks. siitä *Källström,* Den gode nihilisten s. 192—201. Teemasta on monissa eri yhteyksissä esittänyt näkemyksiään *Jacob Sundberg.* Ks. esim. Fr. Eddan till Ekelöf s. 191—198, 204—215 ja 263—270 ja Om totalitär rättsuppfattning s. 102 ss.

uhkaa, jos lähituntuma filosofisiin kysymyksenasetteluihin puuttuu.[7] Toisaalta suuntauksen filosofinen tausta saattoi vähentää sen vaikutusta oikeusoppineiden keskuudessa. Tieteenteoreettisessa kirjallisuudessa on korostettu, ettei pelkästään tieteellisen teorian tai menetelmän kritiikki — vaikka se olisi paikkansapitäväkin — yleensä aiheuta tiedeyhteisössä vanhan teorian tai menetelmän hylkäämistä, jollei kriitikolla ole asettaa mitään vanhan teorian paikalle.[8] Metafysiikan vastustamistyössään Hägerströmiltä ei sanottavasti riittänyt mielenkiintoa rakentavan vaihtoehdon konstruoimiseen ts. sen osoittamiseen, minkälaiseen oikeustieteen malliin ja tutkimusmetodologiaan hänen tieteenkäsityksensä tarkkaan ottaen johtaisi. Se jäi hänen oppilaidensa tehtäväksi.

Hägerström saikin melko pian oppilaita, jotka olivat pohjakoulutukseltaan juristeja. Heistä on mainittava ennen muita *Vilhelm Lundstedt* (1882—1955), *Karl Olivecrona* (1897—1980) ja *Alf Ross* (1899—1979).

Mainituista oikeusoppineista Lundstedt oli muita vanhempaa polvea, ja tästä syystä hänen liittymisensä koulukuntaan kävi muista poikkeavalla tavalla. Lundstedt oli saanut lähinnä käsitelainopillisen koulutuksen ja julkaissut tuohon traditioon liittyviä tutkimuksia, joiden perusteella hänet nimitettiin siviilioikeuden ja roomalaisen oikeuden professoriksi Upsalaan.[8a] Kun hän vuonna 1914 saapui Lundista hoitamaan virkaansa, oli Hägerströmin maine luovana ja terävä-älyisenä filosofina voimakkaassa nousussa. Etenkin radikaalien ylioppilaiden keskuudessa hänen vaikutusvaltansa oli suuri. Eräs heistä, *Arthur Engberg,* joka myöhemmin 1930-luvulla toimi kahteen otteeseen ministerinä sosialidemokraattisessa hallituksessa, oli Hägerströmin suuri ihailija ja ystävä. Saavuttuaan Upsalaan Lundstedt tutustui pian puoluetoveriinsa, joka kiinnitti hänen huomiotaan Hägerströmin ajatuksiin, ja järjesti hänelle mahdollisuuden henkilökohtaiseen tapaamiseen. Hägerströmin vaikutus muodostui Lundstedtille käänteentekeväksi. ''Jag förstod ganska snart, att intet var hållbart i de grundtankar som jag förut hade byggt på'' hän kirjoittaa kuvatessaan kääntymystään.[9] Lukuisissa poleemisissa kirjoituksissaan hän tämän jälkeen hyökkäsi oikeustieteessä vallitsevia metafyysisiksi katsomiaan oppeja vastaan.

Olivecronan ja Rossin tutkijanuralla Hägerströmin vaikutus näkyy jo akateemisissa opinnäytteissä. *Olivecrona* tutustui Hägerströmiin jo opiskeluaika-

---

[7] Vaarasta varoittaa *Peczenik,* Forskning i allmän rättslära — finns den? s. 359 ss.

[8] Tätä seikkaa korostaa mm. *Kuhn,* The Structure of Scientific Revolutions s. 77 ss.

[8a] Lundstedtin väitöskirjan ilmentämistä saksalaisista vaikutteista ks. *Sundell,* Tysk påverkan på svensk civilrättsdoktrin s. 252—268.

[9] Ks. *Lundstedt,* Det Hägerström-Lundstedtska misstaget s. 186.

naan. Kevätlukukaudella 1920 Hägerström piti seminaariharjoituksia professori *Thyrénin* ''Principerna för en strafflagsreform'' -teoksen pohjalta, jolloin aiheen juridinen luonne houkutteli Olivecronan mukaan. Lundstedtin tavoin Olivecrona innostui suuresti. Olivecrona kertoo, että koko opiskeluaikansa häntä oli vaivannut juridiikan hämäryys ja tunne siitä, ettei oikeustieteestä ole mahdollista saada kunnon otetta. Hägerströmin opetuksen laita oli toisin. Hänen ajatuksensa olivat Olivecronan mukaan selkeitä ja käsitettäviä. Oli löytynyt kiinteä maaperä, jolle saattoi rakentaa.[10]

Väitöskirjaa kirjoittaessaan Olivecrona kertoo kuitenkin joutuneensa vaikeuksiin. Hägerströmin kritiikki oli tehnyt hänet vakuuttuneeksi siitä, ettei oikeustiedettä voitu harjoittaa traditionaalisella tavalla. Ongelmaksi muodostui kysymys, mitä tulisi asettaa vanhan tilalle. Kirjallisuudesta ei ollut löydettävissä ohjenuoraa. Apua ei ollut liioin Lundstedtista, jonka Olivecronan mukaan oli vaikea kiinnostua toisten työstä. Olivecrona sanookin kirjoittaneensa väitöskirjansa, joka oli Upsalan koulukunnan ensimmäisiä manifestaatioita yksityisoikeuden alalla, ilman varsinaista ohjaajaa.

Alf Rossin mukaan tulo koulukuntaan liittyi niihin vaikeuksiin, jotka hän kohtasi kotimaassaan Tanskassa. Suoritettuaan juridisen perustutkinnon Ross oli matkustanut Wieniin, jossa hän opiskeli joitakin vuosia *Hans Kelsenin* johdolla. Tuloksena syntyi teos ''Theorie der Rechtsquellen'', jolla hänen oli tarkoitus väitellä kotimaassaan. Tiedekunta ei kuitenkaan hyväksynyt teosta, jonka kelseniläisyys oli mm. *Vinding Kruselle* punainen vaate. Ross ei antanut tämän masentaa itseään, vaan matkusti Upsalaan tapaamaan Hägerströmiä, joka suhtautui hänen ajatuksiinsa myötämielisesti. Väitöstilaisuus pidettiin Upsalan yliopistossa, sen filosofisessa tiedekunnassa keväällä 1929 sen jälkeen, kun Ross oli ennätysajassa suorittanut filosofian kandidaatin ja lisensiaatin tutkinnot, jotka väittelijältä vaadittiin. Oikeustieteen tohtorin arvon Ross sai vasta muutamaa vuotta myöhemmin Kööpenhaminassa teoksella ''Virkelighed og Gyldighed i Retslæren'' (1934).[11]

Kaikki kolme edellä mainittua olivat sangen tuotteliaita kirjoittajia. Heidän aihepiirinsä vaihtelivat siviilioikeudesta rikosoikeuteen ja oikeusteoriasta kansainväliseen oikeuteen. Tämä auttoi suuntauksen ajatusten leviämistä oikeustieteen eri osa-alueille. Useat pohjoismaisista oikeusoppineista, joiden mielenkiinto ulottui myös teoreettisiin kysymyksiin, saivat siitä vaikutteita. Tässä

[10] Tiedot perustuvat professori Olivecronan kanssa käymääni kirjeenvaihtoon.

[11] Tiedot perustuvat professori Olivecronan kanssa käymääni kirjeenvaihtoon. Samaan tapaan Rossin tutkijanuran alkuvaiheista kertoo myös *Blegvad—Foighel,* Alf Ross s. 7—12. Ks. myös *Eckhoff,* Ross om rettskilder og rett s. 197, ja *Opsahl,* Alf Ross 70 år s. 1—3.

voidaan mainita esimerkiksi *Ekelöf, Undén, Rodhe, Schmidt, Malmström, Illum, Ussing* ja ehkä myös norjalainen *Hoel.* Oma merkityksensä oli myös sillä, että eräät ammattifilosofit, kuten *Hedenius* ja *Wedberg,* joilla oli läheinen kosketus loogiseen positivismiin ja englantilaiseen filosofiaan, kiinnostuivat oikeusteoreettisista kysymyksistä skandinaavisen oikeusrealismin hengessä.[12]

Skandinaavisen realismin tausta on edellä nähty puhtaasti ruotsalaisena ilmiönä, jonka filosofisena pohjana on romantiikan ajan käsitystapojen jälkikantilainen kritiikki. Tämä ei kuitenkaan ole koko totuus. Suuntauksen yhteyksiä yleismaailmallisiin virtauksiin ei tietääkseni paljonkaan ole tutkittu.[13] Silti voitaneen sanoa, että se ilmensi elämäntunnetta, joka oli 1920-luvulla hyvin yleinen koko läntisessä maailmassa. Siihen kuului usko järkeen, tieteeseen ja tekniikkaan, ajatus, että ihmiskunta oli vuosituhantisen pimeyden jälkeen vihdoin päässyt vaiheeseen, jolloin sen kehitystä uskonnon, myyttien ja vaistojen asemesta ohjaa tietoinen, rationaalinen suunnittelu.[14] ''Funktionalismi'', ''uusasiallisuus'' ja ''social engineering'' ilmentävät maailmankuvaa, joka oli läheinen myös Hägerströmille ja hänen seuraajilleen. Skandinaavisen oikeusrealismin ja sen aateveljen, amerikkalaisen realismin taustat vaikuttavat tältä osin jokseenkin yhtäläisiltä.[15] Tutkittaessa skandinaavisen oikeusrealismin vaikutuksia lainopissa, tutkimuksen kohteena on pohjimmaltaan em. maailmankäsityksen ilmeneminen oikeusdogmaattisessa tutkimuksessa ja sen tuloksissa.

3. Tutkimus on jäsennetty kahteen pääjaksoon. Ensimmäisessä pääjaksossa (luvut II—IV) pyritään selvittämään skandinaavisen realismin tieteenkuva, jolla tarkoitan filosofisesti perusteltua näkemystä siitä, miten oikeustiedettä (lainoppia) tulisi tieteenä harjoittaa. Tätä tieteenkuvaa voidaan *Thomas S. Kuhnin* tavoin nimittää myös paradigmaksi.

Paradigma on Kuhnin konseptiossa yhteisnimitys hyvin monenlaisille tieteellistä toimintaa sääntéleville tekijöille. Siihen kuuluvat mm. kannanotot sellaisiin perimmäisiin kysymyksiin, kuten (*i*) 'Millaisista entiteeteistä todellisuus viime kädessä koostuu?', (*ii*) 'Millainen on näiden entiteettien vuorovaikutus?', (*iii*) 'Miten voimme saada niistä tietoa?' ja (*iv*) 'Millaisin käsittein todellisuut-

[12] Hedeniuksen ja Wedbergin suhteesta Upsalan filosofiaan ja toisaalta analyyttiseen filosofiaan ks. *Nordin,* Från Hägerström till Hedenius s. 147—160.

[13] Ks. kuitenkin *Källström,* Den gode nihilisten, jossa po. yhteyksistä on hajanaisia mainintoja esim. s. 123—134.

[14] Vrt. *Hagar Olsson,* Ny mentalitet. *passim.*

[15] Amerikkalaisen realismin (pragmaattisen instrumentalismin) taustasta ks. *Summers,* Instrumentalism and American Legal Theory s. 26—34. Ks. myös *Wilhelmsson,* Mietteitä amerikkalaisesta realismista. *passim.*

ta tulee kuvata?'. Toisaalta paradigmaan kuuluu myös konkreettisia tutkimuksia, esimerkillisiä ongelmien ratkaisuja, joita voidaan käyttää malleina ja esikuvina muita saman alan tutkimuksia tehtäessä.[16]

Kuhn on muodostanut paradigman käsitteensä lähinnä luonnontieteiden pohjalta. Perimmäiset kysymykset, joihin hän viittaa, ovat kuitenkin samoja myös oikeustieteessä. Tässä esiteltävä skandinaavisen oikeusrealismin tieteenkuva koostuukin paljolti Kuhnin mainitsemiin ongelmiin annetuista vastauksista. Skandinaavisen oikeusrealismin filosofista taustaa käsittelevä luku (luku II) sisältää pääosin ainesta, joka voidaan ymmärtää vastaukseksi kysymyksiin (*i*)—(*iii*). Luvussa III, ''Oikeustieteen tutkimuskohde ja metodi'' sama problematiikka tulee esille spesifisesti oikeustieteellisessä kontekstissa. Luku IV, ''Subjektiivisten oikeuksien ja oikeusasemien analyysi'' koskee puolestaan juridisten käsitteiden käyttöä ja suhdetta todellisuuteen, muistuttaen siten läheisesti kysymystä (*iv*).

Paradigman merkitys tutkimuksessa on Kuhnin mukaan olennaisen tärkeä. Paradigma tarjoaa tutkijalle ontologian, arvot ja metodit, jotka osoittavat hyväksyttävän tavan tehdä tutkimusta. Paradigmat ovat aina tietyllä tavalla ahtaita. Ne sallivat melko rajallisen määrän vastauksia verrattuna siihen määrään, jonka mielikuvitus voisi keksiä. Kertoessaan tiedemiehelle, millaisia entiteettejä hänen tutkimuskohteensa sisältää ja lausuessaan jotakin alustavaa niistä tavoista, joilla ko. entiteetit käyttäytyvät, paradigma tarjoaa tutkijalle ikäänkuin yleispiirteisen kartan. Se määrää tulosten suunnan, mutta jättää tarkemmat yksityiskohdat tutkijan selvitettäväksi.[17]

Kuhnin ajatus paradigmasta tieteen ohjaajana ei sinänsä ole uusi tai ainutlaatuinen. Tradition ja myyttien merkitystä tieteelle korostaa voimakkaasti esimerkiksi *Popper*. Uutta sitä vastoin on hänen käsityksensä paradigman roolista tutkimuksessa. Kun tieteen kehitys Popperin mukaan perustuu kriittiseen asenteeseen ja tradition jatkuvaan kyseenalaistamiseen, Kuhnin näkemys on jokseenkin päinvastainen.[18] Paradigman merkitys perustuu hänen mukaansa juuri siihen, että paradigmaa ei (toistaiseksi) riitauteta, vaan käytetään sitä työkaluna ongelmia ratkaistaessa.

Paradigman tarjoama kartta on Kuhnin mukaan tieteen kehitykselle vält-

[16] *Kuhn,* The Structure of Scientific Revolutions s. 4—5, 10, 23, 35—37 ja 181—186. Kuhnilaisesta paradigman käsitteestä ks. myös *Masterman,* The Nature of a Paradigm s. 61—66 ja *Uusitalo,* Tieteen dynamiikka tutkimusilmiönä s. 21—22.

[17] Ks. *Kuhn,* The Structure of Scientific Revolutions s. 109.

[18] Ks. esim. *Popper,* Conjectures and Refutations s. 126—132. Popperin ja toisaalta Kuhnin ajattelutapojen keskinäisestä suhteesta ks. esim. *Brante,* Vetenskapens struktur och förändring s. 48—57.

tämätön, koska todellisuus on liian mutkikas ja vaihteleva tutkittavaksi satunnaisesti. Jos kukin tutkija joutuisi piirtämään kartan alusta pitäen itse, tieteellinen työ kävisi sangen vaivalloiseksi. Kun hänen tukenaan sitä vastoin on paradigma, joka kertoo, millainen maailma on ja millainen on hänen tieteensä, hän voi sivuuttaa nämä yleisluontoiset kysymykset ja keskittää kaiken tarmonsa niiden kysymysten ratkaisemiseen, jotka paradigma ja sen nojalla jo hankittu tieto hänelle osoittavat. Tähän keskitykseen perustuu Kuhnin mukaan tieteen edistyminen.[19]

Paradigmaa seurailevaa tutkimusta Kuhn nimittää *normaalitieteeksi.* Normaalitiede on paradigman artikulaatiota. Siinä tuodaan esille se, mikä kätketysti sisältyy paradigmaan, ja ikäänkuin realisoidaan paradigmassa piilevä menestyksen lupaus.

Paradigman avulla tapahtuva tutkimuksen ohjailu ei Kuhnin mukaan kuitenkaan ole niin tiukkaa, että normaalitiede voitaisiin ymmärtää tiettyjen sääntöjen seuraamiseksi. Liikkumavara, jonka paradigma jättää tutkijalle, on suurempi kuin sääntöä seurattaessa. Eräässä kohden Kuhn rinnastaa paradigman prejudikaattiin.[20] Vaikka paradigma prejudikaatin tavoin rajaa pois joitakin ratkaisuja, se jättää kuitenkin tilaa tietylle luovuudelle paradigman uudelleentulkinnan ja täsmentämisen muodossa.

Mitä väite paradigman ohjaavasta vaikutuksesta siis tarkoittaa, jos kysymys ei ole säännön seuraamisesta? Kuhn vastaa hyödyntämällä *Wittgensteinin* kehittämää perheyhtäläisyyden käsitettä. Paradigma *perheyhtäläistää* tutkimusta. Paradigmaa ilmentäville eksemplaareille ei ole yhteistä se, että ne täyttäisivät jotkin eksplisiittiset tai edes täysin selvitettävissä olevat säännöt ja oletamukset. Sitä vastoin ne suhtautuvat toisiinsa *muistuttamalla* toisiaan ja pitämällä esikuvina jotakin, mutta ei välttämättä samaa osaa kyseisessä traditiossa.[21]

Nämä ajatukset näyttävät huomion arvoisilta myös pohdittaessa tapaa, jolla skandinaavisen realismin vaikutus lainopissa tulisi ymmärtää. Ei ole realistista olettaa, että voitaisiin löytää runsaasti tutkimuksia, joissa skandinaavisen realismin mallia tai sen eri variaatioita olisi noudatettu sääntöinä. Tarkastelun

[19] Tarkemmin sanoen tieteen edistyminen perustuu Kuhnin mukaan paradigmaa seuraavan tutkimuksen ja tieteellisten kumouskausien vuorotteluun. Paradigma mahdollistaa tunkeutumisen tieteenalan detaljeihin, ja saa siten aikaan tieteen edistymisen. Samalla se paljastaa myös ongelmakohdat, joissa paradigma joutuu vaikeuksiin, ja muodostaa siten tieteellisen kumouksen siemenen. Ks. *Kuhn,* The Structure of Scientific Revolutions esim. s. 52 ss.

[20] *Kuhn,* m.t. s. 23.

[21] *Kuhn,* m.t. s. 44—46.

piiriin on syytä hyväksyä myös sellaiset tutkimukset, joissa on kysymys mallin joidenkin — mutta ei välttämättä kaikkien — puolien luovasta hyödyntämisestä tutkimusprosessin yhdessä tai useammassa vaiheessa. Voidaan myös sanoa, että ilmiö, jota etsitään, on tutkimuksen perheyhtäläistyminen skandinaavisen realismin osoittaman mallin suuntaisesti. Tämän kysymyksen selvittäminen (luku VI) muodostaa työn toisen pääjakson.

Tarkastelun kohteena on aikaväli vuodesta 1920 vuoteen 1960. Aikavälin alkukohdan saneli pyrkimys siihen, että muutosprosessin vaiheisiin päästäisiin mukaan alusta pitäen. Vuosi 1920 vaikutti tällöin sopivalta. *Hägerströmin* teos ”Den objektiva rättens begrepp” ilmestyi tosin jo vuonna 1917, mutta koulukunnan muotoutumisesta voidaan puhua vasta seuraavalla vuosikymmenellä, varsinaisesti sen jälkipuoliskolla.[22] Aikavälin päätekohdan valinta perustuu käsitykseeni, jonka mukaan suomalaisen siviilioikeustieteen pohjoismaistaminen olennaisessa määrin toteutettiin 1950-luvun loppuun mennessä. Sitä seurasi realistisanalyyttisen normaalitieteen aika, jolloin metodi vakiintui, ja aikaisemmin maahantuotuja ajatuksia sovellettiin menestyksellä uusiin kohteisiin. Pohjoismaisen normaalitieteen jakso ei tämän tutkimuksen kannalta enää ole kovin kiintoisa, koska tutkimukseen ei tällöin entisessä määrin ilmaannu uusia piirteitä.

[22] *Lundstedtin* ensimmäinen työ ”kääntymyksen” jälkeen, ”Principinledning. Kritik av straffrättens grundåskådningar” ilmestyi vuonna 1920. Laaja siviilioikeudellinen artikkeli ”Kritik av nordiska skadeståndsläror” seurasi kolmea vuotta myöhemmin. *Olivecronan* väitöskirja ”Studier över begreppet juridisk person i romersk och modern rätt” ilmestyi vuonna 1928, mutta Upsalan koulukunnan tyypilliset korostukset olivat nähtävissä jo vuonna 1925 julkaistussa kirjoituksessa ”Talerätt och materiell rätt”. *Ross* voitaneen lukea joukkoon vasta 1930-luvun puolella teosten ”Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis” ja ”Virkelighed og Gyldighed i Retslæren” ilmestyttyä.

II. SKANDINAAVISEN OIKEUSREALISMIN FILOSOFINEN TAUSTA

1. YLEISTÄ

Jo edellä on tullut mainituksi, että skandinaavisen oikeusrealismin taustalla on Upsalan koulukunnan filosofia. Tässä luvussa esitellään Upsalan filosofian piirteitä. Päähuomio kiinnitetään *Axel Hägerströmin* ajatuksiin.

Tarkoituksena ei kuitenkaan ole tarjota kontribuutiota Hägerströmin filosofian yksityiskohtia koskevaan keskusteluun. Se ei käsillä olevan teoksen puitteissa olisi mahdollistakaan. Pyrkimyksenä on ainoastaan esitellä ne perusajatukset, jotka määräsivät skandinaavisen realismin tapaa arvioida harjoitettua oikeustiedettä ja loivat toisaalta pohjan oikeustieteen rekonstruktiolle. Mainittavaa huomiota ei myöskään kiinnitetä Hägerströmin käsityskantojen kehittymiseen, vaan ne otetaan ikäänkuin valmiina, sellaisina miksi ne olivat muotoutuneet 1920-luvulle tultaessa.[1]

2. UPSALAN KOULUKUNNAN TUTKIMUSMENETELMÄ

Koulukunnan tapa paneutua filosofian ongelmiin oli käsiteanalyyttinen.[2] Pyrkimyksenä oli loogisen analyysin avulla karsia epäjohdonmukaisuudet ja risti-

---

[1] *Hägerström* aloitti uransa lähinnä uuskantilaisena ajattelijana. Filosofia, joka muodostaa Upsalan koulun perustan, on Hägerströmin myöhemmän kauden tuotetta. Hägerström itse ajoittaa muutoksen vuoteen 1908, jolloin hänen teoksensa "Das Prinzip der Wissenschaft" ilmestyi. Kirjallisuudessa on jossakin määrin keskusteltu Hägerströmin kääntymyksen ajankohdasta. Keskustelu liittyy akateemiseen kiistaan siitä, kumpaa, Hägerströmiä vaiko *Phalénia,* on pidettävä koulukunnan teoreettisen filosofian perustajana. Ks. esim. *Marc-Wogau,* Studier s. 53—55. Hägerströmin ajatusten kehityksestä ja suhteesta *Phalénin* ajatteluun ks. myös *Nordin,* Från Hägerström till Hedenius, s. 25—59.

[2] Koulukunnan metodia ja tutkimusohjelmaa kuvaa *Oxenstierna* valistuneille maallikoille tarkoitetussa kirjoituksessaan "Vad är uppsala-filosofien". Ks. erit. s. 7—15.

riitaisuudet kielestä ja ajatustottumuksista. Upsalan koulukunta liittyi siten filosofian perinteeseen, joka katsoi, että filosofian tehtävänä oli toimia ajattelun terapeuttina ja vapauttaa ajattelu sanojen tyranniasta.[3] Tämä tehtävä oli koulukunnan mukaan luonteeltaan *tieteellinen*. Koulukunta sanoutui jyrkästi irti näkemyksestä, joka piti filosofiaa suuria systeemejä rakentavana elämänkatsomusoppina. Filosofia oli erityistiede muiden tieteiden joukossa, ja samoin kuin muilla tieteillä sillä oli omat ratkaisua vaativat ongelmansa.

Toisin kuin myöhempi aikalaisensa 'looginen empirismi' ei Upsalan koulu tutkinut pelkästään tieteen kieltä, vaan oli kiinnostunut myös arkikielen ja tavallisen ihmisen maailmankuvan analyysistä. Tästä huolimatta ei koulukunnan ajattelu sanottavasti muistuta ns. tavallisen kielen filosofiaa (lingvististä filosofiaa), jonka harrastus lähinnä *Wittgensteinin* vaikutuksesta virisi Englannissa toisen maailmansodan jälkeen.

Lingvistiselle filosofialle on ollut tunnusomaista horjumaton kunnioitus käytännön kieleen ja sen distinktioihin. Arkikielen käsitteiden on katsottu sosiaalisessa kanssakäymisessä hioutuneen lukuisammiksi ja paremmiksi kuin keinotekoisten erotteluiden, jotka joku filosofi keksii iltapäivällä nojatuolissaan.[4] Wittgenstein jopa piti filosofisten ongelmien syynä sitä, että filosofinen kielenkäyttö oli vieraannuttanut käsitteet luonnollisesta, arkipäiväisestä kontekstistaan. Ongelmien poistamiseksi tuli tästä syystä tehdä täyskäännös. Sen sijaan, että olisi yritetty kehittää uusia ja tarkempia määritelmiä, filosofian tehtävänä oli palauttaa harhautunut ilmaisu kotiin osoittamalla se kielipeli, jossa ilmaisulla oli luonnollinen paikkansa.[5]

Upsalan koulukunnan perusasenne oli jokseenkin päinvastainen. Lähtökohtaisesta kunnioituksesta arkikieleen ei näkynyt jälkeäkään. Koulukunnan nuorempiin edustajiin lukeutunut *Oxenstierna* toteaa, ettemme edes jokapäiväisistä käsitteistä aina tiedä, mitä niillä tarkoitamme. Looginen analyysi osoittaa, etteivät ne suinkaan ole niin selkeitä kuin kuvitellaan. Päin vastoin koko käsitevälineistömme näyttää perusteitaan myöten ristiriitojen vaivaamalta. Jos ajatteluun halutaan saada selvyyttä, on välttämätöntä että ajattelun peruskä-

---

[3] Ks. tästä myös *Bjarup,* Reason, Emotion and the Law s. 206—212.

[4] "...our common stock of words embodies all the distinctions men have found worth drawing, and the connecxions they have found worth marking, in the lifetimes of many generations: these surely are likely to be more numerous, more sound, since they have stood up to the long test of the survival of the fittest, and more subtle, at least in all ordinary and reasonably practical matters, than any that you or I are likely to think up in our armchairs of an afternoon — the most favoured alternative method". *Austin,* Philosophical Papers s. 130.

[5] Tätä asennetta kuvastavista *Wittgensteinin* analyyseistä ks. esim. Ruskea kirja s. 180—182 ja 202—205.

sitteitä muokataan ja epäjohdonmukaisuudet karsitaan loogisen analyysin avulla.[6]

Vaikka Upsalan koulukunnan työmenetelmiä kutsuttiin loogiseksi analyysiksi, ei sillä kuitenkaan ollut sanottavasti tekemistä modernin logiikan kanssa. Analyysi tapahtui sanallisesti käyttäen hyväksi klassisen logiikan peruslakeja, poissuljetun ristiriidan ja poissuljetun kolmannen lakia. Kun nuoremmat Upsalan filosofit 1930-luvuilla istuivat niille oppituoleille, jotka *Hägerström* ja *Phalén* olivat jättäneet tyhjiksi, heillä oli kova työ muuttaa tämä asenne ja nostaa logiikka kansainväliselle tasolle. Sittemmin tämä on hyvin onnistunut. Ruotsin filosofia on myöhemmin ollut tunnettu juuri loogikoistaan.[7]

Koulukunnan käsiteanalyysi ei myöskään ollut merkityksen analyysiä siinä mielessä, mitä termillä ''merkitys'' tavallisesti ymmärretään. Ilmaisun merkitys oli koulukunnan mukaan *psykologisen* tason asia. Kysymys (*i*) *'Mikä on ilmaisun ''X'' merkitys?'* näyttää tarkoittaneen samaa kuin (*ii*) *'Mitä lausujalla on mielessään käyttäessään ilmaisua ''X''?'*[8] Koulukunnan merkityksen teoria poikkeaa siten olennaisesti esimerkiksi loogisen empirismin ja lingvistisen filosofian omaksumista teorioista.[9]

Tapa, jolla 'merkityksen' merkitys ymmärrettiin, teki koulukunnan käsiteanalyysistä mentaalianalyysiä.[10] Ongelmaksi muodostui sen psyykkisen aktin tunnistaminen, joka on ilmauksen takana ja muodostaa sen esittämisen syyn. Hägerström erottaa kolme psyykkisten aktien tyyppiä: käsitykset (föreställ-

---

[6] ''Hela vår begreppsapparat visar sig i grunden inficierad med motsägelser. Och vill man överhuvud nå klarhet och tankesammanhang, så framstår det som ett oeftergivligt krav, att begreppen bearbetas, renas från sina motsägelser''. *Oxenstierna,* Vad är Uppsalafilosofien s. 13—14.

[7] Ks. *v. Wright,* Introduction s. 4—11. Tavasta, jolla analyyttinen filosofia tuli Ruotsiin ja työnsi tieltään mm. Upsalan filosofian ks. *Nordin,* Från Hägerström till Hedenius s. 146—172.

[8] *Hägerström* ei kehittänyt yleistä merkityksen teoriaa. Hänen tapansa ymmärtää ''merkityksen'' merkitys saadaan selville ainoastaan poimimalla esimerkkejä hänen kirjoituksistaan. Ks. esim. Till frågan om den objektiva rättens begrepp s. 60. Hägerströmin merkityksen teoriaa on tutkinut *Petersson* teoksessaan ''Axel Hägerströms värdeteori s. 58—71. Hänen mukaansa Hägerström tarkoittaa ilmaisun merkityksellä joko sitä mielentilaa, joka ilmaisussa tuodaan julki, tai sitä mielentilaa, jonka ilmaisu synnyttää vastaanottajassa. Esimerkkinä tavasta, jolla Hägerströmin merkityksen teoriaa on sovellettu oikeusteoriassa ks. *Olivecrona,* Om lagen och staten s. 89.

[9] Kuten tunnettua, ilmaisun merkitys on loogisen empirismin mukaan sen verifikaatiometodi. Lingvistinen filosofia puolestaan edusti näkemystä, jonka mukaan ilmaisun merkitys on sen käyttö kielessä. Upsalan koulun ja analyyttisen filosofian eroista tässä kohden ks. myös *Marc-Wogau,* Studier s. 45—46.

[10] Ks. tästä *Fröström,* Axel Hägerströms analys av värdeupplevelsen s. 50—51.

ningar), arvostelmat (omdömen) ja tunteet (känslor). Näiden tyyppien ei kuitenkaan tarvitse esiintyä käytännössä puhtaina, vaan ne voivat muodostaa eräänlaisia sulautumia, *assosiaatioita.*[11]

Kysymys, mihin ryhmään ilmaisu sijoittuu, on tärkeä sen tähden, että vain arvostelmat voivat Hägerströmin mukaan olla paikkansapitäviä. Arvostelma on mentaalinen akti, jossa jollekin oliolle omistetaan jokin ominaisuus. Tämän ohella arvostelmaan kuuluu olennaisena osana käsitys, että asia todella on niin, että olio arvostelmassa ilmoitettuine ominaisuuksineen on todellinen.[12]

Kieliopillinen muoto, jossa arvostelma ilmaistaan, on indikatiivi. Kaikki indikatiivilauseet eivät kuitenkaan ilmaise arvostelmia. Lauseen takana oleva psyykkinen akti saattaa toisinaan olla pelkkä tunne tai tunteen ja jonkin muun psyykkisen aktin välinen assosiaatio. Tällainen lause ei voi pitää paikkaansa eikä sillä näin ollen voi olla sijaa tieteessä, joka pyrkii selvittämään miten asiat ovat.[13] Käsiteanalyysin tärkeä merkitys on siinä, että sen avulla voidaan löytää ilmaukset, jotka esiintyvät arvostelmalle ominaisessa asussa, mutta eivät kuitenkaan — vastoin luuloamme — sisällä arvostelmaa. Huomauttamalla tästä seikasta filosofia voi toteuttaa terapeuttista tehtäväänsä, ajattelun vapauttamista sanojen kahleista.

Oxenstierna antaa lukuisia esimerkkejä niistä kysymyksistä, joihin Upsalan filosofian käsiteanalyysi paneutui.[14] Näitä olivat mm. minän käsitteen, liikkeen, muutoksen, sijainnin, esineen, ominaisuuden ja relaation käsitteiden analyysit. Niihin kuuluivat myös voimassaolevan oikeuden, velvollisuuden ja muiden oikeustieteen peruskäsitteiden analyysit, joihin perehdytään jäljempänä. Analyysi päättyi säännönmukaisesti siihen, että arkiajattelun ja usein myös tieteen tapa ymmärtää näiden käsitteiden merkityssisältö todettiin ”dialektiseksi” eli sisäisesti ristiriitaiseksi.

Pyrkimys ajattelun rikkaruohojen kitkemiseen käsiteanalyysin avulla oli piirre, joka koulukunnan työstä tuli parhaiten tunnetuksi. Populäärissä muodossaan se esiintyi näkemyksenä, jonka mukaan kadunmiehen ajatusmaailma on

---

[11] Hägerströmin psyykkisten aktien teoriasta ks. *Petersson,* Axel Hägerströms värdeteori s. 32—45.

[12] Ks. *Hägerström,* Framställning av egna filosofin s. 122—124. Hägerströmin käsitysten tulkinnasta ks. Petersson m.t. s. 45—53.

[13] Tarkkaan ottaen Hägerström ei puhunut *lauseiden*, vaan *ajatusten* tai *käsitysten* paikkansapitävyydestä. Kuten tämäkin osoittaa, Hägerström ei ollut kielen filosofi. Myöhemmässä analyyttisessä filosofiassa tavallinen ajatus, jonka mukaan totuusarvo on (eräiden) kielellisten ilmausten ominaisuus, ei luultavasti ollut Hägerströmille tuttu.

[14] Ks. Vad är Uppsala-filosofien s. 15—32.

täynnä sumua ja ristiriitoja, joista filosofian asein on tehtävä selvää. *Marc-Wogau* toteaa omiin opiskeluaikoihinsa viitaten, ettei edes filosofian opiskelija ensimmäisinä lukukausinaan ymmärtänyt Hägerströmin filosofian sisällöstä juuri tämän enempää.[15]

Kuvattu populääri näkemys tavoittaa kuitenkin varsin pinnallisesti koulukunnan työn pääsisällön. Itse asiassa ei suinkaan ollut kysymys suuntauksesta, joka poistaa rikkaruohon sieltä toisen täältä, vaan tutkimusohjelman taustalla oli yhtenäinen perusajatus. Se, mikä käsiteanalyysissä näyttäytyi ajattelun rikkaruohona, oli seurausta koulukunnan filosofisista perusnäkemyksistä. Niihin kuului käsitys, jonka mukaan tietoteoreettinen idealismi oli virheellinen ja tietoteoreettinen materialismi sen sijaan paikkansapitävä.[16] Toinen perusajatus oli, että metafysiikka on tieteenä mahdotonta ja metafyysiset ainekset tulee karsia tietoon tähtäävästä ajattelusta. Mikä näyttäytyi metafysiikkana, oli puolestaan seurausta ontologiasta, jonka koulukunta oli omaksunut. Näitä kysymyksiä selvitellään lyhyesti seuraavassa.

3. TIETOTEOREETTISEN IDEALISMIN KRITIIKKI

Upsalan koulukunnan kiinnostus tietoteoriaan kumpusi lähtökohdista, jotka olivat tyypillisiä 1800-luvun filosofialle *Kantista* alkaen. Pyrkimyksenä oli löytää tieteen prinsiippi, *criterium veri,* joka todistaisi objektiivisen tiedon mahdollisuuden ja kumoaisi humelaisen skeptisismin.

Tieteen prinsiippiä etsiessään *Hägerström* päätyi eri välivaiheiden jälkeen vakaumukseen, jonka mukaan kaikki subjektivistiset eli idealistiset tietoteoriat eri muodoissaan ovat virheellisiä.[1] Mahdollisuutemme saada tietoa ei tule ymmärretyksi idealistisen filosofian tarjoamalta pohjalta.

Mitä Hägerström tarkoitti? ”Idealismi” on filosofisen käsitteistön kuluneimpia termejä. Sillä on luonnehdittu mitä erilaisimpia näkemyksiä, joilla ei välttämättä ole mainittavaa yhteyttä toisiinsa. Tietoteoreettisen idealismin pii-

[15] *Marc-Wogau,* Studier s. 7—8.

[16] Tietoteoreettista realismia koulukunta piti yhtä kestämättömänä kuin idealismia. Ks. esim. *Hägerström,* Framställning av den egna filosofin s. 121—122. Tietoteoreettisella realismilla Hägerström tarkoitti näkemystä, jonka mukaan saamme tietoa aistinsisällöistä, jotka ovat ulkopuolisten objektien aiheuttamista, mutta eivät niiden kanssa ainakaan välttämättä identtisiä. Tätä näkemystä, jonka mukaan oliot sinänsä jäävät meille tuntemattomiksi, edusti mm. *Russell* teoksessaan ”The Problems of Philosophy”.

[1] Ks. *Hägerström,* Framställning av den egna filosofin s. 120 ss. Ks. myös *Ahlberg,* Filosofiskt lexikon (1925) s. 89, jossa Hägerström itse kuvailee filosofiansa pääkohtia.

riin luetaan yleensä oppirakennelmat, jotka kieltävät aineellisen maailman objektiivisen eli havainnoista riippumattoman olemassaolon. Kaikki, mikä on olemassa tai ainakin kaikki, minkä voidaan tietää olevan olemassa, on havainnosta (tietoisuudesta) riippuvaa ja siten luonteeltaan henkistä.[2]

Varsin kuuluisa on todistus, jonka *Berkeley* (1685—1753) esitti tämän näkökannan puolesta. Hän pyrki ensinnäkin osoittamaan, että mahdollisuutemme saada tietoa maailmasta rajoittuu aistimusten sisältöihin ts. siihen, mikä on meille välittömästi annettua aistimuksissa. Tällaisia ovat esimerkiksi värit, äänet, tuoksut ja erilaiset kosketusaistimukset. Kun esimerkiksi väitämme tietävämme, että yliopiston päärakennus on keltainen, väite merkitsee ainoastaan sitä, että määrättyyn suuntaan katsoessani tajuntaani ilmaantuu tietty aistimuksen sisältö, keltaisuuden aistimus, yhtyneenä määrätynlaisiin kokoa ja muotoa koskeviin aistimuksiin.

Aistimusten sisällöt ovat Berkeleyn mukaan jotakin mentaalista, mielessämme olevaa. Ne eivät ole olemassa havaitsijasta riippumatta, vaan katoavat, kun tämä lakkaa havainnoimasta ja havaintoa ajattelemasta. Näistä argumenteista päädytään johtopäätökseen: koska voimme saada tietoa ainoastaan aistimustemme sisällöistä ja koska ne ovat jotakin mentaalista, voimme saada tietoa ainoastaan siitä, mikä on mentaalista.

Sama asia on Berkeleyn jälkeen usein ilmaistu aforistisin sanakääntein, kuten ”Maailma on mielteeni” tai ”Oleminen on havaittuna olemista”. Tämänkaltaista näkemystä edusti myös *Ch. Jacob Boström.*[3] Anekdootti kertoo hänen tiedustelleen tentittävältään: ”Voitteko sanoa, onko tuo kaakeliuuni ulkopuolellani vai sisäpuolellani?”. Onneton vastaaja, joka terveen järkensä mukaisesti tarjosi ensiksimainittua vaihtoehtoa, tuli hylätyksi.[4]

Hägerström, Phalén ja heidän oppilaansa eivät hyväksyneet kuvattua todistelua. Hylätessään tenttijän Boström teki virheen. Käsitys, jonka mukaan tietoreoreettinen idealismi — tai subjektivismi kuten koulukunta sitä nimittää — on kestämätön, esiintyy kaikkien Upsalan filosofien kirjoituksissa, ja on itseasiassa koulukuntaa määrittäviä piirteitä.[5]

---

[2] Ks. esim. *Russell,* Filosofian ongelmat s. 24—26 ja 50—51 sekä *Flew,* A Dictionary of Philosophy s. 149.

[3] Ks. *Wedberg,* Den logiska strukturen hos Boströms filosofi s. 31—49 ja erit. s. 130—136.

[4] Ks. *Oxenstierna,* Vad är Uppsala-filosofien s. 43.

[5] Ks. *Hägerströmin* ja *Phalénin* luonnehdintoja filosofiastaan teoks. *Ahlberg,* Filosofiskt lexikon (1925) s. 89 ja 155. Ks. myös *Marc-Wogau,* Studier till Axel Hägerströms filosofi s. 80—81, *Oxenstierna,* Vad är Uppsala-filosofien s. 43—57 ja *Nordin,* Från Hägerström till Hedenius s. 28—43, 52—56 ja 61—62.

Argumentit, joita koulukunnan jäsenet esittivät subjektivismia vastaan, poikkesivat eri kirjoituksissa jossakin määrin toisistaan. Tässä ei ole mahdollisuutta lähteä yksityiskohtaisesti jäljittämään kritiikin kehittymistä.[6] Seuraavassa esitetään ainoastaan *Phalénin* kritiikki, jota on yleensä pidetty parhaana ja yleispätevimpänä.[7] Myös Hägerström omaksui sen myöhäisemmissä kirjoituksissaan joutuen samalla osittain luopumaan näkemyksistään, joita oli edustanut vielä jälkimmäisen kautensa alussa vuonna 1908.

Phalén pyrkii osoittamaan, että tietoteoreettisen subjektivismin loogiset seuraukset ovat kestämättömät. Subjektivismilla hän tarkoittaa oppeja, joiden mukaan: (*1*) subjektilla on välitöntä tietoa itsestään ja omista mentaalisista tiloistaan ja (*2*) subjekti ei voi saada välitöntä tietoa muusta kuin itsestään ja omista mentaalisista tiloistaan.

Phalén ottaa lähtökohdakseen nämä edellytykset ja tutkii, mihin ne johtavat. Koska ihmisellä voi subjektivismin mukaan olla välitöntä tietoa ainoastaan mentaalisista tiloistaan, väite tietyn objektin olemassaolosta merkitsee de facto väitettä tietyn aistimuksen olemassaolosta. Objekti ja sitä koskeva aistimus merkitsevät samaa, joten ne voidaan korvata toisillaan lauseen sisällön muuttumatta. Siten esimerkiksi 'puu' = 'puun aistimus'. Soveltamalla sääntöä, jonka mukaan ekvivalentit voidaan sijoittaa toistensa paikalle saadaan:

(*i*) puu = puun aistimus = aistimus puun aistimuksesta = aistimus puun aistimuksen aistimuksesta = [8]

On helppo havaita, ettei sarjalle koskaan tule loppua. Sarjan jokaisessa jäsenessä 'puu' sukeltaa esiin, ja tällöin se voidaan aina korvata ilmaisulla 'puun aistimus'. Näin joudutaan loputtomaan sanajonoon, mitä Phalén piti absurdina. On vaikea ymmärtää, millä tavoin päättymättömän regressin löytyminen itse asiassa kumoaa subjektivismin.[9] Kun muistetaan Phalénin näkemys

[6] *Marc-Wogau* on koonnut argumentteja, joita Upsalan koulukunta esitti subjektivismia vastaan. Ks. Studier till Axel Hägerströms filosofi s. 68—76.

[7] *Phalénin* kritiikki on esitetty v. 1910 E. O. Burmanin juhlakirjaan sisältyvässä artikkelissa "Kritik av subjektivismen i olika former med särskild hänsyn till transcendentalfilosofien". Teosta ei kuitenkaan tiettävästi ole Suomen kirjastoissa, joten tässä on käytetty yksinomaan toisen käden lähteitä. Ks. *Ryding,* Den svenska filosofins historia s. 134—136, *Oxenstierna* m.t. s. 15—24 ja 46—47, *Marc-Wogau,* m.t. s. 76—81 ja *Wedberg,* Filosofins historia III s. 376—377.

[8] Jos merkitsemme puu = p ja aistimus = a, voidaan (*i*) kirjoittaa muotoon: p = ap = a(ap) = a(a(ap)) = a(a(a(ap))) jne. ad infinitum.

[9] Argumentin relevanssia epäilee *Wedberg,* Filosofins historia III s. 377. Mainittakoon, että vastaavanlaisella todistuksella on tärkeä sija *Brentanon* mentaalisten aktien teoriassa. Ks. siitä *Passmore,* A Hundred Years of Philosophy s. 176—177. Upsalan koulun yh-

käsiteanalyysin tehtävistä, voidaan arvella, että hän katsoi osoittaneensa subjektivismin loogisesti ristiriitaiseksi.[10]

Tässä ei ole mahdollisuutta arvioida Phalénin käsityksen paikkansapitävyyttä. Sitä vastoin on syytä kiinnittää huomiota käsityksen seurauksiin. Jos päättymätön regressi halutaan välttää, joudutaan lähtemään siitä, että edellä mainitussa esimerkissä ei sanaa 'puu' ole lupa korvata ilmaisulla 'puun aistimus'. Koska samansisältöiset ilmaukset voidaan aina korvata toisillaan, on tällöin edellytettävä, että 'näen puun' ei merkitsekään samaa kuin 'minulla on puun aistimus'. Tällöin joudutaan tunnustamaan, että havainto ('näen puun') sisältää jotakin enemmän kuin pelkän aistimuksen. On edellytettävä, että siihen kuuluu kaksi osaa, nimittäin *havaitsemisprosessi* (aistimus- tai tiedostamistapahtuma), joka on jotakin mentaalista, ja *havainnon sisältö* (aistimuksen tai tiedostamisen kohde), joka puolestaan on jotakin ei-mentaalista. Tietoteorian klassinen ongelma — miten voimme murtautua ulos tietoisuutemme kehästä ja tavoittaa maailman — on siten näennäisongelma. Jokainen havainto sisältää osan maailmaa s.o. jotakin, joka ei ole mentaalista. Juuri tämän johtopäätöksen koulukunta teki kritiikistään. Näkemys tietoisuuden ja sen kohteen erillisyydestä oli Upsalan koulun perusajatuksia, joka alituiseen toistuu eri yhteyksissä.[11]

Kuvatulla tavoin koulukunta katsoi voivansa osoittaa kestämättömiksi kaikki tietoteoriat, jotka eivät tehneet eroa tietoisuuden ja sen kohteen välillä. Tuloksen merkitystä pidettiin erittäin suurena. Tämä käy ymmärrettäväksi, kun muistetaan, että *Descartesista* lähtien oli kaiken tiedon perustana yleisesti pidetty näkemystä, jonka mukaan väite 'Minä ajattelen' on minulle välittömästi tosi. Phalénin todistuksen mukaan tämä käsitys on erheellinen. Jos näet halutaan välttyä joutumasta em. päättymättömään regressiin, joudutaan edellyttämään, että silloinkin, kun joku ajattelee itseään, se jota ajatellaan, on loogisesti riippumatonta ajatusprosessista. Henkilön tietoisuus itsestään (självmedvetande) ei siten ole välittömästi varmaa, vaan se on tavanomaista ''objektitietoisuutta'' so. tietoteoreettisesti samanlaista kuin hänen tietonsa mäellä kas-

---

teyksistä Brentanon ja Meinongin ajatteluun huomauttavat *Petersson,* Axel Hägerströms värdeteori s. 30 ss. ja *Nordin,* Från Hägerström till Hedenius s. 135. Ks. myös *Bjarup,* Epistemology and Law According to Axel Hägerström s. 18.

[10] Näin tulkitsee Phalénia *Marc-Wogau,* Studier till Axel Hägerströms filosofi s. 78. Vrt. *Oxenstierna,* m.t. s. 47.

[11] Näkemys ilmaistiin mm. seuraavasti: ''i intet medvetande kan detta självt vara givet. Det uppfattade är alltid något annat än uppfattningen'' (Hägerström, Framställning... s. 120) ja ''Varje medvetande har ett föremål, men detta föremål, vare sig det existerar eller ej, finns aldrig i medvetandet'' (Oxenstierna, m.t. s. 45).

vavasta koivusta. Väitteellä 'Minä ajattelen' ei siten ole tietoteoreettista erityisasemaa.

Paitsi Descartesin tietoteoriaan, koulukunta katsoi subjektivismin kritiikkinsä osuvan mm. *Leibnizin, Berkeleyn* ja *Humen* näkemyksiin. Kritiikin pääkohteena oli kuitenkin 1800-luvun jälkikantilainen idealismi, joka katsoi, että itsetajunta (självmedvetande) tavalla tai toisella muodosti tieteen prinsiipin.[12] Koulukunta piti kestämättömänä myös *Russellin* loogista atomismia ja loogisen empirismin fenomenalismia.[13] Näin se asettui vastustamaan sitä luonnontieteen filosofista tulkintaa, joka oli kohoamassa yleisesti vallitsevaksi.

Upsalan koulu ei kuitenkaan yksin kulkenut vastavirtaan. Jo muutamaa vuotta Phalénia ja kumppaneita aikaisemmin oli *G. E. Moore* ''kumonnut'' idealismin edellä kerrottua muistuttavin perustein.[14] Samoihin aikoihin Phalénin kanssa julkaisi *Lenin* (1909) teoksen ''Materialismi ja empiriokritisismi'', jossa erityisesti *Machin* positivismia arvosteltiin idealistisista näkemyksistä. Ei ole varmaa tietoa siitä, missä määrin Upsalan filosofit tunsivat samanmielisiä aikalaisiaan.[15]

4. HÄGERSTRÖMIN TEORIA TODELLISUUDEN LUONTEESTA

4.1. Yleistä

Subjektivismin kritiikki osoitti koulukunnalle, että oli olemassa objektiivinen, havainnoista riippumaton todellisuus. *Hägerströmin* todellisuuden teoria (verklighetsteori) on kokonaisvaltainen rakennelma, joka pyrkii tarjoamaan välineet sen selvittämiseksi, millainen tämä todellisuus on luonteeltaan. Se on hä-

[12] Kritiikin katsottiin soveltuvan tämän filosofian eri muotoihin. Sillä, pyrittiinkö tiedon mahdollisuus kantilaisittain perustamaan apriorisiin havainnon ja tajunnan muotoihin vaiko fichteläisittäin jonkinlaiseen yliyksilölliseen tietoisuuteen, ei nähty olevan merkitystä. Ks. *Hägerström,* Framställning... s. 121.

[13] Ks. *Oxenstierna,* Vad är Uppsala-filosofien s. 51, *Hägerström,* Relativitetsteori och kunskapsfilosofi s. 222—230 ja *Tegen,* ''Fenomenalismen'' och ''Uppsalafilosofien'' s. 36—55.

[14] *Mooren* kirjoitus ''The Refutation of Idealism'' ilmestyi Mindissa v. 1903.

[15] Sen osoittamiseksi, että Upsalan koulukunta muodosti käsityksensä Mooren kirjoitusta tuntematta, on harrastettu kulttuurihistoriallista salapoliisityötä. Ks. siitä *Marc-Wogau,* Studier till Axel Hägerströms filosofi s. 19—20. Upsalan koulun tietoteoreettisen kysymyksenasettelun yhteyksistä aikansa filosofisiin virtauksiin ks. myös *Cassirer,* Axel Hägerström s. 23—34.

nen filosofiansa keskus, josta metafysiikan kritiikki, arvonihilismi ja hänen monet muut tärkeät tuloksensa versovat. Toisaalta se on hänen filosofiansa vaikeimpia ja hämärimpiä osia. Tämä ei johdu ainoastaan siitä, että hän piti kiinni transcendentaalifilosofian ja 1800-luvun ruotsalaisen idealismin käsitteistöstä, joka nykyajan lukijalle on tuntematonta. Myös ne filosofit, kuten *Cassirer,* jotka olivat Hägerströmin aikalaisia ja tunsivat hyvin transcendentaalifilosofiaa, pitivät paikkapaikoin lähes mahdottomana seurata hänen ajatuksensa kulkua.[1]

Hägerströmin kuoltua ilmestyi hänen todellisuuden teoriastaan pian kaksikin laajahkoa esitystä.[2] Niiden anti teorian selkeyttäjänä ei kuitenkaan ollut kovin suuri, sillä ne sisälsivät lähinnä Hägerströmin ajatusten referointia Hägerströmin käyttämin käsittein. Niiden ilmestyttyä sai mm. *Wedberg* aiheen todeta, että edelleen oli olemassa tarvetta saada aikaan kriittinen ja luettava esitys Hägerströmin teoriasta. Tällaista esitystä ei vieläkään ole ilmestynyt, mutta jossakin määrin aukkoa täyttävät *Marc-Wogaun* aihetta koskevat esseet sekä *Wedbergin* lyhyt analyysi, joka sisältyy hänen teokseensa "Filosofins historia". Seuraava esitys nojautuu pääosin Hägerströmin "Selbstdarstellung" -teokseen sekä Marc-Wogaun ja Wedbergin analyyseihin.[3] Tässä yhteydessä esitettynä se ei luonnollisestikaan pyri olemaan tyhjentävä. Etenkin Hägerströmin todistelua on karsittu ja poistettu eräitä sivuaiheita, joita tässä yhteydessä ei voida pitää tärkeinä.

Hägerströmin todellisuuden teoria voidaan nähdä yrityksenä antaa vastaus kolmeen kysymykseen, nimittäin (1) käsiteanalyyttiseen kysymykseen 'Mitä merkitsee, että joku on todellista', (2) tietoteoreettiseen kysymykseen 'Miten tiedämme, mitkä entiteetit ovat todellisia' ja (3) ontologiseen kysymykseen 'Mitkä entiteetit ovat todellisia'. Tätä jaottelua ei nimenomaisesti esiinny Hägerströmin kirjoituksissa. Se on siten pelkästään apuväline, jolla olen pyrkinyt jäsentämään hänen sanottavaansa.

[1] Ks. *Cassirer,* Axel Hägerström s. 6, ks. myös *Broad,* Sense of Duty s. 99, jonka mukaan Hägerströmin kieli on kuin liimaa, jota on paksunnettu sahajauhoilla. *Wedberg* viittaa Hägerströmin kirjoitusten vaikeaselkoisuudesta puhuessaan henkilöhistoriallisiin syihin. Vaikeaselkoisuus oli tulosta kehityksestä, jonka kuluessa papin poika ja teologiaa opiskelemaan lähtenyt Hägerström vähitellen muuttuu ateistiksi. Hägerströmin kulmikas ja lähes lukukelvoton tyyli oli Wedbergin mukaan kömpelö reaktio sentimentaalista ja uskonnollisia metaforia käyttävää kieltä vastaan, johon Hägerström oli tottunut nuoruudessaan. Ks. Filosofins historia III s. 368.

[2] *Fries,* Verklighetsbegreppet enligt Hägerström ja *Logren,* Huvudragen av Hägerströms filosofi.

[3] Hägerströmin "Selbstdarstellung" on ruotsinkielisenä julkaistu *Friesin* kommentoimana laitoksena nimellä "Framställning av den egna filosofien".

4.2. Käsiteanalyyttinen kysymys

Käsiteanalyyttiseen kysymykseen vastaaminen merkitsee sen osoittamista, mitä sanat 'todellinen' ja 'todellisuus' merkitsevät jossakin määrätyssä kontekstissa. Kyse on siis periaatteessa kielenkäytön empiirisestä tutkimisesta, joka tähtää deskriptiivisen käsitemääritelmän antamiseen. Käsiteanalyysille antaa kuitenkin oman leimansa koulukunnan tapa ymmärtää kielenkäytön luonne. Se näet katsoi, että ihmisten kielenkäyttöön sisältyy ikäänkuin kerroksittain kahdenlaista ainesta, nimittäin (1) mielekästä tosiasioita referoivaa ainesta ja (2) metafyysistä, loogisesti ristiriitaista kielenkäyttöä. Jälkimmäisellä tavalla käytettyinä sanoilla ei ole merkitystä. Ne edustavat jotakin, jota ei voida ajatella, ja muodostavat ikäänkuin sumuverhon todellisuuden eteen. Vasta kun loogiset ristiriidat paljastetaan ja poistetaan, päästään kielenkäytön positiiviseen analyysiin. Tätä ohjelmaa Hägerström sovelsi myös todellisuuden käsitteen analyysiin.[4]

'Todellisuuden' metafyysisistä käyttötavoista oli haitallisin filosofiassa vallitseva tapa samastaa todellisuuden käsite johonkin, joka on todellista.[5] Läpi filosofian historian on oltu taipuvaisia ajattelemaan, että on olemassa jotakin todellista, joka on identtinen itse todellisuuden käsitteen kanssa. Kysymykseen, mitä todellisuus on, on vastattu seuraavaan tapaan: ''Todellisuus on henkistä'', ''Todellisuus on ideaa'', ''Todellisuus on aineellista'' jne. Kahta ensiksimainittua käsitystä voidaan kutsua metafyysiseksi idealismiksi ja kolmatta metafyysiseksi materialismiksi. Se, että esim. kirjoituspöytäni on todellinen, merkitsee metafyysisen idealismin traditiossa, että kirjoituspöytäni on mielessäni tai että kirjoituspöydän idea näyttäytyy siinä. Se, että tietoisuuteni on todellinen, merkitsee metafyysisen materialismin traditiossa, että tietoisuuteni on aineellista tahi aineellisen heijastusta.

Hägerströmin mielestä tällainen päättely näyttää varsin omituiselta. Tavallisessa kielenkäytössä ei kukaan tarkoita, että 'valkoisuus' merkitsee samaa kuin jokin valkoinen entiteetti esim. 'kirjoituspaperi'. Filosofit sitävastoin tekevät todellisuuden käsitteestä puhuessaan juuri tämän perusteettoman rinnastuksen. Näin he tulevat samalla tehneeksi loogisen erehdyksen, sillä määritelles-

[4] Ks. *Marc-Wogau,* Studier s. 86.

[5] ''Als Metaphysik ist jede Anschauung zu bezeichnen die aus der Wirklichkeit selbst — der Wirklichkeit an sich — etwas wirkliches macht''. *Hägerström,* Selbstdarstellung s. 136. Tätä on toisinaan pidetty jopa 'metafysiikan' käsitemääritelmänä. Ks. esim. *Bjarup,* Reason, Emotion and the Law s. 187. Tämä näkemys ei voine pitää paikkaansa. Käsitemääritelmäksi ymmärrettynä Hägerströmin lausuma on liian ahdas. Se ei kata kaikkia asioita, joita Hägerström pitää metafysiikkana.

sään 'todellisuuden' jonkin todellisen entiteetin avulla he samalla jo edellyttävät todellisuuden käsitteen tunnetuksi, joten kyseessä on kehämääritelmä.[6] Tämä hämärähkö ajatus on nähdäkseni eräänlainen parallelismi Wittgensteinin käsitykselle, jonka mukaan emme voi etukäteen sulkea pois maailmasta tiettyjä mahdollisuuksia, koska se edellyttäisi menemistä maailman rajojen ulkopuolelle ja siten sen tietämistä, mitä emme voi tietää.[7]

Tämän puhdistustyön jälkeen Hägerström on valmis positiiviseen todellisuuden käsitteen analyysiin. Sen tulokset voidaan — kuten *Marc-Wogau*[8] on tehnyt — esittää lyhyesti kolmen seuraavan teesin avulla:

A. Todellisuus merkitsee samaa kuin määräytyneisyys (bestämdhet).

B. On olemassa yksi ja vain yksi määrätty kokonaisasiayhteys (totalsammanhang), johon kaikki, mikä on määrättyä, kuuluu. Tähän todellisten entiteettien yhteyteen sisältyy jokainen entiteetti joko yksinomaan ajatuksen sisältönä tai jonakin, joka kuuluu siihen ajatuksen sisältönsä ohella.

C. Todellisten entiteettien yhteys on ajan ja paikan avulla hahmottuva kokemusyhteys.

Seuraavassa pyrin selventämään näiden melko arvoituksellisten väitteiden sisältöä.

(*A.*) Ensimmäinen teesi pyrkii olemaan vastaus kysymykseen, mitä tarkoitetaan, kun väitetään jonkin 'X' olevan todellista.[9] Teesin mukaan tällöin väitetään, että 'X' on jotakin määrättyä. 'Todellisuus' ja 'määräytyneisyys' merkitsevät samaa. Määräytyneisyyden asemesta Hägerström käyttää toisinaan termejä 'itseidenttisyys' ja 'ristiriidattomuus', jotka paremmin kertovatkin, mistä on kyse.[10] 'Todellisuus' merkitsee loogista ristiriidattomuutta. Kaikki, mikä voi olla ristiriidattoman arvostelman kohteena, on todellista. Jokaisessa arvostelmassa edellytetään, että joku on loogisesti ristiriidatonta l. identtistä itsensä kanssa l. määrättyä l. todellista. Poikkeuksen tekevät loogisesti ristiriitaiset arvostelmat, mutta nämä eivät Hägerströmin kielenkäytössä ole lainkaan varsinaisia arvostelmia.[11]

---

[6] Ks. *Ahlberg,* Filosofiskt lexikon (1951) s. 84 ja *Fries,* Grunddragen s. 14.

[7] *Wittgenstein,* Tractatus 5.6.1.

[8] *Marc-Wogau,* Studier s. 89.

[9] Näin *Marc-Wogau,* Studier s. 86. Vrt. *Bjarup,* Reason, Emotion and the Law s. 198.

[10] *Hägerström,* Framställning s. 138—140.

[11] Ks. *Marc-Wogau* s. 90. Arvostelma on Hägerströmin mukaan mentaalinen akti, käsitys (föreställning) siitä, että tietty olio tiettyine ominaisuuksineen on todellinen. Siitä, mikä on loogisesti ristiriitaista, ei voida muodostaa yhtenäistä käsitystä, joten loogisesti ris-

Voidaan havaita, että Hägerström käsittää sanan 'todellinen' ekstension varsin laajaksi. Myös esim. unien ja hallusinaatioiden sisällöt ovat todellisia, koska niistä voidaan lausua ristiriidattomassa arvostelmassa. Arkikielen käsitystavan analyysinä Hägerströmin esitys ei siten ilmeisestikään pidä paikkaansa. Sitä vastoin — kuten *Marc-Wogau* huomauttaa[12] — filosofiassa on ollut varsin tavallista ymmärtää todellisuus laajassa merkityksessä edellä kuvatuin tavoin. Unien ja hallusinaatioiden sisällöt eivät ole täysin irreaalisia, vaan jossakin mielessä todellisia joskaan eivät ehkä samassa mielessä kuin niitä konkreettisemmat entiteetit. Tässä kohden Hägerström ei ollut kovin kaukana esim. *Platonin* ajatuksista.

Teesi A lausuu itseasiassa vain sen, että todellista on kaikki, mikä voidaan esittää (ristiriidattomassa) arvostelmassa. Todellisten entiteettien ominaisuuksista ei täten vielä ole sanottu kovinkaan paljon. Hägerström ei kuitenkaan pidä tätä teoriansa heikkoutena, vaan väittää, ettei enempää juuri voidakaan sanoa. Kuten jo edellä todettiin, 'todellisuutta' ei Hägerströmin mielestä voida määritellä minkään muun ominaisuuden avulla, koska ei ole olemassa ominaisuutta, joka välttämättä olisi kaikille todellisille entiteeteille yhteinen. Tähän voidaan tietenkin väittää, että todellisilla entiteeteillä on yksi yhteinen ominaisuus, nimittäin juuri se, että ne ovat todellisia. Hägerströmin mukaan ei kuitenkaan voida ajatella, että todellisuus olisi eräs todellisten entiteettien ominaisuus muiden joukossa, koska tällöin ei kyetä selittämään, mitä merkitsee että entiteettien muut ominaisuudet ovat todellisia. Myöskään ei voida lähteä siitä, että todellisuus olisi kaikkien todellisten entiteettien yleisin ominaisuus, koska myös tällainen määrittely johtaa loogisiin vaikeuksiin.[13]

Näin ollen joudutaan toteamaan, että käsitteiltä 'todellisuus', 'todellinen' puuttuu intensio (konnotaatio). Ei ole mitään todellisen ominaisuutta, johon 'todellinen' viittaa. Sen sijaan mainituilla sanoilla on tietty ekstensio (denotaatio). Entiteettejä, joita kutsutaan määrätyiksi, kutsutaan myös todellisiksi. Siitä, millä edellytyksillä näin tehdään, ei teesi A. lausu mitään.

(*B.*) Hägerströmin todellisuuden teorian toinen teesi on suunnattu kaikkia dualistisia maailmankäsityksiä vastaan. Kaikki, mikä on todellista, kuuluu tämän teesin mukaan *yhteen* määrättyyn asiayhteyteen. Hägerströmin teoria edustaa

---

tiriitainen arvostelma ei per definitionem voi olla arvostelma. — Tähän tapaan täytynee Hägerströmin tulkita ajatelleen. Ks. *Ahlberg,* Filosofiskt lexikon (1925) s. 91, *Marc-Wogau,* Studier s. 90—91 ja *Petersson,* Axel Hägerströms värdeteori s. 67—68.

[12] *Marc-Wogau,* Studier s. 91.

[13] Ks. *Hägerström,* Framställning s. 125—126.

siten metafyysistä monismia. Tämän teesinsä Hägerström katsoo voivansa deduktiivisesti johtaa lausejoukosta, johon teesi A. sisältyy yhtenä premissinä. Todistuksen yksityiskohtiin ei tässä ole syytä mennä, mutta sitä on kuitenkin tarkasteltava sen verran, että ilmenee, mistä teesissä B. on kysymys.

Edellä voitiin havaita, että todelliset entiteetit voivat olla keskenään varsin erilaisia. Todellisia ovat ensinnäkin konkreettiset esineet ja tapahtumat ts. entiteetit, jotka voivat olla keskenään tila- ja aikarelaatiossa.[14] Niiden osalta todistus ei tuota ongelmaa. Sen tähden, että kyseiset entiteetit voivat olla keskenään tietyssä relaatiossa, ne kuuluvat yhteen ja samaan kontekstiin. Niitä voidaan verrata keskenään yhdessä yhtenäisessä ajatuksessa ja niistä voidaan lausua yhdessä arvostelmassa.

Todellisten entiteettien luokka on kuitenkin suurempi kuin niiden entiteettien luokka, jotka voivat olla keskenään aika- ja tilarelaatiossa. Kuten edellä todettiin, todellisia ovat kaikki asiat joista voidaan lausua ristiriidattomassa arvostelmassa. Kustaa II Adolfin kuolema vuonna 1732 on todellinen, koska 'Kustaa II Adolf kuoli 1732' on loogisesti ristiriidaton arvostelma. Kustaa II Adolfin kuolema vuonna 1632 on todellinen samasta syystä. Unen sisältö, jonka mukaan Saksa voitti toisen maailmansodan, on teesi A:n mukaan ''yhtä todellinen'' kuin se tapahtumainkulku, jonka johdosta Neuvostoliitossa vietetään keväisin voiton päivää. Voidaan havaita, että todellisuuteen teesi A:n tarkoittamassa mielessä kuuluu keskenään yhteensopimattomia asiayhteyksiä. Jos Kustaa II Adolf kuoli v. 1632, ei voi olla totta, että hän kuoli 1732, ja päin vastoin.

Keskenään yhteensopimattomat asiayhteydet eivät voi olla aika- tai tilarelaatiossa toisiinsa. Niitä ei tämän vuoksi myöskään voida ajatella yhdessä ajatuksessa eikä niistä voida lausua mitään yhdessä arvostelmassa. Teesi B:n todistaminen näyttää siten tältä osin kohtaavan vaikeuksia.

Hägerström uskoo kuitenkin selviytyvänsä tästä ongelmasta. Hän toteaa, että myös yhteensopimattomia asiayhteyksiä on mahdollista verrata toisiinsa, muutoinhan emme voisi todeta niitä keskenään yhteensopimattomiksi. Vertaaminen puolestaan edellyttää, että ne kaikesta huolimatta voidaan käsittää yhdessä. Tämä tapahtuu Hägerströmin mukaan siten, että kuvaamme kyseiset asiantilat eri arvostelmissa ja ajattelemme kummankin arvostelman sisällön kuuluvan samaan asiayhteyteen. Näin ajatellessamme joudumme ristiriidan välttämiseksi edellyttämään, että toisen arvostelman sisältö kuuluu todellisuuteen ainoastaan subjektiivisesti so. lausujansa ajatuksen sisältönä. Vain toisen ar-

[14] Esimerkki tilarelaatiosta: Tuoli on pöydän vieressä. Esimerkki aikarelaatiosta: Ensin mennään saunaan ja sitten syödään vasta.

vostelman sisältö voi kuulua todellisuuteen riippumatta siitä, ajatteleeko sitä kukaan.[15]

Tällä tavoin Hägerström saa kaikki todelliset l. sisäisesti ristiriidattomat entiteetit ja asiayhteydet kuulumaan yhteen kokonaisasiayhteyteen, mutta hän joutuu kuitenkin tunnustamaan, että ne saattavat kuulua siihen *eri tavoin*. Eräät entiteetit ja asiayhteydet, kuten unien, hallusinaatioiden ja kuvitelmien sisällot, kuuluvat siihen ainoastaan ajatuksen sisältönä ts. sen tähden, että joku ne kokee. Sitä vastoin eräät toiset entiteetit kuuluvat siihen paitsi ajatuksen sisältönä, myös sen ohella ts. riippumatta siitä, että joku ne havaitsee. Viimeksi mainituilla entiteeteillä on Hägerströmin mukaan *eksistenssi* eli ne ovat olemassa.[16] Sen sijaan ensiksi mainituilla ei ole eksistenssiä, vaan ne ovat pelkästään todellisia teesi A:n tarkoittamassa mielessä.

Se, mitä edellä on lausuttu teesi B:n sisällöstä, voidaan havainnollisesti esittää seuraavan piirroksen avulla:

<table>
<tr><td rowspan="2">ei-todelliset entiteetit</td><td colspan="2">todellisten entiteettien konteksti</td></tr>
<tr><td>entiteetit, joilla eksistenssi</td><td>entiteetit, joilla ei eksistenssiä</td></tr>
</table>

(*C.*) Hägerströmin todellisuuden teorian toisessa teesissä väitettiin kaiken todellisen kuuluvan yhteen ja vain yhteen asiayhteyteen. Tämä jätti vielä avoimeksi kysymyksen, *millainen kyseinen yhteys on luonteeltaan*. Teorian kolmas teesi vastaa tähän: Todellisten entiteettien yhteys on ajan ja paikan hahmottama kokemusyhteys.

Tämänkin teesinsä Hägerström pyrkii deduktiivisesti todistamaan oikeaksi. Hänen käyttämänsä perusteet voidaan karkeasti jakaa kahteen premissiin (a) ja (b).

(a) Hägerström lähtee liikkeelle kartesiolaisesta ajatuksesta, jonka mukaan ihminen ei voi epäillä omaa olemassaoloaan tietoisena olentona. Missä on epäilyä, siellä on olemassa joku, joka epäilee. Hägerström hyväksyy nämä ajatukset seuraavaan tapaan täsmennettyinä: tietoinen olento ei voi käsittää itseään pelkästään jonakin ajateltuna, vaan hänen täytyy ajatella kuuluvansa todellisten entiteettien yhteyteen paitsi ajateltuna, myös ajatuksen sisällön ohella. Toisin

[15] Ks. *Hägerström,* Framställning s. 140—141, *Marc-Wogau,* Studier s. 99—100 ja *Petersson,* Axel Hägerströms värdeteori s. 24—25.

[16] Ks. *Ahlberg,* Filosofiskt lexikon (1951) s. 84.

sanoen jokaisen ihmisen on välttämättä ajateltava itseään entiteettinä, jolla on eksistenssi. Joku voi tosin sanoa kuuluvansa todellisuuteen pelkästään ajatuksen sisältönä, mutta ''silloin ei sanojen takana ole mitään todellista ajatusta''.[17]

(b) Todistuksen toisena vaiheena Hägerström kysyy, miten on mahdollista, että ihmiset voivat käsittää itsensä muista tietoisista olennoista erotettavissa olevina itsenäisinä henkilöinä. Hylättyään *Descartesin* tätä koskevat pohdinnot kestämättöminä hän enempiä perustelematta toteaa, ettei kyseinen ''erottamisprinsiippi'' voi olla mikään muu kuin henkilön sijainti ajassa ja avaruudessa.[18] Jokainen olento on jonakin tiettynä hetkenä jossakin tietyssä paikassa. Ettei Hägerström katsonut tarpeelliseksi sanottavasti perustella käsitystään, johtuu ilmeisesti siitä, että hän tässä enimmäkseen toistaa *Kantin* ajatuksia. Kuten tunnettua, aika ja avaruus olivat Kantin filosofiassa ns. apriorisia havainnon muotoja.[19] Ne eivät olleet kokemuksesta abstrahoituja tosiasioita, vaan päin vastoin käsitteitä, joilla mieli jäsentää ulkoa tulevia aistivaikutelmia. Mikään kokemus ei *Kantin* mukaan voi niiden olemassaoloa vahvistaa, koska ne ovat päin vastoin kaiken kokemuksen edellytyksiä. Hägerström hyväksyy johtopäätöksen, mutta tietoteoreettisten katsomustensa mukaisesti hän siirtää ajan ja avaruuden tajunnan piiristä ulkomaailmaan. Kysymys ei ole tajuntamme, vaan ulkomaailman piirteistä. Tästä syystä emme voi milloinkaan havaita mitään, mikä ei olisi ajassa ja avaruudessa.

Tämän jälkeen Hägerström on valmis johtopäätökseen. Premissi (a):n mukaan ihmisen on välttämätöntä ajatella, että hän on todellinen paitsi ajatuksen sisältönä myös sen ohella. Premissi (b):n mukaan se, että ihmisen on mahdollista identifioida itsensä muiden joukosta, osoittaa hänen kuuluvan ajan ja paikan muodostamaan kontekstiin eli kokemusmaailmaan. Koska ei voida ajatella, että olio, joka on todellinen paitsi ajatuksen sisältönä myös sen ohella, kuuluisi kontekstiin, joka on todellinen ainoastaan ajatuksen sisältönä, tulee myös kokemusmaailman kuulua todellisuuteen paitsi ajatuksen sisältönä myös sen ohella. Kokemusmaailman tulee toisin sanoen olla olemassa riippumatta siitä, ajatteleeko sitä kukaan.[20]

---

[17] *Hägerström,* Framställning s. 143. Ks. myös *Ahlberg,* Filosofiskt lexikon (1925) s. 90.

[18] *Hägerström,* Framställning s. 143.

[19] Ks. tästä esim. *Russell,* Länsimaisen filosofian historia s. 238—239 ja 243—249, *Grotenfelt,* Uuden ajan filosofian historia s. 42 ja *Smith,* Kant's Critique of Pure Reason s. 116 ss.

[20] *Hägerström,* Framställning s. 144.

Hägerström ei eksplisiittisesti jatka todistustaan tämän edemmäs. Jotta johtopäätös (teesi C) tulisi muodollisestikin todistetuksi, on todistusta kuitenkin täydennettävä seuraavasta päätelmästä näkyvin tavoin:

Kaikki todelliset entiteetit kuuluvat yhteen ja vain yhteen asiayhteyteen (teesi B).
Joku todellinen entiteetti kuuluu ajan ja avaruuden hahmottamaan kokemusyhteyteen, joka on todellinen riippumatta siitä, ajatteleeko sitä kukaan (Tämä todistettiin edellä).

Jokainen todellinen entiteetti kuuluu ajan ja avaruuden hahmottamaan asiayhteyteen, joka on todellinen riippumatta siitä, ajatteleeko sitä kukaan.

4.3. Tietoteoreettinen kysymys

Tietoteoreettisella kysymyksellä tarkoitettiin edellä probleemaa, miten voimme tietää, mitkä entiteetit ovat todellisia. Saatuamme nyt vastauksen käsiteanalyyttiseen kysymykseen voidaan tietoteoreettinen ongelma muotoilla myös seuraavasti: Miten voimme tietää, mitkä entiteetit kuuluvat ajan ja paikan hahmottamaan kokemusyhteyteen?

Hägerströmin vastaus tähän on lyhyt ja toteava: ''Kokemusmaailma määritellään lähemmin *havaintojen* ja *induktiopäätelmien* avulla''.[21] Havainto ja induktio olivat Hägerströmillä psykologisia käsitteitä. Havainnolla hän ymmärtää varmuuteen ja erityislaatuiseen (ei kuvattavissa olevaan) pakon tunteeseen yhdistynyttä käsitystä, jossa havainnon sisältö ilman mitään päättelyä liitetään siihen tilakompleksiin, mihin itse havaitsemisprosessi kuuluu (so. todellisuuteen). Induktio puolestaan on varmuuteen (ilman mainittua pakon tunnetta) liittyvä käsitys, jonka sisältönä on se, mikä sitä edeltävissä havainnoissa on yhteistä.[22] Havainnon ja induktiopäätelmän logiikasta Hägerström ei sitä vastoin näytä olleen kiinnostunut, joten hän itseasiassa jätti syrjään juuri sen puolen, joka esimerkiksi loogisten empiristien mielestä oli keskeistä näiden käsitteiden filosofisessa analyysissä.

Hägerströmin vihje käytännön tutkijalle näyttää sanotun pohjalta olevan ilmeinen: tieteen menetelmä on se menetelmä, jota empiiriset tieteet käyttävät. Sen vuoksi voidaan sanoa, että Hägerström oli *metodologinen empiristi*. Sitä vastoin hän ei tietoteoreettisilta näkemyksiltään ollut empiristi. Ihmisten

---

[21] *Hägerström,* Framställning s. 146.
[22] *Hägerström,* Framställning s. 146.

mahdollisuus saada tietoa ei hänen mukaansa viime kädessä perustu havaintoihin, vaan apriorisesti päteviin käsitteisiin, joita voidaan kutsua empirian edellytyksiksi.[23] Näitä edellytyksiä ovat ajan ja avaruuden käsitteet sekä kausaliteetin ja todellisuuden käsitteet. Jo edellä nähtiin, miten Hägerström Kantiin liittyen perusteli ajan ja avaruuden apriorisuuden. Kausaliteettiajatuksen kuulumisen samaan joukkoon Hägerström koettaa todistaa pyrkimällä esimerkein näyttämään, ettei kausaliteettiajatus voi olla peräisin kokemuksesta, koska mahdollisuutemme tehdä havaintoja jo edellyttää sitä.[24] Todellisuuden käsitteen apriorisuus havaintoon nähden voidaan perustella samaan tapaan. Voidaksemme väittää, että saamme havaintojen avulla tietoa todellisuudesta, on edellytettävä, että havainnon kohde jo on jotakin todellista. Jos havainnon kohde ei ole todellinen, on selvää, ettei havainnon avulla myöskään saada todellisuutta koskevaa tietoa. Näin ollen todellisuuden käsite on havaintoa edeltävä seikka.

Tässä kohden Hägerströmiä voidaan pitää selväpiirteisenä kantilaisena rationalistina. Rationalistinen perusnäkemys ei hänellä — kuten ei myöskään Kantilla — sulkenut pois empirististä tiedonhankintamenetelmää; järki ja kokemus päin vastoin täydensivät toisiaan ja muodostivat synteesin. Erityistieteiden tehtävänä oli empiirisin keinoin tutkia todellisuutta. Filosofian tehtäviin kuului puolestaan empirian edellytysten tutkiminen.[24a] Koska nämä edellytykset ovat kokemusta perustavia tai muutoin kokemuksen ulottumattomissa, ei niiden tutkiminen käy päinsä tavanomaisin empiirisin keinoin.[25] Tämän johdosta filosofian tutkimusmenetelmä on käsiteanalyysi. Se analysoi niitä käsitteitä, joiden avulla lähestymme maailmaa. Tässä kohtaamme nähdäkseni syvällisimmän perustelun, jonka koulukunta käsiteanalyyttisen metodinsa puolesta saattoi esittää. Metodin valinta oli suoranaista seurausta Upsalan filosofian rationalistisista peruskatsomuksista.

Jotta Hägerströmin tietoteoriasta ei annettaisi väärää kuvaa, on kuitenkin todettava, ettei hänen tietoteoriansa suinkaan ollut läpikohtaisin kantilainen. Tämä käy ilmi tavasta, jolla mainitut filosofit kehittelivät teoriaansa edelleen. Väitettäessä, että ulkomaailman sisältö tulee tietämyksemme piiriin havaintojen avulla, ei näet itseasiassa ole vielä sanottu kovinkaan paljoa. Tämän johdosta voidaan esittää jatkokysymys: miten havaintomme tarkasti ottaen suhtautuvat ulkomaailmaan. Tässä kohden *Kantin* ja *Hägerströmin* tiet erosivat toisistaan.

[23] *Hägerström,* Botanisten och filosofen s. 57—58.

[24] *Hägerström,* Botanisten och filosofen s. 24—37.

[24a] ”Filosofin är den vetenskap, som har att fastställa basen för den empiriska”. Botanisten och filosofen s. 65.

[25] *Hägerström,* Botanisten och filosofen s. 58—59 ja 63—64. Ks. myös *Logren,* Huvuddragen av Hägerströms filosofi s. 365.

Kantin vastaus tähän kysymykseen oli eräs muoto fenomenalismia, oppia, jonka mukaan saamme havainnossa tietoa ainoastaan ilmiöistä. Ilmiöiden ”takana” on asiain olemus, substanssi, joka aiheuttaa ilmiöt. Koska voimme havainnoida vain ilmiöitä, jää asioiden olemus meille kuitenkin tuntemattomaksi. Hägerström piti tätä käsitystä, kuten jokaista muutakin fenomenalistista teoriaa, subjektivistisena. Subjektivismi, kuten muistetaan, tarkoitti koulukunnan mukaan tietoisuuden ja tietoisuuden kohteen samastamista, ja loppuun asti vietynä ”teki kaiken tieteen mahdottomaksi”.[26]

Hägerströmin kritiikki fenomenalismia kohtaan on hänen teoksissaan esitetty varsin vuolassanaisesti. Sitä vastoin hänen positiivisesta käsityksestään on melko vaikea saada selkoa. Sikäli kuin olen oikein ymmärtänyt, hänen ajatuksensa on seuraavankaltainen: Kokemusmaailmaan kuuluvat oliot ovat havaintojemme syynä eli aiheuttavat kausaalisesti havaintomme. Syy on aina seurauksessa mukana, joten nämä oliot ovat havainnossa mukana ts. sisältyvät siihen. Tämän johdosta maailma on meille kokemuksessa välittömästi annettuna, eivät pelkästään aistinsisällöt, joista meidän tulisi jollakin mystisellä tavalla päätellä ajan ja avaruuden hahmottaman maailman olemassaolo, kuten fenomenalismi uskoo.[27] Hägerströmin oppi näyttää siten läheisesti muistuttavan ns. naivia realismia, käsitystä, jonka mukaan havaintojemme sisällöt ovat aineellisen todellisuuden osia (eräässä nyt tarkemmin täsmentämättä jäävässä merkityksessä).[28]

Hägerströmin tietoteoriaa on joskus nimitetty kriittiseksi objektivismiksi.[29] Termi ”kriittinen” viittaa tässä kantilaiseen näkemykseen, jonka mukaan tieto ei voi perustua puhtaasti kokemukseen, vaan edellyttää jotakin, johon kokemus voi perustua. ”Objektivismi” viittaa puolestaan siihen, missä Hägerström eroaa *Kantin* kriittisestä idealismista. Hägerströmin tietoteorian voidaan sanoa kääntäneen esille sen, mikä Kantille oli transsendenttia, so. tietämyksemme tavoittamattomissa. Havainnoissa saamme tietoa suoraan olioista, emme pelkästään ilmiöistä, joiden takana ”das Ding an sich” piilee.

---

[26] Ks. *Hägerström,* Relativitetsteori och kunskapsfilosofi s. 229. Kant-kritiikin osalta ks. erit. *Hägerström,* Framställning s. 113—122.

[27] *Hägerström,* Relativitetsteori och kunskapsfilosofi s. 228. Esitetty tulkinta on sopusoinnussa sen opetuksen kanssa, jonka koulukunta näki sisältyvän subjektivismin kritiikkiin.

[28] Naivista realismista ks. tark. *Wedberg,* Filosofins historia II s. 165—167.

[29] Ks. *Cassirer,* Axel Hägerström s. 40.

4.4 Ontologinen kysymys

Ontologinen kysymys 'Minkälaiset entiteeti ovat todellisia' on aiheen kannalta tärkeä sen tähden, että Hägerströmin käsitykset arvostelman mielekkyydestä ja totuudesta ovat sidoksissa hänen ontologiaansa. Jos tiedetään, minkä tyyppiset entiteetit kuuluvat todellisten entiteettien kontekstiin, tiedetään samalla, minkätyyppiset arvostelmat ovat mielekkäitä ja voivat siten kuulua tieteen piiriin. Vastauksesta käyvät siten itse asiassa ilmi ne vaatimukset, jotka Hägerström asettaa tieteen — myös oikeustieteen — lauseille.

Ontologiseen kysymykseen vastaaminen käynee periaatteessa siten, että empiirisin keinoin selvitetään, mitä ajan ja paikan hahmottamaan kokemusmaailmaan kuuluu. Empiirinen selvitys edellyttää kuitenkin joitakin käsitteellisiä alkuoletuksia todellisuuden luonteesta. Niinpä ontologiseen kysymykseen vastattaessa on valittava, rakennetaanko ontologia tosiasioiden vaiko olioiden varaan. *Wittgenstein,* kuten tunnettua, valitsee Tractatuksessaan ensimmäisen vaihtoehdon perustaen valintansa ilmeisesti siihen, että sama tosiasia voidaan hahmottaa usealla tavalla ja että hahmottamistavasta riippuu, millaisista alkoista (olioista ja predikaateista) tosiasia koostuu.[30] Hägerströmin valinta oli päinvastainen. Hänen ontologiansa koostuu olioista ja predikaateista, ei tosiasioista. Valintaansa hän ei tietääkseni ole eksplisiittisesti perustellut.

Kuten muistetaan, Hägerströmin mukaan kaikki, mikä voi olla ristiriidattoman arvostelman kohteena, on todellista. Koska todellisen kriteeri on näin väljä, muodostuu todellisten entiteettien luokka sisäisesti varsin heterogeeniseksi. Siihen kuuluvat alkioina yhtä hyvin mielikuvitusolennot kuin konkreettiset fyysiset esineetkin. Tämän johdosta on ilmeistä, että mikäli halutaan pitää yllä vaatimusta kaiken todellisen kuulumisesta ajan ja paikan hahmottamaan kokemusmaailmaan, joudutaan tunnustamaan, että tapa, jolla entiteetit siihen kuuluvat, vaihtelee entiteettityypistä riippuen. Näitä tapoja on tarkemmin analysoinut *Marc-Wogau,* jonka ajatuksia seuraava esitys melko läheisesti myötäilee.[31]

(*1*) Ensimmäisen ryhmän todellisten entiteettien kontekstissa muodostavat Hägerströmin mukaan fyysiset objektit (esineet), elolliset olennot ja tapahtu-

---

[30] Ks. tästä esim. *Stenius,* Wittgensteinin 'Puhtaan kielen kritiikki' s. 49—51. Esimerkki tosiasiasta: Yksityisoikeuden laitos on pimeä ja sokkeloinen. Tämä tosiasia koostuu oliosta 'yksityisoikeuden laitos' sekä predikaateista 'pimeä' ja 'sokkeloinen'.

[31] *Marc-Wogau,* Studier s. 113—133 ja *sama,* Axel Hägerström's Ontology s. 479—490.

mat. Ne kuuluvat todellisuuteen paitsi ajatuksen sisältönä, myös sen ohella. Lisäksi ne kuuluvat todellisuuteen *välittömästi* so. todellisuuden kontekstin itsenäisinä jäseninä.

(*2*) Toiseen ryhmään sijoittuvat muistikuvat, tunne-elämykset, havaitsemiselämykset ja muut niiden kaltaiset mentaaliset prosessit. Ne kuuluvat todellisuuteen paitsi ajatuksen sisältönä, myös sen ohella. Sitä vastoin ne eivät kuulu todellisuuteen välittömästi, vaan ainoastaan *välillisesti* ts. niiden elollisten olentojen ominaisuuksina, jotka kuuluvat todellisuuteen välittömästi. Sanottua voidaan selventää esimerkin avulla. Ihmisen X aistiessa sanokaamme puun on aistimus, kuten subjektivismin kritiikki osoitti, analysoitava kahteen osaan, nimittäin havainnon sisältöön ja havaitsemisprosessiin. Havainnon sisältö kuuluu todellisuuteen välittömästi ja riippumatta siitä, ajatteleeko sitä kukaan. Se sijoittuu siten ryhmään (1). Myös havaitsemisprosessi kuuluu todellisuuteen riippumatta siitä, ajatteleeko kukaan, että X on kyseisessä mentaalisessa tilassa. Sitä vastoin se ei kuulu todellisuuteen itsenäisenä oliona, vaan ainoastaan X:n ominaisuutena (predikaattina).

Samaan ryhmään mentaalisten tilojen kanssa kuuluvat ns. yleiskäsitteet eli universaalit (esim. vihreän, pyöreän, koivun jne. käsitteet). Hägerströmin mukaan yleiskäsitteiden ilmoittama ominaisuus on todella olemassa kokemusmaailmaan kuuluvissa olioissa. Niinpä esimerkiksi 'koivumaisuus' ei ole pelkkä abstraktio, jonka järkemme pelkistää esiin havainnon kohteena olevista olioista, vaan koivuilla todella on koivumaisuuden ominaisuus. Samaan tapaan koivun lehdillä on vihreyden ominaisuus; ne ovat vihreitä riippumatta siitä, ajatteleeko niitä kukaan. Sanotusta voidaan havaita, että *Hägerström oli käsiterealisti*. Yleiskäsitteillä on hänen ontologiassaan eksistenssi. Niiden eksistenssi on kuitenkin välillinen. Ne kuuluvat todellisuuteen ainoastaan niiden olioiden ominaisuuksina, jotka kuuluvat todellisuuteen välittömästi. *Hägerström* oli tietoinen siitä, että hänen näkemyksensä tässä kohden muistuttivat keskiajan skolastikkojen katsomuksia, joita sittemmin on pidetty arveluttavina. Tämä ilmeisesti lisäsi hänen tarvettaan perustella näkemyksiään, mutta ei horjuttanut hänen varmuuttaan käsiterealismin paikkansapitävyydestä.[32]

(*3*) Todellisten entiteettien kolmanteen ryhmään sijoittuvat mm. mielikuvituksen luomukset sekä unien ja harha-aistimusten sisällöt. Ne kuuluvat todellisuuteen ainoastaan ajatuksen sisältönä. Niiden todellisuus perustuu toisin sa-

[32] *Hägerström* perustelee käsiterealismia melko laajasti teoksessaan Botanisten och filosofen s. 58—65.

noen yksinomaan siihen, että ne voivat olla ristiriidattoman ajatuksen kohteena. Lisäksi ne kuuluvat todellisuuteen ainoastaan välillisesti, niiden elollisten olentojen ominaisuuksina (kuvitelmina, harha-aistimuksina jne.), jotka kuuluvat todellisuuteen välittömästi.

(*4*) Entiteetit, jotka eivät sijoitu mihinkään edellä mainituista kolmesta ryhmästä, eivät ole todellisia. Ne ovat loogisesti ristiriitaisia ja edustavat siten jotakin, mitä ei voida ajatella. Ne eivät kuulu kokemusmaailmaan, vaan ovat metafyysisiä entiteettejä. Hägerströmin tunnettu ohjelmalause ''Praeterea censeo metaphysicam esse delendam'' on käsitettävä tässä valossa. Hän halusi poistaa teoreettisesta ajattelusta metafyysiset entiteetit ja käsitteet, joita itse asiassa ei voida ajatella, vaikka toisin kuvitellaan. Yhtäläisyys nuoren *Wittgensteinin* ajatuksiin on tässä kohden jälleen ilmeinen.

Esimerkkeinä metafyysisistä entiteeteistä voidaan mainita henkiolennot — niiden kuuluminen tähän ryhmään kävi selväksi jo edellä — ja sellaiset entiteetit, kuten nelikulmaiset ympyrät ja kaksiulotteiset kuutiot. Metafyysisten entiteettien kategoria ei kuitenkaan tyhjenny tällaisiin ''selviin'' tapauksiin. Käsiteanalyysinsä avulla Hägerström katsoi voivansa osoittaa, että eräät tieteemme ja maailmankuvamme keskeisetkin käsitteet kuuluvat samaan joukkoon. Jäljempänä on tarkoitus tutustua muutamaan tämänkaltaiseen analyysiin oikeudellisen kielenkäytön alalta.

Jos Hägerströmin ontologiaa halutaan sanotun jälkeen havainnollistaa kuvion avulla, siitä tulee seuraavan kaltainen:

<table>
<tr><td colspan="3">todellisten entiteettien konteksti</td><td>ei-todellisten entiteettien konteksti</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Millä tavoin kuuluu kokemusmaailmaan?</td><td colspan="2">Missä merkityksessä todellinen?</td><td rowspan="3">(4) = epätodellinen eli metafyysinen esim. henkiolennot, nelikulmaiset ympyrät</td></tr>
<tr><td>todellinen ei ainoastaan ajatuksen sisältönä = eksistoivat entiteetit</td><td>todellinen ainoastaan ajatuksen sisältönä</td></tr>
<tr><td>kuuluu kokemusmaailmaan välittömästi</td><td>(1) = todellinen[3] esim. esineet, tapahtumat, elolliset oliot</td><td></td></tr>
<tr><td>kuuluu kokemusmaailmaan välillisesti</td><td>(2) = todellinen[2] esim. mentaaliset tilat, universaalit</td><td>(3) = todellinen[1] esim. kuvitelmien ja hallusinaatioiden sisällöt</td><td></td></tr>
</table>

4.5. Todellisuuden teoria ja arvostelmien totuusarvo

Hägerströmin todellisuuden teoriaa pidettiin edellä hänen filosofiansa keskuksena. Arvio perustuu siihen, että todellisuuden teoria antaa arvostelmien mielekkyyden ja paikkansapitävyyden ehdot. Samalla se tarjoaa kriteerit, joilla voidaan arvioida toiminnan tieteellisyyttä. Tieteen tehtävänä oli näet Upsalan koulun mukaan esittää todellisuutta koskevia paikkansapitäviä arvostelmia.[33]

Arvostelma (omdöme) oli Hägerströmin mukaan mentaalinen akti, jossa jollekin oliolle omistetaan jokin ominaisuus. Tämän lisäksi arvostelmaan kuuluu käsitys, että puheenaoleva olio mainittuine ominaisuuksineen on todellinen.[34] Termi ''todellinen'' täytynee tässä ymmärtää suppeassa merkityksessä ts. eksistenssiä tarkoittavana.[35] Lause ''A on B'', mikäli se ilmaisee arvostelman, ilmaisee siten mentaalisen aktin, joka voidaan kuvata lauseella ''AB eksistoi''.[36] Vastaavasti kieltävä arvostelma ''A ei ole B'' ilmaisee mentaalisen aktin ''AB on todellinen ainoastaan ajatuksen sisältönä''.

Myöntävä arvostelma ''A on B'' on Hägerströmin mukaan tosi, jos ja vain jos AB todella kuuluu objektiiviseen todellisuuteen.[37] Kieltävä arvostelma ''A ei ole B'' on puolestaan tosi, jos ja vain jos sitä vastaava myöntävä arvostelma ''A on B'' on epätosi.[38] Havaitsemme, että Hägerströmin käsitys muistuttaa läheisesti totuuden ns. korrespondenssiteoriaa.

Jotta arvostelma voisi olla tosi tai epätosi, täytyy sekä olion (subjektin) että sen ominaisuuden (predikaatin), joka oliolle omistetaan, kuulua todellisten entiteettien kontekstiin termin ''todellisuus'' laajassa merkityksessä. Se näet todellisuuden teorian mukaan sisältää tyhjentävästi ne asiat, jotka voivat olla keskenään relaatiossa ja jotka siten voidaan esittää yhtenäisessä arvostelmassa. Jos liitämme olioon sellaisen ominaisuuden, joka ei ole todellinen, ei synny lainkaan yhtenäistä käsitystä (föreställning). Emme voi muodostaa mielikuvaa siitä, millainen tämä olio olisi. Se edustaa siten jotakin, jota emme voi ajatella. Tällainen arvostelma ei Hägerströmin mielestä ole lainkaan arvostelma. Mentaalinen akti, joka on arvostelman kaapuun pukeutuneen lauseen ''takana'', ei toisin sanoen ole arvostelma, vaan jotakin muuta. Kyseinen lause

[33] Ks. esim. *Hägerström,* Om moraliska föreställningars sanning s. 36.

[34] *Hägerström,* Framställning s. 122.

[35] Ks. *Hägerström,* Framställning s. 122—123 ja sen tulkinnasta *Petersson,* Axel Hägerströms värdeteori s. 49.

[36] Esimerkiksi arvostelma 'Kuu kiertää maata' ilmaisee *Hägerströmin* mukaan mentaalisen aktin 'maata kiertävä taivaankappale nimeltään kuu eksistoi'.

[37] Ks. *Hägerström,* Framställning s. 135.

[38] Ks. *Petersson,* Axel Hägerströms värdeteori s. 51.

ei tällöin voi olla sen paremmin tosi kuin epätosikaan. Totuusarvo kuuluu pelkästään arvostelmille.[39]

Näin on kuvattu pääpiirteet siitä ajatustavasta, jota Hägerström sovelsi tieteen lauseiden tieteellisyyden arviointiin. Jo edellä on todettu, että Hägerström ei ollut kielifilosofi. Hän ei varsinaisesti analysoinut lauseita, vaan niiden takana olevia mentaalisia akteja. Totuusarvo ei hänen teoriassaan ollut lauseiden ominaisuus, vaan tietyntyyppisten mentaalisten aktien ominaisuus. Hänen ajatuksilleen voitaneen kuitenkin mitään olennaista kadottamatta antaa semanttinen tulkinta. Arvostelmien mielekkyyden ja paikkansapitävyyden ehdot voidaan tällöin nähdäkseni muotoilla seuraavaan tapaan:

(*i*) Arvostelma on *mielekäs,* jos sen referenssi kuuluu ontologiakaavion (s. 32) neliöihin 1, 2, 3.

(*ii*) Arvostelma on (teoreettisesti) *mieletön,* jos sen referenssi kuuluu neliöön 4.

(*iii*) Arvostelma on *tosi,* jos sen referenssi kuuluu neliöihin 1, 2 ja *epätosi*, jos sen referenssi kuuluu neliöön 3.[40]

Tieteen tehtävänä on esittää paikkansapitäviä arvostelmia, joten arvostelman referenssin sijoittuminen ontologiassa määrää lauseen tieteellisen merkityksen. Kaikkien tieteiden, myös oikeustieteen, on ollakseen tiedettä täytettävä nämä vaatimukset. Niiden on valaistava meille kokemusmaailman piirteitä.[41] Kysymys, tapahtuuko näin todella, oli Hägerströmin keskeisen kiinnostuksen kohteena noin vuodesta 1910 alkaen. Hänen huomionsa suuntautui ennen muuta etiikkaan ja oikeustieteeseen.

5. UPSALAN KOULUKUNNAN ARVOTEORIA

5.1. Upsalan koulun arvoteoria oli saavutus, joka varsinaisesti teki suuntauksen tunnetuksi filosofien suppean piirin ulkopuolella. Häly, joka nostettiin si-

[39] Ks. *Hägerström,* Socialfilosofiska uppsatser s. 147.

[40] Sanan ”referenssi” käyttö kaivannee tässä yhteydessä selvennöksen. Tarkoitan sillä seuraavaa: Arvostelman 'Yksityisoikeuden laitos on pimeä ja sokkeloinen' referenssi on pimeä ja sokkeloinen yksityisoikeuden laitos, arvostelman 'velvollisuuteni on tehdä X' referenssi on minulle velvoittava X, ts. teko X, jolla on ominaisuus olla minulle velvoittava.

[41] Voimme havaita, että Hägerström oli tieteen yhtenäisyyden kannattaja eikä hyväksynyt ajatusta erityisten henkitieteiden (Geisteswissenschaft) olemassaolosta. ”Überhaupt ist alles, was Geisteswissenschaft heisst ... nur ein intellektuelles Spiel mit Gefülsausdrücken, als ob damit etwas Reales bezeichnet würde”. *Hägerström,* Selbstdarstellung s. 158. Ks. tästä myös *Cassirer,* Axel Hägerström s. 109—119.

tä vastaan, ulottui 1930-luvun alussa päivälehtiinkin. Edellä puheena ollut teoreettinen filosofia sai vähemmän julkisuutta, mikä ilmeisesti johtuu siitä, ettei sitä paljonkaan tunnettu. Merkityksensä on varmasti myös sillä, että metafysiikan ja tietoteoreettisen idealismin hylkääminen materialismin hyväksi vastasi sangen hyvin terveen järjen käsityksiä. Itseasiassa — kuten *Hedenius* toteaa — metafysiikan vastainen filosofia syntyi kenties viime hetkellä pelastamaan filosofian maineen yliopistojen ulkopuolella. Valistunut yleinen mielipide oli jo pitkään pitänyt boströmiläistä filosofiaa tieteelliseltä asennoitumiseltaan vanhentuneena ja sisällöltään kestämättömänä.[1]

Käytännöllisen filosofian laita oli toisin. Koulukunnan arvo- ja normiteoria poikkesi jyrkästi vallitsevista metaeettisistä katsomuksista. Sitä ei ymmärretty eikä hyväksytty, ja eräät kirjoittajat näkivät sen peräti vaarana koko Ruotsin moraalille ja kulttuurille.[2]

Kuitenkin koulukunnan arvoteoria oli varsin läheisessä kosketuksessa sen tietoteoriaan. Tätä kuvastaa sekin, että siirryttäessä nyt käytännöllisen filosofian pariin pysyy tutkimustehtävä periaatteessa samana kuin edellisen jakson lopussa. Tarkoituksena on edelleen täydentää ontologiakaaviota ottamalla selville, mikä on arvojen paikka *Hägerströmin* ontologiassa. Vastauksen mukana ratkeavat samalla kysymykset arvoarvostelmien mielekkyydestä ja totuudesta Hägerströmin filosofiassa.

Arvoteoria oli varttuneen Hägerströmin mieliteemoja. Hän palasi siihen yhä uudelleen eri kirjoituksissa. Argumentit, joilla hän kehitteli teoriaansa, olivat moninaiset ja vaihtelevat. Tässä ei ole mahdollisuutta tarkastella niistä kaikkia. Otan esille ainoastaan sellaisia, jotka nähdäkseni parhaiten tukevat hänen johtopäätöksiään.

Tutkittaessa arvojen ontologiaa on tarkoituksenmukaista aloittaa kysymällä, kuuluvatko arvot (hyvyys, pahuus jne.) objektiiviseen todellisuuteen ts. onko arvoja ilmaisevien termien tarkoite olemassa riippumatta siitä, ajatteleeko sitä kukaan. Kuten muistetaan, entiteetit voivat Hägerströmin ontologiassa kuulua objektiiviseen todellisuuteen joko välittömästi tai välillisesti, joten tutkittavana on periaatteessa kaksi vaihtoehtoa. Käsityksen, että arvot ja normit kuuluisivat objektiiviseen todellisuuteen välittömästi, Hägerström hylkää kuitenkin keskustelutta pitäen ajatusta ilmeisesti mahdottomana. Niiden ei voida ajatella kuuluvan todellisuuteen samalla tavoin kuin konkreettiset esineet ja tapahtumat (oliot) siihen kuuluvat. Myöskään filosofiassa ei liene monikaan

[1] *Hedenius,* Om rätt och moral s. 9.

[2] Ks. *Marc-Wogau,* Studier s. 195—208 ja *Källström,* Värdenihilism och vetenskap s. 95—100, joissa on kuvattu Upsalan koulun arvoteorian herättämää keskustelua.

vakavasti ajatellut tätä mahdollisuutta. Sitä vastoin toinen vaihtoehto, arvojen tulkitseminen predikaateiksi on etiikan historiassa ollut sangen suosittu. Kun arvo-objektivismin edustajat ovat pitäneet arvoja todellisina, he ovat yleensä tarkoittaneet juuri sitä, että hyvyys, arvokkuus, häpeällisyys jne. kuuluvat tekoihin niiden ominaisuuksina samalla tavoin kuin punaisuus, painavuus jne. ovat niiden ominaisuuksia. Tämän suuntainen arvo-objektivismi oli myös Ruotsissa vallitsevana ennen Hägerströmiä. Ongelma arvo-objektivismin paikkansapitävyydestä voidaan näin ollen ratkaista vastaamalla kysymykseen, kuuluvatko arvot ontologiakaavion ruutuun (2).

Hägerström aloittaa vastauksen esimerkillä. Hän kertoo tarinan sveitsiläisestä sankarista, joka uhrasi henkensä harhauttaakseen vihollista ja tarjotakseen maanmiehilleen näin tilaisuuden voittoon. Tällaista tekoa pidetään tavallisesti jalona ja suuremmoisena. Kuitenkin, jos luemme kertomusta, havaitsemme, että nämä luonnehdinnat eivät tuo mitään lisää siihen, mitä de facto tapahtui. Tapahtuma voidaan kuvata kadottamatta yhtään sen piirrettä ilman, että kuvaukseen sisällytetään arvopredikaatteja.[3]

Tämä toteamus voidaan Hägerströmin mukaan yleistää kaikkiin tapauksiin. Silloin, kun ainoastaan viileästi tarkkailemme maailmaa tarkoituksena tutkia, miten asiat ovat, emme voi havaita mitään arvokvaliteetteja. Mikään ei maailmassa näyttäydy sinänsä hyvänä tai pahana.[4] Kysymys asian arvosta syntyy vasta silloin, kun ihmisessä herää hyväksymisen tai paheksumisen tunne tai muu sen kaltainen emotiivinen suhtautuminen asiaa kohtaan. Vasta, kun lakkaamme olemasta viileitä tarkkailijoita ja otamme asioihin kantaa (esim. tarkoituksena toimia ja vaikuttaa niihin) syntyy arvoarvostelmia. Asiaan liittyvä tunne konstituoi sen arvon. Hägerströmin sanoin: ”...arvo itsessään ei merkitse mitään, ellei arvostavalla subjektilla ole mielihyvän, vastenmielisyyden tai halun tunnetta yhtyneenä hyväksi tai huonoksi kutsuttuun kohteeseen”.[5]

Tämä osoittaa Hägerströmille, etteivät arvot ja normit voi olla arvostuksen kohteena olevien entiteettien objektiivisia ominaisuuksia. Että X on Y:n objektiivinen ominaisuus (että esim. koivun lehti todella on vihreä) *tarkoittaa* näet juuri sitä, että X on Y:n ominaisuus meistä riippumatta, riippumatta omista tunteistamme ja suhtautumisestamme asiaan.[6] Arvo puolestaan syntyy juuri omien tunteittemme ja kannanottojemme seurauksena.

---

[3] *Hägerström,* Socialfilosofiska uppsatser s. 156—157.
[4] *Hägerström,* Om moraliska föreställningars sanning s. 25.
[5] *Hägerström,* Framställning av den egna filosofin s. 173.
[6] *Hägerström,* Om moraliska föreställningars sanning s. 26.

Voitaisiin mahdollisesti ajatella, että tunne ei konstituoi arvokvaliteetteja, vaan ikäänkuin varustaa meidät uudella aistilla, joka tekee arvojen havaitsemisen mahdolliseksi. Tämän mukaan arvot olisivat predikaatteja, joiden olemassaolon tunne voi paljastaa. Hägerström torjuu ajatuksen. Tunne ei ole keino hankkia tietoa maailmasta,[7] vaan päin vastoin mielentila, joka sumentaa maailman katseeltamme. Tämä näkemys kuului hänen filosofiansa perusajatuksiin.[8]

Näin on saatu osittainen vastaus arvoja ja normeja koskevaan ontologiseen kysymykseen. Arvot ja normit eivät kuulu ontologiakaavion ruutuihin 1, 2. Tästä puolestaan seuraa, etteivät arvo- ja normiarvostelmat voi olla tosia.

5.2. Selostettu argumentaatio, mikäli se on pätevä, riittää sellaisenaan osoittamaan kaikki objektivistiset arvoteoriat kestämättömiksi. On kuitenkin olemassa myös sellaisia ontologiselta statukseltaan hämäriä arvoteorioita, jotka väittämättä suoranaisesti, että arvo on arvostuksen kohteen objektiivinen ominaisuus, katsovat kuitenkin voivansa rationaalisin keinoin selvittää, mikä on todella hyvää, arvokasta, kiellettyä, sallittua jne. Näitä ovat teoriat, jotka lähtevät siitä, että tutkimalla jotakin tosiasiamaailmaan tai yliaistilliseen todellisuuteen kuuluvaa ilmiötä, kuten ihmisten tosiasiallista arvostamistapaa, omantunnon vaatimuksia tai jumalan tahtoa, voidaan päästä selvyyteen asioiden arvosta. Hägerström perustelee näiden teorioiden virheellisyyden viittaamalla logiikan sääntöön, jota tavallisesti kutsutaan Humen giljotiiniksi: Milloinkaan ei jostakin tosiseikasta esim. omatunnon vaatimuksesta voi seurata, että sen noudattaminen on korkein arvo.[9] Seuraavankaltainen päättely ei ole pätevä:

(1) Omatuntoni kieltää varastamisen

Varastaminen on tuomittavaa

Jotta päättely tulisi sitovaksi,[10] tarvitaan lisäpremissi:

(1) Omatuntoni kieltää varastamisen
(2) Omatuntoni kieltämät asiat ovat tuomittavia

Varastaminen on tuomittavaa

---

[7] Ks. esim. Socialfilosofiska uppsatser s. 147: ”Känslan såsom sådan är icke en iakttagelse, sålunda ej medvetande om föremålets verklighet”.

[8] Tätä piirrettä Hägerströmin ajattelussa on korostanut erityisesti *Bjarup*. Ks. Reason and Passion. A Basic Theme in Hägerström's Legal Philosophy. *passim*.

[9] *Hägerström,* Om moraliska föreställningars sanning s. 22 ja 26—27.

[10] *Hägerströmin* kanta siihen, voivatko praktiset päättelyt ylipäätään olla loogisesti sitovia, vaikuttaa hieman häilyvältä. Hän näyttää toisaalla katsovan päätelmän päteväksi

Tarvittava lisäpremissi (2) on kuitenkin itse moraaliarvostelma. Tällöin kysymys sen totuudesta nousee esiin ja joutuu alttiiksi samalle kritiikille, joka edellä esitettiin arvo-objektivismia kohtaan.

Tällä tavoin Hägerström saattoi osoittaa erheelliseksi kaikki ns. metaeettiset määritelmäteoriat, jotka lausuvat, että arvo = X, jossa X voi olla jokin tosiasiamaailman ilmiö (naturalistiset teoriat) tai yliaistilliseen todellisuuteen kuuluva seikka (metafyysiset teoriat).

Hägerströmin ajatukset arvokäsitteiden määrittelemättömyydestä vastaavat varsin läheisesti *G. E. Mooren* näkemyksiä.[11] Myös *A. J. Ayer,* joka on tunnetuimpia loogisen empirismin arvoteorian muotoilijoista, omaksui 1936 julkaistussa teoksessaan ''Language, Truth and Logic'' saman käsityksen.[12] Hägerström kuitenkin muotoili kantansa eri tavoin kuin englantilaiset kollegansa. Hänen todistelunsa nojaa nähdäkseni suoranaisesti Humen giljotiiniksi kutsuttuun logiikan sääntöön. *Mooren* ja *Ayerin* perustelu sitä vastoin oli semanttinen. Heidän mukaansa arvoarvostelma 'Tämä on X', jossa X on arvokäsite, ei *merkitse* samaa kuin 'Tämä on X', jossa X ei ole arvokäsite. Muissakin suhteissa, kuten pian havaitaan, Hägerströmin arvoteoria muistuttaa tuloksiltaan — joskaan ei aina perusteluiltaan — teoriaa, jonka loogiset empiristit kehittivät toistakymmentä vuotta Hägerströmiä myöhemmin. Sitä vastoin yhtäläisyydet Mooreen supistuivat arvojen määrittelemättömyyttä koskevaan yksimielisyyteen. Moore näet oli kaikesta huolimatta arvo-objektivisti. Kysymys 'Mikä on hyvää' ei tosin ratkea havaintojen tai määritelmäteorioiden avulla, mutta hänen mukaansa pääsemme vastauksesta selville intellektuaalisen intuition tietä. *Hägerströmiltä* en ole tavannut pohdintoja intuition mahdollisuudesta. Hänen tietoteoriansa ja antimetafyysisen asennoitumisensa pohjalta on kuitenkin syytä olettaa, että hän piti ajatusta mahdottomana.[13]

5.3. Jos kerran arvoarvostelmat eivät voi olla tosia, herää kysymys, mikä on niiden semanttinen status. Ovatko arvoarvostelmat epätosia vaiko teoreettisesti mielettömiä? Etsiessään vastausta Hägerström luonteenomaiseen tapaansa palaa mentaalisten aktien teoriaan. Peruskysymykseksi muodostuu 'Mitä ih-

(Socialfilosofiska uppsatser s. 58), mutta toisaalla hän toteaa ihmisten ainoastaan tosiasiassa päättelevän kuvatuin tavoin ilman että päätelmä olisi loogisesti sitova (Socialfilosofiska uppsatser s. 64). Myöhemmin hänen kantansa näyttää vakiintuneen jälkimmäisen vaihtoehdon mukaiseksi. Ks. Till frågan om den objektiva rättens begrepp s. 50. Ks. myös *Petersson,* Axel Hägerströms värdeteori s. 75—92.

[11] Ks. niistä esim. v. *Wright,* Logiikka, filosofia ja kieli s. 210 ss.

[12] *Ayer,* m.t. (1976) s. 142.

[13] Ks. myös *Storheim,* Axel Hägerström s. 196.

misillä on mielessään esittäessään arvoarvostelmia' tai tarkemmin sanoen 'Millainen mentaalinen akti on arvoarvostelman taustalla'.

Arvo-objektivismin kritiikki tahtoi osoittaa, että arvo ei ole olion objektiivinen ominaisuus. Jos arvoilmaus (*P*) 'Varastaminen on häpeällistä' ilmaisisi arvostelman, jonka mukaan häpeällisyys on varastamisen ominaisuus, (*P*) olisi siten epätosi.[14] Käsitys, jonka mukaan arvoarvostelmat ovat aina epätosia, saikin kannatusta Upsalan filosofien keskuudessa. Näkemystä edusti *Einar Tegen,* Hägerströmiä hieman nuorempi tutkija. Hänen mukaansa ihmiset käyttävät arvokäsitteitä samaan tapaan kuin olioiden objektiivisia ominaisuuksia luonnehtivia käsitteitä. Ihmisten intentio arvoilmauksia esittäessään on deskriptiivinen, joten arvoilmaus ilmaisee arvostelman. Koska arvo ei kuitenkaan ole arvostuksen kohteen ominaisuus, jokainen arvoarvostelma on epätosi.[15] Jos Hägerströmin ontologiakaaviota halutaan soveltaa Tegenin ajatteluun, arvot sijoittuvat siinä ruutuun (3). Niiden ontologia on samanlainen kuin kuvitelmien ja hallusinaatioiden sisältöjen ontologia. Ne kuuluvat maailmaan, mutta ainoastaan ajatuksen sisältöinä.

Jos Hägerström olisi voinut lausua käsityksensä Tegenin analyysistä, ei hänellä varmaankaan olisi ollut muistuttamista päättelyn johdonmukaisuudesta. Sen sijaan hän olisi arvostellut kirjoittajaa siitä, että tämä oli tulkinnut arvoilmaisun taustalla olevan mentaalisen aktin väärin. Toisin kuin Tegen, Hägerström katsoi, että ihmisten intentiot eivät arvostavassa ja normatiivisessa kielenkäytössä ole yleensä deskriptiivisiä. Arvoarvostelmat eivät tyypillisissä käyttöyhteyksissään ole väitteitä siitä, että ''joku on niin ja niin'', mikä oli Hägerströmin mukaan teoreettisen lauseen looginen kaava.[16] Kaikki seuraavassa esitetyt deskriptiiviset tulkinnot arvoarvostelmasta (*P*) ovat siten virheellisiä:

(*P*) Varastaminen on häpeällistä
(*P1*) Häpeällisyys on varastamisen ominaisuus. (arvo-objektivismi)
(*P2*) En hyväksy varastamista. (arvosubjektivismi)
(*P3*) Ihmiset eivät yleensä hyväksy varastamista. (arvosubjektivismi)[16a]

Tällä tavoin Hägerström päätyi hylkäämään kognitiiviset arvoteoriat ja omaksumaan nonkognitivistisen kannan. Arvoarvostelmat eivät ole lainkaan arvostelmia. Siten ne eivät voi olla sen paremmin tosia kuin epätosiakaan.

Näin on saatu esiin Hägerströmin keskeinen tulos. Keskustelua voidaan kui-

---

[14] *Hägerström,* Socialfilosofiska uppsatser s. 168.

[15] *Tegen,* The Basic Problem in the Theory of Value s. 37 ja 50.

[16] Ks. esim. *Hägerström,* Moralpsykologi s. 33 ja *sama,* Om moraliska föreställningars sanning s. 31.

[16a] Arvosubjektivismin kritiikistä ks. esim. Socialfilosofiska uppsatser s. 157.

tenkin jatkaa kysymällä, minkä tähden arvoarvostelmat eivät ilmaise arvostelmaa. Mikä toisin sanoen on arvoilmaisun oikea mentaalianalyysi? Hägerström vastaa toteamalla, että arvoilmaisun taustalla ei ole yhtenäistä mentaalista aktia, vaan kysymyksessä on tunteen ja arvostuksen kohdetta koskevan käsityksen välinen assosiaatio.[17] Arvoilmaukset ovat väitelauseen muodossa esiintyviä tunteen tai halun ilmauksia yhtyneenä arvostuksen kohdetta koskevaan ajatukseen. Ilmauksen takana olevaan mentaaliseen tilaan sisältyy toisin sanoen kaksi osaa: (1) ajatus jostakin asiasta tai tapahtumasta ja (2) myönteinen, kielteinen tms. tunne sitä kohtaan. Arvoilmaus 'Varastaminen on häpeällistä' on tämän mallin mukaan analysoituna samansisältöinen kuin 'Varastaminen, hyi!'. Lause 'On hyvä omistaa hehto perunoita' tarkoittaa vastaavasti, mikäli sillä on arvomerkitys, 'Miten hyvä onkaan omistaa hehto perunoita' tai 'Omistaisinpa hehdon perunoita!'.[18]

Mainittujen lauseiden funktio on käytännöllinen. Ne ilmaisevat lausujansa tunteita ja pyrkivät herättämään vastaavia tunteita kuulijoissaan. Ne eivät ole väitteitä mistään. Arvoarvostelmissa ei lausuta, että arvokvaliteetti kuuluisi todellisuuteen. Ainoastaan lauseen kieliopillinen muoto houkuttelee näin joskus uskomaan. Tämän johdosta arvokvaliteetit eivät kuulu todellisuuteen edes ajatuksen sisältöinä. Niiden paikka ontologiassa on ruudussa (4).[19] Arvoarvostelmat eivät siten ole tosia eivätkä epätosia, vaan teoreettisesti mielettömiä.[20]

---

[17] Ks. esim. Framställning av den egna filosofien s. 173—174, Socialfilosofiska uppsatser s. 157, Moralpsykologi s. 37—38 ja Till frågan om den objektiva rättens begrepp s. 69. Ks. myös *Wedberg,* Filosofins historia III s. 383—384, *Fröström,* Axel Hägerströms analys av värdeupplevelsen s. 50—55 ja *Petersson,* Axel Hägerströms värdeteori s. 97 ss. Käsitteestä 'simultaaninen assosiaatio' ks. *Petersson,* m.t. s. 54—58.

[18] *Hägerström,* Framställning av den egna filosofien s. 175. Toisaalta Hägerström näyttää ajattelevan, että arvoilmausten emotivistinen tulkinta ei kata kaikkia tilanteita, joissa arvoilmaus esitetään. Arvoarvostelma voidaan hänen mukaansa esittää myös ikäänkuin fraasinomaisesti ts. ilman, että esittäjä on kuvatussa tunnetilassa. Lause 'X on P', jossa P on arvopredikaatti on tällöin eräänlainen kaiku siitä kasvatusprosessista, jossa 'X' ja 'P' on assosioitu toisiinsa. Ks. m.t. s. 175 in fine ja *Wedberg,* Filosofins historia III s. 384.

[19] Arvokvaliteettien ja muiden tunteensisältöjen paikka Hägerströmin ontologiassa on vaikeaselkoinen ja erilaisia mielipiteitä herättänyt kysymys. *Marc-Wogau* näyttäisi ajattelevan, että tunteensisällöt kuuluisivat ontologian ruutuun (3), mutta ne kuuluisivat siihen eri tavoin kuin kuvitelmien ja hallusinaatioiden sisällöt. Ks. *Marc-Wogau,* Studier s. 122—126.

[20] Hägerström perustelee käsitystään arvopredikaattien ontologiasta ja arvoarvostelmien teoreettisesta mielettömyydestä myös toisenlaisin argumentein, joiden sisältö näyttäisi lyhyesti esitettynä olevan seuraava: (1) Arvopredikaateilta puuttuu konnotaatio. Ne eivät viittaa mihinkään ominaisuuteen, joka olisi todettavissa arvostuksen kohteessa sen muiden

On syytä korostaa, että Hägerström ei teoriassaan suinkaan väittänyt, että kaikki lauseet, jotka kieliopilliselta rakenteeltaan ovat arvoarvostelmia, voitaisiin analysoida hänen esittämänsä mallin mukaisesti. Hän myöntää, että sen kaltainen analyysi, jonka Tegen esitti, saattaa yksittäistapauksissa osua oikeaan.[21] Toisinaan voi arvoarvostelmalta näyttävä ilmaisu lähemmässä tarkastelussa myös osoittautua puhtaaksi tosiasiaväitteeksi, jolloin sen totuusarvo voidaan luonnollisesti selvittää.[22] Hägerströmin emotivistinen teoria — jolle sen vastustajat keksivät nimen arvonihilismi — pyrkii väittämään vain sitä, että *tyypillisesti* arvoarvostelmia käytetään ilmaisemaan esittäjänsä tunteita tai herättämään kuulijoissa emotiivista suhtautumista.[23] Säännönmukaisesti, josta kuitenkin on poikkeuksia, ne eivät ilmaise väitteitä mistään.

5.4. Jos *Hägerströmin* arvoteoriaa halutaan verrata analyyttisen filosofian silloisen pääsuuntauksen, loogisen empirismin, arvoteoriaan, havaitaan jälleen silmiinpistäviä yhtäläisyyksiä. Todellisuuden teoriastaan lähtien Hägerström päätyi jokseenkin samoihin tuloksiin kuin esim. *A. J. Ayer* loogisen empirismin verifioitavuuspostulaatista käsin.[24] Molemmat katsoivat, että arvot ja normit eivät kuulu maailmaan, ja kummankin oma arvoteoria oli nonkogniti-

ominaisuuksien ohella. (2) Arvoarvostelma, jossa lauseen loogiseen subjektiin liitetään arvopredikaatti on siten yhtä mieletön kuin esim. lause ”Hästen är en gråsten”. (3) Se, että emme tätä oivalla, johtuu juuri siitä, että arvopredikaateilta puuttuu konnotaatio. Koska emme voi muodostaa mielikuvaa siitä, millainen ominaisuus arvokvaliteetti on, käy mahdolliseksi ajatella, että aina kun liitämme olioon arvopredikaatin, liitämme siihen jonkin — sinänsä käsittämättömän — ominaisuuden, johon arvotermi viittaa. Ks. Moralpsykologi s. 35—38. — Miten teoria arvoarvostelmista mielettöminä sanajonoina sopii yhteen sen ajatuksen kanssa, että arvoarvostelmat voivat toisinaan olla epätosia. Yksi tapa selviytyä vaikeudesta on ajatella, että arvoarvostelma on mieletön sanajono ainoastaan silloin, kun se ilmaisee käsityksen ja tunteen välisen assosiaation. Tämänsuuntaisesti näyttäisi Hägerströmin ajatuksia tulkitsevan Petersson. Hän katsoo Hägerströmin erottavan toisistaan kaksi arvoarvostelmien tyyppiä, primääriset ja sekundääriset arvoarvostelmat. Ensiksi mainitut ovat käsityksen ja tunteen välisiä assosiaatioita ja teoreettisesti mielettömiä. Sekundääriset arvoarvostelmat puolestaan ovat arvostelmia, joissa reflektoidaan primääristä arvoarvostelmaa. Sekundäärinen arvostelma on tällöin aito arvostelma, jolla on totuusarvo. Koska arvo ei kuitenkaan ole kohteensa ominaisuus, sekundäärinen arvoarvostelma on epätosi. Ks. *Petersson* s. 126—132.

[21] Ks. esim. Socialfilosofiska uppsatser s. 158.

[22] Tähän ryhmään Hägerström näyttäisi lukevan arvoilmaisut, jotka koskevat arvostuksen kohteen instrumentaalista hyvyyttä. Ks. Framställning av den egna filosofien s. 175.

[23] Ks. myös *Hedenius,* Om rätt och moral s. 19.

[24] Ks. *Ayer,* Language, Truth and Logic s. 141—143, jossa esitetyt käsitykset arvokäsitteiden määrittelemättömyydestä, arvotermien puuttuvasta konnotaatiosta ja arvoarvostelmien emotiivisesta funktiosta muistuttavat hämmästyttävästi Hägerströmin näkemyksiä.

vistinen. Samanlaisia ajatuksia esitti Tractatuksessaan myös *Wittgenstein*. ''...maailmassa ei ole mitään arvoa — ja jos olisi, sillä ei olisi mitään arvoa. Siksi myöskään etiikkaa ei voi ilmaista lausein''.[25] Osaselityksen yhtäläisyyksille tarjonnee jälleen viittaus kummankin ajatustavan kantilaiseen taustaan. Pyrkiessään jättämään tilaa uskolle *Kant* rajoitti tietämisen mahdollisuuden kokemusmaailman piiriin. Hägerströmin ja Wittgensteinin ''kantilaisissa muunnelmissa'' hänen oppiaan sovellettiin niin, että myös mm. etiikka jäi tiedon ulkopuolelle.

Olennaisesti Hägerströmin käsityksiä vastaavaan tulokseen päätyi arvoteoreettisissa tarkasteluissaan myös *Alf Ross*. Arvoarvostelman sisältönä on hänen mukaansa tunteen ja asiaa tai tekoa koskevan käsityksen (Vorstellung) välinen assosiaatio.[26] Arvoarvostelmat eivät ole teoreettisesti mielekkäitä. Niillä on ainoastaan tietynlainen ilmaisufunktio. Ne ovat irrationaalisen, psyykkisen elämyksen rationalisoituja ilmauksia. Toisin sanoen ne ovat esittäjänsä tunnetilaa koskevia oireita, jotka psykologisista syistä saavat ilmauksensa väärässä, arvostelmille ominaisessa muodossa.[27] Tässä kohden arvoarvostelmat eroavat sellaisista arvostelmista, kuten (*Q*): 'Tämä kolmikulmio on nelikulmainen'. Viimeksi mainituilta puuttuu myös ilmaisufunktio. Sitä vastoin teoreettisina väittäminä arvoarvostelmat ja (*Q*) ovat yhtä mielettömiä. *Ross* tiivistää käsityksensä seuraavaan tapaan: ''Die Erscheinungsformen der Moralsätze sind: Sinn, Rationalität Erkenntnisaussage, Urteil. Aber das sind alles Illusionen. In Wirklichkeit sind sie: Sein, Irrationalität, Erlebnisausdrücke, Gebärden''.[28]

Keskustelussa, joka Upsalan koulun arvoteoriasta käynnistyi 1930-luvun alussa, sen tulosten implikaatiot nähtiin yleisesti pelottavina ja kulttuurivihamielisinä. ''Arvonihilismistä'' katsottiin seuraavan, että kaikki on moraalisesti yhtä hyvää. Näin arvonihilismi — sanottiin — tuhoaa moraalin ja sille rakentuvan kulttuurin.[29]

Upsalan koulun näkemys oli täysin päinvastainen. Oikean tiedon vaikutuksia pidettiin tässäkin kohden terapeuttisina ja vapauttavina. Lause *'Kaikki on mo-*

[25] Tractatus 6.41 ja 6.42.

[26] *Ross,* Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis s. 429.

[27] ''Rationalisieren heisst hier, einen Bewusstseininhalt, der in Wirklichkeit keinen Gegendstandscharakter hat, in dessen äusseren Form, d. h. in Vorstellungs- oder Urteilsform zum Ausdruck zu bringen''. *Ross,* m.t. s. 431.

[28] *Ross,* m.t. s. 431.

[29] Käytyä keskustelua ovat kuvanneet mm. *Marc-Wogau,* Studier s. 195—208 ja *Källström,* Värdenihilism och vetenskap s. 95—100. Korkealuokkainen vastaus esitettyyn kritiikkiin sisältyy *Hedeniuksen* teokseen ''Om rätt och moral''. Ks. erityisesti s. 14—38 ja s. 137—171. Samasta ongelmasta ks. myös *Hare,* 'Nothing Matters' s. 32—47 erit. s. 45—47.

raalisesti yhtä hyvää' on arvoarvostelma, joten se ei voi loogisesti seurata tosiasiaväittämästä *'Arvoarvostelmat eivät ole tosia tai epätosia'*.[30] Sitä vastoin arvonihilismillä voi luonnollisesti olla faktisia arvoseuraamuksia. Kun ihmisten tieto lisääntyy, heidän arvostuksensa saattavat muuttua, ja tämä pätee myös siihen todellisuuskuvan muutokseen, jonka arvonihilismi tuo mukanaan. Näin ollen on *empiirinen* kysymys, muuttuvatko ihmisten arvostukset esitetyn uhkakuvan kaltaisiksi vaiko eivät.

Hägerström ei itse usko tällaiseen kehitykseen. Hän myöntää, että ihmisten arvostukset saattavat lientyä ja muuttua suvaitsevammiksi, kun he oivaltavat, ettei ole objektiivisia mittapuita, joilla toiset arvostukset voitaisiin todeta oikeiksi ja toiset vääriksi.[31] Tällaista käsitystä hän pitää pelkästään toivottavana. Näin katoaa fanatismi, joka arvo-objektivismin maaperästä versovana sokeasti luottaa omien arvojensa pätevyyteen ja tinkimättömillä asenteillaan aiheuttaa todellisen vaaran kulttuurille ja sosiaaliselle kehitykselle.

Moraalin katoamiseen Hägerström ei näe syytä uskoa. Usein on käynyt niin, että tiede on joutunut osoittamaan kestämättömäksi todellisuuskäsityksen, johon sosiaalisen yhteisön moraali perustuu. Tästä huolimatta moraali on syntynyt uudelleen — nyt vain kenties terveemmälle pohjalle. Näin Hägerström uskoo käyvän myös arvo-objektivistisen maailmankuvan murtuessa. Hän kirjoittaa: ''Nyt voidaan kysyä, eikö asian todellisen laidan oivaltaminen johda moraalin tuhoutumiseen? Tällöin on havaittava seuraava: Miksi yleinen sosiaalinen tunnereaktio antisosiaalista yksilöä ja antisosiaalista tekoa kohtaan katoaisi sen tähden, että on lakattu uskomasta, että vihattavuus on henkilön tai teon predikaatti? Tulisiko tämä hyi! mahdottomaksi sen tähden, että tiedetään, ettei 'hyi' ole mikään ominaisuus? Kun ymmärrämme, mikä merkitys asialla on yhteiskunnalle, jossa elämme ja jota kohtaan emme kerta kaikkiaan voi olla välinpitämättömiä, miksi emme tahtoisi tällöin osallistua sen kaltaisten assosiaatioiden juurruttamiseen, kuten 'ei saa tappaa', 'ei saa murhata', 'ei saa pettää', vaikka emme edellytäkään, että on olemassa käytännöllinen laki, joka ilmoittaa meille, mitä meidän täytyy — ja tämän objektiivisesti pätevällä tavalla...''[32]

---

[30] Ks. *Hedenius,* Om rätt och moral s. 163—166 ja *Oxenstierna,* Vad är Uppsalafilosofien s. 61—63. Tämä argumentti ei kuitenkaan ole kritiikkiä kokonaan vaientanut. Arvostelu, jota *Sundberg* on eri yhteyksissä esittänyt hägerströmiläistä koulukuntaa vastaan, perustuu osaltaan näkemykseen, että arvonihilismistä — tavalla tai toisella — seuraisi ajatus, jonka mukaan kaikki on moraalisesti (ja juridisesti) yhtä hyvää. Ks. esim. Fr. Eddan t. Ekelöf s. 192—193.

[31] *Hägerström,* Om moraliska föreställningars sanning s. 35.

[32] *Hägerström,* Framställning av den egna filosofien s. 177.

Moraali ei toisin sanoen perustu päteviin kategorisiin imperatiiveihin. Moraaliasenteita voidaan sitä vastoin perustella vetoamalla niiden instrumentaaliseen hyvyyteen, ts. siihen, että niiden omaksuminen on käytännöllisesti välttämätöntä joidenkin niitä perustavanluontoisempina pidettyjen tavoitteiden saavuttamiseksi. Tämä käytännöllinen välttämättömyys on tosiasiassa synnyttänyt moraalin ja riittää myös turvaamaan sen säilymisen. Sen tueksi ei kaivata harhaista uskoa arvojen objektiivisuuteen.

6. UPSALAN KOULUN TIETEENKUVAN PÄÄPIIRTEET — YHTEENVETOA

Edellä sanotun perusteella on mahdollista koontaa yleispiirteinen kuva taustaajatuksista, jotka leimasivat Upsalan koulun tapaa suhtautua oikeuteen ja oikeudellisiin ilmiöihin. Tähän kuvaan kuuluvat (ainakin) seuraavat elementit:

(1) on olemassa objektiivinen, havainnoista riippumaton todellisuus,
(2) todellisuus muodostaa ykseyden, ja on luonteeltaan ajallispaikallinen kokemusmaailma,
(3) kokemusmaailma on sellainen kuin havainnot osoittavat,
(4) saamme tietoa todellisuudesta havaintojen avulla,
(5) arvot eivät kuulu (objektiiviseen) todellisuuteen,
(6) lauseen kieliopillinen (syntaktinen) muoto ei aina vastaa lauseen merkitystä,
(7) lauseen merkitys on lauseen ''takana'' olevan mentaalisen aktin sisältö,
(8) tieteen tehtävänä on esittää kokemusmaailmaa koskevia paikkansapitäviä arvostelmia.[1]

Tässä yhteydessä on syytä erityisesti kiinnittää huomiota Hägerströmin keveään ja niukkaan ontologiaan. Objektiivinen todellisuus, joka muodosti tieteen kohteen, oli fysikaalinen, ajan ja paikan hahmottama kokemusmaailma.

[1] Jos tämän tieteenkuvan piirteitä verrataan loogisen positivismin tieteenkuvaan, havaitaan monia yhtäläisyyksiä. Elementit (4), (5), (6) ja (8) näyttäisivät olevan molemmille yhteisiä. Eroavuuksia sitä vastoin esiintyy merkityksen teoriassa (7) ja elementeissä (1)—(3), jotka loogisen positivismin fenomenalismin (ja agnostisismin) asemesta kuvastavat toisaalta naivia realismia ja toisaalta kantilaisuutta. Loogisen positivismin tieteenkuvasta ks. *Sintonen,* Positivismi s. 1—34. Mainitut yhtäläisyydet tekevät ymmärrettäväksi sen, että skandinaavinen oikeusrealismi saattoi myöhemmässä vaiheessaan ongelmitta imeä vaikutteita loogisesta positivismista. Ensimmäinen teos, jossa vaikutteet ovat selvästi nähtävillä, on *Hedeniuksen* ''Om rätt och moral''. Mm. Hägerströmin merkityksen teoria (7) on siinä korvattu verifikationistisella teorialla. Ks. m.t. s. 71 ss.

Muunlaisten entiteettien olettaminen oli hänen mukaansa metafysiikkaa. Kokemusmaailman entiteetit saattoivat vaikuttaa toisiinsa ainoastaan kausaalisesti. Muunlaisten vaikutusyhteyksien olettaminen ilmensi uskoa magiaan.[2]

Kokemusmaailman ykseydestä seurasi myös tieteen ykseys. Kaikkien tieteiden tuli *Hägerströmin* mukaan empiirisin keinoin tutkia objektiivista todellisuutta. Tieteet eroavat toisistaan pelkästään kohteensa puolesta; ne tutkivat todellisuuden eri sektoreita. Koska arvot eivät kuulu todellisuuteen, käytännöllinen tiede sanan kantilaisessa merkityksessä on mahdotonta.[3] Ainoa tieteellinen tapa käsitellä arvoja on metaeettinen. Huomio on arvojen asemesta kiinnitettävä ihmisten tosiasiallisiin arvostuksiin, joita voidaan tutkia muiden luonnonilmiöiden tavoin.[4]

Alf Ross kehitti viimeksi mainittuja ajatuksia askeleen eteenpäin. Etologia, kuten Ross tieteellistä moraalin tutkimusta nimitti, on hänen mukaansa tiede moraalisista ilmiöistä. Moraalisille ilmiöille Ross antoi behavioristisen tulkinnan. Moraaliset ilmiöt ovat hänen mukaansa tietyissä yhteisöissä esiintyviä, kasvatuksen ja tavan kautta ihmisiin juurrutettuja epäitsekkäitä käyttäytymisasenteita ja niiden usein arvostelman muotoon puettuja ulkoisia ilmauksia.[5] Moraalin tutkimus muuntui näin tulkittuna osaksi käyttäytymistieteitä.

Kuvattua taustaa vasten käy nähtäväksi, miten haasteellisen tehtävän muodosti oikeustieteen arviointi esitetyn tieteenkuvan valossa. Esiin kumpuaa suuria kysymyksiä. Onko oikeustieteen tutkimuskohde kokemusmaailman ilmiö ja siten tieteen kohteeksi kelvollinen? Tutkiiko oikeustiede kohdettaan tieteellisin tavoin? Onko oikeustieteen käyttämillä käsitteillä referentti kokemusmaailman piirissä? Mitä oikeustieteen lauseitten analyysi paljastaa? Ovatko oikeustieteen lauseet syntaktisen asunsa mukaisesti kokemusmaailmaa kuvaavia arvostelmia vaiko käytännöllistä tietoa välittämään pyrkivää metafysiikkaa? Tutkimusohjelma on mitä kiintoisin ja selittänee osaltaan sen innoittuneen sävyn, joka leimaa Upsalan koulun oikeusteoreettisia kirjoituksia.

---

[2] Jäljempänä tulemme havaitsemaan, että tällä käsityksellä oli Hägerströmin oikeusteoriassa tärkeä merkitys.

[3] Tämän osoittaminen oli tavoitteena erityisesti *Alf Rossin* teoksessa "Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis". Ks. m.t. s. 17—21.

[4] Ks. *Hägerström,* Om moraliska föreställningars sanning s. 36—39. "Moralfilosofien såsom vetenskap är endast och allenast en vetenskap om de faktiska moraliska värderingarna i deras historiska växt, stödd på en psykologisk analys och ledd av kritiskt filosofiskt inträngande i här verksamma idéer."

[5] *Ross,* Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis s. 436—442.

III. OIKEUSTIETEEN TUTKIMUSKOHDE JA METODI

1. YLEISTÄ

Edellisen luvun lopussa on mainittu syitä, joiden tähden oikeustieteen tutkimuskohteen ongelma koettiin polttavana Hägerströmin filosofiset perusajatukset omaksuneiden tutkijoiden keskuudessa. Monet heistä ottivatkin asiaan kantaa. Yhdessä subjektiivisia oikeuksia koskevien käsiteanalyysien kanssa tähän kuuluvat tutkimukset muodostavat koulukunnan tutkimuspanoksen ytimen.

Ongelma 'mikä on oikeustieteen tutkimuskohde' voidaan muotoilla monin eri tavoin. Skandinaavisen realismin edustajat eivät yleensä puhuneet suoraan oikeustieteen kohteesta, vaan käyttivät muita muotoiluja. Esimerkkeinä mainittakoon kysymykset 'mitä (voimassaoleva) oikeus on',[1] 'mitä objektiivinen oikeus on?'[2] ja 'mitä oikeussäännöt ovat?'[3] Kun oikeustieteen tehtäväksi kuitenkin ymmärrettiin voimassaolevan oikeuden, objektiivisen oikeuden tai oikeussääntöjen sisällön selvittäminen, on helppoa havaita, että po. kysymykset olivat vain saman ongelman erilaisia formulointeja. Kaikki pyrkivät de facto saamaan selvyyden oikeustieteen tutkimuskohteesta.[4]

Edellä sanotusta ei kuitenkaan vielä käy ilmi, mistä asiasta tarkkaan ottaen oli kyse. Kysymystä 'mitä voimassaoleva oikeus (vast. objektiivinen oikeus tai oikeussääntö) on' rasittaa moniselitteisyys. Sillä voidaan ensinnäkin tavoitella vastausta siihen, mitä ominaisuuksia säännöllä tulee olla, jotta olisi korrektia sanoa sen kuuluvan voimassaolevaan oikeuteen. Tällöin on tavoit-

[1] Ks. esim. *Hägerström,* Är gällande rätt uttryck av vilja? ja sama Till frågan om begreppet gällande rätt s. 48—91 sekä Ross, Virkelighed og Gyldighed i Retslæren s. 90—108 ja sama Om ret og retfærdighet s. 41—89.

[2] Ks. esim. *Hägerström,* Till frågan om den objektiva rättens begrepp. *passim.*

[3] Ks. esim. *Olivecrona,* Om lagen och staten, s. 26—61 ja sama Lagens imperativ. *passim.*

[4] Hägerström vahvistaa tämän omalta osaltaan expressis verbis: "Undersökningen rör karaktären av rättsvetenskapens föremål, såvitt denna fixerar "gällande rätts" innehåll." Är Gällande rätt s. 59.

teena käsitteen sisällön eli sen käyttöedellytysten selvittäminen, joten voidaan puhua käsiteanalyyttisestä kysymyksestä.

Kysymyksen käsiteanalyyttinen tulkinta ei kuitenkaan ole ainoa mahdollisuus, vaan sen saatetaan myös tulkita edellyttävän vastaukseksi teoriaa siitä, miten voimassaoleva oikeus syntyy tai vaikuttaa yhteiskunnassa tai mitä muita ei-käsitteellisiä tunnusmerkkejä siihen liittyy. Tällöin ei tavoitteena ole käsitteen sisällön määrittely, vaan se edellytetään jo tunnetuksi ja pyritään hahmottamaan teoriaa siitä, miten ilmiö, johon käsitetunnusmerkit soveltuvat, liittyy muihin ilmiöihin. Kysymyksenasettelu ei enää tällöin ole semanttinen.

Ei ole varma, näkivätkö kaikki skandinaavisen realismin edustajat selkeästi näiden kysymysten eron. Kun esimerkiksi *Hägerström* kritisoi nk. tahtoteorioita, hänen todistelustaan voidaan löytää argumentteja, joita voidaan yhtä hyvin — jollei paremminkin — pitää oikeuden syntyä koskevan teorian kuin oikeuden käsitemääritelmän kritiikkinä.[5] Sama koskee jossakin määrin myös *Alf Rossin* varhaisempia kirjoituksia. Ei ole aina helppoa todeta, milloin hän esittää voimassaolevan oikeussäännön käsitetunnusmerkin, milloin puolestaan luonnehtii sitä ominaisuuksilla, jotka ovat muussa kuin käsitteellisessä suhteessa siihen.[6]

Sanotusta huolimatta on nähdäkseni selvää, että skandinaavisen realismin päämielenkiinto suuntautui käsiteanalyyttiseen kysymykseen. Tässäkin kohden se pysyi uskollisena käsiteanalyyttiselle lähestymistavalleen. Perusongelman muodosti kysymys, mitä termit ”voimassaoleva oikeus”, ”objektiivinen oikeus” ja ”oikeussääntö” tarkoittavat juridisessa kielenkäytössä. Suuntauksen edustajat toisin sanoen olettivat, että oikeustieteessä käytetään po. termejä jollakin suurin piirtein yhtenäisellä tavalla ja koettivat selvittää, millainen tuo tapa oli. Tämän ohella he toki esittivät käsityksiä, jotka voidaan tulkita vastauksiksi ei-semanttisiin kysymyksiin ja joita ei voida tulkita vastauksiksi käsiteanalyyttiseen kysymykseen. Heidän varsinainen sanomansa ei kuitenkaan ole löydettävissä tältä suunnalta, minkä tähden näihin kysymyksiin ei seuraavassa puututa.

Käsiteanalyysi, lähemmin sanottuna deskriptiivisen käsitemääritelmän etsiminen, muodosti kuitenkin ainoastaan tutkimustyön ensimmäisen vaiheen. Kun käsitteen sisältö oli saatu selville, seurasi käsitemääritelmän kritiikki, jonka tarkoituksena oli osoittaa käsitteen sisältö koulukunnan tieteenkäsityksen ja

---

[5] Ks. tästä jäljempänä s.

[6] Tähän havaintoon on päätynyt myös Harald Ofstad Rossin oikeusteoriaa koskevassa tutkimuksessaan. Ks. *Ofstad,* Alf Ross's begrepsbestemmelse av begreppet 'Rettsregel'. s. 3—4.

ontologian valossa epärealistiseksi tai metafyysiseksi. Tutkimus päättyi rakentavan vaihtoehdon konstruointiin, sen selvittämiseen, miten oikeustieteen tutkimuskohde olisi määriteltävä, jotta määritelmää voitaisiin pitää tieteellisesti korrektina ja tarkoituksenmukaisena.[7] Tutkimuksen lopputavoitteena oli siten po. käsitteiden normatiivisen käsitemääritelmän kehittäminen koulukunnan tieteellisyyskäsityksen pohjalta.[8]

On kuitenkin tärkeää havaita, että tieteenteoreettiset seikat eivät voineet yksin sanella käsitemääritelmän valintaa. Samalla oli näet pidettävä huoli siitä, ettei etäännytty liian kauaksi de facto harjoitetusta oikeustieteestä. Siitä riippumatta, miten arveluttavalta tuon ajan oikeustiede ja sen tapa ymmärtää tutkimuskohteensa saattoi skandinaavisen realismin tieteellisyyskriteerien valossa näyttääkin, oli selvää, että se kuitenkin tyydytti joitakin relevantteja käytännön tarpeita. Tämä täytyi määritelmää hahmotettaessa ottaa huomioon, jotta vältettäisiin ehdotetun käsitemääritelmän muuttuminen pelkäksi utopiaksi.[9]

Teorian ja käytännön vaatimusten ristiriita näkyikin polttavana skandinaavisen realismin edustajien käsitemääritelmissä. Erityisen kipeä tämä ongelma

[7] Mainitut kolme vaihetta voidaan erottaa kaikilla jäljempänä mainituilla tutkijoilla, joskin niiden painotus vaihteli suuresti. Esimerkiksi Hägerström keskittyi deskriptiivisen käsitemääritelmän etsimiseen ja sen tai sitä koskevien teorioiden kritiikkiin, Lundstedt puolestaan voittopuolisesti kritiikkiin, kun taas Rossin töissä nousi vähitellen keskeiseksi rakentavan, realistisen vaihtoehdon konstruointi. Varttuneen Rossin ajatuksia voitaneen tulkita jopa niin, että lainoppiin implisiittisesti sisältyvä näkemys voimassaolevasta oikeudesta ei ollut olennaisesti epäkelpo tieteenteoreettisessa katsannossa. Ainoastaan *teoriat* siitä, mitä voimassaoleva oikeus on, olivat sekä deskriptiivisiksi että normatiivisiksi käsitemääritelmiksi tulkittuina virheellisiä. Tämä seikka saattoi hankaloittaa lainoppineen työtä tämän sotkeutuessa teorioihin ja mieltäessä väärin oman toimintansa.

[8] Erottelusta deskriptiivinen/normatiivinen käsitemääritelmä ks. esim. *Ofstad,* Om deskriptive definisjoner av begrepet rettsregel s. 39. Ofstad luonnehtii normatiivista käsitemääritelmää seuraavaan tapaan: ”Normatiivisilla käsitemääritelmillä tarkoitetaan lausumia, joiden mukaan tietty termi on tietyssä asiayhteydessä ymmärrettävä samoin kuin tietty toinen ilmaisu, definiens. Normatiivisen käsitemääritelmän yksityiskohtainen analyysi voi osoittaa, että määritelmä ilmaisee termin käyttötapaa koskevan päätöksen, po. päätöstä koskevan ilmoituksen, ehdotuksen, käskyn tms., mutta ei milloinkaan ilmaise pelkästään empiiristä kuvausta siitä, miten tietyt henkilöt käyttävät po. termiä. Toinen asia on, että normatiivinen käsitemääritelmä saattaa pyrkiä vahvistamaan termille sellaisen käyttötavan, joka esiintyy myös käytännössä”.

[9] Samaan seikkaan viittaa myös Dalberg-Larsen todetessaan, että lakimiesammattikunnan vaatimukset kuuluvat oikeustieteen paradigman muodostusta ohjaaviin keskeisiin tekijöihin. Ks. *Dalberg-Larsen,* Retsvidenskaben som samfundsvidenskab s. 457 ja *sama.* The Influence of Social Science on the Dogmatics of Private Law in Denmark und Norway in the Period After 1900 s. 265—267.

oli niille koulukunnan jäsenille, jotka itse harjoittivat lainopillista tutkimusta.[10] Kuten myöhemmin tulemme näkemään, heidän käsitemääritelmänsä pyrkivätkin kiintoisalla tavalla olemaan samalla kertaa sekä deskriptiivisiä että normatiivisia. Ne olivat normatiivisia karsiessaan deskriptiivisestä käsitemääritelmästä sen sisältämän metafyysiseksi tuomitsemansa aineksen, mutta samalla ne kuitenkin pyrkivät deskriptiivisyyteen, nimittäin sen selvittämiseen, mitä po. termeillä *todella* tahi *oikeastaan* tarkoitetaan. Tämä dualismi on tyypillistä nk. rationaalisille rekonstruktioille, jotka tähtäävät jonkin ilmiön uudelleentulkintaan ottamalla huomioon sen olennaiset piirteet ja syrjäyttämällä epäoleelliset. Olennaisuuden kriteerit tarjoaa tällöin tulkitsijan rationaalisuuskäsitys, jollaisena tässä tapauksessa toimi Hägerströmin todellisuuden teoria tai jokin sen tulkinta. Koulukunnan suorittamaa oikeustieteen tutkimuskohteen uudelleenmäärittelyä voitaneenkin parhaiten luonnehtia sanomalla sitä traditionaalisen näkemyksen realistiseksi rekonstruktioksi.[11]

Seuraavassa ryhdytään tarkastelemaan yksityiskohtaisemmin tapaa, jolla po. rekonstruktio suoritettiin. Tutkimus on jäsennetty siten, että ensiksi analysoidaan *Hägerströmin* käsityksiä. Objektiivisen oikeuden analyysi on Hägerströmin oikeusfilosofian tärkein suoritus, jonka vaikutus muiden kirjoittajien esikuvana ja inspiraation lähteenä oli suuri. Sen jälkeen tarkastellaan *Olivecronan, Lundstedtin, Ekelöfin, Rossin* ja *Illumin* ajatuksia. Jotta heidän ajattelutapojensa erot eivät peittyisi yleistävien ja yhtäläistävien kysymyksenasettelujen alle, on pidetty parhaana edetä tutkijakeskeisesti. Kun on kyse samaan koulukuntaan luettavista tutkijoista, heidän ajattelussaan on luonnollisesti monia yhtäläisyyksiä. Toistojen välttämiseksi ne on pyritty kuvaamaan

[10] Jäljempänä laajemmin käsiteltävistä tutkijoista vain Hägerströmiltä ja Hedeniukselta puuttui omakohtainen kosketus lainoppiin. Olivecrona ja Ekelöf olivat lähinnä prosessualisteja, Lundstedt ja Illum puolestaan pääasiallisesti sivilistejä. Ross, kuten tunnettua, liikkui suvereenisti monilla lainopin lohkoilla.

[11] Se seikka, että oikeustieteen tutkimuskohteen uudelleenmäärittelyssä oli kysymys sen rationaalisesta rekonstruktiosta, jäi tiedeyhteisössä usein havaitsematta, mikä synnytti väärinkäsityksiä ja siitä johtuvaa kritiikkiä. Tällaiseen väärinkäsitykseen perustuu osaltaan Hedeniuksen hyökkäys Upsalan koulua vastaan. Hedenius näki epäjohdonmukaisuutta siinä, että samalla kun Hägerström, Lundstedt ja Olivecrona kiistivät oikeussääntöjen olemassaolon, he pyrkivät kuitenkin selvittämään, mitä oikeussäännöt oikeastaan ovat. Ks. *Hedenius,* Om rätt och moral s. 67 ss. Tarkempi perehtyminen Upsalan koulun ajatuksiin näyttää kuitenkin paljastavan, että epäjohdonmukaisuus on pelkästään verbaalista laatua. Kiistäessään oikeussääntöjen olemassaolon, Upsalan koulukunta tarkoitti, että termin ”oikeussääntö” deskriptiivinen käsitemääritelmä tai sitä koskeva teoria oli ontologisesti mahdoton. Tutkiessaan sitä, mitä oikeussäännöt todella ovat, Upsalan koulu pyrki antamaan po. termille uuden ontologisesti kelvollisen sisällön, joka suhteessa aikaisempaan sisältöön olisi rationaalisen rekonstruktion kaltainen.

melko lyhyesti ja kiinnitetty enemmän huomiota erottaviin piirteisiin. Se, että juuri mainittujen tutkijoiden ajatukset on valittu tarkastelun kohteeksi, perustuukin paitsi käsitykseeni niiden asiallisesta merkityksestä myös siihen, että heidän tuloksensa ovat erilaisia ja edustavat siten realistisen paradigman eri tulkintoja.

Voimassaolevan oikeuden, objektiivisen oikeuden tai oikeussäännön käsitesisältöä enemmälti pohtineista, realistiseen traditioon luettavista tutkijoista on edellä mainittuja vähäisemmälle huomiolle jätetty *Ingemar Hedenius, Astrup Hoel* ja *Theodor Geiger*. Ratkaisun perusteet poikkeavat kunkin osalta toisistaan.

Hedeniuksen sivuuttaminen perustuu siihen, että hänen ajatuksensa voidaan paremmin esittää jäljempänä tarkasteltaessa skandinaavisen realismin teoriaa subjektiivisia oikeuksia nimeävien termien merkityssisällöstä. *Hoelin* mukaanottamista olisi voitu perustella vetoamalla siihen, että hänen antimetafyysinen perusasenteensa muistutti läheisesti Upsalan koulun näkemyksiä. Hoelin ajatukset liittyvät kuitenkin läheisemmin intressilainoppiin ja ns. vapaaoikeudelliseen suuntaukseen kuin skandinaaviseen realismiin. Muista edellä mainituista tutkijoista poiketen Hoelin perusongelma ei myöskään liity kysymykseen, miten oikeustieteen tutkimuskohde, voimassaoleva oikeus, olisi rekonstruoitava oikeustieteen saattamiseksi kestävälle pohjalle. Voimassaolevan oikeuden käsitteellä ei hänen mukaansa ole oikeustieteessä merkitystä eikä oikeustieteen tehtäväksi voida katsoa voimassaolevan oikeuden sisällön selvittämistä.[12]

Geigerin sivuuttamisen syyt ovat moninaisemmat. Geigerillä oli syvällinen keskusteluyhteys (muiden) realistiseen traditioon luettavien tutkijoiden kanssa. Hän kunnostautui etenkin Upsalan koulun kriitikkona.[13] Rossin ja Hedeniuksen ajatuksiin liittyen hän muodosti oman realistisen teoriansa oikeussäännön voimassaolosta, jossa voimassaolo ymmärrettiin sekä noudattamistehokkuuden että reaktiotehokkuuden funktiona.[14] Teoriaa ei kuitenkaan ilmeises-

---

[12] Ks. *Hoel,* Den moderne retsmetode s. 50—66. Hoel kiisti myös ajatuksen, että oikeustiede voisi olla oikeuslähteille rakentuvaa tutkimusta. "Selve den tanke at der "gives" en "ret", som i visse reale forhold har sin "kilde", og at det er en realvidenskabelig opgave at utforske og beskrive disse kilder, — selve denne bestemmende grundopfatning har den logiske realanalyse tvunget os til at forkaste". Tässäkin Hoel erosi skandinaavisista realisteista, jotka tavalla tai toisella pitivät kiinni ajatuksesta, että juridinen tieto oli löydettävissä oikeuslähteistä.

[13] Ks. *Geiger,* Debatt med Uppsala om moral og ret, *passim.*

[14] Ks. *Geiger,* Debatt med Uppsala om moral og ret s. 167—180 ja *sama,* Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts s. 32—38 ja 157—171.

ti ollut tarkoitettu oikeustieteen tutkimuskohteen realistiseksi rekonstruktioksi, vaan se oli muodostettu lähinnä oikeussosiologiaa varten. On kyseenalaista, olisiko oikeustiede voinut omaksua Geigerin teorian ja silti säilyttää ytimensä oikeuslähteille perustuvana oppina, vai olisiko se muuttunut puhtaasti empiiriseksi sosiologiaksi.[15] Jo tämän takia jäi Geigerin merkitys lainopillisen tutkimuksen suunnannäyttäjänä vähäiseksi.

Paitsi kysymystä oikeustieteen tutkimuskohteesta tässä jaksossa tarkastellaan myös edellä mainittujen tutkijoiden käsitystä oikeustieteen tehtävästä ja tutkimusmetodista. Näiden ongelmien käsittely toistensa yhteydessä on perusteltua sen tähden, että tapa, jolla tutkimuskohde ymmärretään, lyö periaatteessa lukkoon oikeustieteen tehtävät ja antaa perusteet metodin valinnalle.

Oikeustieteen tehtäviä ja metodia koskevista ongelmista omaan luokkaansa nousi kysymys, miten arvoteoreettinen nonkognitivismi ja oikeustiede tulisi sovittaa toisiinsa. Miten oikeustiede on mahdollista, jos ei ole olemassa päteviä normeja ja jos tiede ei saa tuloksinaan esittää arvostuksia? Onko lainopillinen tutkimus näennäisestä hyödyllisyydestään huolimatta ollut pelkkää harhaa, vai onko olemassa jokin keino, jolla lainoppi tai ainakin sitä muistuttava toiminta voidaan pelastaa tieteelle? Tämä ongelma odotti väistämättä niitä, jotka seurasivat realistista käsitystään riittävän pitkälle. Siihen annettujen vastausten tarkastelu muodostaa tämän jakson toisen pääteeman.

Lopuksi on syytä korostaa, että seuraavassa esityksessä ei ole pyritty pelkästään kuvaamaan tutkimuskohteeksi valittujen ajattelijoiden käsityksiä, vaan mahdollisuuksien mukaan on tähdätty niiden tulkintaan, presisointiin ja eksplikaatioon käyttämällä tarvittaessa käsitteitä, jotka koulukunnalle saattoivat olla vieraita, mutta jotka mielestäni alkuperäisiä paremmin ilmentävät koulukunnan jäsenten käsityksiä. Tulkinnan lähtökohtana on ollut ajatus, että kirjoittajat ovat pyrkineet tuomaan esiin jotakin uutta ja tärkeää — eivät tyhjää ja typerää. ”Parhain päin ymmärtäminen”, joka lienee yleisestikin aatehistorian ainoa kestävä lähtökohta, on erityisen oikeutettua skandinaavisen realismin yhteydessä, jonka edustajien kirjoituksista suorastaan huokui vakaumus heidän sanomansa tärkeydestä, ajatus, että oikeustiede on pimeiden vuosisatojensa jälkeen vihdoin pääsemässä tieteelliselle perustalle.

[15] *Ross* kritisoi Geigerin teoriaa juuri tästä näkökulmasta. Ks. *Ross,* Om begreppet ”gældende ret” hos Theodor Geiger s. 249—256.

2. HÄGERSTRÖMIN ANALYYSI

2.1. Taustaa

Hägerströmin tärkeimmät aihetta koskevat työt ovat *Vitalis Norströmin* juhlakirjassa vuonna 1916 alkuaan julkaistu ''Är gällande rätt uttryck av vilja''[1] ja seuraavana vuonna ilmestynyt teos ''Den objektiva rättens begrepp I. Viljeteorien''. Teoksen toinen osa ei koskaan valmistunut, mikä oli vahinko, sillä mainitut työt ovat kritiikkipainotteisia, ja tekijän oman rakentavan käsityksen muotoilu jää niissä pahasti kesken.[2] Hägerströmin käsityksistä saadaan kuitenkin luonnosmaisia viitteitä hänen luennoistaan, joita on postuumisti julkaistu. Informaatiota tarjoaa myös vuonna 1931 ilmestynyt kirjoitus ''Till frågan om begreppet gällande rätt'', jossa Hägerström — sen jälkeen kun hänen ajatuksiaan on oikeustieteessä jossakin määrin ehditty koetella — hiukan muuttaa ja lieventää metodisia johtopäätöksiään.

2.2. Tahtoteorioiden kritiikki

2.2.1. Edellä todettiin, että voimassaolokysymykseen vastatessaan koulukunnan jäsenet näkivät ensimmäisenä tehtävänään selvittää, mitä normin voimassaololla oikeustieteellisessä kielenkäytössä de facto tarkoitetaan. Hägerström ei tässä kohden ollut poikkeus. Hän ei kuitenkaan suoraan pyrkinyt vastaamaan tähän käsiteanalyyttiseen ongelmaan, vaan lähestyi asiaa niiden *voimassaoloteorioiden* kautta, jotka vuosisadan alussa olivat vallitsevia. Näitä olivat *lakipositivismin* eri variaatiot.

Syy lakipositivismin suosioon 1800-luvun lopulla ja tämän vuosisadan alussa lienee ollut voittopuolisesti yhteiskunnallinen. Tuon ajan oloissa oli huomattavaa poliittista käyttöä opille, joka korosti valtion tai kansan suvereenia oikeutta säätää lakeja ylipositiivisten oikeusperiaatteiden tai muiden valtakeskusten, kuten kirkon, kahlitsematta.[3]

[1] Kirjoitus on julkaistu uudelleen Olivecronan toimittamassa teoksessa ''Rätten och viljan''. Viitteissä jäljempänä mainitut sivunumerot tarkoittavat tämän teoksen sivuja.

[2] Toisaalta työn epämääräisyydellä oli ilmeisesti sama funktio kuin paradigman epämääräisyydellä Kuhnin tieteenteoriassa. Se tarjosi muille haasteellisen tutkimusohjelman. Tämä lienee osaltaan vaikuttanut siihen, että Lundstedt, Olivecrona ja Ross tarttuivat ongelmaan ja pyrkivät kehittämään realistisen tieteenkuvan mukaisen voimassaoloteorian.

[3] Lakipositivismin syntyvaiheista ks. esim. *Anners,* Europas rättshistoria. Del 2 s. 53 ss., *Olivecrona,* Rättsordningen s. 34—62, *Jørgensen,* Retspositivisme og naturret, pas-

Tämän ohella sen suosioon vaikuttivat myös tieteenteoreettiset syyt. Vastapainoksi luontaisoikeudelliselle spekulaatiolle sen katsottiin tarjoavan *tieteellisen* kuvan oikeusjärjestyksen luonteesta juuri sen kaltaisessa 'tieteellisen' merkityksessä, joka oli ominainen skandinaaviselle realismille. Lakipositivismi pyrki tarkastelemaan oikeutta reaalisena, aisteillemme annettuna ilmiönä ja välttämään metafyysisiä entiteettejä.[4] Lakipositivismissa nähty tieteellinen ansio herätti Hägerströmin kiinnostuksen, ja hän ryhtyi analysoimaan lakipositivistisia teorioita.[5]

Hägerströmin töistä ei löydy suoraa vastausta kysymykseen, mitä lakipositivistiset voimassaoloteoriat hänen käsityksensä mukaan de facto ovat, missä merkityksessä ne ovat teorioita ja mistä ne ovat teorioita. Näyttää kuitenkin parhaalta tulkita hänen ajatuksiaan niin, että hän ymmärtää po. teoriat oikeusnormin voimassaolon *deskriptiivisiksi käsitemääritelmiksi* so. teorioiksi siitä, miten voimassaolon käsitettä oikeustieteessä — tai ainakin sen lakipositivistiseksi tunnustautuvassa osassa — de facto käytetään. Tämä antaa hänelle aiheen keskittyä tarkastelussaan kahteen seikkaan, nimittäin: (*x*) *onko lakipositivistinen teoria onnistunut pyrkimyksessään ymmärtää oikeustieteen kohde edellyttämättä metafyysisiä entiteettejä* ja (*y*) *vastaako teoria lakipositivismin edustajien kielenkäyttöä* ts. onko heidän teoriansa oikea analyysi siitä, miten he tieteensä kohteen lainoppia harjoittaessaan ymmärtävät.[6]

---

sim., *Kriele,* Rechtspositivismus und Naturrecht — politisch beleuchtet, passim., *Schneider,* Der Ursprung des Positivismus in der Gestalt des Historismus s. 267 ss. ja *Dalberg-Larsen,* Retsvidenskaben som samfundsvidenskab s. 207—212 ja 281—288.

[4] Ks. tästä esim. *Jansson,* Hans Kelsens statsteori s. 87, *Ott,* Der Rechtspositivismus s. 103—106, *Ahlander,* Om rätt och rättstillämpning s. 66—67, *Opałek,* Positiivisen oikeuden käsitteestä s. 856—858 ja *Tolonen,* Stat och rätt s. 102.

[5] Hägerströmin analyysin kohteina olivat saksalaisen lakipositivismin eri variaatiot sekä Benthamin ja Austinin analytical jurisprudence. *Ott* on käyttänyt po. teorioista ja Kelsenin teoriasta yhteisnimitystä "der etatistische Positivismus". Ks. *Ott,* Der Rechtspositivismus s. 33. Nimitys vaikuttaa onnistuneelta. Se tuo esiin saksalaisen lakipositivismin, analytical jurisprudencen ja Kelsenin oikeus- ja valtioteorian tärkeimmän yhteisen piirteen. Tässä olen kuitenkin käyttänyt tutumpaa termiä "lakipositivismi" yhteisnimityksenä kaikille po. suuntauksille.

[6] Luonnollisestikaan lakipositivistiset voimassaoloteoriat eivät pyrkineet olemaan pelkästään deskriptiivisiä käsitemääritelmiä, ts. analyysejä siitä, miten lakipositivistit normin voimassaolon käsitettä käyttivät. Ne olivat samalla tiedeyhteisöön heitettyjä vaatimuksia oikeustieteen tutkimuskohteen ymmärtämisestä uudella, tieteellisesti ja poliittisesti korrektilla tavalla. Varsinkaan teorioiden poliittista merkitystä ei pidä unohtaa. Tästä näkökulmasta katsoen teorioiden voitaneen sanoa olevan normeja, jotka määräsivät oikeudellisen vallankäytön legitiimisyyden ehtoja. Ks. tästä erit. *Tolonen,* Stat och rätt esim. s. 49—51, 58—62 ja 101—102. Teorioiden normatiivisuus ei kuitenkaan tee perusteettomaksi Häger-

Lakipositivististen voimassaoloteorioiden pätevyyttä koskeva arvio riippuu täysin siitä, millaisiin vastauksiin po. kysymysten osalta päädytään. Jotta Hägerströmin analyysin seuraaminen helpottuisi, on syytä jo tässä yhteydessä lyhyesti tarkastella, millaiseen arvioon kukin vastausvaihtoehtojen kombinaatio johtaa. Jos myöntävää vastausta kuvataan merkeillä x, y ja kieltävää merkeillä ~x ja ~y, voidaan vastausvaihtoehdot ja niiden sisältö esittää seuraavaan tapaan.

(1) *x & y*. Mikäli molempiin kysymyksiin saadaan myöntävä vastaus, se merkitsisi, että lakipositivismin esittämä voimassaolon määritelmä on paikkansapitävä ja tieteenteoreettisesti korrekti. Lakipositivismi olisi tällöin pätevä sekä lainopillisen kielenkäytön analyysinä että tieteenteoreettisena mallina muille tutkijoille.

(2) *x & ~y*. Tämä merkitsisi sitä, että lakipositivismin esittämä voimassaolon deskriptiivinen määritelmä on virheellinen. Siihen vetoamalla ei aktuaalisesti harjoitettua lainoppia voida justifioida tieteelliseksi. Sitä vastoin teoria on tieteenteoreettisesti hyväksyttävä malli siitä, miten voimassaolo voitaisiin ymmärtää.

(3) *~x & ~y*. Tämä vaihtoehto merkitsisi teorian syvintä mahdollista epäonnistumista. Lopputulosta voitaisiin tällöin luonnehtia sanomalla, että lakipositivistinen teoria on osoittautunut deskriptiivisenä määritelmänä virheelliseksi ja tutkimuksen mallina tieteenteoreettisesti epäkelvoksi.

(4) *~x & y*. Tämä tulos merkitsisi sitä, että lakipositivismi on ymmärtänyt oikein sen tavan, jolla voimassaolon käsitettä oikeustieteessä käytetään, mutta että po. tapa — toisin kuin lakipositivismin edustajat väittävät — ei kestä tieteenteoreettista kritiikkiä. Tällöin lakipositivismi olisi pätevä vallitsevan tilan analyysinä, mutta kestämätön tutkimuksen mallina.

2.2.2. Siirryn nyt lähemmin tarkastelemaan Hägerströmin analyysiä. Hägerström katsoi lakipositivistisille teorioille olevan luonteenomaista, että ne olivat *tahtoteorioita*. Ne ymmärsivät oikeussäännön voimassaolon seuraavaan tapaan:

T: 'Oikeussääntö N on voimassa' merkitsee 'N on yhteiskunnassa vaikuttavan ja tietyllä tavoin ilmaistun tahdon sisältö'[7]

---

strömin tarkastelutapaa. Juuri mallien normatiivisuuden vuoksi kävi kiintoisaksi selvittää myös sitä, missä määrin käytäntö vastasi malleja.

[7] ''Måhända den vanligaste uppfattningen i modärn rättsvetenskap och rättsfilosofi är den, som behandlar rätten som en faktisk verklighet på det sättet, att den är det på visst sätt yttrade innehållet i en viss i samhället verksam maktfull vilja. Rättsvetenskapen skulle sålunda ha att med ledning av yttringar bestämma denna viljas innehåll.'' *Hägerström,* Är gällande rätt s. 59.

Tahtoteoriat erosivat Hägerströmin tulkinnan mukaan toisistaan vain siinä, että ne antoivat eri vastauksen ongelmaan, kenen tahdosta tarkkaan ottaen oli kysymys. Kirjoituksessaan ”Är gällande rätt uttryck av vilja?” Hägerström tarkastelee lukuisia tahtoteorian muotoja. Hän päätyy tulokseen, jonka mukaan kaikki tahtoteoriat ovat virheellisiä. Yksikään niistä ei täytä molempia edellä mainituista vaatimuksista (*x* ja *y*), vaan kaikki ovat kelvottomia joko käsiteanalyyseinä tai tieteenteoreettisina malleina tahi molempina.

Hägerströmin analyysiä voidaan käsitykseni mukaan pitää pioneerityönä, joka omana aikanaan ei läheskään saavuttanut ansaitsemaansa huomiota. Se muistuttaa kiintoisalla tavalla *H. L. A. Hartin* puoli vuosisataa myöhemmin julkaisemaa, mutta jo klassiseksi käynyttä englantilaisen lakipositivismin kritiikkiä. Hart kenties voittaa Hägerströmin eleganssissa, mutta monet hänen argumenteistaan voidaan löytää jo Hägerströmin töistä.[8] Jotta Hägerströmin originaliteetista tahtoteorioiden kriitikkona ei syntyisi virheellistä kuvaa, on kuitenkin syytä mainita, että jo muutamaa vuotta häntä aikaisemmin oli *Kelsen* arvostellut tahtoteorioita osittain samoin argumentein.[9]

Seuraavassa tarkastelen lyhyesti Hägerströmin esittämää kritiikkiä. Yleiskatsauksellisuuden vuoksi keskityn tahtoteorioiden päämuunnelmiin ja syrjäytän ne modifikaatiot, joilla lakipositivismiin liittyvät yksittäiset tutkijat varioivat niitä. Hägerströmin analyysin detaljirikkautta on toisin sanoen seuraavassa olennaisesti karsittu. Tahtoteoriat voidaan tahdon subjektia jakoperusteena käyttäen jakaa kolmeen ryhmään:

(*T1*) Oikeussäännöt ovat käskyjä, jotka ilmaisevat *valtion* tahdon. Tämän teorian mukaan väite ’N on voimassa’ merkitsee ’Valtio käskee noudattamaan sääntöä N’.

(*T2*) Oikeussäännöt ovat käskyjä, jotka ilmaisevat *kansan* yleisen tahdon. Tämän teorian mukaan väite ’N on voimassa’ merkitsee ’Kansan yleinen tahto vaatii noudattamaan sääntöä N’, ja

(*T3*) Oikeussäännöt ovat käskyjä, jotka ilmaisevat yhteiskunnan tosiasiallisen vallanpitäjän (*suvereenin*) tahdon. Tämän teorian mukaan väite ’N on voimassa’ merkitsee ’Suvereeni käskee noudattamaan sääntöä N’.

---

[8] Hartin esittämästä kritiikistä ks. *Hart,* The Concept of Law, s. 18—76. Verrattaessa Hartin ja Hägerströmin ajatuksia toisiinsa ovat erityisen kiinnostavia s. 49—76.

[9] Ks. *Kelsen,* Hauptprobleme der Staatrechtslehre s. 162—188 sekä *Jansson,* Hans Kelsens statsteori s. 87—97. Analysoidessaan tahtoteorioita Hägerström tunsi Kelsenin ajatukset ja suhtautui niihin arvostavasti. Ks. *Hägerström,* Är gällande rätt s. 61—62 ja *sama,* Inquiries into the Nature of Law and Morals s. 257—278.

Tarkastelen seuraavassa argumentteja, joita Hägerström suuntaa po. teorioita vastaan.

ad (TI). Teoria, jonka mukaan oikeus on valtion tahdon ilmaus, oli vuosisadan alun Saksassa sangen laajalti omaksuttu. Hägerström hylkää sen pitemmittä keskusteluitta katsoen sen kehäpäätelmäksi. Valtio itse on juridinen konstruktio. Sen olemassaolo perustuu oikeussääntöihin ja edellyttää niitä. Valtiota ja sen orgaaneja ei voida identifioida oikeussäännöistä riippumatta. Näin ollen oikeussäännöt eivät hänen mukaansa voi olla valtion tahdon ilmauksia.[9a]

Arvioitaessa Hägerströmin argumentteja on todettava, ettei syytös kehäpäätelmästä tavoita asian ydintä. Sitä, että *käsiteanalyysi* kiertää kehässä, ei voitane pitää virheenä. Kaikki käsiteanalyysit ovat näet siinä mielessä kehäpäätelmiä, että ne kertovat ainoastaan sen, mitä analysoitavaan ilmaisuun jo sisältyy.[10] Kritiikki olisi paikallaan, jos keskustelun kohteena olisi geneettinen, oikeuden syntyä koskeva probleema. Tällöin voitaisiin sanoa, että oikeuden syntyä ei voida selittää sanomalla oikeussääntöjen olevan valtion tahdon ilmauksia, koska valtion synty jo edellyttää oikeussääntöjen olemassaoloa. Tutkielmansa geneettisen tulkinnan Hägerström kuitenkin nimenomaisesti torjuu.[11]

Sanotusta huolimatta voidaan Hägerströmin argumentti ymmärtää myös siten, että sen kärki säilyy. Sen voidaan näet sanoa osoittavan, että tahtoteoria ei nyt tarkasteltavana olevassa muodossaan ole onnistunut redusoimaan oikeustieteen kohdetta reaalimaailman ilmiöihin, ymmärtämään sitä ''som en faktisk verklighet''. Sekä 'objektiivinen oikeus' että 'valtio' ovat molemmat juridisia käsitteitä, joten niiden suhde reaalimaailmaan on yhtä ongelmallinen. Toisen käsitteen analyysi toisen avulla ei siten tuo reduktio-ongelmaan ratkaisua.

Puheena olevaan teoriaan sisältyy Hägerströmin mukaan myös toisen tyyp-

---

[9a] Ks. *Hägerström,* Är gällande rätt s. 60—62. Tässä näkyvä tapa kritisoida juridisia käsitemääritelmiä oli Upsalan koulukunnalle hyvin tyypillinen. Tulemme jäljempänä kohtaamaan lukuisissa eri yhteyksissä rakenteeltaan vastaavan argumentaation.

[10] Ks. esim. Keith Grahamin kiintoisaa analyysiä siitä, mitä analyysi on. *Graham,* J. L. Austin — A Critique of Ordinary Language Philosophy s. 21—27 erit. s. 26—27.

[11] ''Härvid bör emellertid observeras, att det naturligtvis icke är fråga om, huruvida rätten har *uppkommit* genom ... vilja. Det är den gällande rätten såsom sådan, den må ha uppkommit på ena eller andra sättet, varom här är fråga. Är den, sådan den består och sådan den av rättsvetenskapen analyseras, viljeinnehåll i angiven mening?'' *Hägerström,* Är gällande rätt s. 60.

pinen erehdys. Kuten tunnettua, tahto on pelkästään psykofyysisten organismien ominaisuus. Valtio on juridinen konstruktio, jolla ei voi olla omaa tahtoa. Teoria ei siten ole kyennyt irtautumaan antropomorfismista, alkukantaisilta ajoilta periytyvästä taipumuksesta antaa elottomille olioille inhimillisiä ominaisuuksia.[12] Näistä syistä se ei tarjoa mallia, jota oikeustieteen olisi kohteensa määrittelyssä rationaalista seurata.

Teoria on lisäksi väärä analyysi lakipositivistien kielenkäytöstä. Teoksessaan ''Den objektiva rättens begrepp'' Hägerström osoittaa lukuisin saksalaisesta oikeuskirjallisuudesta poimituin esimerkein, että lakipositivistien oikeuslähde- ja metodioppi sallii sellaisten oikeuslähteiden ja metodien käytön, joiden avulla ei voida — eikä de facto edes yritetä — selvittää valtion tai muun lainsäätäjän tahdon sisältöä.[13] Kun tutkija näiden lähteiden perusteella ja sanottuja metodeita käytettyään esittää väitteen voimassaolevan oikeuden sisällöstä, on varmaa, että 'N on voimassaolevaa oikeutta' tarkoittaa aivan muuta kuin 'Valtio tahtoo N' tai 'Valtio käskee noudattamaan sääntöä N'. Se, joka oman tutkimustyönsä perusteita reflektoidessaan kuvittelee selvittävänsä valtion tahdon sisältöä, ymmärtää väärin oman toimintansa.

Lopputulokseksi saadaan siten, että teoria (1) on epäonnistunut sekä lakipositivistien kielenkäytön analyysinä että oikeustieteen harjoittamisen tieteellisenä mallina. Sen funktio ei viime kädessä ole tieteellinen, vaan ideologinen. Lähinnä se ilmentää vaatimusta valtion korottamisesta keskeiseen asemaan oikeuden syntyyn ja sisältöön vaikuttavien tekijöiden joukossa.

ad (*T2*). Teoriat, jotka väittävät oikeuden olevan kansan yleisen tahdon ilmaus, voidaan jakaa kahteen ryhmään riippuen siitä, mikä tulkinta 'yleistahdolle' teoriassa annetaan. Ensimmäisen vaihtoehdon (T2.1) mukaan yleistahdolla tarkoitetaan kansan tai sen enemmistön yhteistä tahtoa. 'N on voimassa' merkitsee tämän tulkinnan mukaan 'Kansalaiset (tai heidän enemmistönsä) vaativat noudattamaan sääntöä N'.

Tämä teoria täyttää ilmeisesti Hägerströmin ensimmäisen vaatimuksen. Väittämä, johon voimassaoloväite on redusoitu, ei sisällä metafyysisiä entiteettejä. Kansalaisten tahdon suuntautumista voidaan tutkia empiirisesti.

[12] Ks. *Hägerström,* Är gällande rätt s. 78—82.

[13] Tällaisia ovat esim. tuomioistuimelle myönnetty oikeus täydentää säännöstön aukkoja, oikeus etsiä säännöksen nk. järkevää merkitystä, oikeus lähteiden harmonisointiin ristiriitatilanteissa, analogian käyttömahdollisuus, asian luonnon, oikeudenmukaisuuden ja kohtuuden käyttäminen oikeuslähteenä, oikeus käyttää prejudikaatteja oikeuslähteinä silloinkin, kun ne ovat ristiriidassa (historiallisen) lainsäätäjän tahdon kanssa jne. Ks. *Hägerström,* Den objektiva rättens begrepp s. 16—25.

Sitä vastoin Hägerström katsoo voitavan helposti osoittaa, että teoria ei vastaa vallitsevaa kielenkäyttöä. Hän esittää useita argumentteja, joista painavin nojautuu kansalaisten keskuudessa vallitsevaan tiedon puutteeseen. Suurimmalla osalla ihmisistä ei de facto ole tietoa useimpien normien sisällöstä. Tällöin he eivät myöskään voi missään relevantissa mielessä tahtoa niiden noudattamista.[14] Kuitenkin myös tällaisten normien sanotaan olevan voimassa, joten yleisen tahdon olemassaolo ei ole 'voimassaolon' välttämätön edellytys.[15]

Tahtoteorian tämäkään muoto ei siten ole 'objektiivisen oikeuden' adekvaatti analyysi. Sitä vastoin puhtaasti tieteenteoreettiselta kannalta sitä vastaan ei ole huomauttamista. Haluttaessa voitaisiin oikeustieteen kohteeksi valita sen selvittäminen, millaisia sääntöjä kansan enemmistö tahtoo noudatettavan. Hägerström ei lausu tästä mahdollisuudesta mitään, mikä viitannee siihen, että hän *käytännöllisistä syistä* piti ajatusta mahdottomana. Ratkaisua voidaan hyvin perustella. Jos näet oikeustieteen tutkimuskohde määriteltäisiin teorian ehdottamalla tavalla, jouduttaisiin niin suppeaan oikeustieteeseen, ettei sillä olisi suurtakaan käytännön merkitystä. Ehdotettua mallia noudattaessaan oikeustiede ei voisi täyttää niitä tarpeita, joita se traditionaalisesti on täyttänyt.

Toinen yleiseen tahtoon tukeutuva voimassaoloteoria (T2.2), jota Hägerströmin mukaan ovat edustaneet mm. *Gierke* ja *Jellinek,* perustuu ajatukseen, että oikeuden kannattajana on itsenäinen *yliyksilöllinen tahto* tai — kuten hän toisaalla sanoo — *yleinen intressi.* Valtion orgaaneina toimivat ihmiset tosin tahdonilmauksillaan saattavat oikeussäännöt voimaan, mutta näin tehdessään he teorian mukaan vain heijastavat yliyksilöllistä tahtoa (tai yhteistä etua), joka siten ilmentää itsensä valtion orgaanien, lähinnä lainsäädäntövaltaa käyttävien elinten kautta.[16] Tämän varsin hämärän teorian mukaan 'N on voi-

[14] Jos tästä huolimatta puhutaan kansalaisten yleisestä tahdosta normin voimassaolon välttämättömänä ja riittävänä tunnusmerkkinä, käytetään tahdon käsitettä tavalla, joka ei ole perusteltavissa. Kritiikistä, jonka Hägerström tällä perusteella suuntaa eräisiin voimassaoloteorioihin ks. Är gällande rätt s. 63 ja 65—66. Myös se kritiikki, jonka Hägerström kohdistaa suvereenin tahtoa voimassaolon kriteerinä pitävään teoriaan, soveltuu tähän yhteyteen. Ks. siitä jäljempänä s. 61.

[15] Ks. *Hägerström,* Är gällande rätt s. 63.

[16] Ks. *Hägerström,* Är gällande rätt s. 68 ja *sama,* Rätten och staten s. 113 ja 121—122. Gierken historiallisen koulun näkemyksiä muistuttavasta teoriasta ks. esim. *Jansson,* Hans Kelsens statsteori s. 91—92. — Niputtaessaan toisiinsa Gierken ja Jellinekin käsitykset Hägerström tekee voimakkaan yleistyksen. Jellinek, kuten tunnettua, esitetään yleensä saksalaisen valtio-oikeuden teorian uudistajana, joka pyrki rakentamaan teoriansa empiiriselle perustalle ja välttämään mm. niitä metafyysisiä katsomuksia, jotka leimasivat Gierken orgaaniteoriaa. Näin mm. *Tolonen,* Stat och rätt s. 108—111.

massa' tarkoittaa 'Yliyksilöllinen tahto, joka ilmaisee itsensä lainsäädäntöelinten kautta, vaatii N:n noudattamista'.

Hägerströmin mukaan tämä teoria on epäonnistunut kummassakin tarkasteltavana olevassa suhteessa. Ensinnäkin se postuloi ihmisten tahtojen taakse itsenäisen substanssin, josta valtion orgaanien päätösten sisältö saa selityksensä. Tällainen substanssi on metafyysinen fiktio, joten teoria ei ole onnistunut pyrkimyksessään ymmärtää oikeustieteen tutkimuskohde reaalisena ilmiönä.[17]

Teoria ei liioin vastaa vallitsevaa kielenkäyttöä. Jotta oikeussäännön voitaisiin teorian mukaan sanoa olevan voimassa, sen tulisi edistää yhteistä hyvää. Käytännössä tätä vaatimusta ei kuitenkaan aseteta, vaan lainsäätäjällä katsotaan olevan kompetenssi säätää myös sellaisia lakeja, jotka selvästi toteuttavat vain hallitsevan luokan intressejä. Käytännössä usein näin tapahtuukin, toteaa Hägerström.[18]

Näkemys pelkkiä ryhmäetuja palvelevan lainsäädännön sallittavuudesta käy hänen mukaansa ilmi myös niistä säännöksistä, jotka ohjaavat lainsäädäntövallasta käytävää poliittista kamppailua. Mikäli teoria pitäisi paikkansa, olisi (oikeus)poliittiset ristiriidat ymmärrettävä lähinnä yliyksilöllisen kansalaistahdon (tai yhteishyvän) oikeaa tulkintaa koskeviksi erimielisyyksiksi, siis *tiedollisiksi* kysymyksiksi. Näin ei asiaa kuitenkaan ymmärretä. Tunnustamalla yleisen äänioikeuden ja jättämällä lopputuloksen vaalien varaan oikeusjärjestys myön-

---

Hägerströmin menettelyyn sisältyy ajatus, ettei Jellinek onnistunut pyrkimyksessään. Ajatustaan, joka muuten kiintoisasti muistuttaa Kelsenin näkemystä, Hägerström perustelee laajasti, mutta jokseenkin epäselvästi luennoissaan. Ks. Rätten och staten s. 174—200. Riippumatta siitä, missä määrin Hägerström oli oikeassa, tässä esitettävä kritiikki vaikuttaa Jellinekiin suunnattuna liian suoraviivaiselta. Kelsenin kritiikistä Jellinekin teoriaa kohtaan vrt. *Jansson,* m.t. s. 155—160.

[17] Ks. *Hägerström,* Är gällande rätt s. 69.

[18] Hägerström toteaa, että luontaisoikeudellisia ja metafyysisiä ideoita, kuten rajoittamattoman omistusoikeuden ja sopimusvapauden ideaa, käytetään usein estämään hallitsevalle luokalle epäedullisten uudistusten toteuttamista. Muille, jopa enemmistölle, hyödyllisiä uudistuksia ei voida toteuttaa, mikäli tällöin jouduttaisiin kajoamaan omistusoikeuteen tai sopimusvapauteen. — Hägerströmin tuotannon keskeisiä ajatuksia oli katsomus, että metafysiikka oli monen pahan alkujuuri. Tällä kohden ei kuitenkaan voida sanoa, oliko ahtaita luokkaintressejä toteuttava lainsäädäntö hänen mukaansa seurausta lainsäätäjien metafyysisistä katsomuksista, vai oliko päin vastoin niin, että metafyysisiä käsityksiä vaalittiin sen tähden, että niiden avulla itsekäs luokkaetuja toteuttava politiikka voitiin verhota itsekkyyden peittävään kaapuun. Käsitykseni mukaan Hägerström ajatteli metafysiikan vaikuttavan molemmilla edellä mainituilla tavoilla. Ks. *Hägerström,* Rätten och staten s. 115—116.

tää sen, että kyse on *eturistiriidasta.*[19] Äänestämällä ei voida ratkaista tiedollisia erimielisyyksiä. Sitä vastoin eturistiriitojen ratkaisemisessa menetelmä on paikallaan.

Lopputulokseksi muodostuu, että myöskään ryhmään (*T2*) kuuluvat teoriat eivät ole oikeita analyysejä siitä, miten oikeustiede ymmärtää kohteensa. Ne ovat lisäksi epäonnistuneet myös tutkimuksen malleina. Teorioiden (*T2.1*) osalta tämä johtuu käytännöllisistä syistä ja teorioiden (*T2.2*) osalta sekä käytännöllisistä että tieteenteoreettisista syistä. Jälleen päädytään siihen, että teorian pääfunktio on ideologisella tasolla. Väittämällä lainsäädännön olevan yleistahdon ilmausta voidaan peittää ne etujen eroavuudet, jotka yhteiskunnassa vallitsevat, ja siten mahdollistaa hallitsevan yhteiskuntaluokan intressien piilovaikutuksen jatkuminen.[20] Hieman kärjistäen voidaan Hägerströmin ajatus ilmaista sanomalla, että puhe yleistahdosta normien voimassaolon yhteydessä on teorian kaapuun puettua propagandaa.

ad (*T3*). Käsitys, jonka mukaan oikeus on yhteiskunnan faktisen vallanpitäjän eli suvereenin tahdon ilmaus, lienee tahtoteorian eri muodoista tunnetuin. Etenkin anglosaksisessa oikeuskirjallisuudessa se on saavuttanut laajaa kannatusta. Normin voimassaolo merkitsee teorian mukaan sitä, että suvereeni käskee noudattamaan normissa ilmaistua käyttäytymismallia. Oikeus on suvereenin ''käskevä tahto''.[21]

Tällä teorialla on useimpiin edellä mainittuihin verrattuna puolellaan se etu, että se onnistuu pyrkimyksessään palauttaa normin voimassaolo tosiasiakysymykseksi. Koska 'suvereeni' tarkoittaa faktista vallanpitäjää, henkilöä tai henkilöjoukkoa, jota tosiasiallisesti totellaan, se ei ole samalla tavoin juridinen käsite kuin oli esimerkiksi 'valtio'. Reduktio täyttää siten vaaditun ehdon, joten tieteenteoreettisessa katsannossa ei sitä vastaan ole huomauttamista.[22] Teorian käyttökelpoisuus oikeustieteen mallina jää tällöin riippuvaksi siitä, miten hyödylliseksi suvereenin tahdon selvittäminen tutkimustehtävänä koetaan.

Sitä vastoin näyttää selvältä, ettei tämäkään käsitys vastaa oikeudellista kielenkäyttöä. Väitettä voidaan tukea lukuisilla kielenkäyttöesimerkeillä. Ar-

[19] Ks. *Hägerström,* Rätten och staten s. 116—117.

[20] Hägerströmin sanoin: ''..., så är den positiva rättens idévärld i själva verket en samling fiktioner, som i väsentlig grad bestämmas av där bakom liggande intressen, som kunna hålla sig uppe genom att kasta denna slöja framför sig.'' Rätten och staten s. 118.

[21] Hägerströmin tavasta ymmärtää Austinin teoria ks. Rätten och staten s. 120—122 ja Är gällande rätt s. 70.

[22] Ks. *Hägerström,* Är gällande rätt s. 70—71.

gumentit, joita Hägerström käyttää, voidaan jakaa kahteen osaan, nimittäin (*i*) niihin, jotka osoittavat, että suvereenin tahto ei ole normin voimassaolon *välttämätön* edellytys ja (*ii*) niihin, jotka osoittavat, ettei se ole myöskään *riittävä* edellytys. Hägerström itse ei tällaista jakoa tee, vaan se on tämän esityksen tarpeisiin valittu tyypittely.

(*i*). Nykyajan valtioissa, joissa oikeussäännöt ovat lukuisia ja monimutkaisia, voi suvereeni — olettakaamme että hän on fyysinen henkilö, esim. monarkki — tuntea vain pienen osan yhteiskunnassa vaikuttavista normeista siinäkin tapauksessa, että hän itse on osallistunut niiden säätämiseen. Lainsäädäntöön sisältyy siten lukuisia normeja, joiden sisällöstä suvereeni ei ole tietoinen. Tällöin hän ei myöskään voi missään plausiibelissa merkityksessä tahtoa niiden noudattamista. Kuitenkin niitä pidetään voimassaolevina tuntematta lainkaan huolta siitä, muistaako suvereeni tahtoa niiden noudattamista.[23]

Tähän on usein huomautettu, että suvereenin ei tarvitsekaan tuntea koko voimassaolevan oikeuden sisältöä. Riittää, kun suvereeni abstraktisti tahtoo, että kerran voimaantulleita oikeussääntöjä edelleen noudatetaan. Tämä tahtoteorian heikompi muoto on epäilemättä alkuperäistä teoriaa parempi. Vaikka ei olekaan mahdollista, että suvereeni tuntee kaikkien niiden normien sisällön, joita sanotaan voimassaolevaksi oikeudeksi, on hyvinkin ajateltavissa, että hän — laillisuuteen kasvatettuna — tahtoo niiden noudattamista. Teorian (*T3*) paikkansapitävyyden kannalta on kuitenkin olennaista selvittää, onko tämän tahdon olemassaolo *välttämätöntä,* jotta oikeussäännön voitaisiin sanoa olevan voimassa.

Tähän kysymykseen on vastattava kieltävästi. Jos teoria pitäisi paikkansa, olisi tutkittaessa, onko jokin sääntö N voimassaolevaa oikeutta, kiinnitettävä ensisijainen huomio siihen, mikä on suvereenin suhtautuminen kyseiseen normiin ja oikeusjärjestykseen yleensä. Näin ei kuitenkaan käytännössä menetellä. Asiaan ei paneuduta edes silloin, kun on erityistä aihetta epäillä suvereenin tahdon suuntautumista. Nuoren ja kokemattoman kruunuperillisen tullessa kuolleen monarkin sijaan on mahdollista, että hänellä ei ole aavistustakaan yhteiskunnassa voimassaolevista normeista eikä edes siitä, että hänen täytyy in abstracto tahtoa niiden noudattamista. Kenenkään mieleen ei silti tule kantaa huolta tästä asiasta.[24]

Mikäli suvereenin paikalle sijoitetaan monarkin asemesta jokin kollektiivinen elin, esimerkiksi parlamentti, eivät teorian kohtaamat vaikeudet suinkaan

[23] Ks. *Hägerström,* Rätten och staten s. 126.
[24] Ks. *Hägerström,* Rätten och staten s. 127.

vähene. Tahtoteorian alkuperäinen muoto törmää jälleen edellä kerrottuun mahdottomuuteen. On mahdotonta, että parlamentin jäsenillä olisi täsmällinen tieto kaikkien säätämiensä oikeussääntöjen sisällöstä ja että he niin muodoin voisivat tahtoa niiden jokaisen noudattamista. Teorian pelastamiseksi joudutaan siten jälleen turvautumaan sen heikompaan muotoon. Sen mukaan sääntöjen sisällön tunteminen ei ole välttämätöntä, jotta oikeussääntöjen voitaisiin sanoa olevan parlamentin jäsenten tahdonilmaisuja. Riittää kun parlamentin jäsenet yleisesti tahtovat säätämiensä normien noudattamista.

Tähän voidaan jälleen huomauttaa, että parlamentin jäsenet lainkuuliaisina kansalaisina tavallisesti tahtovat lakien noudattamista. Kun parlamentin jäsen antaa äänensä lakiesityksen puolesta, hän yleensä toivoo, että siitä tulisi voimassaolevaa oikeutta. Tämä ei kuitenkaan ole lain voimassaolon kannalta välttämätöntä. Kansanedustaja saattaa erehdyksessä painaa ”jaa”-nappia tai heti äänensä annettuaan katua päätöstään. Lain voimaantulon ja voimassaolon kannalta tällä ei kuitenkaan ole mitään merkitystä. Mikäli ehdotuksen puolesta annetut äänet saavuttavat enemmistön, sen sisältämistä säännöksistä tulee voimassaolevaa oikeutta aivan riippumatta siitä, mitä kansanedustaja on tarkoittanut.[25]

Vielä absurdimmalta teoria vaikuttaa, jos tarkastelemme oikeusnormeja, jotka ovat vuosikymmeniä tai -satoja vanhoja, ja syntyneet sellaisten lainsäädäntöelinten toimesta, joiden jäsenet ovat jo kuolleet tai menettäneet asemansa. On selvää, ettei tällaisen normin voimassaolo perustu siihen, että normin säätämisaikaisen parlamentin jäsenet tahtovat sen noudattamista. Sen katsotaan irtautuneen säätäjiensä persoonasta ja pysyvän voimassa täysin heidän kohtaloistaan riippumatta. Ainoa mahdollisuus on tällöin omaksua käsitys, jonka mukaan niiden voimassaolo perustuu istuvan parlamentin jäsenten tahtoon. Tämä analyysi on kuitenkin ilmeisen virheellinen. Tutkiessamme, onko jokin — sanokaamme Kustaa III:n aikuinen — sääntö edelleen voimassa, emme kiinnitä mitään huomiota siihen, tahtooko joku kansanedustaja sen noudattamista vaiko ei. Mikäli käsiteanalyysi pitäisi paikkansa, tulisi tutkimus kuitenkin aloittaa tämän selvittämisestä.[26]

---

[25] Ks. *Hägerström,* Rätten och staten s. 131—133.

[26] Hägerström huipentaa kritiikkinsä seuraavasti: Jos oikeuden voimassaolo perustuisi parlamentin jäsenten tahtoon, olisi pelättävissä, ”att i alla länder där ett parlament har del i härskarmakten hela samhällsordningen en vacker dag springer sönder, därför att herr Olofsson från Skuttunge by eller någon annan i staträttens hemligheter mindre invigd ledamot icke har vett att ha sin vilja inriktad på dess bestånd. Men, mirabile dictu, ingen gör sig besvär med att bävande utforska herr Olofssons vilja i det avseendet.” Rätten och staten s. 143.

Havainnollistaakseen tahtoteorian kannattajien tekemää ajatusvirhettä Hägerström ottaa esimerkin. Ajatelkaamme, että jollakin on taskussaan voimakas pommi, jolla hän voisi tahtoessaan räjäyttää pilvenpiirtäjän ilmaan. Minkä vuoksi ajatus, että pilvenpiirtäjän pystyssäolo perustuu hänen tahtoonsa, on virheellinen? Virheellisyys piilee Hägerströmin mukaan luvattomassa johtopäätöksessä. Siitä seikasta, että pommin heittäminen kausaalisesti aiheuttaa rakennuksen kaatumisen, ei voida päätellä, että rakennuksen pystyssä pysyminen johtuu kausaalisesti henkilön tahdosta olla heittämättä pommia. Negatiivinen seikka (tahdon puuttuminen) ei voi olla positiivisen seikan (rakennuksen pystyssä pysymisen) syy.[27]

Arvioitaessa Hägerströmin esittämää rinnastusta joudutaan sen osuvuus toteamaan problemaattiseksi sikäli, että esimerkissä puhutaan koko ajan *kausaalisuhteista*. Käsiteanalyysissä, josta tahtoteorioiden kritiikissä on kyse, olemme puolestaan tekemisissä *käsitteellisten* suhteiden kanssa. Selvitettäessä, ovatko oikeussäännöt tahdonilmauksia, tutkittiin, vallitseeko suvereenin tahdon ja oikeussäännön voimassaolon välillä sellainen käsitteellinen suhde, että oikeusnormin voimassaolosta voidaan puhua ainoastaan, jos suvereeni tahtoo sen noudattamista. Tarkoituksena ei ollut tutkia, vallitseeko niiden välillä sellainen kausaalinen suhde, että suvereenin tahto kausaalisesti aiheuttaa voimassaolevan oikeussäännön syntymisen ja pitää sen voimassa samalla tavalla kuin rakennuksen lujuuteen ja tasapainoon vaikuttavat seikat kausaalisesti pitävät rakennuksen pystyssä.

Mutatis mutandis voidaan esimerkkiä kuitenkin pitää kuvaavana. Siitä seikasta, että pommimies saa tahtoessaan aikaan pilvenpiirtäjän romahtamisen, ei loogisesti seuraa, että pilvenpiirtäjän pystyssä pysyminen johtuu kausaalisesti hänen tahdostaan. Yhtä vähän siitä, että suvereeni tahtoessaan saa käyntiin prosessin, jonka illokutionaarisena seurauksena oikeussääntö lakkaa olemasta voimassa, seuraa loogisesti, että normin voimassaolo merkitsee samaa kuin 'Suvereeni tahtoo normin noudattamista'. Erehdys tässä päättelyssä on saattanut olla tahtoteoriain syntyyn vaikuttaneita tekijöitä.

(*ii*). Edellä sanotusta käy ilmi, että suvereenin tahdon olemassaolo ei ole oikeussäännön voimassaolon välttämätön edellytys. Että se ei ole myöskään *riittävä* edellytys, voidaan helposti osoittaa. Hägerström toteaa, että käytännöllisesti katsoen kaikissa valtioissa on jonkinlainen perustuslaki, josta norminantajan asema monin tavoin riippuu. Kuten kansalaisen täytyy nojata voimassaolevaan oikeuteen, jotta hänen vaatimuksiaan pidettäisiin pätevinä, tulee nor-

[27] Ks. *Hägerström,* Rätten och staten s. 144.

minantajan tukeutua valtiosääntöön, jotta annetut normit tulisivat voimaan. Jos norminantaja rikkoo säädettyjä muotoja tai ylittää toimivaltansa, ei tulosta kutsuta voimassaolevaksi oikeudeksi.[28] Vallanpitäjän tahdonilmaus ei siten yleensä ole riittävä edellytys normin voimassaololle.

Sama pätee useimpiin sellaisiin tilanteisiin, joissa hallitsijan valtaa rajoittamassa ei ole varsinaista perustuslakia. Tällöinkin hänen asemansa tavallisesti nojautuu johonkin perusteeseen, joka oikeuttaa hänen valtansa.[29] Normin voimassaolo ei tällöin viime kädessä perustu hallitsijan päätökseen, vaan hänen *oikeuteensa* tehdä päätöksiä.

Vallanpitäjän tahto ei Hägerströmin mukaan ole voimassaolon riittävä edellytys edes vallankumouksellisissa tilanteissa, joissa norminantaja toimii valtiosäännön normeja rikkoen. Hägerström ottaa esimerkiksi Pohjois-Amerikan vallankumouksen. Esimerkki saa erityistä painoa sen tähden, että tapahtumaa on yleensä käytetty argumenttina päinvastaiseen suuntaan. Esimerkiksi *Salmond* toteaa, että kapinalliset amerikkalaiset siirtokunnat eivät nojautuneet mihinkään lakiin, kun niiden asukkaat edustajiensa välityksellä laativat uuden perustuslain. Ainoa voimassaoleva laki oli Englannin valtiosääntö, jota tuolloin juuri rikottiin. Tästä hän päättelee, että valtiosääntökäytäntö (constitutional practice) on valtiosäännön normien looginen prius. Valtio ja valtiosääntö voivat olla olemassa ilman oikeusnormeja, mutta ei päinvastoin.[30]

Hägerström näkee asian toisin. Se, että kansan edustajien hyväksymä perustuslaki tunnustettiin valtiosäännöksi, ei johtunut heidän tahdostaan, vaan siitä, että heillä katsottiin olevan *oikeus* antaa normeja. Oikeussääntö, johon uuden valtiosäännön voimaantulo perustui, oli kansalaisten mielissä tehokkaana vaikuttava luontaisoikeudellinen ajatus kansalaisten perusoikeuksista. Loukkaamalla näitä oli Englannin kruunu menettänyt oikeutensa siirtokuntiin, ja valta oli palautunut luonnolliseen perustaansa, kansalle. Tämän tähden kansalaisilla oli oikeus säätää perustuslaki. Se seikka, että perustuslaista tuli voimassaolevaa oikeutta, perustui juuri tähän oikeuteen eikä pelkästään kansan ja heidän edustajiensa tahtoon.[31]

---

[28] Ks. *Hägerström,* Är gällande rätt s. 72.

[29] Tällainen peruste voi olla esimerkiksi kruununperimysjärjestys.

[30] Ks. Salmond John, Jurisprudence. (1913) s. 108. Sama käsitys esiintyy myös teoksen 11. painoksessa vuodelta 1957 s. 101.

[31] Ks. *Hägerström,* Är gällande rätt s. 74. Valpas lukija havaitsee, että käsiteanalyyttisestä ongelmasta on tässä vaivihkaa siirrytty geneettiseen. Termille ”voimassaoleva oikeus” ehdotettu deskriptiivinen käsitemääritelmä torjutaan vetoamalla tapaan, jolla voimassaoleva oikeus syntyy. Argumentin relevanssi on problemaattinen. Voidaanko siitä, miten voimassaoleva oikeus syntyy, päätellä, mitä ”voimassaoleva oikeus” tarkoittaa?

Tahtoteoria näyttäisi siten pitävän paikkansa ainoastaan sellaisissa yhteiskunnissa, joissa hallitsija voimatta nojata valtaansa mihinkään oikeusperusteeseen on keinolla taikka toisella hankkinut itselleen rajattoman vallan käskeä ja toteuttaa tahtonsa. Tällöin voisimme sanoa, että normin voimassaolo perustuu suvereenin tahtoon. Tällaista yhteiskuntajärjestystä ei Hägerströmin mukaan kuitenkaan kutsuttaisi oikeusjärjestykseksi. Koska siinä kaikki on suvereenin mielivallasta riippuvaista, se ei voisi tarjota suojaa hankituille oikeuksille, mikä juuri on oikeusjärjestyksen keskeinen tehtävä.[32] Oikeusjärjestyksen analyysinä *Austinin* ja *Benthamin* teoria on siten epäonnistunut. Sen esikuvana ei ole ollut oikeusjärjestys, vaan puhdas tyrannia.[33] Myöskään tutkimuksen mallina se ei ole kelvollinen, vaan on käytännöllisistä syistä epämielekäs. Kuten edellä selostettu analyysi osoitti, hallitsijan tahto ei yhteiskunnassa ole niin merkittävä seikka, että kokonaisen tieteenalan olisi syytä keskittyä sen tutkimiseen.

2.3. Tahtoteorioiden virheet — yhteenvetoa

Hägerströmin tahtoteorioita koskevan analyysin lopputulos voidaan kiteyttää sanomalla, että kaikki tahtoteorian muodot (*T1*)—(*T3*) ovat osoittautuneet erheellisiksi. Jokainen niistä sisältää väärän analyysin siitä, miten (voimassaolevan) oikeussäännön käsite on oikeustieteessä ymmärretty. Väärinä analyyseinä ne ovat myös poliittisesti arveluttavia. Antamalla erheellisen kuvan yhteiskunnallisesta todellisuudesta ne luovat väärän perustan poliittiselle toiminnalle. Esimerkiksi teoria, jonka mukaan oikeussäännöt ovat kansan yleisen tahdon ilmauksia, saattaa vaimentaa yhteiskunnan demokratisoimispyrkimyksiä synnyttämällä mielikuvaa, että tavoitteet on jo saavutettu.

Lakipositivistiset teoriat eivät kuitenkaan tähdänneet yksinomaan analyysiin. Ne pyrkivät myös tarjoamaan malleja siitä, miten oikeustieteen olisi kohteensa ymmärrettävä, jotta se ymmärrettäisiin tieteellisesti oikein. *Hägerströmin* arvio oli tässäkin suhteessa ankara: tahtoteoriat eivät metodisina malleina onnistuneet yhtään paremmin kuin analyyseinä. Ne olivat tähän tehtävään joko tieteellisesti tai käytännöllisesti soveltumattomia.

Tämän jälkeen voidaan kysyä, minkä tähden po. erheisiin on ajauduttu.

---

[32] Ks. *Hägerström,* Är gällande rätt s. 76.

[33] Ks. *Hägerström,* Är gällande rätt s. 76. Vrt. *Hart,* The Concept s. 19 ja s. 80, jossa todetaan, että teorian esikuvana on ollut ”gunman situation” so. tilanne, jossa A käskee B:tä luovuttamaan rahansa ja uhkaa tappaa hänet, jollei tämä tottele.

Miten analyysit, joiden virheellisyys on näin ilmeinen, ovat ylipäänsä voineet tiedeyhteisössä saada jalansijaa?[34]

Keskeinen sekaannuksen syy näyttää Hägerströmin mukaan piilevän siinä, että lakipositivistit ovat tulkinneet väärin oikeussääntöihin liittyvän *preskriptiivisen elementin*. Oikeussääntöjen preskriptiivisyys on ymmärretty yksinkertaisimmalla ajateltavissa olevalla tavalla tulkitsemalla ne valtion, hallitsijan tai kansan tahdon ilmaiseviksi käskyiksi.[35]

Tulkintaan sisältyy monta erehdystä. Ensinnäkin siinä on virheellisellä tavalla esitetty käsitteiden 'käskeä' ja 'tahtoa' välinen suhde. Siitä, että joku *käskee* adressaattia käyttäytymään tavalla X, ei loogisesti seuraa, että hän myös *tahtoo* adressaatin käyttäytyvän tavalla X.[36] Näin ollen, mikäli oikeussäännöt ovat käskyjä, ne eivät silti välttämättä ole kenenkään tahdonilmaisuja. Oikeussäännöt eivät kuitenkaan ole käskyjä. Vain oikeusjärjestystä vailla olevassa yhteisössä, puhtaassa despotiassa voi käyttäytymisen sääntely tapahtua käskyin tai niihin rinnastettavin uhkauksin.[37] Oikeussäännöt voidaan erottaa pelkistä mahtikäskyistä juuri siitä, että oikeussäännöt ovat tehtävään *oikeutetun* norminantajan vahvistamia ja että ne tämän vuoksi ovat *velvoittavia* sääntöjä. Oikeustieteen kielenkäyttö osoittaa Hägerströmin mukaan, että nimenomaan velvoittaviksi säännöiksi oikeussäännöt on ymmärretty ja että oikeustieteen tehtäväksi on nähty velvoittavien sääntöjen eikä suinkaan käskyjen sisällön selvittäminen.[38] Oikeussääntöjen preskriptiivisyys on niiden velvoittavuudessa, ei siinä, että ne olisivat käskyjä. Hägerströmin ajatus voidaan nähdäkseni ymmärtää niin, että velvoittavuus on oikeustieteessä omaksutun oikeussäännön käsitteen välttämätön käsitetunnusmerkki.[39]

---

[34] Tässä tarkastellaan nimenomaisesti sitä kysymystä, mitkä tekijät ovat johtaneet siihen, että po. teoriat ovat virheellisiä oikeustieteellisen kielenkäytön *analyyseinä*. Sitä kysymystä, minkä tähden ne ovat voineet saada kannatusta oikeustieteellisen tutkimuksen malleina, ei käsitellä, koska se ei Hägerströmin oman ajatuskehittelyn kannalta ole tärkeä.

[35] Ks. esim. *Hägerström,* Rätten och staten s. 120—122. Ks. myös *Evers,* Viljeteorins premisser s. 43—48.

[36] Ks. tästä *Hägerström,* Den objektiva rättens begrepp s. 51—55 ja *Hägerström,* Socialfilosofiska uppsatser s. 70—72.

[37] Ks. tästä edellä s. 65.

[38] Ks. *Hägerström,* Den objektiva rättens begrepp s. 122—126, jossa asiaa käsitellään yleisesti, ja s. 126—162, jossa esimerkein pyritään osoittamaan, että oikeustieteessä alituiseen sekoitetaan toisiinsa käsitteet 'olla käsketty' ja 'olla velvollisuutena' puhumalla käskyistä silloinkin, kun itse asiassa tarkoitetaan velvoittavia normeja. Vrt. *Hart,* The Concept s. 79—80, jonka mukaan teoria oikeudesta suvereenin käskyinä sekoittaa toisiinsa käsitteet 'to be obliged' ja 'to have an obligation'.

[39] Sitä vastoin se ei ole riittävä käsitetunnusmerkki, sillä sen nojalla ei oikeussääntöjä

Tämän osatuloksen varassa voidaan analyysiä jatkaa eteenpäin. Lukija muistaa, että Hägerströmin tarkoituksena oli selvittää, ymmärtääkö oikeustiede tutkimuskohteensa empiirisenä ilmiönä. Ongelma täsmentyy nyt muotoon, onko velvoittavuus empiirisesti havaittavissa oleva entiteetti tai predikaatti. Tämä tekee ymmärrettäväksi sen, että objektiivisen oikeuden käsitettä koskeva Hägerströmin teos keskittyy suurelta osin velvollisuuden käsitteen analyysiin.

2.4. Velvollisuuden käsitteen analyysi

2.4.1. Tämän jakson tärkeimmän lähteen muodostaa ''Till frågan om den objektiva rättens begrepp'' -teoksen viides luku ''Om pliktidéen''. Kuten koko teos, luku on hämärä ja vaikeatajuinen. On käyty keskustelua siitä, mitä ongelmaa *Hägerström* oikeastaan tutkii. Ainakin kolme tulkintavaihtoehtoa tulee kysymykseen. Näkökulma aiheeseen voi olla joko *psykologis-geneettinen, mentaalianalyyttinen* tai *semanttinen*:

(*1*) psykologis-geneettinen ongelma: Miten velvollisuuselämys syntyy?
(*2*) mentaalianalyyttinen ongelma: Mihin komponentteihin velvollisuuselämys voidaan jakaa?
(*3*) semanttinen ongelma: Mihin asiantilaan predikaatit ''olla velvollisuutena'' ja ''olla velvoittava'' viittaavat?

Fröström toteaa, että Hägerström ei näytä selkeästi oivaltaneen kysymysten (*1*) ja (*2*) välistä eroa. Tästä on ollut seurauksena, että hän keskustelee psykologis-geneettisestä ongelmasta, vaikka häntä ensisijaisesti kiinnostaa mentaalianalyyttinen ongelma.[40] Palauttaakseen keskustelun siihen, mikä on primäärisesti kiinnostavaa, Fröström pyrkii Hägerströmin teorian uudelleenformulointiin muuntamalla sen psykologisgeneettiset hypoteesit mentaalianalyyttisiksi.

Fröströmin havainto on ilmeisen paikkansapitävä. Hägerströmin tavoitteen ja hänen käyttämiensä argumenttien välillä vallitsee tietynasteinen inkongruenssi.[41] Käsitykseni mukaan teorian uudelleenformulointia on kuiten-

voida erottaa muista velvoittavista säännöistä. 'Oikeussäännön' tyhjentävään käsitemääritelmään ei Hägerströmin analyysi siten johtanut.

[40] Ks. *Fröström,* Axel Hägerström analys av värdeupplevelsen, s. 50—58. Kirjoituksessaan Fröström keskittyy *arvoelämystä* koskevien Hägerströmin väitteiden tarkasteluun. Hänen tuloksensa voidaan kuitenkin yleistää koskemaan myös velvollisuuselämystä, sillä Hägerström pitää po. elämyksiä rinnasteisina ja analysoi niitä saman mallin mukaan.

[41] Monet Hägerströmin argumenteista tulevat mentaalianalyyttisen kysymyksen kan-

kin syytä jatkaa vielä pitemmälle. Hägerström ei nähdäkseni tutkinut velvollisuuselämyksen komponentteja puhtaasta psykologisesta uteliaisuudesta, vaan asialla oli hänelle välinearvoa.

Kuten edellä on todettu, lauseen merkitys oli hänen mukaansa lauseen ''takana'' olevan mentaalisen aktin sisältö. Kysymys 'Mitä lause ''L'' tarkoittaa?' ja kysymys 'Mitä lausujalla on mielessään sanoessaan ''L''?' olivat hänelle ekvivalentteja. Tämä selittää mentaalianalyysin tarpeellisuuden. Sitä tarvittiin, jotta saataisiin selville, väittääkö velvollisuuselämyksen ilmaiseva lause, velvollisuuslause, jotakin todellisuudesta vaiko ei. Ongelma, josta Hägerström oli perimmältään kiinnostunut, oli siten luonteeltaan semanttinen.[42] Seuraavassa tarkastelen velvollisuuselämyksen analyysiä tästä näkökulmasta.

2.4.2. Analyysiä suorittaessaan *Hägerström* joutuu selvittämään velvollisuuselämyksen ja siihen eri suhteissa rinnastuvien elämysten välisiä suhteita. Hän tarkastelee erityisesti velvollisuuselämyksen, käskyn synnyttämän mielentilan ja aikomukseksi kutsutun mielentilan välisiä yhtäläisyyksiä ja eroavuuksia. Tämä johtaa hänet laajaan mentaalisten käsitteiden analyysiin, joka kattaa noin puolet koko objektiivisen oikeuden käsitettä koskevasta tutkimuksesta.[43] Analyysin yhteydet oikeusteoriaan saattavat vaikuttaa vähäisiltä. Tämä johtopäätös olisi kuitenkin virheellinen. Sen tulokset luovat pohjan koko Hägerströmin oikeusteorialle, minkä vuoksi niihin on tässä yhteydessä syvennyttävä.

Analyysin lähtökohdaksi Hägerström ottaa havainnon, jonka mukaan velvollisuuselämykseen liittyy erottamattomasti eräänlainen sisäinen pakko tietyn käyttäytymismallin noudattamiseen.[44] Tämä antaa hänelle aiheen kysyä, millainen po. sisäinen pakko on luonteeltaan ja mihin se perustuu.

Hägerström toteaa, että sisäinen pakko voi periaatteessa syntyä kahdella eri tavalla. Se saattaa ensinnäkin perustua subjektin omiin arvostuksiin ja tavoitteisiin. Tällainen on esimerkiksi uhkausta, kiristystä tai palkkiota käyttäen

nalta relevanteiksi ainoastaan hyväksymällä kyseenalainen lisäpremissi, jonka mukaan siitä, miten velvollisuuselämykset syntyvät, voidaan päätellä, mitä komponentteja po. elämykseen sisältyy. On vaikea sanoa, katsoiko Hägerström tämän premissin päteväksi.

[42] Hägerström ei varsinaisesti ollut kielifilosofi. Sellaiset semanttiset käsitteet, kuten 'referenssi', 'ekstensio', 'intensio', 'konnotaatti' ja 'denotaatti' olivat hänelle uskoakseni tuntemattomia. Tämä ei silti kaada tulkintaani, jonka mukaan hänen pääongelmansa velvollisuuselämystä tutkiessaan oli semanttinen. Se, miten Hägerström formuloi tutkimusongelmansa ja se, mikä hänen tutkimusongelmansa oli, ovat eri kysymyksiä. — Mentaalianalyyttisen ja semanttisen kysymyksen läheisestä yhteydestä Hägerströmin filosofiassa ks. myös *Petersson,* Axel Hägerströms värdeteori s. 58—71.

[43] Aihetta käsitellään po. teoksen sivuilla s. 45—122.

[44] Ks. *Hägerström,* Den objektiva rättens begrepp s. 61.

aikaansaatu sisäinen pakko.[45] Toimenpiteen kohteeksi joutuneessa syntyy näissä tapauksissa käyttäytymisaikomus, joka perustuu hänen haluunsa välttää epämieluisia seurauksia tai tulla palkituksi. Nykyistä terminologiaa käyttäen voitaneen sanoa, että tähän ryhmään kuuluvat kaikki ne tapaukset, joissa mielentila joka ilmaistaan lauseella 'Minun pitää tehdä K' perustuu praktista syllogismia käyttäen tehtyyn johtopäätökseen.[46]

Toisen ryhmän muodostavat tapaukset, joissa sisäinen pakko ei perustu subjektin omiin arvostuksiin tai tavoitteisiin. Tähän ryhmään kuuluu Hägerströmin mukaan mm. käskyn aikaansaama sisäinen pakko. Kun käsky on tehokas, se synnyttää adressaatissa *suoraan* käyttäytymisaikomuksen vetoamatta esim. uhkauksen tavoin hänen tavoitteisiinsa. Mielentila, joka ilmaistaan lauseella 'Minun pitää tehdä K' ei tällöin ole praktisen syllogismin johtopäätös, vaan se on syntynyt irrationaalisella tavalla, jota Hägerström kutsuu suggestioksi.[47]

Nyt voidaan kysyä, kumpaan ryhmään velvollisuuselämykseen kuuluva sisäinen pakko sijoittuu. Hägerström vastaa kielenkäyttöä koskevilla esimerkeillä, joista otan tässä esiin kaksi.[48]

Olettakaamme, että paatunut rikollinen haluaa välttää rangaistuksen. Paetessaan etsijöitä hän saattaa tuntea olevansa pakotettu mitä suurimpiin ponnistuksiin välttääkseen kiinnijoutumisen. Edessämme on siten esimerkki voimakkaasta, subjektin omiin arvostuksiin perustuvasta sisäisestä pakosta. On helppoa havaita, että emme tässä yhteydessä kuitenkaan puhuisi velvollisuudesta. Pikemminkin sanoisimme, että rikollinen on velvollinen käyttäyty-

---

[45] Uhkauksen käsitteen analyysistä ks. *Hägerström,* Den objektiva rättens begrepp s. 52.

[46] Praktisella syllogismilla tarkoitan tässä päättelykaaviota, jonka ensimmäinen premissi ilmaisee toimijan tavoitteen ja toinen premissi tavoitteen saavuttamisen välttämättömät edellytykset. Johtopäätöksenä on joko tietty käyttäytyminen, käyttäytymisaikomus tai mielentila, joka ei ole kehittynyt aikomuksen asteelle ja joka voidaan ilmaista sanomalla 'minun pitää tehdä K'. Tästä runsaasti keskustelua herättäneestä päättelykaaviosta ks. esim. *Makkonen,* Zur Problematik s. 40 ss., *von Wright,* Norm and Action s. 10, *sama* Explanation and Understanding s. 96 ss. sekä *Aarnio,* Laki teko ja tavoite s. 110—116.

Praktisella päättelyllä tarkoitetaan joskus myös sellaisia päätelmiä, joissa premisseinä on normeja tai normiväittämiä. Tällöin on kyse aivan toisentyyppisestä ilmiöstä. Ks. tästä esim. *von Wright,* Om s.k. praktiska slutledningar, s. 465—495. Ks. myös *Hedenius,* Om rätt och moral s. 119—130 ja *Ross,* Directives and Norms s. 139 ss. sekä *Lahtinen,* Zum Aufbau s. 156—165.

[47] Ks. *Hägerström,* Den objektiva rättens begrepp s. 51—60, jossa Hägerström tarkastelee käskyn vaikutustapaa käskyn adressaateissa.

[48] Ks. *Hägerström,* Den objektiva rättens begrepp s. 60—62.

mään juuri päin vastoin. Tämä osoittaa, että toimijan tavoitteiden ja hänen velvollisuuksiensa välinen ristiriita on täysin mahdollinen. Velvollisuudesta emme puhuisi myöskään silloin, kun joku esim. uhkauksen johdosta tuntee olevansa pakotettu tiettyyn käyttäytymiseen. Taipuessaan siihen hän ei noudata velvollisuuttaan, vaan kyseessä on puhdas varotoimenpide (klokhetsåtgärd). Nämä seikat viittaavat vahvasti siihen, että velvollisuuselämys ei perustu toimivan subjektin omiin arvostuksiin.

Voidaan kuitenkin väittää esimerkkien osoittavan pelkästään sen, että velvollisuuselämys ei voi perustua haluun välttää epämiellyttäviä *ulkoisia* seurauksia. Tällöin ei ole täysin poissuljettua, että velvollisuuden tunne voisi kuitenkin perustua toimijan arvostuksiin. Voidaan näet ajatella, että se syntyisi halusta välttää epämiellyttäviä *psyykkisiä* seurauksia, nimittäin omantunnon tuskia. Hägerströmin mielestä myös tämä tulkinta on virheellinen ja hän torjuu sen tavalla, joka on hänelle hyvin luonteenomainen. Jotta teon laiminlyönti voisi aiheuttaa omantunnon tuskia, meidän on hänen mukaansa jo koettava sen suorittaminen velvollisuudeksemme. Jos emme tunne velvollisuudeksemme käyttäytyä tavalla K, emme liioin tunne omantunnon tuskia käyttäytyessämme tavalla ei-K. Omantunnon tuskat perustuvat velvollisuuselämykseen. Näin ollen viimeksi mainittu ei voi perustua haluun välttää niitä.[49]

Näiden havaintojen pohjalta Hägerström päättelee, että velvollisuuselämys ei pohjaudu subjektin omiin arvostuksiin tai tavoitelaskelmiin. Velvollisuuselämys koostuu käyttäytymismallista ja impulssista toimia sen mukaisesti. Käyttäytymismalli koetaan sisäisesti pakottavana juuri sen tähden, että se ei ole seurausta subjektin omasta harkinnasta, vaan on siitä riippumaton.[50] Tässä suhteessa velvollisuuselämys muistuttaa käskyn synnyttämää mielentilaa, ja tämän Hägerström arveleekin olevan syynä siihen, että lakipositivistit ovat tulkinneet oikeussäännöt käskyiksi. Näin meneteltäessä on havaitusta yhtäläisyydestä kuitenkin tehty liian pitkälle meneviä johtopäätöksiä. Sukulaisuudestaan huolimatta eivät velvollisuuden tunne ja käskyn synnyttämä tunne ole identtisiä. Tästä on oireena jo seuraava kielellinen seikka. Käskyn synnyttämää mielentilaa, joka ilmaistaan muodossa ''jag skall'' ei voida ilmaista väitelauseen muodossa. Tämä johtuu Hägerströmin mukaan siitä, että se, mikä lauseella ilmaistaan, ei ole propositio (''enhetlig medvetande'') vaan tietyn käyttäytymismallin ja tahdonimpulssin simultaaninen assosiaatio. Tämän assosiaation luonnollinen ilmaus on imperatiivimuoto.[51] Puhuttaessa velvollisuudesta tilanne on

[49] Ks. *Hägerström,* Den objektiva rättens begrepp s. 62.
[50] Ks. *Hägerström,* Den objektiva rättens begrepp s. 63.
[51] Ks. *Hägerström,* Den objektiva rättens begrepp s. 58.

toinen. Velvollisuuden tunteen ilmaus saa usein väitelauseen muodon. Se ilmaistaan usein sanomalla 'Olen velvollinen tekemään X' tai 'X on minun velvollisuuteni'. Miten tämä kielellinen seikka tulisi ymmärtää?

Eräs mahdollisuus olisi ajatella, että velvollisuuselämys tekee ihmisen tietoiseksi jostakin erityislaatuisesta predikaatista, joka kvalifioi joko häntä itseään tai velvollisuudeksi koettua tekoa. Velvollisuuslauseiden indikatiivimuoto saisi tällöin selityksensä siitä, että se muiden indikatiivilauseiden tapaan ilmaisee proposition ts. lausuu, että lauseen loogisella subjektilla on tietty predikaatti.

Selvittääkseen hypoteesin paikkansapitävyyttä Hägerström tutkii mahdollisuuksia redusoida velvollisuuslause proposition ilmaisevaksi väitelauseeksi. Hän ottaa esille seuraavat filosofisessa keskustelussa suosiota saavuttaneet tulkinnat:[52]

(1) 'P on velvollisuuteni' = 'P:n laiminlyönti herättää siveellistä paheksumista.'
(2) 'P on velvollisuuteni' = 'Koen, että minun pitää tehdä P.'
(3) 'P on velvollisuuteni' = 'P:n tekemisellä on hyvinä pidettyjä seurauksia.'

Kussakin tulkinnossa deonttinen predikaatti 'velvollisuuteni' on korvattu ei-deonttisella predikaatilla. Hägerströmin mukaan yksikään niistä ei kuitenkaan ole samansisältöinen deonttisen predikaatin kanssa. Tavallisesti on tosin niin, että velvollisuuden laiminlyönti herättää siveellistä paheksumista, ja tavallisesti pitää paikkansa, että jos sanon 'P on velvollisuuteni' koen, että minun pitää tehdä P. Yleensä velvollisuuden täyttäminen myös aiheuttaa hyvinä pidettyjä seurauksia. Olennaista on kuitenkin havaita, että yhteys on *pelkästään empiirinen eikä käsitteellinen.* Tämä käy Hägerströmin mukaan ilmi siitä, että tulkinnoissa (1) ja (3) mainitun ei-deonttisen väitteen voi esittää myös täysin puolueeton (ointresserad) tarkkailija ilman, että hänen tahtonsa on millään tavoin asennoitunut tekoon tai sen laiminlyöntiin. Tällöin se ei voi olla samaa tarkoittava velvollisuuslauseen kanssa, koska sille mentaaliselle aktille, minkä velvollisuuslause ilmaisee, juuri on ominaista subjektin tahdon suggestiivinen so. hänen omasta harkinnastaan riippumaton suuntautuminen velvollisuuslauseessa kuvattuun käyttäytymiseen.

Myöskään tulkinto (2), jossa velvollisuuslause on redusoitu velvollisuuden tunnetta koskevaksi väitelauseeksi, ei Hägerströmin mukaan voi olla oikea. Moraalisessa kielenkäytössä erotetaan toisistaan ihmisten velvollisuuden tunteet ja heidän todelliset velvollisuutensa. Voidaan järkevästi sanoa 'Tunnet velvol-

[52] Ks. *Hägerström,* Den objektiva rättens begrepp s. 65—66.

lisuudeksesi tehdä P, mutta se ei ole velvollisuutesi, vaan sinun tulee kehittää itsellesi puhtaampi velvollisuuden tunto'. Tämä lause ei ole triviaalisesti epätosi, mikä osoittaa, että 'velvollisuus' ja 'velvollisuuden tunne' eivät merkitse samaa.[53]

Nämä vaikeudet synnyttävät Hägerströmissä epäilyn, että velvollisuuslauseiden kieliopillinen muoto on johtanut tutkijoita harhaan. Niiden väitelauseelle ominainen ulkoasu on synnyttänyt käsityksen, että 'velvollisuus' todella viittaa johonkin teon P ominaisuuteen. Päätelmä on luvaton, sillä lauseen kieliopillisen muodon ja sen tehtävien välillä ei vallitse kiinteää yhteyttä. Jo aikaisemmin analysoidessaan aikomuslauseita Hägerström on todennut, että kaikki indikatiivilauseet eivät ilmaise propositiota.[54] Sen tähden ei pidä luottaa lauseen kieliopilliseen muotoon, vaan kussakin tapauksessa on erikseen tutkittava, onko kyseessä ''ett verkligt omdöme'' ts. ilmaiseeko lause proposition vaiko ei.

Tutkiessaan velvollisuuslauseita Hägerström päätyy kieltävään vastaukseen. Hänen argumenttinsa ovat seuraavat:

Velvollisuuslause
(T1): '*Teko P on minun velvollisuuteni*' on ekvivalentti (''likvärdig'') lauseen T2 kanssa.
(T2): '*Minun täytyy toteuttaa P*'
T2 on puolestaan ekvivalentti lauseen T3 kanssa.
(T3): '*P:n pitää olla minun toimestani*'

Tästä Hägerström päättelee, että 'velvollisuus' ja 'pitää olla' ovat ekvivalentteja käsitteitä. Toisaalta muistamme, että jokainen arvostelma (omdöme) liittää johonkin olioon tietyn ominaisuuden. Jos velvollisuuslause (T1) tulki-

---

[53] Ks. *Hägerström,* Den objektiva rättens begrepp s. 65—66. Yleensäkin Hägerström korostaa, että tunne ja tunteen sisältö ovat eri asioita. Ks. tästä *Marc-Wogau,* Studier s. 122—126.

[54] Aikomukseksi Hägerström nimittää mielentilaa, joka henkilön päättäessä käyttäytymisestään saa ilmaisunsa aikomuslauseessa ''Teen niin'' (''detta skall jag göra''). Otettakoon esimerkiksi tilanne, jossa henkilö oltuaan pitkään kahden vaiheilla mennäkö elokuviin vaiko teatteriin tekee vihdoin päätöksensä: ''Menen teatteriin''. ''Menen teatteriin'' on esimerkki aikomuslauseesta, jonka luonnetta Hägerström tutkii. Hän havaitsee, että aikomuslause ei ole sen paremmin ennuste ''tulen menemään teatteriin'' kuin myöskään lausujan mentaalista tilaa kuvaava väite ''olen päättänyt mennä teatteriin''. Muita mahdollisuuksia tulkita aikomuslause arvostelmaksi ei hänen mukaansa ole, joten aikomuslause ei ilmaise propositiota, vaan pelkän assosiaation. Assosiaation jäseninä ovat ''känslan af viljeimpulsen'' ja ''ideen om mig såsom handlande på visst sätt''. Ks. *Hägerström,* Den objektiva rättens begrepp s. 45—48. Ks. myös *Broad,* Sense of Duty s. 100—101.

taan arvostelmaksi, ja kirjoitetaan näkyviin sen looginen rakenne, saadaan lause

(T1.1): '*On olemassa teko P, jolla on se ominaisuus, että se on minun velvollisuuteni*'.

Vaihtamalla ekvivalentit (T1.1) muuntuu muotoon

(T1.2): '*On olemassa teko P, jolla on se ominaisuus, että sen pitää olla*'.

Lause (T1.2) on Hägerströmin mielestä triviaalisti epätosi. On ristiriitaista väittää, että P on olemassa ja samalla todeta, että sen ainoastaan pitää olla olemassa. Tästä Hägerström päättelee, että velvollisuuslauseen (T1) ''takana'' oleva mentaalinen akti ei ole lainkaan arvostelma ja että velvollisuuslause ei siten ilmaise propositiota.[55]

Tämä johtopäätös on tärkeä kysyttäessä velvollisuuslauseen loogisen predikaatin 'pitää olla' konnotaatiota. Koska 'pitää olla' ei voi olla arvostelmassa jäsenenä, sen tarkoittama ominaisuus ei voi kuulua todellisuuteen. Hägerströmin sanoja käyttääkseni se ei saata olla ''ett led i verklighetssammanhanget''. Tässä suhteessa po. ominaisuus ja tunteiden sisällöt muistuttavat toisiaan, myöskään viimeksimainitut eivät kuulu (objektiiviseen) todellisuuteen.[56] Havaitsemastaan yhtäläisyydestä Hägerström tekee usein siteeratun johtopäätöksensä, jonka mukaan ''bakom pliktens böra ligger en känsla''. Lause on monimielinen, mutta tarkoittanee, että ominaisuus, johon ''pitää olla'' viittaa, on olemassa ainoastaan tunteen sisältönä.[57]

[55] Ks. *Hägerström,* Den objektiva rättens begrepp s. 66—67. Broad ei pidä Hägerströmin johtopäätöstä konklusiivisena. Hänen mukaansa ei ole suinkaan ilmeistä, että 'velvollisuus' ja 'pitää olla' olisivat ekvivalentteja termejä. Hän kritisoi myös tapaa, jolla Hägerström ymmärtää arvostelmaksi tulkitun velvollisuuslauseen loogisen rakenteen. Hägerströmin mallin mukaan tulkittuna myös esim. lause ''Lohikäärmeitä ei ole olemassa'' olisi loogisesti ristiriitainen, sillä lause ''On olemassa lohikäärme, jolla on se ominaisuus, että se ei ole olemassa'' on kontradiktio. Tämä osoittaa, että Hägerströmin tapa ymmärtää arvostelman rakenne, ei sovi kaikkiin arvostelmiin. On mahdollista, että velvollisuuslauseet kuuluvat juuri tähän arvostelmien ryhmään. Ks. *Broad,* Sense of Duty s. 107—108.

Kritiikistä ei pidä tehdä sitä päätelmää, että Hägerströmin johtopäätös olisi väärä. Se osoittaa luonnollisesti vain sen, että Hägerström ei ole johtopäätöstään kyennyt sitovasti todistamaan.

[56] Tunteelle on Hägerströmin mukaan ominaista, ''att dess innehåll ej för sig kan insättas i ett verklighetssammanhang och sålunda ej heller betraktas som real bestämdhet hos ett föremål. *Hägerström,* Den objektiva rättens begrepp s. 66.

[57] Se voisi tarkoittaa myös sitä, että velvollisuuselämys *syntyy* tunteen yhteydessä. Näin tulkittuna väitteen merkitys Hägerströmin päättelyssä kävisi kuitenkin käsittämättömäksi. Siitä, miten velvollisuuselämys syntyy, ei voitane loogisesti päätellä mitään velvollisuuslauseen merkitykseen nähden, joka tulkintani mukaan oli Hägerströmin varsinainen tutkimus-

Mainitusta tunteen ja velvollisuuden välisestä kytkennästä Hägerström päättelee, että velvollisuuslauseille voidaan antaa mentaalianalyyttinen tulkinta, joka vastaa tunneilmaisuille annettua tulkintaa. Velvollisuuslauseille on tämän mukaan tyypillistä, että ne eivät kieliopillisesta muodostaan huolimatta ilmaise propositiota, vaan pelkästään tunteen ja sen kohteen välisen simultaanisen assosiaation. Velvollisuuslauseen ''takana'' oleva mentaalinen tila käsittää siten kaksi elementtiä, nimittäin (*1*) ajatuksen tietystä käyttäytymisestä (kognitiivinen elementti) ja (*2*) siihen assosioituneen tunteen sisäisestä pakosta käyttäytyä po. ajatuksen mukaisesti (tunne-elementti).[58]

Voidaan kuitenkin kysyä, minkä tähden velvollisuuslauseet sanotusta huolimatta ilmaistaan väitelauseen muodossa. Hägerströmin mukaan mainitun assosiaation luonnollinen ilmaisutapa on imperatiivimuoto. Millä tavoin siitä poikkeaminen voidaan selittää?

Hägerström vastaa vetoamalla siihen tapaan, jolla velvollisuuslauseet syntyvät. Kuten arvostelmat, velvollisuuslauseet syntyvät ikäänkuin automaattisesti, ehdottoman refleksin tavoin tietyn (deonttisen) kokemuksen yhteydessä. Niiden synty muistuttaa arvostelmien syntyä myös siinä suhteessa, että niillä näyttää olevan tietynlainen yleispätevyys. Saman kulttuuri- ja kieliyhteisön jäsenissä samanlaiset kokemukset saavat aikaan yhtäläisen ilmauksen.[59] Nämä analogiat johtavat kielenkäyttäjiä harhaan. Lausujassa syntyy mielikuva, että hän todella lausuu arvostelman ts. liittää lauseen loogiseen subjektiin predikaatin, johon 'olla velvollisuutena' viittaa. Tämä on kuitenkin erehdystä. Mitä tahansa aistein havaittavaa predikaattia ajattelemmekin sijoitettavaksi deonttisen predikaatin tilalle, syntyy propositio (''omdömesföreställning''), jonka ilmaisu ei ole velvollisuuslause.

Näin ollen mikään aistein havaittava ominaisuus ei sovi termin 'olla velvollisuutena' konnotaatiksi. Predikaatti 'olla velvollisuutena' on vailla kaikkea havainnollisuutta. Hägerström katsoo tämän osoittavan, että me tarkoitamme[59a] sillä jotakin abstraktista ominaisuutta, jotakin joka liittyy velvol-

---

ongelma. On mahdollista, että Hägerströmin tarkoitusta vastaa parhaiten tulkinto ''Velvollisuuselämys syntyy tunteen yhteydessä ja termin 'pitää olla' konnotaatti on velvollisuudentunteen sisältö''. Hyvän kuvan tähän liittyvistä tulkintaongelmista tarjoaa *Marc-Wogaun* artikkeli ''Känslans plats i Hägerströms ontologi'' teoks. Marc-Wogau, Studier s. 113—133. Hägerströmin omista tutkimuksista lienee tältäkin osin tärkein Den objektiva rättens begrepp, ks. s. 47—49.

[58] Ks. *Hägerström,* Den objektiva rättens begrepp s. 73.

[59] Ks. *Hägerström,* Den objektiva rättens begrepp s. 71.

[59a] Huomattakoon, että sanonta ''tarkoitamme'' liittyy tässä Hägerströmin omaksumaan merkityksen teoriaan. Ks. siitä edellä s. 13. Modernimman, ei-psykologisen merki-

lisuuslauseen loogiseen subjektiin meidän kuitenkaan voimatta muodostaa mielikuvaa siitä, mitä se oikein on. Joka kerta, kun 'olla velvollisuutena' esiintyy, kuvittelemme kuitenkin, että kyseessä on sama ominaisuus, sama aisteilla havaitsematon jokin, johon termi viittaa. Tämä on Hägerströmin mukaan tyypillistä skolastiselle ajattelutavalle, jossa työskennellään konnotaatiota vailla olevilla ilmaisuilla kuvitellen, ''att det verkligen finns ett visst något, som bestämmer uttrycken, fast hvarje åskådlig föreställning därom saknas.''[60] Kuten muistetaan, tämän ajatustavan vastustaminen oli Hägerströmin keskeisiä teemoja.

2.4.3. Edellä sanotusta ilmenevät velvollisuuden käsitteen analyysin keskeisimmät tulokset. Kuvaus tavasta, jolla Hägerström niihin päätyi, jäisi kuitenkin puutteelliseksi, jollemme lyhyesti tarkastelisi argumentteja, joilla hän torjuu mahdollisuuden löytää po. termille konnotaatio ikäänkuin kiertoteitse, nimittäin *oikeuden* käsitteen kautta. Velvollisuuslausetta perustellaan hänen mukaansa tavallisesti vetoamalla siihen, että lauseessa mainittu teko on oikea: Olen velvollinen tekemään P, koska P:n tekeminen on oikein tässä tilanteessa.[61] Jatkokysymys kuuluu tällöin luonnostaan: *mitä tarkoittaa lause 'Tehdä P on oikein'*. mikäli predikaatti 'oikein' viittaa johonkin reaaliseen ominaisuuteen, myös termille 'velvollisuus' voidaan löytää konnotaatti redusoimalla velvollisuuslauseet oikeuslauseiksi.[62] Hägerströmin mukaan tämäkään tie ei ole käytettävissä. Myöskään termillä 'oikein' ei ole konnotaatiota. Todistelu, jolla hän puolustaa käsitystään, muistuttaa suuresti argumentaatiota, jota hän käytti vel-

---

tyksen teorian mukaan johtopäätös tulisi ilmaista toisin. Sen mukaan voitaisiin sanoa, että me *kuvittelemme* tarkoittavamme po. termillä jotakin abstraktista, havaintokokemuksen ulkopuolella olevaa ominaisuutta, mutta emme tosiasiassa tarkoita. Ts. teoriamme po. termin merkityksestä on väärä.

[60] Ks. *Hägerström,* Den objektiva rättens begrepp s. 72.

[61] Ks. *Hägerström,* Den objektiva rättens begrepp s. 74.

[62] Kysymys, miten Hägerström ymmärsi oikeuslauseen ja velvollisuuslauseen välisen suhteen, on epäselvä. Mitä tarkoittaa, että oikeuslausetta voidaan käyttää velvollisuuslauseen perusteluna. Eräs tulkinto olisi ajatella, että 'Tehdä P on oikein' implikoi lauseen 'P:n tekeminen on (jonkun) velvollisuus'. Toisaalta erääät hänen lausumansa viittaavat siihen, että po. lauseiden välillä ei ole lainkaan käsitteellistä suhdetta, vaan pelkkä kausaaliyhteys, jonka mukaan oikeuslause 'Tehdä P on oikein' *aiheuttaa* velvollisuuselämyksen, joka ilmaistaan velvollisuuslauseella 'A on velvollinen tekemään P'. Tämä olisi yhteensopiva sen kanssa, mitä Hägerström ajattelee oikeus- ja velvollisuuslauseiden logiikan mahdollisuudesta (ks. jälj. s. 78). Toisaalta oikeuslauseiden relevanssi velvollisuuslauseiden analyysissä katoaa, mikäli niiden välillä ei vallitse mitään käsitteellistä yhteyttä. Näin ollen täytynee lähteä siitä, että niiden välillä on jokin käsitteellinen side.

vollisuuslauseiden analyysin yhteydessä. Hän ottaa tutkiakseen seuraavat tulkintavaihtoehdot, jotka ennalta näyttävät mahdollisilta ja joita kirjallisuudessa on puolustettu:[63]

analysandum (T)		*analysans* (T^1—T^3)
(1) 'Tehdä P on oikein'	=	'Yhteiskunta tms. norminantaja käskee P'
(2) 'Tehdä P on oikein'	=	'P:n laiminlyönti aiheuttaa reaktion yhteiskunnan (tms. orgaanin tai yksilön) taholta'
(3) 'Tehdä P on oikein'	=	'P:n tekeminen edistää jonkun henkilön tai henkilöryhmän etuja' l. 'P on oikea keino ajettaessa jonkun henkilön tai henkilöryhmän etuja'

Tulkinnot T^1 ja T^2 Hägerström torjuu vetoamalla argumenttiin, joka muistuttaa *Mooren* kuuluisaa avoimen kysymyksen argumenttia. Siitä, että norminantaja käskee P, ei seuraa, että P olisi oikein, sillä aina voidaan kysyä, onko oikein totella po. käskyä. T ei myöskään palaudu yhteiskunnan tosiasiallista reagointia koskevaksi väitteeksi T^2, koska aina voidaan kysyä, oliko oikein reagoida po. tilanteessa.[64]

Tulkinnon T^3 mukaan 'Tehdä P on oikein' merkitsee puolestaan 'P on oikea *keino* jonkun etuja edistettäessä'. Tämäkään tulkintavaihtoehto ei Hägerströmin mukaan vastaa yleistä kielenkäyttöä. Moraalisessa kielenkäytössä ei teon moraalinen kvaliteetti suinkaan riipu sen kelpoisuudesta keinona. Väärän keinon valinta ei välttämättä merkitse, että teko olisi moraalisesti väärä. Myöskään juridiikassa ei teon korrektisuus riipu siitä, miten se edistää jonkun henkilön etuja. Jos henkilö A on ostanut tietyn esineen, hänellä on oikeus saada se haltuunsa riippumatta siitä, millaista vahinkoa hän saattaa sillä itselleen aiheuttaa. Tämän argumentin relevanssi saatetaan kenties riitauttaa huomauttamalla, että tulkinnossa T^3 edulla ei tarkoitetakaan mitä tahansa etua, vaan nimenomaisesti *oikeudellista* etua l. intressiä. Vaikka esineen — esim. vahingollisen lääkkeen — luovuttaminen ostajalle saattaa häntä fyysisesti vahingoittaa, se on silti hänen oikeudellisten intressiensä mukainen toimenpide. Tällöin kuitenkin Hägerströmin mukaan unohdetaan, että oikeudellista intressiä ei voida määritellä viittaamatta tekoon, jonka tekeminen on oikein. Sekä 'oikeus' että 'oikeudellinen intressi' ovat molemmat juridisia käsitteitä. Niiden suhde reaalimaailmaan on yhtä ongelmallinen, joten kysymystä toisen konnotaatiosta ei voida ratkaista määrittelemällä se toisen avulla.[65]

[63] Tosiasiassa Hägerström tarkastelee neljättäkin tulkintavaihtoehtoa. Jätän sen tässä kuitenkin sivuun, koska se ei nähdäkseni ole relevantti oikeustieteessä omaksuttua oikeuden ja velvollisuuden käsitettä eksplikoitaessa.

[64] Ks. *Hägerström,* Den objektiva rättens begrepp s. 74—75.

[65] Ks. *Hägerström,* Den objektiva rättens begrepp s. 76.

Lopputulokseksi muodostuu siten, että mikään po. reduktioyrityksistä ei johda perille. Mikä siis olisi oikeuslauseen ilmaiseman psyykkisen aktin korrekti analyysi? Hägerström vastaa selostamalla oikeuskäsitysten syntyprosessia.[66] Hän toteaa, että kaikki ihmiset joutuvat varhaisesta lapsuudestaan asti monenlaisen käyttäytymisen ohjailun kohteeksi. Aluksi ovat keskeisiä kasvattajien antamat ohjeet ja määräykset. Myöhemmin tulee mukaan lainsäädännön ja sen sosiaalisen yhteisön vaikutus, jossa yksilö elää.

Kaikki mainitut tekijät vaikuttavat jokseenkin yhdensuuntaisesti tukien ja vahvistaen toisiaan. Näin syntyy vähitellen eräänlainen käyttäytymiskoodi. Eräät asiantilat leimautuvat sellaisiksi, joiden pitää tapahtua tai jotka ovat oikeita. Toiset puolestaan saavat liitteekseen kyltin ''ei saa tapahtua'' tai ''väärin''. Koska tämä tapahtuu pitkän ajan kuluessa ja eri norminantajien yhteisvaikutuksen tuloksena, pääsee helposti unohtumaan, että kyseiset määreet ovat pelkästään norminantajien asiantiloihin liittämiä kylttejä. Syntyy illuusio, että tiettyihin asiantiloihin objektiivisesti kuuluu ominaisuus ''pitää tapahtua'' tai ''ei saa tapahtua''.[67] Näin teot kvalifioituvat oikeiksi ja toiset vääriksi.

Tämä on kuitenkin, kuten sanottu, pelkkää illuusiota. Oikeiksi kutsutuilla teoilla ei ole mitään yhteistä ominaisuutta, johon po. termi viittaisi. 'Oikein' on — kuten *C. D. Broad* sattuvasti tulkitsee Hägerströmin ajatusta — pelkkä isän, lastenhoitajan, poliisin tai muun norminantajan äänen aavemainen kaiku, joka sosiaalistumisprosessin tuloksena on iskostunut tajuntaamme.[68]

Edellä sanotusta Hägerström päättelee — mikäli olen hänen erittäin vaikeaselkoisen esityksensä oikein tulkinnut — että myöskään 'Tehdä P on oikein' ei ilmaise propositiota, vaan pelkän assosiaation. Sen kognitiivisenä elementtinä on ajatus P:n tekemisestä. Sitä vastoin sen toisena elementtinä ei ole tunne-elementti, kuten velvollisuuslauseissa. Tämä mahdollisuus on hänen mukaansa poissuljettu, koska käsitys, että teko P on oikea, *edeltää* velvollisuuselämystä (ja siihen kuuluvaa tunne-elementtiä). Ainoaksi mahdollisuudeksi jää siten ajatus, että assosiaation toisena jäsenenä on po. *sana itse,* Hägerström toteaa.[69] Kun 'Tehdä P on oikein' esiintyy velvollisuuslauseen perusteluna, sen oikea analyysi on '*Tehdä P, oikein*'. 'Oikein' ei po. yhteydessä viittaa mihin-

[66] Tässä ilmenee jälleen Hägerströmille tunnusomainen piirre vastata käsiteanalyyttiseen kysymykseen geneettiseen kysymykseen vastaamalla.

[67] Ks. *Hägerström,* Den objektiva rättens begrepp s. 82—83.

[68] On syytä muistuttaa siitä, että tässä yhteydessä on analysoitu nimenomaan sellaista oikeuslausetta, jota käytetään velvollisuuslauseen perusteluna. Näin ollen analyysi ei välttämättä sovellu muihin oikeuslauseisiin.

[69] Ks. *Hägerström,* Den objektiva rättens begrepp s. 89—90.

kään ominaisuuteen eikä ole myöskään tunteen ilmaus, vaan kyse on käyttäytymismallin ja pelkän sanan välisestä assosiaatiosta. Hägerström ei lähemmin selitä, millä tavoin kyseinen assosiaatio olisi ymmärrettävä.[70] Asian tarkempi pohdinta johtaisi esityksen sivuraiteelle. Tyydyn sen tähden vain toteamaan hänen lopputuloksensa: termille 'velvollisuus' ei tätäkään kautta voida löytää konnotaatiota.

2.5. Velvollisuuden käsitteen analyysi — yhteenvetoa, johtopäätöksiä

Hägerström sai aiheen velvollisuuden käsitteen laajamuotoiseen analyysiin havainnostaan, jonka mukaan oikeustieteen tutkimuskohde ymmärretään voimassaolevien eli velvoittavien oikeussääntöjen kokonaisuudeksi. Velvoittavuus oli hänen analyysinsä mukaan oikeustieteessä omaksutun oikeussäännön käsitteen välttämätön käsitetunnusmerkki. Jotta saataisiin selville, täyttääkö oikeustiede tutkimuskohteensa puolesta tieteellisyyden kriteerit, oli tutkittava, onko velvoittavuus (Hägerströmin ontologiassa) todellinen ominaisuus vaiko ei.

Hägerström päätyi kieltävään vastaukseen. Termeiltä ''velvollisuus'' ja ''velvoittavuus'' puuttuu konnotaatio. Velvollisuuslauseet, joissa velvollisuuselämys saa ilmaisunsa, eivät ilmaise propositiota, vaan pelkän assosiaation. Sellaisina niiltä puuttuu totuusarvo, joten niitä ei voida käyttää tieteen tulosten ilmaisemiseen. Niitä ei liioin voida käyttää premisseinä tieteellisessä päättelyssä tai argumentaatiossa, sillä operointi konnotaatiota vailla olevilla käsitteillä on Hägerströmin mukaan ''skolastiikkaa''. Tämä tarkoittanee mm. sitä, että Hägerström kiisti normien logiikan mahdollisuuden[71] ja kielsi samalla ns. käsitteistä päättelyn, jonka premisseissä esiintyy deonttisia termejä.

Tarkasteltaessa Hägerströmin analyysiä voidaan havaita, että sen lopputulos käy kiintoisalla tavalla yksiin *Kelsenin* ajatusten kanssa. Molemmat päätyivät siihen, että oikeuteen kuuluvaa pitämistä ei voida palauttaa olemisen maailmaan.[72] Kantilainen ajatus olemisen ja pitämisen jyrkästä erosta kuului

[70] Erään, mielestäni melko epäilyttävän tulkintayrityksen on tehnyt *Marc-Wogau,* Studier s. 29—31. Hän esittää hypoteesin, jonka mukaan po. assosiaatio voitaisiin tulkita teoreettiseksi väittämäksi, joka koskee tietyssä kieliyhteisössä vallitsevia oikeuskäsityksiä. Nähdäkseni hypoteesi kuitenkin joutuu ristiriitaan Hägerströmin tarkoitusten kanssa. Hägerströmhän pyrki (tulkintani mukaan) osoittamaan juuri sen, että oikeuslause ei ilmaise arvostelmaa (omdöme) eikä siis ole väite.

[71] Näin on Hägerströmin ajatuksia tulkinnut mm. *von Wright,* Om s.k. praktiska slutledningar s. 470—471 erit. av. 13 ja 16.

[72] Kritiikki, jonka Kelsen suuntasi tahtoteorioihin, perustui juuri tähän näkökohtaan. Pyrkiessään redusoimaan pitämisen olemisen maailmaan tahtoteoriat tavoittelivat hänen mu-

kumpaisenkin peruslähtökohtiin.[73] Heidän suhtautumisensa mainittuun seikkaan oli sitä vastoin jyrkästi toisistaan poikkeava. Oikeuden kuuluminen pitämisen maailmaan oli Kelsenille osoitus oikeustieteen puhtaudesta ja omaleimaisuudesta. Se oli hänelle peruspiirre, joka erotti oikeustieteen luonnontieteestä ja soi sille olemassaolon oikeuden.[74] Hägerströmin asennoituminen oli juuri päinvastainen. Metafyysisenä monistina hän ei voinut hyväksyä ajatusta pitämisen maailmasta; kaikki mikä oli todellista, kuului ajallispaikalliseen kokemusyhteyteen.

Johtopäätös, johon Hägerströmin premisseistä päädytään, on tyrmäävä. Oikeustieteen tuloslauseet, jotka ovat tyyppiä ”N on voimassaolevaa oikeutta”, eivät lausu mitään todellisuudesta. Niitä käyttävä oikeustiede ei täytä sitä tehtävää, joka kaikilla tieteillä on todellisuuden piirteiden selvittäjänä. Oikeustiede, kuten muutkin käytännöllisestä filosofiasta peruskäsitteensä ammentavat tieteet, on pelkkää metafysiikkaa.[75]

Oikeustiedettä sisältä päin tarkasteleva tutkija olisi varmaankin epäröinyt tehdä tällaista johtopäätöstä. Hänen olisi ollut vaikea hyväksyä ajatusta, että oikeustiede oli itseasiassa vain joukko kognitiivisesti mielettömiä sanajonoja.[75a] Ainakin se olisi herättänyt hänessä lisäkysymyksen: Miten kulttuurityö, jonka tuloksena on vain joukko teoreettisesti mielettömiä sanajonoja, voi kuitenkin olla yhteiskunnallisesti vaikuttavaa ja hyödyllistä. Hägerströmillä tätä kysymystä ei herännyt. Hänen tuloksensa vahvisti hänen teoriaansa, jonka mukaan metafysiikka hallitsee tiedettä. Teoriaan sopivana tulos saattoi problemaattisuudestaan huolimatta tulla vaivatta hyväksytyksi.

2.6. Metafysiikasta tieteeksi

Annettuaan oikeustieteelle tuomionsa *Hägerström* jäi velkaa vastauksen, joka osoittaisi, miten oikeustieteen tulisi ymmärtää tutkimuskohteensa, jotta syytökset metafysiikasta voitaisiin välttää. Kaivattiin positiivista vaihtoehtoa.

---

kaansa mahdottomia. Ks. esim. *Kelsen,* General Theory of Law and State s. 29—37.

[73] Kelsenin ja Hägerströmin ajatustapojen suhteita tarkastelee laajahkosti *Bjarup,* Reason, Emotion and the Law s. 383—417.

[74] Ks. *Kelsen,* Puhdas oikeusoppi esim. s. 3, 6, 11, 86—89 ja 99.

[75] Ks. tästä Selbstdarstellung s. 42—48.

[75a] Hägerström karakterisoi metafysiikkaa mm. seuraavaan tapaan: Die Metaphysik ”ist aber nichts anderes als eine Réihe von Wortverbindungen, über deren Charakter der Metaphysiker nichts weiss”. Ks. Selbstdarstellung s. 26. Tätä, kuten muitakaan vastaavia luonnehdintoja ei voitane tulkita tyhjentäviksi käsitemääritelmiksi.

Tehtävästä suoriutuminen edellytti kaksi perusvaatimusta täyttävän vastauksen konstruointia: sen tuli olla sekä tieteenteoreettisesti korrekti että oikeustieteen käytännöllisen tehtävän kannalta mielekäs.

Tältä osin Hägerströmin työ jäi puolinaiseksi. Hänen rakentavia ehdotuksiaan rasittaa luonnosmaisuus. Niissä on melko vähän jäljellä terävänäköisyydestä ja syvällisyydestä, joka leimasi hänen kritiikkiään. Mahdollisesti ongelma oli tarkoitus ratkaista objektiivisen oikeuden käsitettä koskevan teoksen toisessa osassa, joka ei koskaan ilmestynyt.

Tieteenteoreettisessa katsannossa mahdollisena Hägerström pitää ajatusta oikeustieteen tutkimuskohteen uudelleenmäärittelemisestä omaksumalla johdonmukaisesti tahtoteorian muoto (*T3*): 'sääntö N on voimassa' merkitsee 'suvereeni käskee noudattamaan sääntöä N'. Jos voimassaolo ymmärrettäisiin tähän tapaan, voimassaololauseet muuttuisivat teoreettisiksi väitteiksi, joiden totuusarvo voidaan (periaatteessa) selvittää. Metafyysisiä oletuksia ei tarvittaisi. Ratkaisu ei kuitenkaan täytä toista perusvaatimusta. Vallanpitäjän tahto ei yhteiskunnassa, joka ei ole tyrannia, ole niin keskeinen tekijä, että oikeustieteen kannattaisi rajoittua sen sisällön tutkimiseen.

Mikäli oikeustiede rajaisi tutkimuskohteensa edellä mainitulla tavalla, se kadottaisi Hägerströmin mukaan näkyvistään juuri ne seikat, joiden ansiosta oikeusjärjestyksellä tapahtuva käyttäytymisen säätely on mahdollista.[76] Sääntöjen noudattaminen riippuu olennaisesti siitä, että ne ymmärretään velvoittaviksi.[77] Ajatus, että velvoittavuus (sitovuus) olisi jonkin käyttäytymismallin objektiivinen ominaisuus, on tosin metafyysinen — tai kuten Hägerström myös toteaa — ''epälooginen idea''. Kuitenkin oikeusjärjestys säilyy tehokkaana juuri sen tähden, että nämä epäloogiset ideat vaikuttavat ihmisten mielissä. Tästä syystä oikeustieteen kohdetta, oikeussääntöä ja voimassaolevaa oikeutta koskeva analyysi ei voi niitä syrjäyttää.[78]

Tämän parempaa vastausta oikeustieteen tutkimuskohdetta koskevaan kysymykseen Hägerström ei 1910-luvun tuotannossaan antanut. Hänen pääpanoksekseen jäi kritiikki, jonka mukaan (1) asiaa koskevat teoriat eivät vastaa oikeustieteessä omaksuttua käsitystä ja (2) oikeustieteen tapa ymmärtää

[76] Tämä Den objektiva rättens begrepp -teoksen 9. luvun pääajatus on sen otsikossa ilmaistu seuraavasti: ''Viljeteorins konsekventa genomförande — utan inblandning af främmande element — skulle beröfva den dess egentliga vetenskapliga betydelse att vara en belysning af de ologiska ideer, som äro verksamma i det faktiska rättslifvet.'' Ks. m.t. s. VII.

[77] Ks. *Hägerström,* Den objektiva rättens begrepp s. 117—118, jossa hän esittelee niitä sosiaalipsykologisia tekijöitä, joiden vaikutuksesta velvoittavaksi koettu oikeussääntö on huomattavasti käskyksi koettua käyttäytymismallia tehokkaampi.

[78] Ks. *Hägerström,* Den objektiva rättens begrepp s. 162—168.

tutkimuskohteensa on metafyysinen. Ainoaksi rakentavaksi vihjeeksi jäi vaivihkaa esiin heitetty ajatus, että oikeustieteen kohdetta määriteltäessä on velvollisuuden tunne jollakin tavoin otettava mukaan.

Myöhemmin Hägerström palasi tähän kysymykseen. Viimeisteltyä vastausta hän ei milloinkaan antanut, mutta 1920-luvulla hän sivusi asiaa luennoillaan[79] ja julkaisi vuonna 1931 laajahkon artikkelin ”Till frågan om begreppet gällande rätt”, jonka lopussa hän esittelee omaa käsitystään.[80] Merkitystä on myös vuonna 1939 julkaistulla kirjoituksella ”En straffrättslig principundersökning[81], johon sisältyy yhteenvedonomainen esitys oikeusjärjestystä ylläpitävistä tekijöistä.

Edellä kuvatun kritiikin valossa on selvää, että oikeussäännön voimassaolon tuli Hägerströmin konseptiossa tarkoittaa jotakin ajassa ja paikassa ilmenevää tosiasiaa. Voimassaolevan oikeuden käsitetunnusmerkkejä etsittäessä tuli kiinnittää huomiota siihen miten ne ilmiöt, joita pidämme oikeudellisina, aisteillemme ilmenevät. Hägerström valitsee esimerkiksi omistamiseksi kutsutun ilmiön ja kysyy, mitä empiirisesti havaittavaa siihen sisältyy. Kun jätämme syrjään metafyysiset spekulaatiot, voimme hänen mukaansa helposti nähdä vastauksen: se, että omistamisesta voidaan puhua, perustuu siihen, että yhteiskunnan oikeuskoneisto faktisesti toimii omistajan eduksi. Omistaja voi käyttää omistajankanteita sitä vastaan, joka häiritsee hänen hallintaansa. Sitä vastoin kukaan ei voi käyttää näitä kanteita omistajaa vastaan. Kanteet saavat tosiasiallisen voimansa sen kautta, että tuomioistuin tekee päätöksen omistajan eduksi ja että täytäntöönpanoviranomainen sen tarvittaessa pakolla toteuttaa.[82] Tästä syntyy se suojattu asema, jota voidaan kutsua omistusoikeudeksi. Sama pätee muihin oikeuksiin. Niiden olemassaolo tarkoittaa suojattua asemaa, joka perustuu siihen, että viranomaiset faktisesti toimivat oikeudenhaltijan hyväksi.

Myös velvollisuuden ja oikeudenvastaisuuden käsitteiden yltä voidaan samaan tapaan kuoria metafysiikan vaahto, jolloin havaitaan, että ne yhteiskunnallisina ilmiöinä tarkoittavat ainoastaan tietyn käyttäytymisen ja viranomaisreaktion välistä suhdetta. Oikeudenvastaista on käyttäytyminen, joka yh-

[79] Hägerströmin luentoja on Hägerström-kommittén toimesta julkaistu teoksessa ”Rätten och staten”, jota tässä on käytetty lähteenä.

[80] Artikkeli on kirjoitettu Alf Rossin vuonna 1929 julkaiseman väitöskirjan ”Theorie der Rechtsquellen” kirja-arvosteluksi ja puolustukseksi Vinding Krusen siitä esittämää kritiikkiä vastaan. Sen yhteys Rossin teokseen on silti sangen väljä. Monin paikoin tekijä siirtyy aiheestaan sivuun esittelemään omia käsityksiään.

[81] Ks. SvJT 1939 s. 209—225.

[82] Ks. *Hägerström,* Rätten och staten s. 201—202 ja Principundersökning s. 210.

teiskunnassa faktisesti sovellettujen sääntöjen mukaan aiheuttaa viranomaisreaktion. Oikeudellinen velvollisuus on käyttäytymistä, jonka laiminlyönti on oikeudenvastaista.[83]

Kun nämä havainnot yhdistetään, nähdään oikeusjärjestyksen voimassaolon empiirisenä faktana tarkoittavan sitä, että viranomaiset tosiasiallisesti noudattavat tiettyjä sääntöjä. Yhteiskunnan oikeusjärjestys on ajateltu käyttäytymissääntöjen järjestelmä, joka toteutuu käytännössä.[84] Myös yksityisoikeudelliset käyttäytymisnormit, vaikka ne sanamuotonsa mukaan kohdistuvat yksityisiin kansalaisiin, saavat todellisen merkityksensä sitä kautta, että *viranomaiset* niitä soveltavat.

Yksityisoikeudelliset käyttäytymisnormit eroavat siten esim. prosessuaalisista menettelynormeista ainoastaan sikäli, että niissä ilmaistaan ne tosiasiat, joihin vetoaminen aiheuttaa viranomaisreaktion, kun taas menettelynormeissa ilmaistaan, millä tavoin kyseisiin tosiseikkoihin tulee vedota viranomaisreaktion aikaansaamiseksi.[85] Kummatkin antavat siten informaatiota oikeudellisen pakon käyttöedellytyksistä.

Tämä vastaus sisältää pähkinänkuoressa ne ajatukset, jotka skandinaavinen oikeusrealismi myöhemminkin laajalti hyväksyi: (1) oikeussäännöt säätelevät juridisten pakkotoimien ehtoja ja (2) oikeussäännön voimassaolo on merkitysrelaatiossa tai jossakin muussa käsitteellisessä suhteessa säännön tehokkuuteen viranomaiskäytännössä. Verrattaessa tätä lopputulosta aikaisemmin esitettyyn, vaikuttaa siltä, että *Hägerström* vuosien kuluessa hieman muutti käsitystään. Velvollisuuden tunne, jonka tärkeyteen objektiivisen oikeuden käsiteanalyysissä hän aikaisemmin viittasi, näyttää nyt menettäneen asemansa voimassaolon käsitteellisenä ehtona. Se, että kansalaiset kokevat normin itseään velvoittavaksi, ei enää ole voimassaolon käsitteellinen edellytys, vaan näyttää sijoittuvan lähinnä kausaalisten ehtojen joukkoon.[86]

Voimassaolon kausaalisten ehtojen joukossa velvollisuuden tunteella on sitä vastoin tärkeä merkitys. Hägerström pitää selvänä, että koko oikeusjärjestys

---

[83] Ks. *Hägerström,* Principundersökning s. 209.

[84] Ks. *Hägerström,* Rätten och staten s. 209—218 erit. s. 215—218.

[85] Ks. *Hägerström,* Rätten och staten s. 203. Luennot, joilla Hägerström esitti nämä ajatuksensa, ovat vuodelta 1921.

[86] Johtopäätökseen, että Hägerströmin ajatukset olisivat tässä kohden muuttuneet, on kuitenkin suhtauduttava varovasti. Ero käsiteanalyyttisen ja tosiasiakysymyksen välillä oli Hägerströmille sangen hämärä. Siten on mahdollista, että teoksessa Den objektiva rättens begrepp esitetyt lausumat velvollisuuden tunteen tärkeydestä oikeussäännön voimassaolon kannalta, jotka tulkitsin voimassaolon kriteereitä koskeviksi käsiteanalyyttisiksi väitteiksi, olikin tarkoitettu voimassaolon kausaalisia ehtoja koskeviksi empiirisiksi väitteiksi.

kumoutuisi, mikäli ihmiset yleisesti käyttäytyisivät siten, että oikeudenhaltijan tulisi oikeutensa toteuttaakseen aina kääntyä viranomaisten puoleen. Oikeusjärjestyksen pysyvyydelle on olennaista, että kansalaisten enemmistö mukautuu sääntöihin. Mukautuminen puolestaan johtuu useista motiiveista. Osaan kansalaisista vaikuttavat rationaaliset motiivit. He ymmärtävät oikeusjärjestyksen merkityksen koko yhteiskunnan tai oman yhteiskuntaluokkansa kannalta ja sen tähden haluavat noudattaa oikeussääntöjä. Toiset puolestaan noudattavat niitä ikäänkuin tottumuksesta ilman varsinaista motiivia välttämättä edes mieltämättä seuraavansa mitään sääntöä.[87] Oma merkityksensä on luonnollisesti myös sanktioiden pelolla. Sanktioilla voidaan kuitenkin vaikuttaa ainoastaan pienehköihin marginaaliryhmiin. Ajatus, että oikeusjärjestystä voitaisiin pakolla pitää yllä kaikkia yhteiskunnan jäseniä vastaan, on mahdoton.[88]

Keskeisin motiivi sääntöjen noudattamiselle onkin Hägerströmin mukaan siinä, että niitä pidetään *velvoittavina, sitovina* sääntöinä, joita tulee noudattaa siitä riippumatta, mihin ne yksilön kannalta johtavat. Tämä motiivi on irrationaalinen, mutta se ei vähennä sen käytännöllistä merkittävyyttä. Samalla tavoin kuin yhteisöeläimet — sanokaamme mehiläiset — vaistonsa ohjaamina kykenevät muodostamaan yhteisöjä, jotka turvaavat lajin säilymisen, samalla tavalla illuusio tiettyjen sääntöjen velvoittavuudesta ohjaa ihmisiä yhdenmukaiseen käyttäytymiseen, mikä tekee yhteiskuntien olemassaolon ja kehittämisen mahdolliseksi. Toisinaan Hägerström puhuukin ”yhteiskuntavaistosta” perimmäisenä syynä sitovuusilluusion syntyyn.[89]

Jos Hägerströmin voimassaoloteoriaa halutaan edellä sanotun valossa lyhyesti luonnehtia, sen voidaan sanoa edustavan *behavioristista realismia.* Säännön voimassaolon kriteerinä on säännön mukainen käyttäytyminen. Sen ohella hänen teoriansa on *tuomioistuinrealismia.* Tuomioistuinten — ei kansalaisten — käyttäytyminen on säännön voimassaolon käsitteellinen ehto.

Kansalaiskäyttäytymisellä on kuitenkin merkitystä sikäli, että sen voidaan sanoa määrittävän käsitemääritelmän *mielekkyyden* reunaehdot. Tapaan, jolla Hägerström käsittelee kansalaiskäyttäytymistä, voidaan tulkita sisältyvän aja-

[87] Ks. *Hägerström,* Rätten och staten s. 245—246.

[88] Tätä seikkaa Hägerström tähdensi useissa eri yhteyksissä. Ks. esim. Rätten och staten s. 204, Principundersökning s. 210—214, Är gällande rätt s. 80—81.

[89] Ks. *Hägerström,* Rätten och staten s. 250—253 ja Principundersökning s. 211. Hägerström ei tarkoittane sitä, että yhteiskuntavaisto sanelisi niiden käyttäytymismallien sisällön, jotka koetaan sitoviksi. Hän tarkoittanee ainoastaan, että sitovuuden kategoria, ihmisten taipumus pitää yhtä tai toista käyttäytymismallia sitovana, on yhteiskuntavaiston aikaansaannosta.

tus, jonka mukaan em. käsitemääritelmä on mielekäs ainoastaan sikäli kuin kansalaiset yleisesti käyttäytyvät niin, ettei tuomioistuimen reagointia tarvita. Jos kansalaiset menettelevät toisin, esim. jättävät yleisesti velkansa maksamatta, ei po. käsitemääritelmä enää ole mielekäs, sillä tuomioistuimet eivät näissä oloissa pysty reagoinneillaan palauttamaan sitä reaalista oikeusasemaa, jota voidaan nimittää velkojan asemaksi. Käsitemääritelmän tarkoituksenmukaisuus perustuu tuomioistuinreaktion *vaikutukseen* yhteiskunnassa, joka puolestaan on riippuvainen edellä kuvatun kaltaisista tekijöistä.

Mikäli tulkintani pitää paikkansa, voidaan Hägerströmin käsitemääritelmää tältä osin pitää sangen pitkälle mietittynä. Asettamalla em. reunaehdot kyetään näet torjumaan tuomioistuinrealismiin usein suunnattu kritiikki, jonka mukaan se antaa kansalaisten käyttäytymiselle (tai asenteille) liian vähäisen merkityksen.[90] Kritiikki osuu ohi maalin sen tähden, että näin ymmärrettynä Hägerströmin tuomioistuinrealismi ei pyri väittämäänkään sitä, että po. käsitemääritelmä olisi mielekäs silloinkin, kun kansalaistottelemattomuus saavuttaa laajat mitat. Käsitemääritelmä on tarkoitettu käytettäväksi tosiasiallisessa tilanteessamme, jossa kansalaisten valtaenemmistö käyttäytyy siten, ettei viranomaisreaktio ole tarpeen, ja omalla käyttäytymisellään suo tuomioistuin- ja täytäntöönpanoviranomaisille mahdollisuuden saattaa kuriin pienen tottelemattoman vähemmistön.

Mainittakoon lopuksi ristiriidasta, joka näyttää vallitsevan Hägerströmin kritiikin ja hänen rakentavien käsitystensä välillä. Kritisoidessaan lakipositivistien teorioita, joiden mukaan oikeus redusoitui suvereenin tai valtion tahtoon, Hägerströmin pääargumentteihin kuului väite, jonka mukaan 'valtio' ja 'suvereeni' ovat juridisesti kvalifioituja käsitteitä. Tästä syystä ei voimassa olevaa oikeutta voitu palauttaa reaalimaailmaan määrittelemällä se po. käsitteiden avulla. Kun Hägerström määrittelee voimassaolevan oikeuden tuomarin käyttäytymisen avulla, hän näyttää syyllistyvän juuri samaan virheelliseksi katsomaansa menettelyyn. Myös ominaisuus 'olla tuomarina' on juridinen eikä luonnollinen kvalifikaatio.

Hägerström näyttää kylläkin havainneen tämän ongelman ja hän vastaa siihen toteamalla, että tuomarin henkilö voidaan identifioida hänen nimittämistään koskevien tosiasiallisesti tehokkaiden sääntöjen avulla.[91] Vastaus ei kuitenkaan poista identifiointiongelmaa, vaan pelkästään siirtää sen uudelle tasolle, nimittäjän identifiointia koskevaksi. Tähän kysymykseen Häger-

[90] Ks. esim. *Arnholm,* Fra rettens grunnproblemer, s. 171—172. Ks. myös *Geiger,* Debat med Uppsala om moral og ret s. 173—180.

[91] Ks. *Hägerström,* Rätten och staten s. 203—204.

ström ei enää vastaa. Voidaankin todeta, että hänen rakentavat ajatuksensa olivat pikemminkin luonnostelua oikeustieteen tutkimuskohteen rekonstruktioksi kuin valmis rakennelma. Sellaisina niillä oli kuitenkin tyypillinen paradigmaattisen esikuvan tehtävä. Epämääräisinä ne innostivat seuraavaa tutkijapolvea jatkamaan työtä, jonka pisimmälle viedyn toteutuksen tapaamme *Alf Rossin* oikeusteoriassa.

2.7. Oikeustieteen tehtävät

Edellä hahmotettu rekonstruktio määrittää pitkälti ne tehtävät, jotka oikeustieteelle voidaan asettaa. Kovin monia vaihtoehtoja ei sen puitteissa jää jäljelle. Oikeustieteen tehtävistä kirjoittaessaan *Hägerström* oli niukkasanainen. Hän ei käsitellyt aihetta itsenäisenä teemana, vaan tyytyi eräiden, lähinnä oheisluonteisten huomioiden esittämiseen. Tulkinta-aineisto, jonka nojalla Hägerströmin käsitystä voidaan jäljittää, on siten niukkaa ja hajanaista. Asian tärkeyden vuoksi olen silti katsonut aiheelliseksi esittää oman tulkintani hänen ajatuksistaan.

Oikeustieteen kohteen uudella käsitemääritelmällä on hänen mukaansa se ansio, että sen avulla voidaan yhteiskunnallisesta todellisuudesta irroittaa empiirisen tarkastelun kohteeksi ilmiö, jonka yhteiskunnallinen merkitys on huomattavan suuri. On näet empiirinen tosiasia, että yhteiskunnassa ylläpidetään edellä mainittujen sosiaalipsykologisten tekijöiden avulla tiettyä toimintasääntöjen järjestelmää, joka Hägerströmin mukaan on syntynyt lähinnä yhteiskunnallisen tuotannon ja vaihdannan vaatimuksista. Jollei mainittua järjestystä olisi, kaikki taloudelliset pyrkimykset olisivat mahdottomia ja aineellinen kuten myös henkinen kulttuuri katoaisivat.[92]

Sääntöjen tärkeyden tähden on luonnollista, että niiden sisältö kiinnostaa meitä. Tätä sisältöä voidaan Hägerströmin mukaan kutsua yhteiskunnan oikeudeksi ja ”tietoa siitä, mitä tapahtuu tai mitä voidaan todennäköisesti otaksua tapahtuvan sääntöjen tosiasiallisen voimassaolon johdosta, voidaan kutsua oikeustieteeksi”.[93]

Havaitsemme, että Hägerström katsoi oikeustieteen tehtäväksi viranomaiskäytännön *ennustamisen* ja *kuvaamisen*. Tällaisella tieteellä, hän toteaa, on välitöntä arvoa sen tähden, että niin viranomaiset kuin yksityiset kansalaisetkin saavat näin tietää, miten heidän tulee käyttäytyä välttääkseen ei-toivotut

[92] Ks. *Hägerström,* Gällande rätt s. 83.
[93] Ks. *Hägerström,* Gällande rätt s. 84.

reaktiot, jotka säännöstön ylläpitäminen tuo mukanaan.[94] Hyödyllisyytensä lisäksi tehtävänasettelu täyttää myös tieteellisyyden vaatimukset. Se tähtää tuloksiin, jotka voidaan saavuttaa tieteen keinoin.

Ei ole vaikeaa havaita, että Hägerströmin näkemys oikeustieteen tehtävistä poikkesi radikaalisti tavanomaisesta. Vaikka hän traditionaaliseen tapaan puhui oikeussääntöjen sisällön selvittämisestä oikeustieteen tehtävänä, hän tarkoitti sillä viranomaiskäytännön säännönmukaisuuksien etsimistä eikä, kuten tavallista, pätevien normien sisällön selvittämistä. Tiede ei hänen mukaansa voinut vastata viimeksi mainittuun kysymykseen. Päteviä normeja ei ole olemassakaan. Sääntöjä (ilman pätevyyttä) ei myöskään ole reaalisena ilmiönä olemassa ennen säännönmukaista käyttäytymistä, minkä vuoksi ei liioin voi olla tieteellistä metodia säännön sisällön löytämiseksi ennen soveltamishetkeä.[95]

Tuomari voi tosin oikeustieteen traditionaalisen metodiikan, kuten historiallisen tulkinnan ja prejudikaattien tarkastelun avulla saavuttaa reaalitietoa siitä, mitä historialliset lainsäätäjät ovat tarkoittaneet ja miten tuomarit ovat aikaisemmin ratkaisseet samankaltaisia tapauksia.[96] Tällä tavoin hän ei kuitenkaan saavuta tietoa säännöstä.[97] Tieto on ainoastaan materiaalia, jonka perusteella tuomari muodostaa itselleen direktiivin. Se ei Hägerströmin mielestä vielä tässä vaiheessa ole reaalinen sääntö, vaan pelkkä fantasiasääntö, jonka tuomari muuttaa todelliseksi toimimalla sen mukaan. Koska eri tuomareilla on jokseenkin yhtäläinen tietopohja, johon fantasiasäännöt perustuvat, niiden sisältö muodostuu tuomarista riippumatta suurinpiirtein yhdenmukaiseksi. Näin syntyy sovellettujen käyttäytymissääntöjen järjestelmä, jota voidaan sanoa oikeusjärjestykseksi.[98]

---

[94] Ks. *Hägerström,* Gällande rätt s. 84.

[95] Hägerström näyttää ajattelevan näin jo teoksessa Den objektiva rättens begrepp s. 42, kuten seuraavasta — tosin moniselitteisestä — lausumasta voidaan päätellä: ”I själfva verket äro de vanliga framställningarna af den *riktiga* principen för utläggning och utfyllning af laguttrycken alls icke af rättsvetenskaplig natur i ordets vanliga mening ... Endast en utredning af innebörden i de regler, som komma till *faktisk* användning i rättslifvet, är verklig juridik till skillnad från praktisk filosofi eller samhällslära.” Painotukset Hägerströmin.

[96] Ks. *Hägerström,* Rätten och staten s. 216.

[97] Tällä Hägerström tarkoittanee jokseenkin samaa kuin myöhemmin Kivivuori tunnetuksi tulleella lausumallaan: ”Lakitekstin lausetta, komitean virkettä ja tuomioistuimen argumenttia ei voi millään rationaalisella tavalla laskea yhteen ja saada tulokseksi jotakin määrää Suomen voimassa olevaa oikeutta”. Ks. *Kivivuori,* Suomen vahingonkorvauslainsäädännön kehitys I, s. 26.

[98] Ks. *Hägerström,* Rätten och staten s. 216—217.

Näissä ajatuksissa kiinnittää huomiota niiden luonnosmaisuus. Vastauksia edes ensimmäisenä mieleen tuleviin jatkokysymyksiin ei kehitellä. Miten tuomarin käyttäytymisestä voidaan pelkistää se osa, joka heijastaa oikeussääntöä? Eikö tehtävä edellytä sellaisen sääntöhypoteesin kehittämistä, jonka hedelmällisyyttä tuomarien käyttäytymisen tulkintaskeemana voidaan koetella? Millä perusteella sääntöhypoteesi on muodostettavissa? Jos tuomarit yhtäläisen tietopohjansa johdattamana päätyvät yhdenmukaisiin sääntöihin, eikö oikeustiede voisi käyttää samaa menetelmää? — Mihinkään näistä kysymyksistä Hägerström ei vastaa. Sitä vastoin *Alf Rossin* oikeusteoriassa nämä ongelmat tulivat olemaan keskeisiä.

Myöhemmin Hägerströmin ajatukset oikeustieteen tehtävistä jossakin määrin monipuolistuivat. Tämä lienee ollut seurausta siitä, että hän 1920-luvulta alkaen joutui enenevässä määrin tekemisiin juristien ja juridiikkaan liittyvien kysymysten kanssa. Tältä pohjalta kypsyi havainto, ettei oikeustiede edellä kuvatuin tavoin ymmärrettynä voinut juuri lainkaan auttaa lain soveltajia. Kuitenkin oli ilmeistä, että myös he tarvitsivat tehtävässään opastusta, joten oikeustieteen alaa oli laajennettava.

Opastuksen tarpeen aiheuttaa Hägerströmin mukaan se, että säännösten soveltajat toimivat yhteisön taholta tulevan sosiaalisen paineen alaisena. Heidän odotetaan soveltavan puolueettomasti ”voimassa olevaa” oikeutta, joka on heidän yläpuolellaan ja velvoittaa heitä. Kuten edellä havaittiin, velvoittavaa oikeutta ei ole olemassa, vaan se on pelkkä metafyysinen harhakuva. Tuomariin kohdistuvat odotukset eivät silti ole perusteettomia, sillä harhakuvan aiheuttaa reaalinen ja huomiota ansaitseva seikka, nimittäin *yleinen intressi* siihen, että tuomioistuimet noudattavat lakeja ja että oikeudenkäytössä vallitsee jatkuvuus. Jos tuomioistuimet laiminlyövät tämän tehtävänsä, se vaikuttaa ennen pitkää myös kansalaiskäyttäytymiseen, minkä seurauksena yleinen turvallisuus, tuotanto ja vaihdanta vaarantuvat, ja yhteiskunta vajoaa anarkiaan.[99]

Lait ja oikeuskäytäntö ovat kuitenkin usein aukollisia tai tulkinnanvaraisia, jolloin tuomari ei lain kirjaimesta saa itselleen soveltamisohjetta. Jotta tällaisessa tilanteessa voidaan säilyttää tuotannon ja vaihdannan edellyttämä oikeusvarmuus, on yhteiskunnan jäsenille tärkeää, että ne *päämäärät,* jotka laista heijastuvat, tulevat niiden soveltamisessa määrääviksi. Tästä aiheutuu tuomareille sosiaalinen paine tuomita näiden päämäärien eli lain hengen mukaisesti. Lain hengen ymmärtämisessä tuomaria voi auttaa oikeustiede, joka näin ym-

[99] Ks. *Hägerström,* Gällande rätt s. 86.

märrettynä on teoreettista tietoa siitä, mitkä ratkaisuvaihtoehdot johtavat lainsäädännön päämäärien toteutumiseen.[100]

Havaitsemme, että Hägerströmin käsitys oikeustieteen tehtävistä oli kaksijakoinen. Oikeustieteen tehtävänä oli ensinnäkin *kuvata* ja *ennustaa* oikeuskäytäntöä. Näin saadun tiedon pohjalta se saattoi myös neuvoa kansalaisia, miten heidän olisi viisasta käyttäytyä välttääkseen sanktioita. Toisena oikeustieteen tehtävänä oli antaa *lain soveltajille ohjeita* siitä, miten asia tulee aukkotai tulkintatilanteessa ratkaista, jotta ratkaisu edistäisi tiettyjen yleisesti hyväksyttyjen tavoitteiden saavuttamista. Po. ohjeet voidaan antaa myös normatiivista ilmaisua käyttäen esim. 'Tilanteessa T on vältettävä käyttäytymästä tavalla V' tai 'Tilanteessa X pitää valita ratkaisuvaihtoehto Y'. Tällöinkään niihin ei silti sisälly ajatusta, että neuvon adressaatti olisi velvollinen sitä noudattamaan. ''...varje påstående, att domaren skulle vara förpliktad till några särskilda handlingar, d.v.s. att kravet skulle ha någon slags objektiv giltighet i avseende å särskilda handlingar, och att domaren skulle vara förpliktad, oavsett om och i vilken grad kravet faktiskt gör sig gällande hos honom är meningslöst'', hän toteaa.[101]

Nykyajan terminologiaa käyttäen voidaan sanoa, että ilmaisut, joita Hägerström tarkoittaa, ovat *teknisiä normeja.*[102] Pitäminen, joka niihin liittyy, on ehdollista siinä mielessä, että ainoastaan teknisen normin perustana olevan päämäärän hyväksyminen tekee normin noudattamisen käytännöllisesti välttämättömäksi rationaalisesti toimivalle henkilölle. Normin pätevyys voidaan kontrolloida empiirisin keinoin, tutkimalla pitääkö siitä ilmenevä käsitys asioiden välisistä kausaaliyhteyksistä paikkansa. *Aarnion* ilmaisutapaa hyödyntäen voidaan sanoa, että pelkän kuvaamisen ja ennustamisen lisäksi Hägerström salli oikeustieteen olla normatiivista käsitteen *heikossa* mielessä.[103] Sitä vastoin normatiivisuus sanan vahvassa mielessä jäi hänen tieteenkäsityksensä ulkopuolelle.

Jos Hägerströmin tieteenmallia verrataan traditionaaliseen näkemykseen, havaitaan selvä ero. Viimeksi mainitun mukaan oikeustieteen tutkimuskohteena olivat oikeussäännöt. Oikeustieteen tehtävänä oli *löytää* oikeussäännöt, jotka — vaikeissa tapauksissa — uinuivat kätkeytyneenä oikeusjärjestyksen kantaviin periaatteisiin ja olivat sieltä dedusoitavissa näkyville. Hägerströmin mu-

---

[100] Ks. *Hägerström,* Gällande rätt s. 87.

[101] Ks. *Hägerström,* Gällande rätt s. 89.

[102] Teknisistä normeista ks. *von Wright,* Norm and Action s. 9. Ks. myös *Aarnio,* On Legal Reasoning s. 304 ss. ja Mitä lainoppi on? s. 118.

[103] Po. termistä ks. *Aarnio,* Mitä lainoppi on? s. 125.

kaan oikeustieteen kohteena oli oikeuskäytäntö, ja oikeustieteen tehtävänä oli paitsi kuvata, tietyissä rajoissa myös muuttaa tutkimuskohdettaan.

Tämän eroavuuden tähden on selvää, että lainoppi koskee muutoksia, mikäli Hägerströmin tiedemalli omaksutaan. Muutokset eivät kuitenkaan ole niin suuria kuin ehkä saatetaan ajatella. Mallin suhde lainopilliseen käytäntöön oli rationaalisen rekonstruktion kaltainen. Osa käytännöstä näyttäytyy rationaalisena myös Hägerströmin tieteenmallin valossa. Tältä osin ei uuden mallin omaksuminen anna lainopille uusia tehtäviä eikä karsi vanhoja.[104]

Sitä vastoin vaikuttaa selvältä, että lainopin metodi muuttuu Hägerströmin mallia seurattaessa. Lainoppia ei siinä enää nähdä rationaalisena tieteenä,[105] vaan pikemminkin *sosiaalitekniikkana.* Oikeussääntöjen ja arvojen suhde on Hägerströmin mallissa instrumentaalinen, ei deduktiivinen, kuten rationaalisen tieteen ideaalia tunnustavassa lainopissa. Laki on keino lain tavoitteiden toteuttamiseksi, ja laintulkinta on menetelmä, jota käyttäen laille annetaan po. tavoitteita parhaiten toteuttava sisältö. Tämä ajatus oli Hägerströmin mallissa tosin vain idullaan. Sen edelleenkehittely jäi muiden tehtäväksi.[106]

3. OLIVECRONAN ANALYYSI

3.1. Oikeustieteen kohde

Karl Olivecrona oli tutkija, joka kenties parhaiten koulukunnan jäsenistä tunsi Hägerströmin ajatukset ja systemaattisemmin kuin kukaan muu rakensi omat tutkimuksensa niiden varaan. Paitsi, että hän hyväksyi Hägerströmin ontologian ja arvoteorian, hän hyväksyi myös kaikessa olennaisessa Hägerströmin oikeusteorian kriittiset tulokset. Oikeussäännöt eivät lainopin kielessä olleet

[104] Esimerkiksi ratkaisujen antaminen vaikeisiin lainsoveltamisongelmiin voidaan kummankin mallin valossa ymmärtää lainoppiin kuuluvana toimintana. Hägerströmin tieteenmallissa se ymmärretään oikeuskäytännön ohjaamiseksi, traditionaalisessa mallissa puolestaan jo olemassaolevan, mutta vaikeasti löydettävän säännön paljastamiseksi.

[105] Rationaalisen oikeustieteen ideasta ks. esim. *Simmonds,* The Decline of Juridical Reason s. 19—33. — Kirjoittajan perusajatuksena on kuvata ja kritisoida havaitsemaansa kehityskulkua, jonka mukaan lainoppi on jatkuvasti loittonemassa rationaalisen tieteen ideasta.

[106] Ajatus lainopista sosiaalitekniikkana ei Hägerströmin aikana ollut suinkaan uusi. Se esiintyi jo utilitarismin edustajien, kuten Benthamin töissä. Ks. *Simmonds,* The Decline of Juridical Reason s. 68—79. Syistä, joita on vaikea ymmärtää, Hägerström ja Lundstedt eivät koskaan tunnustaneet läheistä yhteyttään Benthamin ajatuksiin.

kenenkään käskyjä tai tahdonilmauksia. Ne olivat velvoittavia, sitovia sääntöjä. Samalla ne olivat metafyysisiä sääntöjä, sillä ajallispaikalliseen kokemusmaailmaan ei kuulunut sellaisia predikaatteja kuin 'velvoittavuus' ja 'sitovuus'. Oikeustieteen tutkimuskohde jäi siten maailman ja tieteen mahdollisuuksien ulkopuolelle.[1]

Hägerström antoi vain luonnosmaisia viitteitä siitä, miten oikeustieteen konkurssitilasta voitaisiin selviytyä. Sitä vastoin Olivecronalle, joka oikeusteoreetikkonakin oli ensi kädessä lainoppinut, tämä kysymys oli keskeinen. Oikeustieteelle oli löydettävä reaalinen, olemassaoleva kohde, jotta lainopissa vältettäisiin ne virheet, jotka kohteen metafyysisestä tulkinnasta saattoivat aiheutua.

Olivecronan merkitys skandinaavisen realismin traditiossa keskittyykin rakentavan vaihtoehdon konstruointiin. Pohjan rakennustyölle tarjosivat Hägerströmin ontologia ja hänen suorittamansa velvollisuuselämyksen analyysi. Niiden merkitys Olivecronan työlle voidaan nähdäkseni hyvin rinnastaa siihen vaikutukseen, joka paradigmalla Kuhnin mukaan on tutkijaan.[2]

Oikeustieteen kohdetta selvittäessään Olivecrona ei nähnyt tarpeelliseksi luopua vakiintuneesta tehtävänkuvauksesta, jonka mukaan oikeustiede tutkii oikeussääntöjä. Tarve saada oikeustieteelle reaalinen kohde johti tällöin vaatimukseen, että 'oikeussäännön' käsitesisältöä on muutettava.

Helpoin tapa täyttää vaatimus on yksinkertaisesti *määritellä* 'oikeussääntö' uudelleen siten, että kritiikin aihe poistuu. Kysymys 'Mikä oikeussääntö on?' on tämän näkemyksen mukaan pelkkä määrittelyongelma, johon vastaaminen ei edellytä yhteiskunnallisen todellisuuden havainnointia. Olivecrona ei kuitenkaan nähnyt asiaa näin. Itse asiassa hän piti mahdottomana ajatusta, että kysymyksestä voitaisiin selviytyä antamalla uusi määritelmä. Vastauksen tulee perustua — kuten hän sanoo — ''faktojen analyysiin''. Se voidaan löytää tutkimalla niitä faktoja, joihin sanoilla ''oikeusjärjestys'' ja ''oikeussääntö'' tavallisessa kielenkäytössä viitataan.[3]

Tämä tapa asettaa tutkimusongelma, joka oli skandinaavisen realismin edustajille yleisemminkin tyypillinen, on synnyttänyt lukuisia väärinkäsityksiä. On pidetty paradoksaalisena, että Hägerström ja hänen seuraajansa toisaalta väittävät, etteivät perinteisen oikeustieteen käsitteet viittaa mihinkään realiteetteihin, ja toisaalta ottavat tutkiakseen juuri sen kysymyksen, mihin realiteettei-

---

[1] Ks. *Olivecrona,* Om lagen och staten s. 11—25.

[2] Ks. tästä edellä s. 9 lausuttua.

[3] Ks. *Olivecrona,* Om lagen och staten s. 24—25. Sama näkemys esiintyy myös teoksessa Rättsordningen s. 11—14.

hin mainitut käsitteet tavallisessa kielenkäytössä viittaavat. Näin he näyttävät kieltävän oman kritiikkinsä.[4]

Heidän käyttämänsä ilmaisutapa oli epäilemättä hämärä ja huonosti valittu. Oikein tulkittuna se ei kuitenkaan ole sisäisesti ristiriitainen, vaan saa selityksensä tavasta, jolla skandinaavisen realismin edustajat ymmärsivät metafysiikan luonteen. He ajattelivat, että metafysiikka oli eräänlaista väärää tietoisuutta, ideologiaa, joka syntyi siten, että ihmiset tulkitsivat väärin (rationalisoivat) eräät sinänsä luonnolliset kokemuksensa. Metafyysisen harhakuvan taustalla oli toisin sanoen kahdenlaisia aineksia, nimittäin (1) reaalisia syitä, joiden vaikutuksesta kuva on syntynyt (kuvan todellisuusperusta) ja (2) tunteita, intressejä ym. tekijöitä, joiden vaikutuksesta ihminen, homo metaphysicus, ymmärtää väärin luonnon viestit.

Myös käsitys oikeussääntöjen sitovasta voimasta on syntynyt edellä kuvatulla tavalla. Se on harhakuva, jonka psykologisena perustana on voimakas velvollisuuden tunne, jolla suhtaudumme oikeusjärjestykseen. Oikeussäännöistä muodostuneeseen kuvaan ovat kuitenkin olleet vaikuttamassa myös reaaliset tekijät. Näiden tekijöiden selvittämisen, joita skandinaaviset realistit pitivät termin todellisuusperustana (verklighetsunderlag), Olivecrona asetti tavoitteekseen. Tavoite voitiin toteuttaa puhdistamalla vallitseva oikeussääntöidea siihen kietoutuneesta metafysiikasta, jolloin todellisuusperusta jäi jäljelle. Tämän valossa on helppoa ymmärtää, miksi Olivecrona katsoi oikeustieteen tutkimuskohteen löytyvän yhteiskuntatodellisuutta tutkimalla eikä määrittelyn kautta.

Edellä sanottu voidaan ilmaista myös niin, että määritellessään oikeussäännön käsitteen sisältöä Olivecrona pyrki tekemään traditionaaliseen käsitemääritelmään ainoastaan välttämättömiä muutoksia. Hän tahtoi säilyttää sen, mikä siinä skandinaavisen realismin ontologian valossa oli rationaalista ja karsia pois ainoastaan metafyysisen aineksen. Olivecronan käsitemääritelmä on hyvä esimerkki siitä, mitä tarkoitin, kun tämän pääjakson alussa luonnehdin koulukunnan suorittamaa oikeustieteen tutkimuskohteen uudelleen määrittelyä traditionaalisen näkemyksen realistiseksi rekonstruktioksi.

Mainittujen periaatteiden mukaan Olivecrona aloittaa tarkastelunsa. Hän sanoo syventyvänsä suoraan sosiaalisen elämän faktoihin syrjäyttäen oikeustieteen kehittämät teoriat. Tehtäväksi muodostuu sen selvittäminen ”vad en

---

[4] Mm. Hedenius katsoi, että se kritiikki, jonka Hägerström, Lundstedt ja Olivecrona suuntasivat juridisiin käsitteisiin, kadotti tästä syystä kärkensä. Ks. *Hedenius,* Om rätt och moral s. 67—71. Olivecronan vastauksesta ks. *Olivecrona,* Lagens imperativ s. 51—52.

rättsregel innebär, en regel av sådan karakter, som vi finna i vår svenska lagbok''.[5]

Olivecronan lähestymistapaa voidaan haluttaessa kutsua funktionalistiseksi. Hän lähtee liikkeelle oikeussääntöjen tehtävästä, jona hän yleiseen käsitykseen liittyen pitää kansalaisten käyttäytymisen säätelyä. Oikeussääntöjen tehtävän oivaltaminen on hänen mukaansa tärkeää, koska tehtävä määrää oikeussääntöjen rakenteen. Jotta oikeussäännöt voisivat palvella sosiaalisen säätelyn instrumenttina, niiden on (1) ilmaistava tietty käyttäytymismalli ja (2) ilmaistava se sillä tavoin, että kansalaisissa syntyy käsitys, jonka mukaan käyttäytymismallia *pitää noudattaa.* Tältä pohjalta voidaan säännön rakenteessa erottaa kaksi osaa, joita Olivecrona nimittää säännön *sisällöksi* ja *muodoksi.*[6]

Säännön sisältönä on tietty verbaalisesti ilmaistu käyttäytymismalli. Tapa, jolla se ilmaistaan, kuuluu puolestaan säännön muotoon. Muodon sanelee oikeussääntöjen tarkoitus. Koska oikeussäännön tehtävänä on säännellä käyttäytymistä, tarvitaan sellaista muotoa, joka saa kansalaisissa aikaan käsityksen, että käyttäytymismallia pitää noudattaa. Tällainen muoto on Olivecronan mukaan *imperatiivimuoto.* Olivecrona ei tarkoita, että oikeussäännöt olisivat kieliopilliselta muodoltaan imperatiiveja.[7] Lähinnä hänen tarkoituksensa voitaneen ilmaista sanomalla, että illokutionaarisina kielitekoina oikeussäännöt ovat preskriptioita. Ne ovat preskriptiivistä kieltä.

Juuri oikeussääntöjen preskriptiivisyys on antanut aiheen käsitykseen, että ne olisivat norminantajan käskyjä. Jotta käskystä voitaisiin puhua, täytyy kuitenkin edellyttää, että on olemassa joku, joka käskee ja toinen, joka ottaa käskyn vastaan. Kuten Hägerström on osoittanut, oikeussääntöjen osalta käskyrelaatio puuttuu. Oikeussäännöt ovat siten esimerkki ilmiöstä, jossa preskriptiivistä kieltä käytetään varsinaisen käskytilanteen ulkopuolella. Korostaakseen käskijän puuttumista Olivecrona kutsuu kuvatunlaisia preskriptioita *vapaiksi imperatiiveiksi.* Oikeussäännöt ovat laji vapaita imperatiiveja.[8] Havaitsemme,

[5] *Olivecrona,* Om lagen och staten s. 24—25. Kuten tästä käy ilmi, Olivecrona keskittyy lähinnä laissa ilmaistuihin sääntöihin muiden sääntöjen jäädessä vähemmälle.

[6] Ks. *Olivecrona,* Om lagen och staten s. 26—28. Teoksessa Lagens imperativ Olivecrona käyttää muodon asemesta termiä ''imperatiivitunnus''. Ks. mt. 6—7.

[7] Ks. *Olivecrona,* Lagens imperativ s. 8—9. Ks. myös Rättsordningen s. 117.

[8] Ks. *Olivecrona,* Om lagen och staten s. 35 ja Lagens imperativ s. 21—22. Ks. myös Rättsordningen s. 129. Oikeussääntöjen ohella vapaita imperatiiveja ovat mm. moraalinormit, tapasäännöt ja yleensäkin kaikki säännöt, jotka tähtäävät käyttäytymisen sääntelyyn tilanteissa, joissa norminantajan ja normiadressaatin välillä ei ole henkilökohtaista vuorovaikutusta.

Ajatus lain säännöksistä vapaina imperatiiveina oli skandinaavisen realismin edustajien piirissä laajalti hyväksytty. Vain ilmiön nimitykset vaihtelivat, esim. Ross puhuu vapai-

että Olivecronan kuuluisaksi tullut teoria oikeussäännöistä vapaina imperatiiveina sisälsi itse asiassa vain osuvan nimityksen keksimisen Hägerströmin jo aiemmin toteamalle seikalle.

Käskyt ja vapaat imperatiivit ovat Olivecronan mukaan sukulaisilmiöitä, jotka monin tavoin muistuttavat toisiaan. Kummassakin voidaan erottaa kaksi osaa, nimittäin sisältö (käyttäytymismalli) ja muoto (imperatiivitunnus). Käyttäytymismallin kuvaustavassa ei käskyjen ja vapaiden imperatiivien välillä ole välttämättä mitään eroa. Tällä perusteella po. ilmiöitä ei voida erottaa toisistaan. Sitä vastoin imperatiivitunnuksen koostumus ja vaikutustapa poikkeavat vapaissa imperatiiveissa ja käskyissä toisistaan.

Ollessaan tehokas käsky vaikuttaa *suggestiivisesti* so. se synnyttää vastaanottajassa tämän omista tavoitteista riippumattoman aikomuksen käyttäytyä käskyn osoittamalla tavalla.[9] Jotta tavoiteltu vaikutus syntyisi, imperatiivitunnus täytyy esittää tietyllä painolla. Käskijän täytyy saada aikaan vaikutelma, että hän todella vaatii käskyn noudattamista. Mitä vastenmielisempää käyttäytymismallin noudattaminen on adressaatille, sitä suuremmalla painokkuudella käsky täytyy esittää.[10] Koska imperatiivitunnuksen tehtävänä näissä tapauksissa on suggestion aikaansaaminen, Olivecrona kutsuu sitä suggestiiviseksi imperatiivitunnukseksi.[11]

Oikeussääntöihin, kuten vapaisiin imperatiiveihin yleensäkin liittyvä imperatiivitunnus on toisenlainen. Koska norminantajan ja normiadressaatin välinen henkilökohtainen vuorovaikutus puuttuu, ei ilmeiden, eleiden ja muiden luonnollisten merkkien käyttö ole mahdollista, vaan toivottu vaikutus täytyy pyrkiä synnyttämään toisin keinoin.

Oikeussääntöihin liittyvän imperatiivitunnuksen rakenne tulee Olivecronan mukaan ilmeiseksi, kun vertaamme toisiinsa lakia ja lakiesitystä. Kumpainen-

---

den imperatiivien asemesta direktiiveistä. Tavasta, jolla Ross perustelee termin valintaansa ks. *Ross,* Retsfilosofiens problem s. 710 av. 2.

[9] Toisinaan, jos suggestio on vielä voimakkaampi, käsky voi suoraan saada aikaan käsketyn käyttäytymisen so. synnyttämättä ensin käyttäytymisaikomusta käskyn adressaatissa. Tällaisen suggestion synnyttävät Olivecronan (ja Hägerströmin) mukaan esimerkiksi sotaväen sulkeisharjoituksissa käytettävät komentosanat. Harjoitettu joukko tottelee komentoa mekaanisesti ilman välittävänä tekijänä toimivaa aikomusta. — Olivecronan käsitys käskyn tunnusmerkeistä ja vaikutustavasta perustuu täysin Hägerströmin analyysiin. Vrt. *Hägerström,* Den objektiva rättens begrepp s. 51—60 ja *Olivecrona,* Lagens imperativ s. 10—17. Ks. myös edellä s. 69 ss. esitettyä.

[10] Pelkkä käskysanojen lausuminen ei riitä, vaan ratkaisevaksi nousee niiden esittämistapa, ilmeet ja käskijän kokonaisesiintyminen. Nämä kaikki käskyn ilmaisemiseen liittyvät ulkonaiset merkit muodostavat Olivecronan mukaan käskyn imperatiivitunnuksen.

[11] Ks. *Olivecrona,* Lagens imperativ s. 18.

kin saattaa kielelliseltä asultaan olla toisen kanssa täysin yhtenevä. Lakiesitykseen sisältyviä preskriptioita ei kuitenkaan pidetä todellisina preskriptioina. Toisin kuin lait ne eivät ole *psykologisesti tehokkaita.* Oikeussäännön imperatiivitunnus voidaan näin ollen löytää niistä tekijöistä, jotka erottavat lain ja lakiesityksen toisistaan. Keskeinen erottava tekijä on Olivecronan mukaan *lainsäädäntöakti.* Lakiesityksen hyväksyminen valtiosäännön muotoja noudattaen on tapahtumasarja, josta oikeussääntöihin liittyvä imperatiivitunnus koostuu. Tässä havaitsemme selvästi imperatiivien ja oikeussäännöiksi kutsuttujen vapaiden imperatiivien eron. Kun käskyjen imperatiivitunnus muodostuu erilaisista luonnollisista merkeistä, oikeussääntöjen imperatiivitunnus on vahvasti *konventionaalinen* ja tarkasti säännelty.[12]

Kuten edellä sanotun perusteella voidaan olettaa, eroaa oikeussääntöön liittyvän imperatiivitunnuksen perlokutionaarinen vaikutus olennaisesti tavallisen käskyn vaikutuksesta. Lainsäädäntöakti ei Olivecronan mukaan voi vaikuttaa suggestiivisesti. Suggestio on mahdollinen ainoastaan silloin, kun norminantaja ja normiadressaatti ovat henkilökohtaisessa vuorovaikutuksessa toisiinsa. Tällöin norminantaja voi voimakkaalla ja vetoavalla käyttäytymisellään lamauttaa normiadressaatin tahdon. Lainsäädäntöaktin rutiinimaisiin ja samankaltaisina toistuviin vaiheisiin ei sisälly aineksia tämänkaltaiseen vaikuttamiseen, vaan sen täytyy toimia toisin. Olivecrona toteaa, että lainsäädäntöaktin merkitys nojaa olennaisesti yhteiskunnassa vallitsevaan *lainkunnioitukseen.*[13]

---

[12] Ks. *Olivecrona,* Lagens imperativ s. 25—26. On helppoa havaita, että esitetty soveltuu ainoastaan lainsäädäntöteitse syntyneisiin oikeussääntöihin. Kun Olivecrona toisaalta katsoo, että oikeussääntöjä voi syntyä myös tavanomaisen oikeuden ja oikeuskäytännön kautta, voidaan kysyä, mistä viimeksi mainittujen sääntöjen imperatiivitunnus koostuu. Tähän Olivecrona antaa vain luonnosmaisia vastauksia. Hän toteaa, että periaatteessa voidaan lain promulgointia vastaava imperatiivitunnus löytää sekä tavanomaiseen oikeuteen että tuomarioikeuteen kuuluvista säännöistä. Tunnus on kuitenkin vähemmän selkeä ja jäsentynyt kuin lakien imperatiivitunnus, mikä synnyttää epävarmuutta po. sääntöjen kuulumisesta oikeussääntöihin. Ks. Om lagen och staten s. 72—73 ja Rättsordningen s. 161—162. Eräät Olivecronan lausumat viittaavat siihenkin, ettei vaatimus tietystä muodosta lainkaan kuuluisi oikeussäännön käsitemääritelmään, vaan yksinomaan se seikka, koetaanko säännön ilmaisema käyttäytymismalli velvoittavaksi, määräisi sen, onko kyseessä oikeussääntö vaiko ei. Ks. Om lagen och staten s. 69 ja Rättsordningen s. 136. Tämä johtaisi kuitenkin voittamattomaan vaikeuteen erottaa oikeussäännöt muista velvoittaviksi koetuista säännöistä, esim. moraalisäännöistä. Jos ero halutaan tehdä, tarvitaan kriteeri, jonka avulla po. säännöt voidaan erottaa toisistaan. Imperatiivitunnus tarjoaa tällaisen kriteerin. Koska Olivecrona selvästi kannattaa ajatusta oikeuden ja moraalin erosta (ks. Om lagen och staten s. 145 ss.), täytynee olettaa, että imperatiivitunnus kuuluu oikeussäännön käsitemääritelmään juuri oikeussäännön spesifisenä tunnusmerkkinä.

[13] Ks. *Olivecrona,* Lagens imperativ s. 33. Lain kunnioitukseksi Olivecrona nimittää

Lainsäädäntöaktin avulla voidaan halutut käyttäytymismallit ikäänkuin siirtää niiden mallien joukkoon, joihin lainkunnioitus kohdistuu. Oikeussääntöön liittyvä imperatiivitunnus ei toisin sanoen suggestiivisesti *synnytä* normiadressaatissa jotakin käyttäytymisdispositiota, vaan se *laukaisee* jo olemassa olevan käyttäytymisdisposition, nimittäin taipumuksen käyttäytyä niiden sääntöjen mukaan, jotka täyttävät lain tunnusmerkit.[14]

Näin on saatu kokoon materiaali, jonka nojalla Olivecronan suorittama 'oikeussäännön' realistinen rekonstruktio voidaan eksplikoida. Tulkintani mukaan käsitemääritelmä, johon hän päätyy, voidaan esittää seuraavasti:

N on oikeussääntö, jos ja vain jos
(1) N on käyttäytymismalli, ajatus tai idea käyttäytymisestä tavalla K tilanteessa T,
(2) a. N on vahvistettu lainsäädäntöprosessissa *tai*
b. N on tuomioistuimen omaksuma sääntö *tai*
c. N on tavan nojalla omaksuttu sääntö,
(3) Kohdassa (2) mainitut tekijät ovat laukaisseet käyttäytymisasenteen, jonka mukaan käyttäytymismallia pitää noudattaa.

Ei ole vaikeaa havaita, että käsitemääritelmä on monilta osin epätäsmällinen. Jokainen mainituista kolmesta kriteeristä sallii erilaisia tulkintoja.[15] Edel-

---

kansalaisissa vallitsevaa asennetta, jonka mukaan niitä käyttäytymismalleja, jotka on lakeina säädetty, pitää noudattaa juuri siitä syystä, että ne on säädetty lakeina. Lain kunnioitus on siten ikäänkuin sisällöllisesti tyhjä asenne. ''Laglydnaden är inte inriktad på att vissa konkreta handlingsmönster skola följas, utan den går ut på att överhuvudtaget de regler, som ha den formella karaktären av lag skola iakttagas.''

[14] Ks. *Olivecrona,* Lagens imperativ s. 34. — Havaitaan, että Olivecrona ymmärtää lainsäädäntöaktin merkityksen puhtaan kausaalisesti. Upsalan koulun tieteenkuvan puitteissa hänelle ei itse asiassa jäänyt muuta mahdollisuutta. Ajatus, että sanoilla ja niihin liittyvällä ''seremoniallisella'' käyttäytymisellä voitaisiin saada aikaan jotakin muutoin kuin kausaalisesti, oli uskomista magiaan.

[15] Jo edellä viitattiin väitteiden (2)b ja (2)c synnyttämiin tulkintaongelmiin. Myös käsitemääritelmän kolmas elementti herättää tulkintakysymyksiä. Jos kohdassa (2) mainituista seikoista käytetään yhteisnimitystä *käyttäytymismallin vahvistaminen* ja asenteesta, jonka mukaan tilanteessa T pitää käyttäytyä tavalla K, symbolia *S(T→K),* voidaan ennalta todennäköisimmiltä näyttävät tulkintavaihtoehdot esittää seuraavasti:

(3)[1] Käyttäytymismalli (T→K) on vahvistettu tavalla (2)a—c ja tämä on synnyttänyt kansalaisissa tai heidän enemmistössään tai relevantissa avainryhmässä asenteen S(T→K).

(3)[2] Käyttäytymismalli (T→K) on vahvistettu tavalla (2)a—c, joka kokemuksen mukaan vähintään todennäköisyydellä p synnyttää kansalaisissa tai heidän enemmistössään tai relevantissa avainryhmässä asenteen S(X→Y), jos käyttäytymismalli (X→Y) on vahvistettu po. tavalla.

Käsitykseni mukaan (3)[2] vastaa paremmin Olivecronan ajatusta. Tämä käy ilmi siitä tavasta, jolla Olivecrona näkee oikeustieteen tehtävät. Ks. tästä jäljempänä s. 97 ss.

leen voidaan epäillä, onko rekonstruktio sittenkään vaaditussa mielessä realistinen, ts. Hägerströmin ontologian sallima. Tosiseikat, 'N on vahvistettu lainsäädäntöprosessissa' ja 'N on tuomioistuimen omaksuma sääntö' ovat näet *Wróblewskin* terminologiaa käyttääkseni *relationaalisia tosiseikkoja.*[16] Niiden toteaminen edellyttää tiettyjen normien olemassaoloa, joten ne eivät vaadituin tavoin ole puhtaasti empiirisiä. Myös käsitemääritelmän ensimmäinen elementti 'Jos T, niin K' on sallittavuudeltaan kyseenalainen, koska propositioiden ontologinen status on Hägerströmin ontologiassa hämärä.

Käsitemääritelmäänsä liittyvää relationaalisten tosiseikkojen ongelmaa en ole havainnut Olivecronan käsitelleen. Sitä vastoin viimeksi mainitun ongelman hän selvittää omaksumalla kannan, jonka mukaan oikeussäännön olemassaolosta voidaan puhua ainoastaan silloin, kun joku todella ajattelee käyttäytymismallia 'Jos T, niin K'.[17] Koska on mahdollista, että käyttäytymismalli ei tietyllä hetkellä ole kenenkään ajatuksen sisältönä, ei oikeussääntöjen pysyvästä olemassaolosta voida Olivecronan mukaan puhua. Oikeussääntö on olemassa ainoastaan ''som innehåll i intermittent uppdykande föreställningar hos olika individer''.[18]

Oikeussäännöt voidaan Olivecronan mukaan kuitenkin tarvittaessa palauttaa mieliin. Se, että näin tapahtuu, on pyritty turvaamaan antamalla oikeustieteellistä koulutusta, julkaisemalla lakikirjoja ja valvomalla, että tuomarit ja hallintovirkamiehet niitä käyttävät.[19] Juuri oikeussääntöjen eksistenssin palautettavuus antaa niille pysyvän yhteiskunnallisen merkityksen ja synnyttää harhakuvan, että ne olisivat pysyvästi olemassa tietyllä aikavälillä T1—T2, vaikka kukaan ei niitä ajattele.

Popperin ajatuksia hyödyntäen näyttäisi houkuttelevalta ymmärtää asia niin, että 'Jos T, niin K' kuuluu objektiivisen tiedon piiriin ja on olemassa maailma 3:ssa.[20] Hägerströmin yksinkertaiseen ontologiaan ei kuulunut tämänkaltaisia entiteettejä, minkä tähden ne jouduttiin tulkitsemaan mentaalisen tason (''maailma 2:n'') ilmiöiksi. Tämä pakotti Olivecronan kiistämään oikeussääntöjen

[16] Ks. *Wróblewski,* Facts in Law s. 125—127. Searlen terminologiaa käyttäen voidaan puhua institutionaalisista tosiseikoista. Ks. *Searle,* Speech Acts s. 50—53. Vrt. myös *Weinberger,* Facts and Fact-Descriptions s. 82, jossa jokseenkin samaa tarkoittaen on käytetty termiä ''humanly conditioned facts''.

[17] Ks. *Olivecrona,* Om lagen och staten s. 47—49. Olivecrona toisin sanoen siirtää käsitemääritelmänsä ensimmäisen elementin mentaalisen tason ilmiöksi.

[18] *Olivecrona,* Om lagen och staten s. 48.

[19] Ks. *Olivecrona,* Om lagen och staten s. 48.

[20] Ks. *Popper,* Objektive Knowledge s. 106 ss. ja *Schilpp,* The Philosophy of Karl Popper s. 143 ss. Ks. myös *Niiniluoto,* Maailma 3:n oliot s. 121 ss.

pysyvän olemassaolon. Käsitemääritelmän tarkoituksenmukaisuuden kannalta ratkaisu oli epäilemättä onneton. On vaikeata kuvitella, minkälaisissa tehtävissä tällaista käsitemääritelmää voidaan käyttää. Jäljempänä tulemmekin havaitsemaan, ettei Olivecronan käsityksellä oikeusnormin eksistenssistä ollut sanottavaa vaikutusta siihen tapaan, jolla hän näki oikeustieteen tehtävät. Oikeusnormin eksistenssiä koskeva teoria on kiintoisa osoitus siitä, millaiseen pakkopaitaan ontologiset perusnäkemykset saattavat johtaa tutkijan, joka johdonmukaisesti pyrkii niitä seuraamaan.

3.2. Oikeustieteen tehtävät

Olivecronaa on tavallisesti pidetty ideologisena oikeusrealistina ts. teoreetikkona, jonka mukaan normin voimassaolo merkitsee sitä, että ihmiset kokevat normin velvoittavaksi.[21] Tämän havaittiin edellä pitävän paikkansa siinä merkityksessä, että kuvatunlainen käyttäytymisasenne sisältyy yhtenä elementtinä oikeussäännön käsitemääritelmään. Kun muistetaan, että käsitemääritelmän tehtävänä on määrittää oikeustieteen tutkimuskohde, näyttäisi tästä seuraavan tehtäväkäsitys, jonka mukaan oikeustieteen tulee tutkia kansalaisten oikeustajuntaa, ts. kysymyksiä, millaisia normatiivisia ajatussisältöjä heidän keskuudessaan on vallalla.[21a]

Tämän vuoksi on syytä heti todeta, että Olivecrona ei tehnyt käsitemääritelmästään mainitunkaltaista johtopäätöstä. Päinvastoin hän luonnehtii oikeustieteen tehtäviä hyvin traditionaaliseen tapaan toteamalla, että sen tulee selvittää, millaiset käyttäytymismallit ovat saaneet ilmaisunsa laeissa ja muissa oikeusjärjestykseen kuuluvissa säännöissä. Oikeustieteen kannalta oikeussäännöt ovat siten eräänlaisia viestejä tai sanomia, joiden sisältö tulee selvittää. Sisällön selvittämisen ohella oikeustieteen tulee muodostaa säännöistä funktionaalisia kokonaisuuksia ja systematisoida niitä.[22]

Olivecrona päätyy siis lopulta mitä tavanomaisimpaan oikeustieteen tehtävämäärittelyyn. Hän katsoo kuitenkin, että tehtävänasettelu on skandinaavisen oikeusrealismin tieteenkäsityksen mukainen. Kun oikeussäännön käsite on rekonstruoitu edellä kuvatuin tavoin, havaitaan, että säännön sisällön tutkiminen on empiirisen todellisuuden tutkimista. Oikeusfilosofia menee Olive-

[21] Näin on Olivecronan ajatuksia luonnehtinut mm. Alf Ross, Om ret og retfærdighed s. 85—89.

[21a] Näin mm. *Ross,* Om ret og retfærdighed s. 86—88.

[22] Ks. *Olivecrona,* Om lagen och staten s. 50.

cronan mukaan harhaan toistaessaan alituiseen oikeustieteen olevan normatiivinen tiede. Erehdys johtuu hänen mukaansa siitä, että oikeussäännön kahdesta momentista, sen sisällöstä ja imperatiivisesta muodosta, on pidetty ratkaisevana muotoa. Oikeustieteellisen tutkimustyön kannalta on sääntöön liittyvä imperatiivitunnus kuitenkin sangen yhdentekevä. Juridiikan varsinaisena tehtävänä on tutkia oikeussääntöjen sisältöä, ei niiden muotoa.[23]

Edellä sanotusta johtuu Olivecronan mukaan, että paljon kannatusta saanut käsitys oikeustieteen ja yhteiskuntatieteiden periaatteellisesta erosta on erheellinen. Vakiintuneesti on näet väitetty yhteiskuntatieteiden tutkivan faktista yhteiskuntaelämää, kun taas oikeustieteen sanotaan normatiivisena tutkivan sitä, miten pitää käyttäytyä. Olivecrona katsoo, ettei po. tieteiden välistä rajaa voida piirtää tällä tavoin. Oikeussääntöjen sisältö kuuluu samaan todellisuuteen kuin yhteiskuntatieteiden tutkimuskohdekin. Näiden tieteiden välisessä erossa on kyse pelkästään soveliaaksi harkitusta työn jaosta, saman todellisuuden tarkastelemisesta eri näkökulmista erilaisten tiedon tarpeiden tyydyttämiseksi.[24]

Näin Olivecrona katsoo voivansa eliminoida oikeusdogmatiikasta normatiivisuuden säilyttäen silti mahdollisuuden siihen, että lainoppi tutkii sitä, mitä se on aina tutkinut, nimittäin tiettyjen kielellisten ilmausten merkityssisältöä. Hän näyttää siten pääsevän normatiivisuudesta eroon huomattavasti pienemmällä hinnalla kuin eräät muut teoreetikot, jotka katsovat, että ”pitämisen maailman” ja ”käytännöllisen tiedon” mahdollisuuden hylkääminen johtaa oikeustieteen muuttumiseen tuomioistuinkäytännössä esiintyvien säännönmukaisuuksien kuvaamiseksi tai ennustamiseksi. Toisinaan skandinaavinen realismikin on tulkittu koulukunnaksi, joka pyrki muuttamaan oikeustiedettä tähän suuntaan.

Tämän vuoksi on kiintoisaa havaita, että Olivecrona jyrkästi torjuu ennusteteoriat. Oikeustiede sellaisena kuin sitä harjoitetaan ei näe tehtäväänsä ennusteteorian mukaisesti. Oikeustieteen väite, esimerkiksi ”Panttioikeutta kiinteään omaisuuteen ei voida perustaa sopimuksella” ei ole säännönmukaisuuden toteaminen sen paremmin kuin ennustekaan. Ennusteteorioita ei siten voida pitää tosiasiallisesti harjoitetun oikeustieteen rationaalisena rekonstruktiona ts. normaalijuridiikkaan sisältyvän rationaalisen ytimen esiin kaivamisena, johon

[23] Ks. *Olivecrona,* Om lagen och staten s. 51. Olivecronan argumentti tieteenkäsityksensä empiristisyyden puolesta on läheistä sukua lakipositivistien perustelulle, jonka mukaan heidän lähestymistapansa on empiirinen, koska he tutkivat annettua pätevää oikeutta eivätkä luontaisoikeuden edustajien tavoin oikeutta, jonka tulisi olla. Ks. esim. *Bergbohm,* Jurisprudenz und Rechtsphilosophie I, s. 32—33, 83—84 ja 367—368.

[24] Ks. *Olivecrona,* Om lagen och staten s. 51—52.

Olivecrona pyrki. Päin vastoin ne sisältävät hänen mukaansa vaatimuksen oikeustieteen radikaalista muuttamisesta.[25]

Vaatimuksen suunta on Olivecronan mielestä epäonnistunut. Jos realistiseen, metafysiikasta ja fiktioista vapaaseen oikeustieteeseen pyritään prognoositeoriain viitoittamaa tietä, joudutaan tieteellisyydestä maksamaan liian suuri hinta. Siitä tosiseikasta, että ei ole olemassa sitovia normeja, ei tarvitse tehdä näin radikaalia johtopäätöstä. Kun sitovuuden illuusio poistetaan, jää näet silti jäljelle jotakin reaalista. Jäljelle jäävät ne käyttäytymismallit, jotka muodostavat sääntöjen sisällön. Kuten edellä todettiin, laissa säädetyt käyttäytymismallit kuuluvat Olivecronan ontologiassa todellisuuteen ajatuksen sisältöinä. Käyttäytymismallien tutkiminen on siten todellisuuden tutkimista.

Se, joka tuntee oikeussäännön sisällön, voi luonnollisesti melko huomattavalla varmuudella ennustaa, miten tuomioistuimet tulevat tietyn tapauksen ratkaisemaan. Ennusteen varmuus perustuu tällöin käyttäytymismallin sisällön tuntemiseen ja siihen notoriseen seikkaan, että tuomioistuimet yleensä tarkoin noudattavat lakeja. Ennusteen laatiminen ei siten tuo mitään lisää siihen, joka jo tiedetään, kun oikeussäännön sisältö on selvitetty. Käyttäytymismallien sisällön selvittäminen riittää näin ollen tyydyttämään sen tiedontarpeen, joka oikeusjärjestykseen kohdistuu.[26]

Olivecronan käsitys oikeustieteen tehtävistä poikkeaa tässä kohden Hägerströmin viitoittamalta linjalta. Jäljempänä havaitsemme, että se poikkeaa myös varttuneen *Rossin* näkemyksistä.[26a] Ensiksi mainittu eroavuus näyttäisi perustuvan siihen, että Hägerström ja Olivecrona päätyivät eri tuloksiin oikeussäännön eksistenssiä koskevassa kysymyksessä. Sitä vastoin eroavuudet Rossin ajatteluun juontuvat syvemmältä.

Pian toisen maailmansodan jälkeen Ross omaksui loogisen empirismin tieteenkäsityksen ja sen myötä ns. verifioitavuusteesin. Ollakseen mielekkäitä lauseita oikeustieteen lauseitten tuli olla empiirisesti testattavia tai analyyttisiä. Oikeustieteen lauseet saattoivat Rossin mielestä täyttää ensiksi mainitun ehdon ainoastaan, mikäli ne tulkittiin ennusteiksi. Olivecrona sitä vastoin ei missään vaiheessa kääntynyt loogiseen empirismiin. Oikeustieteen lauseet eivät hänen mukaansa olleet ennusteita, vaan tulkintaväitteitä. Niiden todentamisen

---

[25] Ks. *Olivecrona,* Om lagen och staten s. 53—54. Samalla kannalla Olivecrona pysyi myöhemminkin. Ks. Om "skandinavisk realism" s. 346.

[26] Ks. *Olivecrona,* Om lagen och staten s. 55.

[26a] Sitä vastoin Olivecronan ja Rossin varhaisemman tuotannon välillä ei ole nähdäkseni ristiriitaa. Myös Ross suhtautui ennusteteorioihin tuolloin kriittisesti. Ks. Towards a Realistic Jurisprudence s. 65—73.

ongelma ei käynyt hänelle polttavaksi. Hänelle näytti riittävän tieto siitä, että oikeustieteen tutkimuskohde — oikein ymmärrettynä — oli reaalinen ilmiö.

Mikäli Olivecronan kanta pitää paikkansa, häntä on onniteltava erittäin merkittävästä suorituksesta. Hän on osoittanut, että lainopillinen tutkimus voidaan rakentaa Hägerströmin hyväksymälle ontologiselle perustalle, ja vieläpä siten, ettei lainopin perinteistä metodia tarvitse radikaalisti muuttaa.

Käsitykseni mukaan onnittelut on kuitenkin syytä säästää. Olivecronan tapaan pelastaa lainoppi sisältyy vaivihkainen siirtymä, joka ei ole perusteltavissa. Kuten muistamme, oikeustieteen tutkimuskohde on Olivecronan mukaan mentaalisen tason, ''maailma 2:n'' ilmiö. Tämä synnyttää kysymyksen, miten mentaalisen tason ilmiöistä voidaan saada selkoa tutkimalla lainopillisin menetelmin lakitekstejä. Miten lakitekstien juridinen tulkinta voi tuottaa tietoa kansalaisten oikeustajunnasta? Tämä on mahdollista ainoastaan, jos oletetaan kansalaisten muovaavan oikeustajuntaansa juridisen metodin ja vain sen avulla.

Itse asiassa Olivecrona näyttää ajattelevan hieman tämänsuuntaisesti. Hän näet pitää selvänä, että ruotsalaisessa yhteiskunnassa vallitsee lainkuuliaisuusasenne, jonka mukaan lainsäädäntöaktissa vahvistettuja käyttäytymismalleja pitää noudattaa riippumatta käyttäytymismallin sisällöstä. Kansalaiset toisin sanoen suuntaavat lainkunnioituksensa niihin käyttäytymismalleihin, joihin oikea imperatiivitunnus liittyy. Kun lainoppi tutkii näitä käyttäytymismalleja, se tutkii juuri niitä malleja, joihin lainkunnioitus kohdistuu.

Tämä seikka ei kuitenkaan vielä riitä osoittamaan, että juridisen tulkinnan keinoin saadaan tietoa kansalaisten oikeustajunnasta. Sen lisäksi tulisi näet osoittaa, että juridinen metodi määrää myös kansalaisten tavan ymmärtää annettujen käyttäytymismallien *sisältö*. Tällainen olisi mahdollista yhteiskunnassa, jossa kansalaiset itse ovat parhaita juristeja ja jossa tieteen metodina on kansalaisten juridisen ajattelutavan simulointi. Tämänsuuntainen kansallisromanttinen ajattelutapa, josta kyllä on merkkejä *Illumin* jäljempänä selostettavassa teoriassa, oli ymmärtääkseni Olivecronalle vieras,[26b] Tosiasiassa hänen tieteensä kohteena eivät olleet mentaaliset ilmiöt, vaan ''maailma 3:een'' kuuluvat säännösten merkitykset, niiden propositionaaliset sisällöt. Näin hänen teoriansa joutuu itse alttiiksi Hägerströmin kritiikille.

Sanotun valossa voidaan kysyä, mikä merkitys oikeussäännön käsitemääritelmän realistisella elementillä, *lainkuuliaisuudella,* lopulta on Olivecronan konseptiossa. Käsitykseni mukaan sen merkitys rajoittuu siihen, että se tekee

[26b] Sitä vastoin *Ross,* kuten jäljempänä tulemme havaitsemaan, pelastaa omassa teoriassaan lainopin traditionaalisen metodin juuri tällä tavoin. Eroa on vain siinä, että kansalaisten sijasta Ross asettaa tuomarit juridisen tiedon keskukseksi.

lakien säätämisen ja oikeustieteellisen tutkimuksen käytännöllisesti mielekkääksi. Lakien säätäminen on järkevää ainoastaan sen tähden, että niiden avulla voidaan ohjata kansalaisten käyttäytymistä. Tämä puolestaan on mahdollista sen ansiosta, että kansalaiset kunnioituksesta lakeja kohtaan käyttäytyvät niissä annettujen mallien mukaisesti ilman, että yleensä on tarpeen käyttää pakkoa. Samalla tavoin ainoastaan se, että kansalaiset kokevat tietyllä tavoin syntyneet käyttäytymismallit sitoviksi, tekee tarpeelliseksi niiden sisällön selvittämisen.

Edellä sanottu voitaneen tiivistää toteamukseen, jonka mukaan lain kunnioitus on juridisen tutkimuksen ennakkoehto, *conditio sine qua non*. Se tekee lainopin mahdolliseksi, mutta siitä ei seuraa mitään lainopin tehtäviin nähden. Lain kunnioitus on siten hieman samassa asemassa kuin perusnormi *Kelsenillä*. Eroja on kuitenkin mm. siinä, että perusnormi on Kelsenin mukaan oikeustieteen transcendentaalisloginen ehto,[27] kun taas lain kunnioitus Olivecronan mukaan oli lainopin *käytännön relevanssin* edellytyksenä.[27a]

Käyttäytymismallien sisältöä tutkivana tieteenä oikeustiede rinnastuu muihin tulkintatieteisiin. Oikeustiede ei kuitenkaan voi Olivecronan mukaan suuntautua pelkästään annettujen käyttäytymismallien sisällön selvittämiseen. Tuomioistuimilla on ratkaisupakko silloinkin, kun oikeus on aukollista. Jotta oikeustiede täyttäisi tehtävänsä, sen on pyrittävä myös näissä tilanteissa tarjoamaan lainkäyttäjille apua. Tämä edellyttää oikeustieteeltä luovaa panosta. Sen tulee luoda käyttäytymismalleja laissa ja tavanomaisessa oikeudessa ilmaistujen rinnalle.[28]

Tätä tehtävää toteuttaessaan oikeustiede joutuu väistämättä tieteen arvosidonnaisuutta koskevan ongelman eteen. Skandinaaviselle realismille, jonka

---

[27] Kelsenin käsityksistä ks. Puhdas oikeusoppi s. 215—220. Ks. myös *Kelsen*, On the Pure Theory of Law s. 1—7, jossa Kelsen toteaa, että perusnormi on normatiivisen ajattelun välttämätön ehto.

[27a] Tämä tulkinta, jonka otaksun vastaavan Olivecronan tarkoitusta, ei kuitenkaan poista epäilyä siitä, että oikeussäännön käsitemääritelmän realistinen elementti (lainkunnioitus) on käsitemääritelmässä tarpeeton, mikäli omaksutaan Olivecronan tulkinta lainopin kohteesta ja tehtävästä. Jos kerran lainkunnioitus on ainoastaan oikeussääntöjen tutkimisen käytännöllisen relevanssin edellytys, sen puuttuminen ei merkitse sitä, että oikeussääntö lakkaa olemasta oikeussääntö, vaan ainoastaan sitä, että oikeussäännön sisällön selvittäminen ei muuttuneessa aateilmastossa ole hyödyllistä. — Samasta probleemista näyttäisi keskustelevan myös *Ofstad,* Naturrettsfilosofiens sunne seiglivethet s. 447—449 ja 454—455.

[28] Ks. *Olivecrona,* Om lagen och staten s. 56. Sanotun lisäksi Olivecrona katsoi, että oikeustieteen tulee viitoittaa tietä myös lainsäätäjille ennakoimalla ja tutkimalla niitä oikeudellisia ongelmia, joita olosuhteiden muuttuminen tuo mukanaan. Tähän de lege ferenda -tutkimukseen ei tässä yhteydessä kuitenkaan puututa.

keskeisiä lähtökohtia oli arvoteoreettinen nonkognitivismi, kysymys tieteen arvosidonnaisuudesta oli polttava. Kyse oli lähinnä siitä, mikä johtopäätös oli tehtävä siitä seikasta, että arvoarvostelmat eivät ole tosia tai epätosia.

Eräät tutkijat pitivät sanotun johdosta välttämättömänä, että tieteestä poistetaan kaikki arvostukset. Olivecrona sitä vastoin ei pitänyt vaatimusta perusteltuna. Hän katsoi, että omien arvostusten totaalinen karttaminen on käytännössä sekä mahdotonta, että tarpeetonta ja ei-toivottavaa. Se on mahdotonta, koska oikeustiede ei voi perustella luomiaan käyttäytymismalleja muutoin kuin vetoamalla siihen, että mallin noudattaminen on toivottavaa jonkin arvokkaana pidetyn tavoitteen kannalta.[29] Se on tarpeetonta, jopa haitallista sen tähden, että omien arvostusten esittäminen tuo uusia näkökulmia keskusteluun ja siten rikastuttaa oikeustiedettä verrattuna vaihtoehtoon, jossa tutkijat rajoittuisivat pelkästään joidenkin annettujen arvostusten edellyttämien keinojen pohdintaan.[30]

Muutos, jota arvoteoreettinen nonkognitivismi oikeustieteeltä edellyttää, on Olivecronan mukaan vähemmän radikaali. Hän korostaa lähinnä kahta seikkaa. Koska arvostuksilla ei voi olla totuusarvoa, tutkijan on tehtävä ero arvoarvostelmien ja todellisuutta koskevien väitteiden välillä. Tutkimustulosten käyttäjille on tehtävä selväksi, kummasta kulloinkin on kyse. Lainopissa tämä merkitsee lähinnä sitä, että tutkijan on ilmoitettava, milloin hän pelkästään kuvaa lain sisältöä ja milloin puolestaan luo uusia käyttäytymismalleja.[31] Tä-

[29] Olivecrona toteaa, että kaiken oikeustieteen harjoittamisen taustaedellytyksenä on arvostus, jonka mukaan lakien noudattaminen on arvokasta ja toivottavaa. Lakien sisällön selvittäminen tulee mielekkääksi ainoastaan tästä arvostuksesta käsin. Näin ollen ei sellainenkaan oikeustiede, joka tyytyy pelkästään toistamaan lakien sisältöä tulkintaongelmiin puuttumatta, voi hänen mukaansa olla arvovapaata.

Tähän on todettava, että viimeksi mainittuun kuvaukseen soveltuvan oikeustieteen ja Olivecronan tarkoittaman oikeustieteen arvosidonnaisuudessa on kuitenkin selvä periaatteellinen ero. Tulkintakysymyksiin kantaa ottamaton oikeustiede on arvosidonnaista siinä mielessä, että sen *tehtävänasettelu* perustuu arvostukseen. Sitä vastoin käyttäytymismalleja luova l. tulkinta- ja aukkotilanteissa kantaa ottava oikeustiede on arvosidonnaista myös siinä mielessä, että sen *tulokset* perustuvat arvostuksiin. Eri tavoista, joilla tiede voi olla arvosidonnaista ks. *Hermerén,* Värdering och objektivitet s. 15 ss.

[30] Ks. *Olivecrona,* Om lagen och staten s. 58. Olivecrona on tässä kohden hieman muuttanut tai ainakin selventänyt aikaisempaa käsitystään. Vuonna 1927 julkaistussa artikkelissaan "Till frågan om rättsvetenskapens problemställning", joka kuvastaa Lundstedtin vaikutusta, Olivecrona näyttää ajattelevan, että oikeustieteen tulee ottaa vallitsevat arvostukset annettuina ja rajoittua tutkimaan, millaiset tulkintavaihtoehdot ovat niiden kannalta oikeita. Ks. m.k. s. 346—347.

[31] Olivecrona näyttää siten ajattelevan, että merkityssisällön kuvaaminen ja merkityksen antaminen voidaan selkeästi erottaa toisistaan. Hän ei myöskään näytä kiinnittäneen

män lisäksi tulee oikeustieteessä tapahtuvan *argumentoinnin* olla *avointa.* Tutkijan on avoimesti ilmoitettava ne arvostukset, joille hänen kannanottonsa perustuu.[32] Vain näin sen rationaalinen ja auktoriteettiuskosta vapaa arviointi käy mahdolliseksi.

Arvoarvostelmien ja tosiasiaväitteiden toisistaan erottaminen merkitsee Olivecronan mukaan myös askelta kohden metafysiikasta vapautumista. Metafyysisille väitteille on hänen mukaansa juuri tunnusomaista, että ne tosiasiaväitteen muodossa ilmaisevat arvoarvostelmia, ja siten johtavat lukijaa harhaan.[33] Metafysiikan poistaminen oikeustieteestä ei siten välttämättä edellytä arvostusten poistamista. Niiden esittäminen on luvallista, kunhan vain tuodaan esiin, että ne ovat arvostuksia.

Voimme havaita, että Olivecronan tieteenkäsitys oli jossakin määrin Hägerströmin käsitystä laajempi. Kun Hägerström salli oikeustieteen olevan normatiivista tai arvostavaa enintään termin heikossa mielessä, Olivecrona hyväksyi myös vahvasti normatiiviset väitteet lainopin piiriin. Olivecrona ei mainitse lähteitä, joihin hänen ajatuksensa perustuvat. Hänen käsityksensä muistuttaa kuitenkin paljon nk. *arvotietoista* tutkimustapaa, jota *Gunnar Myrdal* 1930-luvulta alkaen on puolustanut eri teoksissaan.[34]

Yhteenvedonomaisesti voidaan sanoa, että Olivecrona ei päätynyt vaatimaan lainopin radikaalia muuttamista. Perinteisen näkemyksen mukaisesti oikeussäännöt olivat hänelle viestejä, joiden sisältö lainopin tuli selvittää. Lainoppi oli toisin sanoen ytimeltään *tulkintatiedettä.* Aukkotapauksissa lainoppineen rooli muuttui. Lainoppinut toimi tällöin sosiaaliteknikkona, joka alisti spesiaalitietämyksensä yleisesti hyväksyttyjen tavoitteiden palvelukseen. Tämän ohella hänen oli lupa toimia myös oikeuspoliitikkona, ts. rakentaa tuloksensa omille tavoitteilleen, kunhan se tapahtui avoimesti.

Hägerströmin tavoin Olivecrona näyttää hylkäävän ajatuksen lainopista rationaalisena tieteenä, joka ratkaisee vaikeat ongelmat deduktiivisesti kehittämällä vastauksen näkyville oikeuskulttuurista. Näin Olivecronan itse asiassa tuleekin lähtökohtiensa valossa ajatella. Koska oikeusajattelu on metafyysisen ideologian vaivaamaa, sen käyttäminen deduktiivisen päättelyn premissi-

---

huomiota kysymykseen, missä määrin merkityssisällön kuvaaminen on todellisuuden kuvaamista, joka voi tapahtua empiirisesti. Oikeustieteen väitteiden reaalisisältöä ja kontrolloitavuutta koskeva problematiikka, joka esim. Alf Rossin oikeusteoriassa sai keskeisen merkityksen, jäi siten Olivecronalta paljolti huomiotta.

[32] Ks. *Olivecrona,* Om lagen och staten s. 59.

[33] Ks. *Olivecrona,* Om lagen och staten s. 60.

[34] Ks. esim. *Myrdal,* Vetenskap och politik i nationalekonomien s. 11—49 ja 277—295. Ks. siitä myös *Hermerén,* Värdering och objektivitet s. 204—217.

nä johtaa epäluotettaviin tuloksiin. Voidaankin sanoa, että Olivecronan suorittama tutkimuskohteen rekonstruktio ei lopettanut lainopista argumentointia ja systematisointia, mutta se teki tietyt argumentointi- ja systematisointitavat hylättäviksi. Tuomion saivat metafyysisiä ideoita hyödyntävät menettelytavat. Esimerkkinä hylättävästä systematisoinnista voidaan mainita perinteinen tapa ymmärtää aineellisen oikeuden ja prosessioikeuden suhde. Se näet perustui Olivecronan mukaan ajatukseen subjektiivisista oikeuksista mystisenä, tuonpuoleisena valtana, joka tarvittaessa voitiin saattaa tämänpuoleiseksi, todelliseksi vallaksi oikeuskoneiston avulla.[35] Juridiseen argumentaatioon ja systematisointiin kohdistuviin muutosvaatimuksiin palataan lähemmin teoksen seuraavassa pääjaksossa.

4. Lundstedt ja yhteiskuntahyödyn periaate

4.1. Taustaa

Olivecronan tavoin *Lundstedt* hyväksyy Hägerströmin keskeiset tulokset ja toistaa niitä eri kirjoituksissaan. Lähtökohdat, jotka hän niistä omalle työlleen ammentaa, ovat voittopuolisesti negatiivisia. Käsitys, ettei ole olemassa oikeuksia, velvollisuuksia, oikeudenvastaisuutta tai oikeudenmukaisuutta siinä merkityksessä kuin oikeustiede po. termejä käyttää, sai hänen kirjoituksissaan tärkeän sijan.

Edellä sanottuun liittyen Lundstedt hylkäsi myös *oikeussääntöjen* olemassaolon. Hänen mukaansa oikeustieteen tutkijan tulee ymmärtää, ”att i verkligheten icke finnes det, som man föreställer sig med ”rättsregler”, vare sig skrivna eller oskrivna”.[1] Lundstedt ei paljonkaan pyri auttamaan lukijaa, joka tahtoo ymmärtää, minkä ilmiön olemassaolon hän itse asiassa kiistää. Ns. vapaaoikeuskoulun edustajat käyttivät toisinaan samoja sanoja tahtoessaan yleisesti korostaa tuomarin ratkaisutoiminnan vapaaharkintaisuutta. Lundstedt näyttää jossakin määrin hyväksyvän heidän ajatuksensa, mutta hänen väitteensä

[35] Monissa kirjoituksissaan Olivecrona hyvin taitavasti erittelee oikeusajattelun piirteitä, jotka Hägerströmin ontologian valossa joudutaan tulkitsemaan oikeusajatteluun kietoutuneeksi metafysiikaksi. Ks. erit. Rätt och dom s. 16—145 ja Talerätt och materiell rätt, *passim*.

[1] *Lundstedt,* Obligationsbegreppet II: 1 s. 92. Ks. myös Grundlinjer Bd II: 2 s. 124 ja Legal Thinking Revised s. 305. Samalla tavoin hän kieltää myös oikeusjärjestyksen olemassaolon. Ks. Obligationsbegreppet II: 1 s. 13.

pääasiallinen sanoma ei kuitenkaan ole siinä. Lähinnä hän tarkoittaa, että ei ole olemassa objektiivisesti sitovia, oikeuksia ja velvollisuuksia luovia sääntöjä.[2] Väite perustuu siihen, että Lundstedt muiden koulukuntaan luettavien tutkijoiden tavoin kiisti illokutionaaristen kielitekojen (performatiivien) mahdollisuuden. Sanoilla ei heidän mukaansa voitu luoda mitään muutoin kuin kausaalisesti. Ajatus, että joillakin kielellisillä ilmaisuilla ja niihin liittyvällä seremoniallisella käyttäytymisellä voitaisiin ei-kausaalisesti synnyttää oikeuksia tai velvollisuuksia, oli merkki hylättävästä uskosta sanamagiaan ja taikuuteen.[3]

Lundstedtin tulos oli käytännössä sama, johon muutkin skandinaavisen realismin edustajat olivat päätyneet. Sitä vastoin eroavuutta ilmeni suhtautumisessa tähän tulokseen. Kun esimerkiksi Olivecrona pyrki suorittamaan oikeussäännön käsitteen realistisen rekonstruktion tulkitsemalla lainsäädäntöaktin laukaisemaksi käyttäytymisasenteeksi sen, mitä traditionaalinen näkemys piti oikeussäännön sitovuutena, Lundstedt piti parempana koko termin hylkäämistä. Lundstedt ei toki kiistänyt sitä, että yhteiskunnan oikeuskoneistoon sisältyi lain tai tapaoikeuden säännöksiä, direktiivejä, jotka tuomarit useimmissa tapauksissa monista eri syistä ottavat huomioon. Hän ei kuitenkaan pitänyt asiallisena nimittää niitä oikeussäännöiksi, koska vanhojen termien säilyttäminen — vaikkakin uuden sisältöisinä — oli hänen mukaansa omiaan tuomaan metafyysisen argumentaation tieteeseen, ts. säilyttämään metafyysisten ajatustottumusten vaikutuksen.[4]

Toinen syy, jonka tähden direktiivejä ei Lundstedtin mukaan ole aihetta nimittää oikeussäännöiksi, on nähdäkseni siinä, että hän katsoo tällaisen terminologian helposti johtavan virheelliseen käsitykseen oikeudellisesta ratkaisutoiminnasta säännön seuraamisena. Säännön sokean seuraamisen näkökul-

---

[2] Eksplisiittisimmin tämä käy ilmi teoksesta Legal Thinking Revised s. 306—307. Ks. myös Obligationsbegreppet II: 1 s. 91.

[3] Ks. esim. *Lundstedt,* Obligationsbegreppet I s. 80.

[4] Ks. esim. *Lundstedt,* Legal Thinking Revised s. 16—17 ja Obligationsbegreppet II: 1 s. 129—130. Toisaalta Lundstedt joutui pian myöntämään, ettei ajatus juridiikan keskeisen terminologian vaihtamisesta uuteen ollut toteutettavissa. Ks. esim. *Lundstedt,* Det Hägerström-Lundstedtska misstaget s. 40—41. Hän tyytyi itsekin käyttämään vanhoja termejä tosin varustettuna lainausmerkein tai muin tunnuksin, joiden tehtävänä oli osoittaa, ettei sanaa käytetty sen traditionaalisessa ''oikeusskolastisessa'' merkityksessä. Näin hän joutui tavallaan kuitenkin suorittamaan 'oikeussäännön' realistisen rekonstruktion. Se edustaa lähinnä behavioristista tuomioistuinrealismia. Väite 'Oikeussääntö N on voimassa' merkitsee hänen mukaansa reaalisesti sitä, ''att vissa myndigheter av varierande på rättsmaskineriet beroende impulser skulle komma att regelmässigt handla på ett visst sätt i situationer av samma slag som det föreliggande''. Obligationsbegreppet II: 1 s. 93. Lundstedtin ajatustavan kritiikistä ks. *Undén,* Några reflexioner om termen gällande rätt s. 287—295.

ma ei hänen mielestään ole oikea tapa lähestyä juridiseen ratkaisuun ja koko oikeuskoneiston toimintaan liittyvää problematiikkaa. Jos ryhdymme tutkimaan niitä syitä, joista ratkaisutoiminnan säännönmukaisuus ja ennustettavuus johtuvat, havaitsemme hänen mukaansa, että direktiivit muodostavat niistä ainoastaan pienen joskin sinänsä tärkeän osan.[5] Direktiivien irrottaminen erillistarkasteluun merkitsee tällöin yhden osatekijän mielivaltaista erottamista kokonaisuudesta. Tämän vuoksi oikeustieteen ei tule tarkastella niitä irrallisina kielellisinä entiteetteinä, vaan funktionaalisessa yhteydessä oikeuskoneistoon, jossa niillä on luonnollinen paikkansa. Oikeuskoneisto, *''rättsmaskineriet''* näyttää siten Lundstedtilla olevan eräänlainen objektiivisen oikeuden vastine. Se on nimitys niille reaalisille ilmiöille, jotka muodostavat oikeustieteen tutkimuskohteen.

Lundstedt ei missään yhteydessä määrittele ''oikeuskoneiston'' käsitesisältöä. Se ainoastaan implikoidaan — ei eksplikoida — hänen tuotannossaan. Siihen näyttää kuuluvan sen kaltaisia elementtejä kuin *kansalais-* ja *viranomaiskäyttäytymistä, käyttäytymismotiiveja* (tavoitteita) sekä *keinoja* tavoitteiden saavuttamiseksi.[6] Mikä seikka tekee po. ilmiöistä nimenomaan oikeuskoneistoon kuuluvia ja erottaa ne ei-oikeudellisesta käyttäytymisestä, käyttäytymismotiiveista tai keinoista, ei kuitenkaan käy ilmi. Samoin on vaikea ehdottomalla varmuudella sanoa, ovatko kaikki mainitut ilmiöt todella käsitetunnusmerkkejä vaiko muussa kuin käsitteellisessä suhteessa siihen.

Lundstedtin kirjoituksia vertailevasti analysoimalla voitaisiin ehkä saada esiin tulkintahypoteeseja siitä, millaisen oikeuskoneiston käsitteen hänen työnsä implikoivat. Tätä en kuitenkaan pidä tarpeellisena, koska Lundstedtin tärkein panos oikeustieteen kohdetta, tehtäviä ja menetelmiä koskevassa keskustelussa ei lopultakaan ollut oikeustieteen tutkimuskohteen spesifioimisessa.

Käsitykseni mukaan Lundstedtin päämerkitys skandinaavisen realismin traditiossa on kahtaalla. Ensinnäkin hän toi lainoppiin Hägerströmin käsiteanalyyttisen tavan filosofoida. Tarkoitan tällä Hägerströmille leimallista pyrkimystä

---

[5] Ks. *Lundstedt,* Legal Thinking Revised s. 315. Ks. myös Obligationsbegreppet II: 1 s. 98 ja Grundlinjer Bd II: 2 s. 129 ss.

[6] Oikeuskoneistoa koskevista Lundstedtin luonnehdinnoista ks. Obligationsbegreppet II: 1 s. 98—102 ja Legal Thinking Revised s. 6—7 ja s. 314—316. Direktiivien merkitys oikeuskoneistossa on Lundstedtin mukaan siinä, että ne ovat keinoja koneistossa vaikuttavien tavoitteiden saavuttamiseksi. Tuomitsemalla direktiivien mukaan tuomari voi ensinnäkin toteuttaa tiettyjä henkilökohtaisia tavoitteitaan esim. tarvetta saada arvostusta ja välttyä sanktioilta. Samalla hän toteuttaa myös yleistä hyvää ylläpitämällä sanktioiden ennustettavuutta ja siihen liittyvää yleisestävyyttä, jonka aikaansaaminen oli Lundstedtin mukaan oikeuskoneiston keskeinen funktio.

etsiä kehäpäätelmiä ja ”skolastista” argumentaatiota tarkastelemistaan filosofisista ja oikeusteoreettisista kirjoituksista.[7] Hägerströmin tulosten pohjalta Lundstedt rakensi hypoteesin, jonka mukaan oikeustiede käyttää selityksissään ja justifikaatioissaan epärealistisia perusteita ja kääntää asiat päälaelleen sekoittamalla syyn ja seurauksen keskenään.[8] Huomattava osa hänen töistään keskittyy argumentointiin, jolla hän pyrkii todentamaan väitteensä.

Hänen argumentaatiotavastaan annetaan jäljempänä joitakin näytteitä. Jo tässä yhteydessä ansaitsee tulla sanotuksi, että argumentaation taso on sangen vaihtelevaa. Osa hänen kritiikistään on nähdäkseni pätevää siitä riippumatta, hyväksytäänkö oikeusrealismin lähtökohdat vaiko ei. Kritiikin toisen ääripään muodostavat pahat harhailut, jotka johtuvat siitä, että Lundstedt ei ole ymmärtänyt kysymyksenasettelua, johon hänen kritisoimansa ”skolastiset” käsitykset perustuvat.[9] Lundstedtin tavasta kehitellä argumenttejaan puuttui usein kaikkinainen kurinalaisuus, mikä tekee hänen esityksensä seuraamisen vaikeaksi, jopa turhauttavaksi.

Tässä yhteydessä en viivykään pitempää hänen esittämässään kritiikissä, vaan siirryn tarkastelemaan hänen rakentavia ajatuksiaan. Niissä näyttäytyy

[7] Skolastisella argumentaatiolla Hägerström tarkoitti tapaa työskennellä käsitteillä, joilla ei ole konnotaattia kokemusmaailmassa, käsitteillä, jotka ovat ”utan all åskådlighet”. Ks. *Hägerström,* Den objektiva rättens begrepp s. 72.

[8] Lundstedt ei kainostellut ilmoittaessaan tavoitteensa. ”Syftet med min framställning är, kort sagt, endast att visa, att jurisprudensens grundåskådning över hela linjen — med eller utan ”radikalism” eller ”modernitet” — är oduglig...” hän toteaa kirjansa Obligationsbegreppet II: 1 johdannossa. (s. 16). Esimerkkejä Lundstedtin tarkoittamista epäreaalisista perusteista ovat mm. oikeudentunnon (rättsmedvetande) käyttäminen oikeuslähteenä aukko- ja tulkintatilanteissa, oikeudenvastaisuuden käyttäminen teon rangaistavuuden tai vahingonkorvausvelvollisuuden perusteena, ja tuomioistuimen käyttäytymisen selittäminen tai justifioiminen vetoamalla asianosaisten oikeuksiin tai velvollisuuksiin. Ks. esim. *Lundstedt*, Principinledning s. 5—15 ja Obligationsbegreppet II: 1 s. 18 ss.

[9] Esimerkkinä harhaan osuvasta arvostelusta mainittakoon Lundstedtin väite, jonka mukaan vallitseva omistusoikeusteoria sekoittaa keskenään syyn ja seurauksen väittäessään, että tuomioistuimen reaktio (esim. kieltotuomio) perustuu kantajan omistusoikeuteen ja sen loukkaamiseen. Omistusoikeus ei Lundstedtin mukaan suinkaan ole reaktion edellytys, vaan päin vastoin tuomioistuinten säännönmukaiset reaktiot ovat edellytyksenä sille, että esiintyy ”suhteellisen turvattuja asemia”, joita voidaan sanoa omistusoikeudeksi. Ks. esim. *Lundstedt,* Legal Thinking Revised s. 93—100. Lundstedtilta jää havaitsematta, että vallitseva käsitys ja hänen oma käsityksensä eivät ole vastauksia samaan kysymykseen. Fraasi ”olla jonkin edellytyksenä” merkitsee niissä eri asioita. Vallitseva käsitys antoi — tosin epätarkan ja problemaattisen — vastauksen siihen, *millä edellytyksillä tuomioistuimen reaktio oli lain mukaan mahdollinen.* Sitä vastoin se ei väittänyt mitään ”*suhteellisesti suojattujen asemien kausaalisista syntyedellytyksistä*”, jotka puolestaan olivat Lundstedtin huomion aiheena. Vastaavanlaisia esimerkkejä voitaisiin luetella muitakin.

hänen tärkein sanomansa oikeustieteelle. Uudistamispyrkimyksille loi pohjan hänen kritiikkinsä. Siitä kohosi vaatimus, että metafyysiset oikeuslähteet, selitysperusteet ja justifiointiperusteet on korvattava reaalisilla. Rakentava vaihtoehto, jota Lundstedt tarjoaa, on *yhteiskuntahyödyn periaate.* Vaihtoehdon kehittely on hänen keskeinen teemansa, joka 1920-luvulta alkaen kulkee läpi hänen tuotantonsa. Sitä kehittäessään hän tulee samalla kehittäneeksi eteenpäin ajatusta oikeudellisesta sääntelystä sosiaalitekniikkana ja lainopista sosiaalitekniikan instrumenttina.

Yhteiskuntahyödyn periaate saa sisältönsä siitä, että ihmisillä on tiettyjä yhteisiä arvostuksia, joiden varaan he tahtovat yhteiskuntaansa rakentaa. Näiden arvostusten olemassaolo on Lundstedtin mukaan tosiasia, joka voidaan empiirisin havainnoin vahvistaa. Lundstedt ei pyri tyhjentävästi luettelemaan, mitä po. yhteiset arvostukset ovat, vaan tyytyy pelkkiin esimerkkeihin. Hän näyttää ymmärtävän yhteisten arvostusten alueen sangen suureksi. Se ulottuu konkreettisista käytännön kysymyksistä[10] sangen yleisluontoisiin ja periaatteellisiin tavoitteisiin, joita ovat esim. ”yleisen tuotannon ja vaihdannan edistäminen,”[11] ”yleisen luottointressin turvaaminen”[12] ja ”oikeusvarmuuden parantaminen.”[13]

Lundstedt korostaa sitä, että kyse on nimenomaan yhteiskunnan jäsenten arvostuksista eikä objektiivisista arvoista. Arvonihilistinä hän kieltää objektiivisten arvojen olemassaolon ja toteaa sen mukaisesti, ettei häntä lainkaan kiinnosta se ratkaisematon ongelma, johtaako yhteiskuntahyödyn huomioon ottaminen todella aikaisempaa parempaan oikeusjärjestykseen.[14] Se, että ihmiset faktisesti arvostavat ja pitävät hyödyllisinä tiettyjä asioita, riittää yksinäänkin perusteeksi sille, että niihin kiinnitetään juridiikassa huomiota. Kun oikeustiede ottaa lähtökohdakseen nämä arvostukset, sen työ saa todellisen päämäärän. Se kiinnittyy johonkin reaaliseen sen sijasta, että se klassisen juridiikan tavoin pyrkisi kohti oikeudenmukaisuutta, jonka käsitekritiikki on osoittanut pelkäksi kangastukseksi.

---

[10] Ks. *Lundstedt,* Obligationsbegreppet II: 1 s. 271. ”Detta består i sådant som tjänlig och välsmakande föda, lämplig och enligt den egna eller allmänna smaken klädsam dräkt, på bästa och bekvämaste sätt inredda bostäder, trygghet till liv och lem, största möjliga rörelsefrihet, däri även inbegripet arbetsbördans begränsning, bildningsmöjligheter o.s.v.”

[11] Ks. *Lundstedt,* Obligationsbegreppet II: 1 s. 209. Yleisen tuotannon ja vaihdannan edistäminen kuuluu yhteiskuntahyödyn keskeisiin vaatimuksiin. ”. . . allmän produktion och omsättning är en *conditio sine qua non* för samhället” ibid. s. 268.

[12] Ks. *Lundstedt,* Obligationsbegreppet II: 1 s. 231.

[13] Ks. *Lundstedt,* Obligationsbegreppet II: 1 s. 220.

[14] Ks. *Lundstedt,* Obligationsbegreppet II: 1 s. 250—251 ja erit. s. 270.

Analysoitaessa Lundstedtin kirjoituksia havaitaan, että hänen teesinsä yhteiskuntahyödyn periaatteen keskeisestä merkityksestä juridiikassa sisältää monia eri asioita. Lundstedt itse ei pidä niitä selvästi erossa toisistaan, vaan siirtyy usein teemasta toiseen havaitsematta — tai ainakaan julkituomatta — näkökulman muuttumista. Hänen teoriansa systemaattisessa tarkastelussa sen eri puolet on kuitenkin syytä erottaa toisistaan. Näin tehtäessä havaitaan, että yhteiskuntahyödyn periaate on hänen mukaansa ainakin:

(1) *justifikaatioperuste;* olemassaolevat oikeudelliset järjestelyt (esim. lainsäädäntöratkaisut) tai ainakin useimmat niistä voidaan oikeuttaa l. justifioida yhteiskunnallisiin hyötynäkökohtiin viittaamalla,
(2) *oikeuspoliittinen maksiimi,* jonka mukaan lainsäädäntöreformeja tehtäessä yhteiskunnalliset hyötynäkökohdat tulee ottaa keskeisesti huomioon,
(3) *yhteiskunnan kehityslaki,* joka ilmaisee sen säännönmukaisuuden, että yhteiskunnalliset hyötykohdat de facto sanelevat lainsäädäntöratkaisujen sisällön riippumatta siitä, pyritäänkö siihen tietoisesti vaiko ei, ja
(4) *oikeuslähteiden tulkintaperiaate;* säännöksiä ja muita oikeuslähteitä tulkittaessa on pyrittävä siihen, että tulkinnot vastaavat yhteiskunnan kokonaisetua.

Seuraavassa pyritään lähemmin kuvaamaan yhteiskuntahyödyn periaatteen eri elementtien sisältöä.

4.2. Yhteiskuntahyöty justifikaatioperusteena

Etenkin kuluvan vuosisadan alkupuolella oli tavallista, että akateemisessa lainopissa ei tyydytty ainoastaan toteavasti selostamaan omaksuttujen lainsäädäntöratkaisujen sisältöä, vaan pyrittiin myös ”selittämään”, mihin ne perustuivat. Selityksellä ei kuitenkaan tarkoitettu sen paremmin kausaali- kuin motiiviselityksiäkään, vaan sillä pyrittiin sellaisten argumenttien esittämiseen, jotka *justifioisivat* omaksutun ratkaisun. Asian selittäminen oli sen justifioimista osoittamalla se hyväksi, tarkoituksenmukaiseksi, rationaaliseksi ja — ehkä ennen kaikkea — juridisen systeemin mukaiseksi. Ratkaisun selittäminen liittyi siten läheisesti oikeustieteen systematisointitehtävään. Monet teorian nimellä kulkevat lainopin oppirakennelmat, kuten vahingonkorvaus- ja rangaistusteoriat tähtäävät tämänkaltaisiin selityksiin.[15]

[15] Termin ”teoria” eri käyttötavoista juridiikassa ks. *Pöyhönen,* Juridisista teorioista s. 32—40. Siinä mainituissa ”teorian” käyttötapojen luokituksissa ei tässä tarkoitettuja

Lundstedt analysoi eri kirjoituksissaan kuvatunlaisia teorioita ja päätyy siihen, että niiden sisältämät justifikaatioperusteet ovat valtaosaltaan metafyysisiä. Niitä kehitettäessä ei ole osattu vapautua luontaisoikeudellisesta traditiosta, jolle juuri oli tunnusomaista, ”att man antagit vissa källor till stöd för de rättsliga instituten utan att kunna påvisa dessa källors tillvaro i verkligheten.”[17] Näin on asiallisen argumentaation taso jäänyt saavuttamatta ja on vajottu skolastiikkaan, ”där man med i fantasien uppkonstruerade overkligheter (söker) förklara en levande verklighet.”[18] Asialliseen argumentaatioon päästään, kun metafyysisistä perusteista luovutaan ja käytetään niiden sijasta reaalisia, olemassaolevia perusteita. Yhteiskunnallisiin hyötynäkökohtiin vetoaminen täyttää tämän vaatimuksen. Ajateltavissa olevista reaalisista perusteista se on lisäksi paras, sillä oikeudellisen sääntelyn ainoa oikeutus on Lundstedtin mukaan sen hyödyllisyydessä yhteiskunnan kannalta,[19] ts. siinä, että se edistää yhteisesti hyväksyttyjen arvojen toteutumista.

Lundstedtin tarkoitus käy kauniisti ilmi tavasta, jolla hän arvostelee siviilioikeudessa kehitettyjä vahingonkorvausteorioita. Vahingonkorvausteorioilla tarkoitan oppirakennelmia, joilla pyritään justifioimaan vahingonkorvausseuraamuksen asettaminen osoittamalla ne rationaaliset syyt, joihin korvausseuraamus perustuu.

Lundstedt katsoo pohjoismaisessa oikeustieteessä vallitsevan käsityksen, jonka mukaan vahingonkorvauksen perustana on oikeudenvastaisuus käsitettynä oikeudellisen käskyn vastaisuudeksi.[20] Rikkoessaan oikeusjärjestyksen kieltoja tai käskyjä normiadressaatti rikkoo velvollisuuttaan ja toimii siten oikeudenvastaisesti, mikä tekee perustelluksi vahingonkorvausseuraamuksen asettamisen.

Lundstedt näkee kuvatussa justifikaatiotavassa koko joukon metafyysistä, todellisuudelle vierasta päättelyä. Hänen kritiikkinsä perustuu läheisesti Hägerströmin ajatteluun. Sitä voidaan pitää tahtoteorioiden kritiikin ja velvollisuuden käsitteen analyysin soveltamisena vahingonkorvausoppeihin. Sellaise-

justifikatorisia teorioita esitetä omana ryhmänään eikä muutoinkaan ole selvää, mihin ryhmään ne sijoittuisivat. Sitä vastoin justifikatoriset teoriat näyttäisivät huomattavasti muistuttavan ilmiötä, jota Wagner nimittää selittäviksi teorioiksi. Wagnerin mukaan oikeussääntö on tässä mielessä selitetty, kun se on liitetty sellaiseen oikeudelliseen periaatteeseen, josta po. oikeussääntö loogisesti seuraa. Ks. tästä *Wagner,* Die Theorie in der Rechtwissenschaft s. 458 ss. ja *Pöyhönen,* m.t. s. 98—99.

[17] *Lundstedt,* Obligationsbegreppet II: 1 s. 10.

[18] *Lundstedt,* Kritik av nordiska skadeståndsläror s. 79.

[19] Ks. esim. *Lundstedt,* Legal Thinking Revised s. 131—133.

[20] Ks. *Lundstedt,* Kritik av nordiska skadeståndsläror s. 56—57 ja Obligationsbegreppet II: 1 s. 195.

na se on melko hyvä esimerkki Kuhnin tarkoittamasta normaalitieteestä, pulmanratkonnasta annettujen suuntaviivojen mukaan.

Tahtoteorioiden kritiikkiin liittyen Lundstedt toteaa ensinnäkin että oikeusnormien ymmärtäminen käskyiksi on erheellistä. Oikeusnormeja ei ole mahdollista pitää käskyinä, koska käskyn antajaa ei voida identifioida. Se, ettei vahingonkorvaus voi perustua käskyn rikkomiseen, käy lisäksi ilmi siitäkin, että seuraamus voidaan tuomita, vaikka vahingon aiheuttaja ei ollut tietoinen mistään häneen kohdistuneesta käskystä.[21]

Toiseksi ei ole oikein väittää, että käsky synnyttää velvollisuuden. Hägerströmin suorittamaan velvollisuuden käsitteen analyysiin viitaten Lundstedt toteaa, että väite 'X on käsketty' ei implikoi väitettä 'X on velvollisuus'.[22] Velvollisuus tarkoittaa reaalisesti tietyn tunteen olemassaoloa, tunnetta ''att vara driven att undvika eller utföra en handling''.[23] Syntyykö käskyn (perlokutionaarisena) seurauksena velvollisuuden tunne vaiko ei, on kontingentti seikka. Vahingonkorvaus tuomitaan kuitenkin tunteen syntymisestä riippumatta, joten sen tuomitseminen ei voi perustua velvollisuuden rikkomiseen.

Oikeustieteessä vastataan tähän huomautukseen tavallisesti toteamalla, että kyse ei olekaan subjektiivisesta velvollisuuden tunteesta, vaan objektiivisesta velvollisuudesta noudattaa oikeusnormeja. Tällöin joudutaan Lundstedtin mukaan entistä syvemmälle metafysiikkaan. Hägerströmin analyysin mukaan termi 'velvollisuus' ei näet tarkoita mitään subjektista riippumatta olemassa olevaa entiteettiä, vaan jotakin, joka on olemassa ainoastaan jonkin subjektin ominaisuutena, nimittäin velvollisuuden tunteen sisältöä. ''Bakom plikt ligger en

---

[21] Ks. *Lundstedt,* Kritik av nordiska skadeståndsläror s. 57—58 ja Obligationsbegreppet II: 1 s. 196—198.

[22] Huomautettakoon tässäkin yhteydessä, että kirjoituksessa esitetyt väitteet, jotka ovat muotoa ''Lundstedt toteaa'', ''Hägerström katsoo'' jne, eivät pyri olemaan raportteja ao. henkilöiden lausumista, vaan ne ovat tulkintaväitteitä, joissa pyritään tuomaan esiin tulkittavan lausuman keskeissisältö käyttämällä mahdollisuuksien mukaan siinä esiintyvää parempaa ja täsmällisempää käsitteistöä. Pyrkimyksenä on toisin sanoen ilmaista lausujan ajatus sitoutumatta siihen tapaan, jolla hän on ajatuksensa ilmaissut. Sanotun havainnollistamiseksi otan tähän esimerkiksi Lundstedtin toteamuksen in extenso: ''...men det är alldeles uppenbart, att det blotta faktum, att jag emottagit en befallning, icke är det samma, som att jag ''bör'' utföra den befallda handlingen. Om t.ex. en person befaller mig att företaga en brottslig handling, bör jag därför icke företaga den. Att man kommit att tala om rättsplikt såsom något objektivt konstaterbart, beror därpå, att man dels förutsatt, att rätten skulle vara en befallande makt, dels — och detta är det väsentliga felet — förutsatt, att en plikt skulle vara given blott därmed, att den i samhället rådande makten har befallt vissa handlingar''. *Lundstedt,* Kritik av nordiska skadeståndsläror s. 58—59.

[23] *Lundstedt,* Kritik av nordiska skadeståndsläror s. 58.

känsla''. Näin ollen velvollisuus on käsitteellisesti subjektiin sidottu l. subjektiivinen ilmiö, joten objektiivisen velvollisuuden käsite on sisäisesti ristiriitainen.[24] Sellaisena se ei voi kuulua todellisuuteen, sillä Hägerströmin todellisuuden teorian mukaan 'todellisuus' merkitsee loogista ristiriidattomuutta. Oikeudenvastaisuus, velvollisuuden rikkomiseksi ymmärrettynä, on tyypillinen ''overklighet'', jota ei voida käyttää justifikaatioperusteena.

Jotta esitetty kritiikki voitaisiin torjua, tulisi oikeudenvastaisuudelle antaa aivan toinen sisältö kuin se pohjoismaisissa vahingonkorvausteorioissa on saanut. Tämä johtaa Lundstedtin mukaan kuitenkin toiseen ongelmaan. Ainoa ajateltavissa oleva reaalisisältö, joka termille voidaan antaa, on tulkita sen tarkoittavan *sanktionalaisuutta* so. sitä, että teosta seuraa vahingonkorvaus. Vahingonkorvausseuraamuksen justifiointi oikeudenvastaisuuden avulla käy tällöin kuitenkin mahdottomaksi, koska näin tehtäessä joudutaan kehään.[25]

Jos vahingonkorvaussäännöstön olemassaoloa tahdotaan perustella, on katseet käännettävä kokonaan muualle, nimittäin säännöstön yhteiskunnallisiin funktioihin. Olemassaolollaan säännöstö vaikuttaa siten, että vahingolliset teot suuressa määrin ennalta estyvät. Vahingonkorvausoikeuden — samoin kuin rikosoikeuden[26] — merkitys on sen *yleisestävässä funktiossa,* jonka ylläpitä-

---

[24] Ks. *Lundstedt,* Obligationsbegreppet II: 1 s. 200.

[25] Jos oikeudenvastaisuudelle annetaan po. tulkinta, väite 'Vahingonkorvaus tuomitaan, koska teko oli oikeudenvastainen' redusoituu väitteeksi 'Vahingonkorvaus tuomitaan, koska vahingonkorvaus tuomitaan'.

[26] Samaan tapaan kuin vahingonkorvausteorioita Lundstedt kritisoi myös rangaistusteorioita, jotka katsoivat rangaistuksen perustuvan teon oikeudenvastaisuuteen. Lundstedt katsoi rangaistussäännösten ainoan oikeutuksen olevan niiden yleisestävässä funktiossa. Ks. *Lundstedt,* Principinledning, passim. Lundstedtin positiivisista käsityksistä ks. erit. ibid. s. 21 ss.

Aina Lundstedt ei malttanut pysyttäytyä pelkästään käytettyjen justifikaatioperusteiden ontologista statusta koskevassa kritiikissä, vaan hän siirtyi toisinaan puhtaasti moraaliseen keskusteluun. Lundstedtin mielestä oli epäoikeudenmukaista väittää oikeudenmukaisuuden vaativan sellaistenkin henkilöiden rankaisemista, jotka ovat ajautuneet rikoksiin vaikutusmahdollisuuksiensa ulottumattomissa olevien tekijöiden paineesta. ''Kan någonting sakligt utletas i påståendet, att *rättvisan* kräver, att man skall straffas för en handling, som kanske icke beror på annat, än att man haft de eller de föräldrarna, kanske icke på annat, än att man fött och vuxit upp i storstädernas sämsta fattigkvarter, kanske icke på annat, än att man t.ex. från barndomen av föräldrar eller andra handledare skickats ut att uppsnoka vad ätbart som helst för att stilla sin hunger, ja att i nödfall söka och taga ur andras fickor och gömmor...'' *Lundstedt,* Obligationsbegreppet II: 1 s. 190.

Kuvattu siirtymä on kiintoisa sen tähden, että skandinaavinen realismi periaatteessa kiisti moraalisen keskustelun tieteellisen merkityksen. On vaikea sanoa, havaitsiko Lundstedt itse argumentaatiossaan tapahtuneen muutoksen.

minen yleisen vaihdannan ja oikeusturvallisuuden intressien vuoksi on välttämätöntä. Vain näiden seikkojen valossa vahingonkorvaussäännöstö näyttää rationaaliselta.[27]

Käsitys oikeudenvastaisuudesta vahingonkorvausvastuun perustana on Lundstedtin mukaan laajemminkin aiheuttanut vaikeuksia lainkäytölle ja oikeustieteelle. Tuotannon ja vaihdannan tarpeet loivat 1800-luvun Euroopassa paineen murtaa tuottamusvastuun rajat ja ulottaa korvausvastuu tuottamuksesta riippumattomaan toimintaan. Ajatus objektiivisesta korvausvastuusta sopi kuitenkin huonosti teoriaan, joka kytki korvausvastuun oikeudenvastaiseen, moitittavaan käyttäytymiseen. Tässä tilanteessa oikeudenvastaisuuskonstruktiosta muodostui kehityksen kahle, joka jarrutti lainsäädännön kehittämistä ja johti tuomarit vaikeaan tilanteeseen heidän joutuessaan harkitsemaan, toimiako oppimansa oikeudenvastaisuuskonstruktion vaiko oman järkevän käsityksensä mukaan.[28]

Objektiivisen vahingonkorvausvastuun saatua ilmauksensa laissa ongelma siirtyi oikeustieteen tasolle. Pulmaksi nousi kysymys, miten selittää teoriaan sopimaton uudismuodoste, miten osoittaa tuottamuksesta riippumattoman vahingonkorvauksen mahdollisuus oikeusjärjestyksen perusteiden mukaiseksi.

Tähän kysymykseen annettiin erilaisia vastauksia. Lundstedt tarkastelee erityisesti Ruotsin kauppalain 24 §:n synnyttämiä selitysvaikeuksia. Säännöksen mukaan myyjä joutuu hankintakaupassa eräitä poikkeustapauksia lukuunottamatta korvaamaan viivästyksestään aiheutuneen vahingon, vaikka sen ei voidakaan katsoa johtuvan hänen laiminlyönnistään. Miten tämä voidaan ”selittää”?

Kun myyjän oikeudenvastaiseen käyttäytymiseen ei tässä tapauksessa ole voitu vedota, on yleisesti tyydytty selitykseen, jonka mukaan myyjä on *hiljaisesti taannut* suorituksen ja siten synnyttänyt takuulle ominaisen tuottamuksesta riippumattoman vastuun. Perustelu on luonnollisesti pelkkä fiktio, koska edes konkludenttista takuuksi tulkittavaa tahdonilmaisua ei kaupan yhteydessä tavallisesti anneta. Korvausvastuu on sitä paitsi olemassa täysin takuusta riippumatta.[29]

Hiljaisen takuun fiktiivinen luonne on niin ilmeinen, että moni siihen vetoavistakin havaitsi selitysperusteen heiveröisyyden. Tästä huolimatta he katsoivat paremman puuttuessa olevansa pakotettuja sitä käyttämään.[30] Tämä on

---

[27] Ks. *Lundstedt,* Kritik av nordiska skadeståndsläror s. 85—89.

[28] Ks. *Lundstedt,* 24 § köplagen s. 325—326.

[29] Ks. *Lundstedt,* 24 § köplagen s. 340 ja Fiktion eller sanning s. 247—249.

[30] Näin esim. *Almén,* Om köp och byte av lös egendom s. 334—335. ”någon verklig

Lundstedtin mukaan merkki siitä, että oikeustieteelliseen tutkimustraditioon sisältyi metodisääntö, joka ei hyväksy avoimesti yhteiskunnallisia selitysperusteita. Jotta selitys kelpaisi oikeustieteeseen, selitysperusteet oli voitava ”inpressas under något visst juridiskt begrepp.”[31]

Vastaavanlaisia esimerkkejä, jotka kuvaavat Lundstedtin tapaa kritisoida juridisille ilmiöille lainopissa annettuja ”selityksiä” so. justifikaatioita, voitaisiin hänen tuotannostaan luetella lukuisia. Skandinaaviselle realismille ominainen käsiteanalyyttinen metodi näyttäytyy hänellä juuri lainopillisten perustelu- ja päättelyketjujen kritiikissä. Lisäesimerkkien vyöryttämiseen ei kuitenkaan ole syytä, sillä jo nyt voidaan nähdä hänen keskeinen sanomansa.

Lundstedt arvostelee lainoppia siitä, että se on kehittänyt omat justifiointiperusteensa, joilla se pyrkii ikäänkuin *puhtaan juridisesti* ”selittämään” juridisten instituutioiden olemassaolon ja sisällön. Näin tehdessään lainoppi samalla kun se sortuu metafysiikkaan — tai sen vaihtoehtona kehäpäätelmiin — unohtaa po. säännöstöjen yhteiskunnalliset yhteydet. Tämän myötä se kadottaa sen, mikä oikeusjärjestyksessä on olennaista. Oikeusjärjestys ei näet ole oikeudenmukaisuutta tai muuta reaalisisältöä vailla olevaa ideaalia toteuttava järjestelmä, vaan se on yhteiskunnallisen sääntelyn instrumentti, jonka olemassaolon ainoa oikeutus on sen hyödyllisyydessä yhteiskunnan kannalta. Tästä ja vain tästä näkökulmasta siihen sisältyviä säännöksiä tulee arvioida.

Havaitsemme, että Lundstedt sangen jännittävällä tavalla yhdistää yhteiskunnallisen radikalisminsa ja skandinaavisen realismin käsiteanalyyttisen metodin avulla saavuttamansa tulokset. Sama piirre näkyy vielä selvemmin tarkasteltaessa niitä ajatuskulkuja, joilla Lundstedt perustelee näkemystään yhteiskuntahyödystä oikeuspoliittisena maksiimina.

4.3. Yhteiskuntahyöty lainsäädäntöperiaatteena

Edellä lausutun valossa on luonnollista, että Lundstedt vaati yhteiskunnallisten hyötynäkökohtien avointa huomioon ottamista lakeja säädettäessä. Vaatimus ei 1920-luvulla esitettynä ollut suinkaan uusi. Jo *Bentham* oli 1700-luvun lopulla tähdentänyt samaa asiaa, ja 1800-luvun jälkipuoliskolla vaatimus nousi

---

förklaring av grunden till ersättningsskyldigheten synes oss visserligen icke härmed vara vunnen, men då teorien om en i själva avtalet liggande garantiplikt åtminstone har den förtjänsten, att den bryter med fiktionen om culpa såsom ersättningsskyldighetens grundval, hava vi här anslutit oss till densamma.”

[31] Ks. *Lundstedt,* 24 § köplagen s. 340—342.

esiin *Jheringin* ja muiden intressilainopin edustajien kirjoituksissa.[32] Vaatimus ei Lundstedtin mukaan kuitenkaan ole saanut riittävää vastakaikua.

Tapa, jolla Lundstedt selittää ajatuksen vaimean vastaanoton, on kiintoisa ja skandinaaviselle realismille tyypillinen. Hän näet katsoo, että yhteiskuntahyödyn periaate ei täysimääräisesti voi päästä vaikuttamaan ennen kuin oikeustieteen käsitteiden joukossa on suoritettu perusteellinen siivous. Perinteisen oikeustieteen skolastinen käsitteistö muodostaa ikäänkuin sumuverhon, joka osittain peittää yhteiskunnalliset näkökohdat lainsäätäjän katseelta.

Ajatustaan Lundstedt tukee runsailla esimerkeillä. Rikoslain uudistamisesta 1920-luvulla käytyyn keskusteluun viitaten hän toteaa, että siinä esiintuodut kriminaalipoliittiset ratkaisuehdotukset olisivat saaneet toisen sisällön, jos yhteiskunnallisten hyötynäkökohtien olisi annettu olla ratkaisevina ja luovuttu oikeudenvastaisuuskonstruktiosta, joka ohjaa ajatukset teon yhteiskunnallisesta merkityksestä rikoksentekijän henkilöön.[33]

Samankaltaisia esimerkkejä tapauksista, joissa juridiset konstruktiot ovat johtaneet lainsäätäjää harhaan tai vääristäneet oikeuspoliittisia uudistussuunnitelmia, voidaan Lundstedtin mukaan löytää muiltakin oikeuden aloilta. Siviilioikeudessa näitä ovat kaikki ne säännökset, joissa oikeusvaikutuksia on kytketty reaalisten rekvisiittojen asemesta omistusoikeuteen tai muuhun sen kaltaiseen kangastukseen.[34] Sosiaalioikeuden alalta hän toteaa, että yleisestä työttömyysvakuutuksesta käyty keskustelu on saatettu harhateille vetoamalla fraasiin, jonka mukaan valtion tulee olla neutraali työnantajan ja työntekijän välisessä palkkataistelussa.[35] Perustelu on Lundstedtin mukaan kestämätön, koska siihen implisiittisesti kätkeytyvä yksilön ja yhteiskunnan käsitteellinen erottelu on loogisesti virheellinen. Yhteiskunta on ainoastaan siihen kuuluvien yksilöiden yhteisnimitys. ”Lika litet som det hela, annat än i en från verklig-

---

[32] Benthamin ja Jheringin teleologisesta oikeuskäsityksestä ks. esim. *Dalberg-Larsen*, Retsvidenskab som samfundsvidenskab s. 130—134 ja s. 286—296. Ks. myös *Jørgensen* Stig, Die bedeutung Jherings für die neuere skandinavische Rechtslehre, *passim*.

Mainittakoon, että Lundstedt kiistää saaneensa vaikutteita Benthamilta tai Jheringilta. Ks. *Lundstedt,* Är det metafysik att beakta samhällets intressen i rättsvetenskapen? s. 547 ss. Ks. myös Obligationsbegreppet II: 1 s. 259—273.

[33] Ks. *Lundstedt,* Obligationsbegreppet II: 1 s. 193. Keskustelupuheenvuoroista mainittakoon *Thyrén*, Den moderna straffrättens grundåskådningar, *passim., Lundstedt,* Principinledning, *Lundstedt,* Till frågan om rätten och samhället, *Hägerström,* Naturrätt i straffrättsvetenskapen? sekä Thyrénin arvostelu Lundstedtin teoksesta ”Principinledning” SvJT 1920 s. 219—227.

[34] Ks. *Lundstedt,* Obligationsbegreppet II: 1 s. 211 ja 228.

[35] Ks. *Lundstedt,* Obligationsbegreppet II: 1 s. 196.

heten bortvänd fantasi, kan skiljas från och ställas i motsats till sina delar, lika litet kan samhället ställas i motsats till individerna.''[36]

Tässä yhteydessä ei ole aihetta tutkia Lundstedtin argumenttien paikkansapitävyyttä. Sen sijaan on kiintoisaa panna merkille se edellä lausutusta ilmi käyvä huomio, että Lundstedt todella syyttää tapahtuneesta skolastista käsitteistöä. Nimenomaan virheellinen käsitteistö on sokaissut lainsäätäjää ja estänyt yhteiskuntahyödyn vaatimia uudistuksia. Lainsäätäjä on ikäänkuin onnettoman käsitevälineistönsä viaton uhri. Ajatus, että juridisia perusteluja tietoisesti käytettäisiin sumuverhona tahdottaessa esim. suppeiden ryhmäintressien vuoksi vastustaa oikeuspoliittisia uudistuksia, ei näytä vastaavan Lundstedtin kantaa.

Vieläkin selvemmin tämä, jokseenkin sinisilmäinen käsitys ilmenee toisessa yhteydessä. Lundstedt näet arvelee, että kielteinen suhtautuminen pakkolunastukseen johtuu siitä, että sen ajatellaan loukkaavan yksilön omistusoikeutta. Ajatus on hänen mukaansa täysin virheellinen. Omistusoikeus on ainoastaan nimitys asiantilalle, joka seuraa tiettyjen sääntöjen — niihin luettuna pakkolunastussäännökset — ylläpitämisestä. Näin ollen pakkolunastussäännökset eivät voi mitenkään loukata omistusoikeutta, päin vastoin ne ovat yksi omistusoikeuden sisältöä määrittävistä tekijöistä. Lundstedt uskoo tämän oivaltamisen johtavan ennen pitkää siihen, että pakkolunastuksen oikeutus arvioidaan uudelleen.[37]

Kenties keskeisin peruste, jonka Lundstedt lainsäädäntöperiaatteensa puolesta esittää, käy ilmi kritiikistä, jonka hän suuntaa Ruotsin AvtL 33 §:n sanamuotoon. Hän katsoo, että siinä omaksuttu oikeustoimen pätemättömyysperuste ''stridighet mot tro och heder'' on täysin sopimaton tarkoitukseensa. Käsite on niin epämääräinen, ettei yhteiskuntahyödyn keskeisiin osatekijöihin kuuluvaa oikeusvarmuutta voida sitä käyttäen saavuttaa. Lisäksi, vaikka tämä puute voitaisiinkin eliminoida, ei pätemättömyysseuraamuksen kytkemisellä kuvatunlaiseen rekvisiittaan siltikään voitaisi säädellä sopimuskäytäntöä, mikä juuri oli tarkoituksena. Sopimuskäytäntö näet itse sanelee sen, millaista toimintaa sen piirissä pidetään kunnianvastaisena ja arvottomana menettelynä.[38]

Epäonnistumisen perussyynä on, että ''tro och heder'' on kaivettu esiin oikeustieteen metafyysisestä käsitevarastosta. ''Tro och heder står . . . i fullständig paritet med 'rättvisa', 'billighet' och andra föreställningar i den ideologi,

---

[36] *Lundstedt,* Obligationsbegreppet II: 1 s. 195.

[37] Ks. *Lundstedt,* Obligationsbegreppet II: 1 s. 208 ja Obligationsbegreppet I s. 117—118.

[38] Ks. *Lundstedt,* Obligationsbegreppet II: 1 s. 220—222.

som *via* det s.k. allmänna rättsmedvetandet byggts upp på basis av det faktiska samhälls- eller rättsmaskineriet."[39] Lundstedt ts. väittää, että säännöstä laadittaessa on uskottu objektiiviseen oikeudentuntoon, joka kykenee tiedostamaan sen, mikä on oikeudenmukaista, kohtuullista, kunnianvastaista tai arvotonta. Tämä luottamus on perusteetonta. Ihmisten oikeuskäsitykset eivät ole absoluuttisia, vaan muiden arvostusten tavoin ne saavat sisältönsä siitä ympäristöstä, jossa ihmiset elävät. Kontrolloimattomasti syntyneinä ne kuitenkin heijastavat ainoastaan epätäydellisesti ja osin vääristäen kyseisen yhteiskunnan intressejä.[40] Jos säännöksiä vahvistettaessa oikeusvaikutukset kytketään näihin heijastusilmiöihin, kuten "stridighet mot tro och heder", käytetään kiertotietä, joka on sekä tarpeeton että voi johtaa harhaan. Tämän vuoksi tästä on luovuttava ja käytettävä oikeustosiseikkoja, joihin liittyessään oikeusseuraamukset avoimesti toteuttavat yhteiskuntahyödyn vaatimuksia.

Jälleen voidaan havaita, että Lundstedt lisää skandinaavisen realismin filosofisiin peruskatsomuksiin tietyn yhteiskunnallisen värityksen. Metafysiikan kritiikin kärki suuntautuu metafysiikan haitallisiin yhteiskunnallisiin seurauksiin, ts. siihen, että se estää oikeuskoneiston optimaalisen kehittämisen käyttäytymisen sääntelyn instrumenttina. Koulukunnan muut edustajat näkivät asian enemmänkin ontologisena ja epistemologisena kysymyksenä.

Kuten edellä sanottu osoittaa, Lundstedtin kirjoituksista on pelkistettävissä nähtäville ajatusrakennelma, jota voidaan nimittää *oikeustosiseikkojen teoriaksi*. Tarkoitan sillä tutkimusta, joka pyrkii selvittämään, millaisiin tosiseikastoihin oikeusvaikutukset on voimassaolevassa oikeudessa kytketty ja millaisiin tosiseikastoihin ne tulisi lainsäädännön tavoitteet huomioon ottaen kytkeä. Tämä alue, kuten lainsäädännön teoria yleensäkin, on niukalti tutkittua.[40a] Voidaan olettaa, että sen tutkimus alkaisi vilkastua mm. sen tähden, että automaattisen tietojenkäsittelyn sovellutukset juridiikassa edellyttävät tämänlaatuista perustutkimusta. Lundstedt on tällöin muistettava alan pioneerina Pohjolassa.

Hänen mukaansa oikeusjärjestys oli tältä osin lähes rappiotilassa. Oikeusvaikutukset oli suurelta osin kytketty institutionaalisiin tosiseikkoihin, joilla oli juurensa vanhassa oikeuskulttuurissa ja jotka itse asiassa eivät lainkaan olleet tosiseikkoja, vaan pelkkiä kangastuksia. Jotta yhteiskuntaa voitaisiin ra-

---

[39] *Lundstedt,* Obligationsbegreppet II: 1 s. 221.

[40] Tavasta, jolla Lundstedt luonnehtii oikeusideologiaa ks. Obligationsbegreppet II: 1 s. 83—85 ja Har rättsvetenskapen behov av rättsideologi? s. 107.

[40a] Ks. kuit. esim. *Wróblewski,* Facts in Law. *passim.*, Ks. myös *Klami,* Oikeudellisen säätelyn yleinen teoria s. 52—54 ja *sama,* Ihmisen säännöt s. 111—112 ja 163—164.

tionaalisesti kehittää, ne olisi poistettava oikeustosiseikkojen joukosta ja käytettävä niiden asemesta ”raakoja” faktoja. Samoin oli arvoihin viittaavat termit poistettava tosiseikastojen kuvauksista.

Lundstedtin ohjelma on kiintoisa, mutta problemaattinen. Tässä yhteydessä ei kuitenkaan ole syytä lähteä sitä kriittisesti arvioimaan. Asiaan palataan teoksen lopussa.

4.4. Yhteiskuntahyöty yhteiskunnan kehityslakina

Lundstedt itse näyttää pitävän periaatteensa keskeissisältönä ajatusta, että yhteiskuntahyödyn periaate ilmaisee yhteiskunnallisen liikelain, jonka mukaan yhteiskunnalliset hyötynäkökohdat sanelevat oikeusjärjestyksen sisällön. Sen avulla voidaan selittää, miksi oikeusjärjestys on eri aikoina ja eri yhteiskunnissa saanut sille kulloinkin ominaiset piirteensä.

Lundstedt ei tarkoita ainoastaan sitä, että lainsäätäjät pyrkivät laatimaan lakeja, jotka ovat yhteiskunnalle hyödyksi. Edellä juuri todettiin, että usein käy päin vastoin. Optimaaliseen tulokseen pääseminen estyy, kun lainsäätäjä pyrkii toteuttamaan oikeudellisen ideologian eikä yhteiskuntahyödyn vaatimuksia. Hän tarkoittaa, että liikelaki on pätevä objektiivisesti so. riippumatta siitä, tiedostetaanko yhteiskuntahyödyn vaikutus vaiko ei.

Lundstedtin ajatus saattaa vaikuttaa ristiriitaiselta. Voidaan hyvällä syyllä kysyä, miten hän saattaa väittää lakiaan päteväksi tuotuaan juuri esiin lukuisia esimerkkejä yhteiskuntahyödyn näkökohdat huonosti huomioon ottavista lainsäädäntöuudistuksista. Lundstedt ei anna tähän selkeää vastausta, mutta hänen ajatustapansa voidaan kuitenkin poimia esiin hänen tuotannostaan. Vastaus perustuu liikelain ”historiallistamiseen”; Lundstedt ei tarkoita, että kaikki lait parhaalla mahdollisella tavalla edistävät hyvinä pidettyjä yhteiskunnallisia tavoitteita, vaan hän väittää, että aikojen kuluessa yhteiskuntahyödyn prinsiippi pääsee yhä täydellisemmin vaikuttamaan.

Argumentit, jotka Lundstedt käsityksensä tueksi esittää, ovat lähinnä sosiaaliantropologisia. Ne muistuttavat jossakin määrin *Auguste Comten* kuuluisaa teoriaa ihmisyhteisöjen ja tieteen kehittymisestä teologisen ja metafyysisen vaiheen kautta positiiviseen kehitysvaiheeseen. Myös darwinismin vaikutus näyttää ilmeiseltä. Lundstedt näyttää ajattelevan, että yhteiskunnalle hyödylliset instituutiot eräänlaisen sosiaalisen luonnonvalinnan kautta säilyvät olemassaolotaistelussa muiden hävitessä, jolloin seurauksena on yhteiskunnan kehittyminen ajan mittaan yhä täydellisemmin hyötynäkökohtien avulla ohjau-

tuvaksi. Nämä vaikutteet lienevät kuitenkin välittyneet Lundstedtille *Hägerströmin* kautta, joka eri kirjoituksissaan esitti samankaltaisia käsityksiä.[41]

Hägerströmiin liittyen Lundstedt toteaa, että ihmisen aloittaessa sosiaalisen kehityksensä häntä ei erottanut eläimistä niinkään hänen älykkyytensä kuin hänen taipumuksensa mystiikkaan ja metafysiikkaan.[42] Hän oli animal mysticum, jonka yhteiskunnallistumisprosessia ohjasivat biologisten vaistojen ohella erilaiset animistiset, uskonnolliset ja muut taikauskoiset käsitykset. Yhteiskuntien metafyysinen kehitysvaihe kesti sangen pitkään. Hägerströmin roomalaisoikeudellisiin tutkimuksiin viitaten Lundstedt toteaa, että muinaisten roomalaistenkin oikeusjärjestys oli alkujaan ilmausta heidän uskostaan noituuteen ja magiaan. Alkuperäisestä oikeusjärjestyksestään roomalaisten ei ollut kiittäminen järkeään, vaan se syntyi biologisten vaistojen ja metafyysisten käsitysten ohjailemana. Primitiivisyydestään huolimatta tällä oikeusjärjestyksellä oli myönteisiä vaikutuksia. Olemassaolollaan se sai aikaan sosiaalista vuorovaikutusta ja yhteistoimintaa, jonka kestäessä syntyivät edellytykset yhteiskunnan ja sen oikeusjärjestyksen reflektoivaan ja rationaaliseen tarkasteluun. Näin murtautui esiin toinen liikevoima, yhteiskuntahyödyn periaate. Roomalaisen oikeuden myöhempi kehitys on Lundstedtin mukaan näiden kahden voiman vuorovaikutuksen tulosta.[43] Sama koskee oikeusjärjestysten kehitystä yleen-

[41] Ks. esim. artikkeleita "Om primitiva rudimenter i modernt föreställningssätt" ja "Om sociala vidskepelser" teoks. Socialfilosofiska uppsatser s. 141—168 ja 93—120.

Erityisesti viimeksi mainittu kirjoitus lienee yleisemminkin vaikuttanut yhteiskuntahyödyn periaatteen saamaan sisältöön. Siinä Hägerström kehittelee ajatusta oikeustieteeseen pesiytyneestä metafysiikasta ideologiana, joka on syntynyt kulttuurimme metafyysisen perinteen ja kehittäjiensä yhteiskunnallisten intressien vuorovaikutuksen tuloksena. Syntytavastaan huolimatta sillä on ollut myös tietty positiivinen funktio, sillä sen avulla on yhteiskuntaan saatu järjestystä, jonka turvin kehitys on voinut jatkua. Yleisen sivistystason kohotessa metafyysiset käsitykset joutuvat Hägerströmin mukaan väistymään. Niiden kadotessa katoaa myös niiden merkitys yhteiskuntaa koossa pitävänä tekijänä. Jotta tuloksena ei olisi kaaos, on yhteiskuntaa hänen mukaansa muutettava siten, että metafysiikkaan turvautumiselle ei ole tarvetta. Tämä on mahdollista luokkaeroja poistamalla. "Vain silloin, kun yhteiskunnallinen toiminta tapahtuu luokkayhteiskunnan kehyksissä, joissa merkittävä osa kansalaisia tuntee itsensä pelkästään muiden työkaluksi, tarvitaan puheena olevia ideoita, jotta kaikki ei hajoaisi. Vain sellaisissa oloissa täytyy lait verhota avoimeen tai kätkettyyn jumalalliseen pyhyyteen. Mutta jos tarkastelemme yhteiskuntaa, jossa väestön valtaenemmistö tuntee yhteisvastuuta yhteiskuntajärjestyksen tilasta, täytyy siinä kaikkien suojakeinojen olla tarpeettomia." On sociala vidskepelser s. 118—119. Artikkeli on alunperin julkaistu vuonna 1913 aikakauskirjassa Tiden. Suom. tässä. — Ei ole vaikeaa havaita, että kaikki artikkelissa mainitut ajatukset ovat saaneet sijansa Lundstedtin teoriassa.

[42] Ks. *Lundstedt,* Obligationsbegreppet II: 1 s. 77.

[43] Ks. *Lundstedt,* Obligationsbegreppet II: 1 s. 80 ja Legal Thinking Revised s. 123—124.

sä. ''As a fact it can be asserted, that in matters of law there has since olden times been and there is all the while a struggle between two interests: the one is *unreal* emerging as it does out of the legal ideology and its basis, the idea of justice; the other is *real,* determined as it is by considerations for the actual endeavours and aspirations of men living in a society''.[44]

Tämän taistelun kestäessä yhteiskuntahyödyn periaate voi vain harvoin päästä avoimesti ja tietoisesti esiin. Intressi yhteiskuntahyödyn toteuttamiseen on kuitenkin niin suuri, että se tällöin vaikuttaa epäsuorasti muuttamalla niiden skolastisten käsitteiden sisältöä, joilla oikeustiede on tottunut työskentelemään. Yhteiskuntahyöty on tällöin ''drivkraft för de skolastiska resonemangens pressande till största möjliga överensstämmelse med samhällsnyttiga synpunkter''.[45] Näin se vaikuttaa kehitykseen silloinkin, kun sen olemassaolosta ei olla tietoisia. Tietämättömyys kuitenkin hidastaa kehitystä ja saattaa — tosin ohimenevästi — johtaa yhteiskuntahyödyn kannalta huonoihin uudistuksiin. Yhteiskuntahyöty ei näet kykene saattamaan ko. käsitteitä täydelleen sopusointuun vaatimustensa kanssa, vaan kykenee ainoastaan muuttamaan ne ideologiaksi, joka osin oikein mutta osin vääristäen heijastaa yhteiskuntahyödyn vaatimuksia.[46] Jos sitä vastoin yhteiskuntahyödyn vaikutus tiedostetaan, se pääsee vaikuttamaan avoimesti — eikä pelkästään epäsuorasti ideologian kautta — jolloin kehitys kohden hyviksi nähtyjä tavoitteita nopeutuu.[47]

Tällainen on lyhyesti kuvattuna todistelu, jolla Lundstedt pyrki osoittamaan kehittämänsä liikelain paikkansapitäväksi ja — mikä on tärkeää havaita — tekemään sen sillä tavoin, että hänen teoriansa oikeuspoliittinen osa silti säilyttää kärkensä. Todistelu muistuttaa paikoin tapaa, jolla *Marx* on perustellut omia yhteiskunnallisia kehityslakejaan. Tässä yhteydessä en ole nähnyt aiheelliseksi ryhtyä selvittämään, missä määrin sosialidemokraatti Lundstedt tunsi Marxin ajatuksia. Juridisissa kirjoituksissaan hän ei havaitakseni Marxia mai-

[44] *Lundstedt,* Legal Thinking Revised s. 125. ks. myös Obligationsbegreppet II: 1 s. 189 ss.

[45] *Lundstedt,* Obligationsbegreppet II: 1 s. 205.

[46] ''En sak för sig är nu, att rättsmedvetandet, självfallet blott på ett mycket primitivt sätt kan återspegla den i samhället uppehållna ordningen. I det stora hela är det icke reflekterat utan blott på känn, på instinkt, som nyttan av olika maximers uppehållande förnimmes i rättsmedvetandet.'' *Lundstedt,* Obligationsbegreppet II: 1 s. 83. Ks. myös ibid. s. 241, jossa sama ajatus toistuu.

[47] ''It goes however without saying that it is *one* thing immediately to be lead by legal ideology, certainly squeezed and molded by social considerations, and it is quite *another* thing to let oneself be determined directly and frankly by social realities without being forced to see them through ... those veils which legal ideology has spread over the legal phenomena''. Legal Thinking Revised s. 126.

nitse. Filosofinen tausta, josta todistelut kumpuavat, lienee kuitenkin osaksi yhteinen. Mainittakoon, että Lundstedtin oppi-isä, Hägerström, tunsi sangen hyvin sosialismin teoriaa. Jo vuosina 1908—1909 hän piti aiheesta luentosarjoja, jotka myöhemmin (postuumisti) julkaistiin kirjana.[48]

Toisaalta Lundstedtin teoria sisältää ajatuksia, jotka ovat sangen kaukana Marxin näkemyksistä. Kuten tunnettua, Marx näkee yhteiskunnan jakautuneena luokkiin, joiden luokkaintressien toteuttaminen on yhteiskunnan kehitystä eteenpäin vievä voima. Tämä ajatus ei lainkaan sovi Lundstedtin teoriaan, jossa yhteiskunnan *yhteisellä* hyödyllä on keskeinen asema. Lundstedt arvioi, että aikakausi, jossa lainsäädäntövalta oli suppean, pelkästään omia etujaan silmällä pitävän ryhmän tai luokan hallussa, on vähitellen jäämässä historiaan. Lainsäätäjään kansalaisten taholta suuntautuva paine on Lundstedtin mukaan nykyään niin voimakasta, että luokkalainsäädäntöä voi syntyä ainoastaan erehdyksessä. "... numera då individens och klassens medvetande om sina egna möjligheter har blivit inte blott väckt utan i hög grad utbildad, och i samband därmed kritiken av klassamhällets moral blivit lika allmän som vaksam, är det principiellt uteslutet att stifta andra lagar än sådana, som kunna för allmänheten motiveras därmed, att de äro direkt eller indirekt nyttiga i stort sett alla i samhället."[49] Yhteiskuntahyödyn periaatetta ei siten voida Lundstedtin mukaan torjua vetoamalla luokkalainsäädännön mahdollisuuteen.

Lisäksi Lundstedt katsoo voivansa todistaa, että yhteiskuntahyödyn prinsiippi työntyy esiin myös sellaisissa laeissa, jotka ovat ristiriidassa kansan enemmistön välittömien etujen kanssa. Mikäli näet sorrettu enemmistö ei kykene muuttamaan yhteiskunnan valtasuhteita omaksi edukseen tai yritys sisältää suuria riskejä, on Lundstedtin mukaan kaikille tällöin hyödyllisintä mukautua vallitsevaan järjestykseen. Mukautumisen vaihtoehdot ovat näet vielä huonompia. Seurauksena voi olla ainoastaan kaaos, kaikkien sota kaikkia vastaan tai joka tapauksessa vakavia häiriöitä, joista sorrettu enemmistö joutuu kärsimään yhtä lailla kuin kaikki muutkin.[50]

Alf Ross, joka muutenkin suhtautui yhteiskuntahyödyn periaatteeseen hyvin kriittisesti, piti kuvattua todistelua pelkkänä sofisteriana, jolla yhteiskuntahyödyn periaate saatetaan empiirisen kontrollin ulottumattomiin.[51] Hän katsoi menetelmän olevan periaatteiltaan sama, jolla utilitaristit ovat pyrkineet

[48] *Hägerström,* De socialistiska idéernas historia.

[49] *Lundstedt,* Obligationsbegreppet II: 1 s. 244. Näiden ajatusten yhteys tuon ajan ruotsalaiseen "kansankotisosialidemokratiaan" vaikuttaa ilmeiseltä.

[50] Ks. *Lundstedt,* Obligationsbegreppet II: 1 s. 257.

[51] Ks. *Ross,* Realismen i Retsvidenskaben og Samfundsnyttekimæren s. 339.

osoittamaan hedonismin prinsiipin paikkansapitävyyden. Se perustuu siihen, että todistettavalle prinsiipille annetaan niin laaja merkityssisältö, että mitä hyvänsä tapahtuukin se voidaan tulkita po. prinsiipin mukaiseksi.[52] Teorian haavoittumattomuudesta maksetaan näin tehtäessä kuitenkin kova hinta. Se muuttuu tällöin empiirisestä säännönmukaisuudesta pelkäksi tautologiaksi menettäen informatiivisen sisältönsä.

Alf Ross on kritiikissään epäilemättä oikeassa. Lundstedtin viimeksi mainittu argumentti on relevantti ainoastaan sikäli kuin sillä pyritään justifioimaan väitettä, jonka mukaan oikeusjärjestys ylipäätään ja sisällöstään riippumatta on hyödyllisempi kuin pelkkä kaaos. Yhteiskuntahyödyn periaatteeseen sisältyvä käsitys on kuitenkin tätä huomattavasti rohkeampi ja informatiivisempi. Sehän väittää edellä sanotun lisäksi, että oikeusjärjestyksen *sisältö* määräytyy kansalaisten yhteisistä intresseistä käsin.

Näyttääkin siltä, että jos yhteiskuntahyödyn periaate halutaan säilyttää sisällöltään empiirisenä, sen soveltamisalaa täytyy kaventaa. Se kuuluisi tällöin ehkä seuraavaan tapaan: ''Demokraattisesti hallituissa valtioissa lainsäätäjä toteuttaa kansalaisten yhteistä etua''. Useissa yhteyksissä Lundstedt tähdentääkin sitä, että hän pitää silmällä lähinnä länsimaisen kulttuurin omaksuneiden Euroopan maiden oloja. Tämän sisältöisenä ei teesi kuitenkaan enää ole kovin kiintoisa. Tautologian vaara väijyy jälleen lähellä; demokratian käsitteeseen sisällytetään usein ajatus, että kaikki saavat siinä mielipiteensä kuuluviin. Jos taasen 'demokratia' määritellään siten, että tautologian vaara vältetään, on ilmeistä, että teesi yleiseksi laiksi ymmärrettynä on epätosi.

Postuumisti julkaistussa teoksessaan ''Legal Thinking Revised'' Lundstedt on hieman muuttanut argumenttejaan, joilla hän pyrkii osoittamaan prinsiippinsä paikkansapitävyyden myös luokkayhteiskunnissa ja diktatuurissa. Todistelu nojaa siihen praktiseen välttämättömyyteen, että julminkin diktaattori joutuu jossakin määrin ottamaan huomioon kansalaisten edut pysyäkseen vallassa.[53] Tämä argumentti on kuitenkin relevantti ainoastaan, jos yhteiskunta-

[52] Esimerkkinä merkityssisällön laajentamisesta mainittakoon tapa, jolla on ehdotettu ratkaistavaksi hedonismiin liittyvä ongelma, epäitsekkäistä vaikuttimista tehtyjen uhrautuvien tekojen sovittaminen periaatteeseen, jonka mukaan kaikkien tekojen motiivina on mielihyvän tavoittelu. Ratkaisuehdotuksen mukaan tekijä myös tällöin pohjimmaltaan tavoittelee mielihyvää, joka tässä tapauksessa seuraa siitä, että tekijää pidetään martyyrina.

Näin tehtäessä 'mielihyvän' merkityssisältö kuitenkin hämärtyy; siitä tulee milteipä tavoitteen synonyymi. Jos sekä musiikkia kuuntelevan että nälkälakkoon itseään näännyttävän henkilön sanotaan toiminnallaan tavoittelevan mielihyvää, ei hedonismin periaate tarjoa paljonkaan apua yhteiskuntasuunnittelijalle, joka tahtoo lisätä mielihyvän määrää yhteiskunnassaan.

[53] Ks. *Lundstedt,* Legal Thinking Revised s. 147.

hyödyn periaate ymmärretään sisällöltään sangen vaatimattomaksi. Sillä voidaan argumentoida vain sen sisältöistä väitettä, että yhteiskuntahyöty ohjaa oikeuden kehitystä rajaamalla pois eräät täysin mahdottomat vaihtoehdot. Oikeusjärjestys ei sisällöltään voi olla aivan millainen tahansa, vaan sillä on oltava tietty rationaalinen vähimmäissisältö, jotta se voisi säilyä. Ei vaikuta luontevalta ajatella, että yhteiskuntahyödyn periaate olisi Lundstedtin teoksissa voinut saada osakseen saavuttamaansa huomiota, jos sillä olisi tarkoitettu pelkästään tätä. Lundstedt ajatteli esittäneensä empiirisen, vahvasti informatiivisen säännönmukaisuuden havaitsematta sitä, että hänen käyttämillään argumenteilla voidaan perustella ainoastaan paljon heikompaa teesiä.[53a]

4.5. Yhteiskuntahyöty laintulkintaperiaatteena

Yhteiskuntahyödyn periaatteen neljäs merkitys liittyy laintulkintaoppiin. Tulkittaessa oikeussäännöksiä niille on *Lundstedtin* mukaan pyrittävä antamaan sellainen merkityssisältö, joka parhaiten toteuttaa yhteiskuntahyödyn vaatimuksia. Perusteet tulkintametodin valinnalle ovat itse asiassa jo edellä tulleet lausutuiksi, sillä ne ovat asiallisesti samat, joilla hän suosittaa metodia lainsäätäjille. Toistan ne silti lyhyesti.

Lakeja laatiessaan lainsäätäjä on usein sidoksissa oikeusideologian skolastisiin käsityksiin. Lain sisältöä hahmottaessaan hän miettii oikeudenmukaisuusongelmia sen sijaan, että kävisi suoraan pohtimaan, mikä ratkaisu parhaiten toteuttaa yhteiskunnassa yleisesti hyväksyttyjä tavoitteita. Näin syntyy lakeja, jotka vain puutteellisesti heijastavat yhteiskuntahyödyn vaatimuksia. Oikeusseuraamukset on niissä kytketty tosiseikastoihin, jotka on kuvattu skolastisia käsitteitä käyttäen enemmän tai vähemmän epäonnistuneella tavalla. Jos lain sanamuoto tässä tilanteessa jättää sijaa tulkinnalle, kuten usein on laita, tulkitsija voi auttaa asiaa ikäänkuin kuorimalla tosiseikaston kuvauksesta sen sisältämän metafyysisen kuonan, jolloin jäljelle jää yhteiskuntahyödyn kannalta oikea sisältö. Esimerkiksi käsite ”tro och heder” voidaan tällä tavoin tulkitsemalla saattaa sopusointuun yhteiskuntahyödyn vaatimusten kanssa.[54]

[53a] Vrt. *Munro,* Lundstedt's Method of Social Welfare s. 18—19, jossa päädytään hieman samantapaiseen tulokseen. Kirjoittajan mukaan Lundstedtin argumenteista seuraisi ainoastaan se laiha johtopäätös, että lait ilmentävät yleensä lainsäätäjän käsitystä siitä, mikä on yhteiskunnalle hyödyllistä.

[54] Ks. tästä Obligationsbegreppet II: 1 s. 220—226. AvtL 33 § saisi tämän uustulkinnan mukaan seuraavan sisällön: ”Allt sådant som utnyttjande av medparts falska föreställningar om eller bristande förstånd för den ekonomiska innebörden av en rättshandling

Tätäkin tärkeämpää on yhteiskuntahyödyn periaatteen huomioon ottaminen silloin, kun tulkitsija kohtaa ns. aukkotilanteen. Jos tutkija perinteisen lainopin menettelyä noudattaen kysyy tällöin neuvoa oikeudentunnoltaan, syntyy yhteiskunnan tarpeista vieraantunutta juridiikkaa, jonka olemassaoloa ei kansalaisten edessä voida perustella. Jotta oikeustieteen harjoittajat täyttäisivät paikkansa siinä yhteiskunnassa, johon he kuuluvat ja jonka palvelijoina he nauttivat itselleen tulevia etuuksia, heidän on luovuttava vanhasta metodistaan. Samoin on luovuttava esittämästä tulkintoja, jotka edistävät ainoastaan joidenkin kansalaisten tai jonkin yhteiskuntaluokan etua.[55] Näiden tilalle oikeustieteen ohjenuoraksi on otettava yhteiskunnan kokonaishyöty.

Kuten jo edellä sanotusta osittain käy ilmi, Lundstedt pyrki tarjoamaan vaihtoehdon ns. *oikeudenmukaisuusmetodille* (rättvisemetoden), jota hän piti oikeustieteessä vallitsevana. Tällä hän tarkoitti työskentelytapaa, joka pyrki ratkaisemaan oikeuskysymykset oikeussuhteen osapuolten intressejä vertaillen ja niiden kohtuulliseen sovitteluun pyrkien.[56] Metodi johtaa Lundstedtin mukaan usein yhteiskunnan kokonaisedun syrjäytymiseen. Oikeuskoneiston ensisijaisena tehtävänä ei näet ole yksittäisten oikeusriitojen kohtuullinen ratkaiseminen, riidan osapuolten etujen punninta toisiaan vasten. Päin vastoin oikeuskoneiston tulee kansalaisten asenteisiin vaikuttamalla ennakolta estää yhteiskuntaa vahingoittavaa käyttäytymistä, ja toisaalta sen tulee ratkaisuillaan synnyttää yhteiskuntaan säännönmukaisuutta ja ennustettavuutta, joka auttaa arvioimaan ja minimoimaan niitä riskejä, joita kansalaiset yhteiskunnallisessa toiminnassaan kohtaavat. Tähän ei päästä pyrkimällä yksittäistapauksessa kohtuullisuuteen, ts. tapauksen erityispiirteiden vivahteikkaaseen huomioon ottamiseen, vaan omaksumalla tulkintavaihtoehto, joka yleiseksi säännöksi vakiintuessaan parhaiten edistää säännöstön tavoitteita, velvoite-, varallisuus- ja kauppaoikeudesta puhuttaessa yleistä tuotantoa ja vaihdantaa. Jotta oikeuskoneiston tämä funktio toteutuisi, yksilökohtaiset edut saavat oikeuskysymyksiä ratkaistaessa väistyä.[57] Kyseessä ei Lundstedtin mukaan silti ole yksilön ja yhteiskunnan välinen aito ristiriita, sillä yksilöiden on rationaalista

---

leder till, att denna icke kan göras gällande mot honom i annan mån, än sådant erfordras av hänsyn till rättssäkerhetens och omsättningens intressen''.

[55] Ks. Obligationsbegreppet II: 1 s. 245.

[56] Oikeudenmukaisuusmetodin luonnehdinnoista ks. *Lundstedt,* Grundlinjer Bd II: 2 s. 68—78 ja 106—122, Legal Thinking Revised s. 53—64 ja Obligationsbegreppet II: 1 s. 247—248.

[57] Tähän vedoten Lundstedt asettui vastustamaan mm. vahingonkorvauksen sovittelua vahingon aiheuttajan varallisuusolojen tms. seikkojen perusteella. Ks. Obligationsbegreppet I s. 75—76.

mukautua tähän asiantilaan estääkseen ne yhteiskuntaa koskevat ja myös ennen pitkää heihin itseensä ulottuvat haitalliset seuraukset, jotka ratkaisujen ennustamattomuus tuo mukanaan.[58]

Kuvattua tarkempaa tulkintametodia Lundstedt ei esitä. Hänen aihetta koskevat huomautuksensa muodostivat pikemminkin tutkimusohjelman kuin loppuun asti viedyn metodologian. Tämä ei luonnollisesti estänyt häntä itseään soveltamasta metodiaan tulkintajuridiikkaa harjoittaessaan.[59] Lundstedtin ohjelma ei kuitenkaan jäänyt vaille toteuttajaa. 1940-luvun lopulla Ekelöf kehitti telelogisen tulkintametodin, joka monin paikoin pohjautuu Lundstedtin ajatuksiin niitä kuitenkin olennaisesti tarkentaen. Tähän metodiin palataan jäljempänä.

4.6. Periaatteen arviointia

Kun yhteiskuntahyödyn periaatetta tarkastellaan kokonaisuutena, kiinnittää huomiota sen voimakas historisistinen sävy.[60] Lundstedt katsoo löytäneensä objektiivisen liikelain, eräänlaisen darwinismin yhteiskunnallisen vastineen, joka luonnonlain tavoin ohjaa lainsäädännön ja oikeustieteen kehitystä mitä tahansa yhteiskunnassa tapahtuukin ja riippumatta siitä, tiedostetaanko lain olemassaolo vaiko ei. Toisin kuin luonnonlaista puheen ollen ihmiset voivat kuitenkin edistää yhteiskunnallisen liikelain toteutumista hyväksymällä sen päämäärät ja pyrkimällä poistamaan esteitä sen tieltä. Tältä pohjalta on ymmärrettävä Lundstedtin vaatimus yhteiskuntahyödyn tietoisesta huomioon ottamisesta lakeja säädettäessä, tulkittaessa ja arvioitaessa. Hän halusi nopeuttaa kehitysprosessia, jonka vauhti roomalaisen oikeuden päivistä oli ollut verkkaista mutta joka kaikesta huolimatta tulisi toteutumaan.

Lundstedt ei anna viitteitä siitä, kenen ajatuksiin hänen historisismin sa palautuu. Hägerström ei varmaankaan ollut ainoa taustavaikuttaja. 1900-luvun alussa oli uskomus yhteiskunnallisen liikelain olemassaoloon sangen yleinen Euroopan poliittisissa liikkeissä sekä oikealla että vasemmalla. Myös oikeustieteessä esiintyi evolutionarisia teorioita, jotka *Darwinin* oppia heuristisena mallina käyttäen katsoivat oikeuden kehittyvän pikemminkin yhteiskunnallis-

[58] Ks. *Lundstedt,* Obligationsbegreppet II: 1 s. 248—249.

[59] Kenties tunnetuin esimerkki metodin soveltamisesta on tapa, jolla Lundstedt käyttää sitä Ruotsin kauppalain 24 §:n tulkinnassa. Tästä ja sen herättämästä keskustelusta ks. *Ljungman,* Ytterligare om sydfruktslasten, *passim.*

[60] Historisismista ks. *Popper,* The Poverty of Historicism s. 3 ss.

ten liikevoimien (''ympäristötekijöiden'') kuin lainsäätäjän tietoisen suunnittelun kautta.[61]

Kuten tunnettua, *Popper* on katsonut voivansa todistaa, että historisismin perusajatus on virheellinen.[62] Historian kulku ei pitkällä aikavälillä ole ennustettavissa. Tästä syystä historialliset liikelait hänen mukaansa ennen pitkää falsifioituvat, jollei niiden tueksi kehitetä itsepuolustusjärjestelmää, joka vie ne empiirisen kontrollin ulottumattomiin ja tekee ne samalla sisällöttömiksi. Lundstedtin liikelaille näyttää käyneen jälkimmäisellä tavalla. Puolustaessaan lakiaan vasta-argumentteja vastaan Lundstedt vähensi sen informatiivisuutta siinä määrin, ettei se enää ole kiintoisa.

Tämä heikkous ei kuitenkaan muilta osin hämärrä Lundstedtin työn merkitystä. Parasta hänen ajatuksissaan on pyrkimys yhteiskuntatietoiseen juridiikkaan, oikeusjärjestyksen yhteiskunnallisten funktioiden korostaminen ja lainsäädännön mahdollisuuksien tajuaminen yhteiskunnan tietoisen kehittämisen välineenä. Oikeudellisten tosiseikkojen teoria liittyy tähän yhteyteen.

Arvioitaessa Lundstedtin sosiaalitekniikan laatua kiinnittää huomiota sen tietynlainen kovuus ja kollektiivisuus. Oikeusriitaan joutuneen yksilön on hänen järjestelmässään turha odottaa kohtuullista, tapauksen erityispiirteet huomioon ottavaa ratkaisua. Tähän on luonnollinen selityksensä. Lundstedt näki kohtuuden toteuttamisen olevan sovittamattomassa ristiriidassa oikeusjärjestyksen ohjailufunktion kanssa. Jos esimerkiksi vahingonkorvausriidoissa pyritään räätälintyönä tehtyihin in casu -ratkaisuihin, heikennetään vahingonkorvausinstituutin yleisestävää vaikutusta. Kohtuuden tavoittelusta, jota oikeuden jumalatar vaakoineen illustroi, on tässä tilanteessa luovuttava ja annettava etusija ohjailufunktiolle.[62a] Jos oikeusjärjestyksen tehtäviä halutaan visualisoida, intressejä punnitsevaa naishahmoa paremmin tarkoitukseen sopii kuva ahkerasta sosiaaliteknikoiden joukosta ohjaamassa säätimillään yhteiskuntakoneiston toimintaa.

Lundstedtin malli ei pohjoismaisessa lainsäädännössä ole toteutunut. Sään-

---

[61] Ks. *Elliot,* The Evolutionary Tradition in Jurisprudence, passim.

[62] Ks. *Popper,* The Poverty of Historicism s. V ss.

[62a] Ajatuksensa, jonka mukaan riidan osapuolten intresseihin tuijottaminen peittää säännöksen primääriset yhteiskunnalliset funktiot tarkastelijan katseelta, Lundstedt esittää ehkä selkeimmin teoksessa Grundlinjer Bd II: 2 s. 117. — Kysymys, ovatko pyrkimys makrotason tavoitteisiin ja toisaalta pyrkimys konkreettiseen oikeudenmukaisuuteen yksittäistapauksessa sillä tavoin keskenään ristiriidassa, että ensiksi mainittujen tavoitteiden toteuttamiseksi joudutaan tinkimään jälkimmäisistä, kuuluu utilitarismin keskeiseen problematiikkaan. Ks. siitä esim. *Rawls,* Two Concepts of Rules, passim. Ks. myös *Klami,* Ihmisen säännöt s. 170—173.

nökset, jotka mahdollistavat in casu -kohtuuden huomioon ottamisen, ovat hänen päivistään olennaisesti lisääntyneet.[62b] Ilmiön lähempi tarkastelu menee tutkimuksen aiheen ulkopuolelle. Sitä vastoin jäljempänä tullaan selvittämään, millaisen kohtelun Lundstedtin malli sai suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa ja sen ilmentämässä juridisen argumentaation mallissa.

Lopuksi on vielä tarkasteltava Lundstedtin suhtautumista tieteen *arvovapauden* ja *-sidonnaisuuden* ongelmaan. Hänen näkökulmansa on melko tyypillinen yhteiskuntateknikon näkökulma. Hän hyväksyi arvoteoreettisen nonkognitivismin, mutta katsoi Hägerströmin ja Olivecronan tavoin, ettei arvostuksia voida poistaa tieteenharjoituksen piiristä. Koska ei ole objektiivisia arvoja, joita tiede voisi palvella, sen on suuntauduttava yhteiskunnassa yleisesti hyväksyttyjen arvojen palvelemiseen etsimällä keinoja niiden toteuttamiseksi.

Yhteisön faktisille arvostuksille toimintansa perustava joutuu aina kohtaamaan sen ongelman, että arvostusten suuresti hajotessa häneltä puuttuu mittapuu, johon vedoten hän voisi tehdä valinnan niiden välillä. Tämä on myös Lundstedtin teorian akilleen kantapää.

Lundstedt ei missään yhteydessä avoimesti tunnusta tätä ongelmaa. Se jää häneltä näkemättä kenties sen vuoksi, että hän ymmärtää yhteisössä vallitsevien arvostusten koherenssin sangen suureksi.[63] Lisäksi hän katsoo arvostusten eroavuuden usein palautuvan tietoeroihin, jolloin tiedon lisääntyessä myös arvostukset yhdentyvät.[64] Aidot arvoristiriidat jäävät siten hänen huomionsa ulkopuolelle. Sama koskee eturistiriitoja. Hänen teoriansa ei anna vastausta siihen, mitä kriteerejä on käytettävä jaettaessa etuuksia, joita ei riitä kylliksi kaikille. Nämä puutteet rajoittavat selvästi hänen ohjelmansa käyttökelpoisuutta.

1950-luvun tuotannossaan Lundstedt muutti suhtautumistaan tieteen arvovapauden ongelmaan. Hän luopui vaatimasta, että tutkijan tuli pelkästään etsiä keinoja annettujen tavoitteiden saavuttamiseksi ja hyväksyi ajatuksen, että

[62b] Tätä ilmentävästä suomalaisesta lainsäädännöstä ks. *Wilhelmsson,* Social civilrätt s. 72—133.

[63] Ks. tästä edellä s. 108.

[64] Tämä käsitys käy epäsuorasti ilmi jo teoksesta Obligationsbegreppet II: 1 s. 250—254, jossa Lundstedt toteaa, että kansalaisten tiedon tason kohotessa paranevat samalla heidän oikeuskäsityksensä. Tämä määrää samalla lainsäädännön kehitysvauhdin. Yleisen edun kannalta ei suinkaan aina ole sopivaa tuoda uusia sosiaalisia katsomuksia oikeusjärjestykseen, olivat ne miten hyvin perusteltuja tahansa, vaan on odotettava yleisen mielipiteen kypsymistä. ”Här är ingen annan väg acceptabel än den som går steg för steg, plockande frukterna i mån av deras mognad” (mt. s. 253). Myöhemmissä teoksissaan Lundstedt toteaa asian suoraan: ”Social valuations of legal science . . . depend upon obtaining knowledge of reality”. Legal Thinking Revised s. 206. Ks. myös Grundlinjer Bd II: 2 s. 93.

lainopin harjoittaja voi tukeutua myös omiin henkilökohtaisiin arvostuksiinsa, kunhan ne perustuvat ”on the knowledge of actual conditions”.[65]

Omien arvostusten sallittavuutta hän perustelee sillä, että tutkija on usein tutkimustiedon käyttäjää paremmin perillä yhteiskunnallisista tosiasioista. Koska arvostukset paljolti perustuvat subjektin todellisuuskäsitykselle, tutkijan arvostukset ovat yleensä parempia kuin tiedontarvitsijain, jotka siten tarvitsevat ohjausta paitsi keinojen myös tavoitteiden valinnassa.[66]

Käsitystavan muutosta on pidettävä sangen huomattavana, sillä neljännesvuosisataa aikaisemmin hän katsoi, että oikeustiede sai olla normatiivista ainoastaan siinä heikossa mielessä, että sen oli lupa esittää vallitseville arvostuksille perustuvia teknisiä normeja. Vallitsevista arvostuksista poikkeaminen oli sallittua ainoastaan, mikäli voitiin osoittaa sen perustuvan väärälle tosiasiatiedolle ja jos oli varmaa, että kansalaiset muuttaisivat käsitystään saatuaan oikean kuvan tosiasioista ja niiden välisistä kausaaliyhteyksistä.[67]

Lundstedt on 1950-luvun tuotannossaan täysin tietoinen siitä, että hänen oikeustieteelle kaavailemansa tehtävät eivät kaikilta osin sovi Hägerströmin tieteenkäsityksen puitteisiin. Hänen mukaansa on kuitenkin erotettava toisistaan tiede teoreettisena käsitteenä ja toisaalta käytännön toimintana.[68] Arvostusten esittäminen ei kuulu tieteeseen silloin, kun tarkoitetaan tiedettä teoreettisena käsitteenä. Sitä vastoin käytännön tieteenharjoituksessa arvostusten mukaan ottaminen on välttämätöntä. Kutsutaanko myös tutkijan toiminnan viimeksi mainittua puolta tieteeksi vaiko ei, on Lundstedtin mukaan täysin terminologinen kysymys, josta ei ole tarpeen kantaa huolta.

[65] *Lundstedt,* Legal Thinking Revised s. 211. Ks. myös Grundlinjer Bd II: 2 s. 91. Lundstedt väittää, että tämä käsitys käy selvästi ilmi hänen kirjoituksistaan 1920-luvulta alkaen. Väitteelle on kuitenkin vaikea löytää tukea hänen tuotannostaan. Mikäli väite pitää paikkansa, on kuitenkin oikein sanoa, että hänen ajatuksensa tällä kohden olennaisesti kirkastuivat 1950-luvulla.

[66] Ks. *Lundstedt,* Grundlinjer Bd. II: 2 s. 94 ja Legal Thinking Revised s. 210. On helppoa havaita, että perustelu ei ole kovinkaan vakuuttava. Jos arvostusten sisältö yksikäsitteisesti riippuu subjektin todellisuuskäsityksestä, ei oikeustieteessä ole tarpeen esittää arvostuksia, vaan oikean faktatiedon esittäminen on riittävää. Jos riippuvuussuhde sitä vastoin on väljempi — kuten Lundstedt näyttää ajattelevan (ibid. s. 210—211) — vetoaminen tutkijan hyvään todellisuuskäsitykseen ei ole riittävä osoitus hänen henkilökohtaisten arvostustensa relevanssista, vaan sen lisäksi tarvitaan jokin muu peruste, johon viitaten arvostuksen rationaalisuus voidaan osoittaa. Tällaista rationaalisuuskriteeriä ei Lundstedtilla ole tarjolla.

[67] Ks. *Lundstedt,* Obligationsbegreppet II: 1 s. 250—255 erit. s. 254.

[68] Ks. *Lundstedt,* Grundlinjer Bd. II: 2 s. 89 ja Legal Thinking Revised s. 206. Tämä kanta lienee Alf Rossin vaikutusta. Hänen vastaavasta erottelustaan ks. Om ret og retfærdighed s. 431.

Näyttää oikealta väittää, että myös Lundstedt viime vaiheessaan kannatti metodia, jota on tapana nimittää arvotietoiseksi tutkimusotteeksi. Tämä ajatustapa tunnustaa tosiasiaväitteiden ja arvostusten periaatteellisen eroavuuden, mutta pitää myös viimeksi mainittujen mukana oloa tutkimuksessa silti välttämättömänä. Arvostusten piilovaikutuksen eliminoimiseksi tutkijan on kuitenkin avoimesti paljastettava arvopremissinsä ja pidettävä ne selvästi erossa teoreettisista premisseistään. Arvonihilismi vaikutti siten Lundstedtin konseptioon ainoastaan jättämällä jälkeensä avoimen argumentaation vaatimuksen.

5. EKELÖF JA TELEOLOGINEN METODI

5.1. Metodin sisältö

Ekelöf jatkoi keskustelua juridiikan arvosidonnaisuudesta samassa hengessä, joka oli ominainen Lundstedtin ja Olivecronan kirjoituksille. Hänen tärkein puheenvuoronsa "Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap" ilmestyi vuonna 1951, aikana, jolloin keskustelu oikeustieteen tieteellisyydestä kävi Ruotsissa vuolaana. Arvoteoreettinen nonkognitivismi oli tuolloin lyönyt itsensä lävitse laajalla rintamalla, ja kysymys kuului, mikä johtopäätös tieteen oli siitä tehtävä.[1]

Myös oikeustieteessä sai tällöin kannatusta ajatus, jonka mukaan tiedemiehen tuli välttää kaikkea arvostamista ja suosittamista. Tieteellisistä esityksistä oli poistettava kaikki lausumat siitä, miten kansalaisten ja tuomioistuinten pitää toimia, ja tyydyttävä tutkimaan, millä tavoin ne tosiasiallisesti toimivat. Sikäli kuin eksegeettinen, säännösten kielellistä sisältöä selvittävä tutkimus lainkaan oli tarpeen, sen tuli rajoittua arvovapaasti kuvailemaan sääntöjärjestelmää ja siihen sisältyviä tulkintavaihtoehtoja. Valintojen tekeminen vaihtoehtojen välillä ei arvostuksia edellyttävänä ollut sallittua. Ajatus tuli laajemmin esiin ainoastaan *Rodhen* kirjoituksissa,[2] mutta hänen lisäkseen lienee merkit-

[1] Tätä voitaneen pitää koko pohjoismaisen oikeusteorian keskeisenä ongelmana 1950-luvun alkupuolella.

[2] Ks. *Rodhe,* Gränsbestämning och äganderättstvist s. 4—6 vrt. *sama,* Om fastighetsindelningen och dess betydelse s. 3. Rodhen metodinäkemyksistä ks. myös *Victor,* Rättssystem och vetenskap s. 156—160.

tävä joukko nuorempia tieteenharjoittajia suhtautunut siihen periaatteessa myönteisesti.[3]

Ekelöfin puheenvuoro tässä keskustelussa kulki vastavirtaan. Hänen pontimenaan ei ollut huoli juridiikan tieteellisyydestä, vaan päin vastoin pelko siitä, miten lainopille käy, jos Rodhen ajatukset yleisesti hyväksytään. Hän halusi vastustaa juridiikan tieteellistämistendenssiä, jota hän ei pitänyt ainoastaan epäonnistuneena, vaan jopa kohtalokkaana oikeustieteen tulevaisuudelle.

Ekelöfin tiedekäsitys on jokseenkin jäsentymätön. Hänen mukaansa esitys on tieteellinen silloin, kun se pyrkii selvittämään todellisuuden koostumusta ja ominaisuuksia. Tieteellisyys vaatii, että tutkimus ei sisällä arvostuksia, mikä täsmennettynä tarkoittaa, että sen tuloksia ei argumentoida arvostuksin. Sen lisäksi täytyy tutkimusongelman hänen mukaansa olla tiettyä vaikeusastetta, jotta voitaisiin puhua tieteestä.[4]

On helppoa havaita, että Ekelöfin luonnehdinta jättää monia kysymyksiä avoimeksi. Sen selkiytymättömyys ei kuitenkaan tässä ole merkityksellistä, sillä Ekelöfin sanoma ei ole tieteen käsitteen analyysissä. Täsmentymättömyydessään hänen käsityksensä kuvannee sitä paitsi varsin yleispätevästi sitä tieteenkäsitystä, joka teoreettisesti asennoituneisiin juristeihin tuolloin oli iskostunut: arvostusten pelko on tieteellisyyden alku.[5]

Kuvatunlainen tiedekäsitys aseenaan Ekelöf ryhtyy tutkimaan, millaista oikeustiedettä voidaan harjoittaa puhtaasti tieteen rajoissa pysyen. Puhtaan arvovapaasti voidaan hänen mukaansa ensinnäkin tutkia tuomioistuinten ratkaisukäyttäytymistä ja kansalaisten käyttäytymistä oikeusjärjestyksen puitteissa. Tällainen toiminta, jota oikeussosiologiassa harjoitetaan, on epäilemättä tieteellistä, koska tuloksia ei perustella arvostusten, vaan tutkimuksen keinoin kerättyjen faktojen avulla.[6] Paitsi tieteellisenä Ekelöf pitää oikeussosiologiaa myös sangen tarpeellisena tutkimusalueena lainopinkin kannalta asiaa katsoen. Minkäänlaisesta sosiologian vastaisesta suhtautumisesta ei hänen kohdallaan ole kyse, vaikka hän asettuikin vastustamaan oikeustieteen jäännöksetöntä sosiologisointia.

Kuten tunnettua, oikeustieteessä ei ole tyydytty pelkästään kuvaamaan kansalaisten tai tuomioistuinten käyttäytymistä, vaan pikemminkin on pyritty esittämään *suosituksia* siitä, miten heidän tulisi käyttäytyä, tai, kuten asia yleensä

[3] Ekelöf mainitsee tässä yhteydessä Boldingin, Tore Strömbergin, Stjernquistin ja Ahlanderin. Ks. *Ekelöf,* Teknik eller vetenskap s. 21 ja 40—42.

[4] Ks. *Ekelöf,* Teknik eller vetenskap s. 6.

[5] Ekelöfin tiedekäsitystä samoin kuin hänen karakterisointiaan tekniikasta on kritisoinut *Arnholm,* Noen metodologiske betraktninger, passim.

[6] Ks. *Ekelöf,* Teknik eller vetenskap s. 14—17.

ilmaistaan, miten tietty oikeuskysymys olisi ratkaistava. Suositukset ovat tavallisesti perustuneet oikeussäännöksiksi nimitettyjen kielellisten entiteettien eksegeesiin. Ongelmaksi muodostuu tällöin, voiko eksegeettinen, suosituksia esittävä lainoppi, joka muodostaa juridiikan valtavirran, olla tieteellistä termin edellä kuvatussa merkityksessä.

Ekelöf näkee kaksi menetelmää, joiden avulla päädytään arvovapaiden ratkaisusuositusten esittämiseen. Nämä ovat puhtaasti *subjektiivinen* ja puhtaasti *objektiivinen* tulkinta. Ensiksi mainittu menetelmä lähtee siitä, että laissa vahvistettu oikeusseuraamus liitetään niihin ja vain niihin tapauksiin, joihin lakia laatineiden henkilöiden voidaan varmasti osoittaa säännöksen soveltamista tarkoittaneen. Historiallisen lainsäätäjän tahto voidaan periaatteessa selvittää empiirisesti haastatteluin, esitöiden avulla jne., joten tutkija ei tulosta argumentoidessaan joudu nojautumaan arvostuksiin. Mikäli tutkimus johtaa epävarmuustilaan säännöksen soveltumisesta, ei epävarmuuden hälventäminen arvostuksia edellyttävin menetelmin liioin ole tarpeen, vaan oikeusseuraamus jätetään tällöin vahvistamatta. Tulkitsijan toiminta on siten tieteellistä.

Objektiivista tulkintametodia käyttävän tutkijan asema on samanlainen. Hän lähtee siitä, että lakia sovelletaan niihin ja vain niihin tilanteisiin, jotka varmasti lankeavat lain soveltamisalan kuvauksen piiriin. Termien merkityssisällön ydinalue voidaan selvittää empiirisesti, joten tutkija ei joudu tulosta argumentoidessaan nojautumaan arvostuksiin. Mikäli tapaus, johon säännöksen soveltuvuutta harkitaan, osuu säännöksen soveltamisalan kuvauksen rajavyöhykkeelle, asiasta selvitään jättämällä oikeusseuraamus vahvistamatta.[7]

Ekelöf pitää siis mahdollisena harrastaa soveltamissuosituksia tuottavaa lainoppia, joka on menetelmältään tieteellistä. Tieteellisyydestään huolimatta tällainen lainoppi on kuitenkin huonoa sen tähden, että se antaa epätyydyttäviä soveltamisohjeita. Subjektiivista tulkintaa noudatettaessa joudutaan sidotuksi lakia laatineiden henkilöiden käsityksiin riippumatta siitä, miten turmiollisiin seurauksiin ne esim. muuttuneiden olosuhteiden vuoksi johtaisivat. Objektiivista tulkintaa harrastettaessa jouduttaisiin vastaavasti merkitysten orjuuteen, soveltamaan säännöstä kirjaimen mukaan seurauksista välittämättä.

Ekelöf toteaakin, että mainittuja metodeja on harvoin sovellettu puhtai-

[7] Ks. *Ekelöf,* Teknik eller vetenskap s. 18—20. Filosofisesta semantiikasta tuttu jaottelu termin merkityssisällön (referenssikentän) ydin- ja rajavyöhykkeeseen on Ekelöfin metodissa tärkeässä asemassa. Ekelöfin kertoman mukaan hän ei kuitenkaan ole omaksunut jaottelua filosofiasta, vaan saksalaisen intressilainopin tunnetun edustajan Philipp Heckin tuotannosta, jossa se oli käytössä jo ennen kuin siitä tuli semanttista yhteisomaisuutta. Ks. *Ekelöf,* Från en forskares verkstad s. 16. Heckin erottelusta Vorstellungskern/Vorstellungshof ks. *Heck,* Gesetzeauslegung und Interessenjurisprudenz, s. 40—49.

na, vaikka toisinaan onkin kuviteltu niin tehtävän.[8] Yleensä aina ovat erilaiset *tavoiteharkinnat* sujuttautuneet soveltamisharkintaan mukaan. Lundstedtin tapaan Ekelöf katsoo tämän usein tapahtuneen juridisten fiktioiden ja skolastisen argumentaation muodostaman sumuverhon suojissa.

Tavoitteellisuuden keskeisyys laintulkinnassa synnyttää kysymyksen, miten tavoitehakuista, teleologista lainsoveltamismetodia on edellä selostetun tiedekäsityksen valossa arvioitava. Vastaus edellyttäisi faktisesti harjoitetun tulkintatoiminnan deskriptiota ja siihen perustuvaa arviota. Tällaista deskriptiota Ekelöf ei kuitenkaan suorita. Hänen kysymyksenasettelunsa on metodologinen ja sellaisena normatiivinen. Hän haluaa selvittää, millaista teleologinen tulkinta on silloin, kun sitä harjoitetaan parhaalla mahdollisella tavalla. Itse asiassa voitaneen hänen pyrkimyksensä tulkita laveammaksikin: hän tahtoo osoittaa, millaista on *hyvä lainoppi* ja miten se täyttää tieteellisyyden kriteerit.

Syy, jonka tähden Ekelöf pitää teleologista lainsoveltamismetodia metodeista parhaana, liittyy hänen käsitykseensä oikeusjärjestyksestä yhteisesti hyväksyttyjen arvopäämäärien toteuttamistapana. Oikeussäännöt ovat yhteiskunnan tietoisen organisoinnin ja kehittämisen välineitä, jolle päämäärälle lakien soveltamisen ja tulkinnan tulee olla alistettu. Sen tulee edistää lain tavoitteiden toteuttamista, Ekelöfin sanoin ”att bidra till rättsreglernas genomslagskraft på det sociala fältet”.[9] Tämän vuoksi ei tulkintametodi voi olla puhtaasti tiedollisiin päämääriin johtava, vaan em. arvopäämäärien (tavoitteiden) tulee kontrolloida tiedon hankintaa ja käyttöä.[10]

Koska säännöksen oikean tulkinnan ratkaisee teleologisen metodin mukaan se tavoite, johon säännöksellä pyritään, nousee metodia sovellettaessa pääongelmaksi, miten säännöksen tavoite voidaan selvittää. Ekelöfin metodin keskeisiin piirteisiin kuuluu, että tulkitsija ei saa vahvistaa tavoitteita vapaasti oman mielensä mukaan. Eri yhteyksissä Ekelöf korostaa, että hänen metodinsa on soveltamismetodi *de lege lata* — ei de lege ferenda. Tavoiteharkinta on sidottua harkintaa, jossa tutkija ei saa asettaa omia oikeuspoliittisia käsityksiään suositustensa perustaksi, vaan hänen täytyy asettua ”på den gällande rättens ståndpunkt”.[11]

---

[8] Ks. *Ekelöf,* Teknik eller vetenskap s. 21.

[9] *Ekelöf,* En essay om tolkning och mening s. 43. Samassa kirjoituksessaan Ekelöf rinnastaa lainoppineen (ja tuomarin) pastoriin, jonka tehtävänä on edistää uskon asiaa oloissamme. Tämän vuoksi hän ei saarnassaan evankeliumitekstiä tulkitessaan voi käyttää subjektiivista (historiallista) tulkintaa vaan hänen on annettava sille tulkinta, jolla on sanottavaa nimenomaan meidän ajallemme. Ks. m.k. s. 17—18.

[10] Ks. *Ekelöf,* En essay s. 47.

[11] *Ekelöf,* Rättegång s. 60. Sama ajatus, joka kuuluu Ekelöfin metodin keskeisiin, on löydettävissä jo kirjoituksesta Teknik eller vetenskap s. 21—29.

Mielivaltaisuuden välttäminen edellyttää metodia, jota käyttäen tavoite voidaan löytää. Tällaisen metodin kehittämistä Ekelöf pitää oppinsa erityispiirteenä, joka erottaa sen muista teleologisista lainsoveltamismetodeista. Ekelöf korostaa, että tavoitetta vahvistettaessa ei ole syytä liiaksi luottaa lain esitöihin ja niistä näkyviin tavoitelausumiin. Koska lakia laativien henkilöiden päähuomio luonnollisista syistä keskittyy säännösten formulointiin, esityöt ovat usein epätäsmällisiä ja pyöreästi muotoiltuja. Toisinaan maininnat tavoitteista saattavat puuttua kokonaan. Edelleen on mahdollista, että lain perusteluilla on pyritty muuhun kuin säännöksen soveltamisen auttamiseen, jolloin todellisia tavoitteita on saatettu joutua verhoamaan. Lisäksi perustelut ovat voineet esim. lähialueen muuttuneen lainsäädännön johdosta vanhentua tai lain laatijat ovat alunperin saattaneet ymmärtää säännöksen tavoitteen väärin.[12] Miten näissä tapauksissa, joissa perusteluihin ei jostakin edellä mainitusta syystä voida luottaa, voimme löytää säännöksen tavoitteen sekoittamatta mukaan omia henkilökohtaisia tavoitteitamme?

Ekelöfin vastaus perustuu ns. *normaalitapausten* (*ordinära fall*) ja *erityistapausten* (*säregna fall*) väliseen erotteluun. Normaalitapauksia ovat lyhyesti sanottuna tapaukset, joihin tulkinnan kohteena oleva säännös varmasti soveltuu. Tämä edellyttää kahden ehdon täyttymistä. Tapauksen tulee ensinnäkin varmasti kuulua säännöksen soveltamisalan kuvauksen piiriin. *Makkosen* terminologiaa käyttäen voitaneen sanoa, että käsillä tulee olla isomorfinen ratkaisutilanne.[13] Toiseksi tapauksen tulee olla *tyypillinen*.

Ekelöf on hyvin niukkasanainen karakterisoidessaan, mitä 'tyypillisyys' po. asiayhteydessä tarkoittaa. Käsitykseni mukaan on luontevaa tulkita hänen tarkoittavan sillä tapauksen esiintymisfrekvenssiä oikeuselämässä. Hän näyttää ajattelevan, että säännöksen soveltamisalan ydinvyöhykkeelle sijoittuu tapauksia, joista toiset ovat käytännössä yleisiä toiset taas hyvinkin harvinaisia. Normaalitapauksia ovat näistä oikeuselämässä yleisesti esiintyvät tapaukset, joita lainlaatijat eivät ole voineet olla havaitsematta lakia kirjoittaessaan.[14] Kaikki

---

[12] Ks. esim. *Ekelöf,* Teknik eller vetenskap s. 28 ja Rättegång s. 57. Argumentit ovat samoja, joita nk. objektiivisen tulkintateorian kannattajat ovat esittäneet subjektiivisia l. historiallisia tulkintateorioita vastaan. Toisinaan Ekelöfin metodi onkin luettu objektiivisiin tulkintateorioihin.

[13] Isomorfisen ratkaisutilanteen luonnehdinnasta ks. *Makkonen,* Zur Problematik der juridischen Entscheidung s. 84—90.

[14] Ks. *Ekelöf,* Teknik eller vetenskap s. 29 ja Teleological Construction of Statutes s. 84. Vrt. *Peczenik,* jonka mukaan tapauksen esiintymisfrekvenssi ei ole riittävä edellytys soveltamisalan kuvauksen ydinvyöhykkeelle sijoittuvan tapauksen karakterisoimiselle tyypilliseksi. ''Säregna fall, är inte enbart de som sällan inträffar utan även sådana som lag-

muut tapaukset riippumatta siitä, sijoittuvatko ne säännöksen soveltamisalan kuvauksen ydinvyöhykkeelle, rajavyöhykkeelle vaiko kokonaan kuvauksen ulkopuolelle, ovat erityistapauksia.

Kun normaalitapaus on saatu selville, voidaan vahvistaa säännöksen tavoite. Säännöksen tavoitteena on se praktinen funktio, jota säännös yhdessä muiden oikeusjärjestyksen säännösten kanssa toteuttaa sovellettuna puheena olevaan tapaukseen.[15] Tavoite on siis yhtä kuin se asiantila, joka aiheutuu siitä, että tuomioistuimet normaalitapauksessa vahvistavat laissa mainitun seuraamuksen sekä siitä, että kansalaiset saadessaan päätöksen tietoonsa ojentuvat sen mukaisesti. Näin ollen tavoite saadaan selville analysoimalla niitä seurauksia, joita säännöksen soveltaminen normaalitapaukseen aiheuttaa.[16]

Näin vahvistettu tavoite muodostaa ohjenuoran säännöksen soveltamiselle erityistapauksissa.[17] ''...även regleringen av de säregna fallen bör bidra till realiserandet av samma helhetsresultat som regleringen av de ordinära.''[18] Jos oikeusseuraamuksen vahvistaminen po. tapauksessa edistää tavoitteen saavuttamista, seuraamuksen vahvistamista on suositettava, vaikka tapaus sijoittuu säännöksen soveltamisalan kuvauksen rajavyöhykkeelle. Säännöstä on siis tällöin lupa (ja velvollisuus) soveltaa *laventavasti.* Jos sitä vastoin havaitaan, ettei seuraamuksen vahvistaminen edistä vaan ehkä jopa vastustaa säännöksen tavoitetta, ei säännöksen soveltamista tule suositella, vaan on suositettava *supistavaa* tulkintaa. Samaa harkintaa voidaan Ekelöfin mukaan käyttää silloinkin, kun erityistapaus sijoittuu säännöksen soveltamisalan kuvauksen ydinvyöhykkeelle tai kun päin vastoin on selvää, ettei se lainkaan mahdu soveltamisalan kielellisen kuvauksen puitteisiin. Seuraamuksen vahvistamatta jättämistä ensiksi mainitussa tapauksessa Ekelöf nimittää *reduktiiviseksi* soveltamiseksi,

---

regeln inte är väl anpassad till''. Juridikens metodproblem s. 160. Näin tulkittuna Ekelöfin metodi osoittautuisi kehäpäätelmäksi, koska ilman säännöksen tavoitteen tuntemista ei voida erottaa niitä tapauksia, joihin säännös ''inte är väl anpassad till'. Tulkinta ei nähdäkseni tee oikeutta Ekelöfille, joka on tietoinen kehäpäätelmän vaarasta ja selvästi pyrkii sitä välttämään. Vrt. *Ekelöf,* Rättegång s. 57, jossa kirjoittaja näyttää luopuneen pyrkimyksestä esittää normaalitapauksen seikkaperäiset tunnusmerkit: ''...ett lagstadgande skall utan vidare tillämpas på situationer, som är odrinära till sin typ och utan varje tvekan faller inom stadgandets språkliga betydelse, såvida inte lämpligheten härav *rent intuitivt* framstår som tveksam''. (kurs. tässä)

[15] Ks. *Ekelöf,* Teknik eller vetenskap s. 29 ja En Essay s. 44.

[16] Ekelöf antaa tavoitteen vahvistamisesta lukuisia lainopillisia esimerkkejä. Ks. näistä esim. Teleological Construction of Statutes s. 102—116.

[17] Normaalitapauksissahan ei mitään soveltamisvaikeuksia per definitionem ole, vaan soveltaminen on pelkkää deduktiota.

[18] *Ekelöf,* Rättegång s. 60.

kun taas seuraamuksen vahvistaminen viimeksi mainitussa tapauksessa on *analogista* soveltamista.[19] Niiden tilanteiden selvittämistä, jolloin säännöstä on sovellettava laventavasti, supistavasti, analogisesti tai reduktiivisesti, Ekelöf pitää oikeusdogmatiikan kenties tärkeimpänä tehtävänä.[20] Lainoppi parhaimmillaan on toisin sanoen *ei-tyypillisten tapausten analysointia ja oikeusjärjestyksen tavoitteisiin perustuvien suositusten esittämistä siitä, miten po. tapauksia olisi oikeudellisesti arvioitava.*

Miten tämä tehtäväkäsitys sopii Ekelöfin tieteenkuvan puitteisiin? On selvää, että se ei täytä hänen asettamiaan tieteellisyyden kriteerejä. Tutkimustuloksia, säännöksen käyttöalaa koskevia suosituksia[21] ei näet argumentoida pelkästään tosiasiaväitteiden avulla, vaan niiden ohella käytetään myös arvopremissejä. Tällainen menetelmä on Ekelöfin mukaan ominaista teknologian piirissä tehtäville ratkaisuille.[22] Erotukseksi varsinaisesta tieteestä hän luonnehtiikin teleologista metodia käyttävää lainoppia *tekniikaksi.* Minkä tähden Ekelöf valitsee analogian juuri tekniikan eikä jonkin muun arvopremissejä päätöksenteon argumentteina käyttävän toiminnan alueelta, jää vaille vastausta. Kenties valintaan vaikutti eräänlainen tekniikan ihailu, joka oli ominaista social engineering -tyyppisille oikeusteorioille. Tähän ryhmään Ekelöfinkin teoria kiistatta sijoittuu.

5.2. Metodin arviointia

Ekelöfin lainsoveltamismetodi on herättänyt Pohjoismaissa vilkasta keskustelua. Kaikki hänen ajatustapansa keskeiset piirteet ovat joutuneet kriittisen arvioinnin kohteeksi. Yleisimmin häntä lienee kritisoitu siitä, että hänen käsityksensä on liiaksi vapaaoikeudellinen, että se oikeuttaa soveltajan liiaksi irtautumaan säännöksen sanamuodosta.[23] 1950-luvun keskustelussa asetuttiin

[19] Ks. esim. *Ekelöf,* Rättegång s. 62.

[20] Ks. *Ekelöf,* Teknik eller vetenskap s. 30.

[21] Ekelöf painottaa, että hänen hahmottamansa lainopin tulokset ovat nimenomaan säännöksen käyttöalaa koskevia suosituksia, eivät tulkintasuosituksia. Säännöksen käyttöala voi enemmän tai vähemmän poiketa sen soveltamisalan kuvauksen kielellisestä merkityksestä, koska ilmenee tapauksia, joissa reduktiivinen tai analoginen soveltaminen on tarpeen. Tulkinnalla Ekelöf tarkoitti ainoastaan säännöksen kielellisen merkityksen selvittämistä. Ks. esim. *Ekelöf,* En Essay s. 45.

[22] Ks. *Ekelöf,* Teknik eller vetenskap s. 6—7.

[23] Ks. esim. *Hult,* Lagens bokstav och lagens andemening s. 598—599 "...Ekelöfs metodlära måste leda till en missaktning för ordet som medel att uttrycka tankar, vilken kan få betänkliga konsekvenser... Att tala om fasta och klara lagregler låter sig under

tavallisesti hänen metodinsa asemesta kannattamaan jonkinlaista maltillisempaa päämäärähakuista tulkintatapaa sen sisältöä kuitenkaan lähemmin eksplikoimatta.[24]

Ekelöfin teleologinen metodi eroaa useimmista muista soveltamismetodeista siinä, että säännöksen kielellisen sisällön selvittäminen saa osakseen varsin vähäisen huomion. Tulkitsijan sidonnaisuus ei hänen metodissaan ole sidonnaisuutta lakitekstiin, vaan se on suurelta osin korvattu sidonnaisuudella lain tavoitteisiin. Miten sidottua tai vapaata tulkinta Ekelöfin metodia noudattaen on, voidaan näin ollen selvittää vasta, kun tiedämme, miten pitkälle tavoitteen etsintää voidaan metodisesti kontrolloida.

Tältäkään osin ei Ekelöfin metodi ole välttynyt kritiikiltä. Vaikeuksia on nähty ensinnäkin normaalitapausten ja erityistapausten erottamisessa toisistaan. On katsottu, että ei ole mahdollista selvittää, mikä on normaalitapaus, ennen kuin tunnetaan lain tavoite. Jos tavoite tämän jälkeen, kuten metodin mukaan pitäisi, vahvistetaan normaalitapauksen perusteella, joudutaan kehään.[25]

Viimeksi mainittua puolta, ajatusta tavoitteen vahvistamisesta normaalitapauksen perusteella, on yleisesti pidetty metodin heikoimpana renkaana. Kuten usein on todettu, pelkän keinon avulla ei loogisesti voida päätellä tavoitetta, vaan sen löytäminen edellyttää lisäpremissejä.[26] Säännöksen soveltaminen normaalitapaukseen aiheuttaa lukuisia sekä ennakoituja että ennakoimattomia seurauksia, joista osa on dysfunktionaalisia ts. vaikuttaa päinvastaiseen suuntaan kuin on aiottu.[27] Säännöksen funktion, sen tavoitteen poimiminen sen soveltamisen kaikkien kausaalisten seurausten joukosta on mahdollista vain joidenkin lisäkriteerien avulla. Ongelma tavoitteen vahvistamisen kontrolloitavuudesta muuntuu tällöin muotoon, onko po. lisäkriteerien valinta jollakin tavoin sidottua vaiko ei. Tähän kysymykseen Ekelöf, joka kuitenkin selvästi on perillä ongelmasta, ei anna selkeää vastausta. Luultavimmin hän ajattelee, että

---

sådana omständigheter icke göra.'' Ks. myös *Malmström,* Till frågan on lagtolkningsmetoderna s. 664—668. Ks. myös *Peczenik,* Juridikens metodproblem s. 164.

[24] Näin esim. *Hult* ja *Malmström* ibid.

[25] Näin *Hult,* Bokstav och andemening s. 591, *Ross,* Om ret og retfærdighed s. 171. Samaa epäilee myös *Malmström,* Lagtolkningsmetoderna s. 666 in fine. Tämä käsitys on nähdäkseni virheellinen ainakin siinä tapauksessa, että tyypillisyyden tulkitaan esittämälläni tavalla tarkoittavan ainoastaan tapauksen esiintymisfrekvenssiä suhteessa muihin soveltamisalan kuvauksen ydinvyöhykkeelle kuuluviin tapauksiin. Tästä ongelmasta ks. myös *Strömholm,* Teleologisk tolkning och likformig argumentation s. 710 ss.

[26] Ks. *Ross,* Om ret og retfærdighed s. 172 ja *Peczenik,* Juridikens metodproblem s. 161.

[27] Ks. esim. *Thornstedt,* Legalitet och teleologisk metod i straffrätten s. 338—349.

säännöksen funktio voidaan saada esiin koko oikeusjärjestyksen funktiota apuna käyttäen. Hänen mukaansa vain se osa säännöksen koko vaikutuksesta ”har betydelse som stadgandets ändamål, vilken utgör ett moment i det helhetsresultat som förverkligas genom en harmonisk samverkan mellan detta stadgande samt andra i gällande rätt ingående regler.”[28] Tämä ei kuitenkaan juuri vie asiaa eteenpäin, koska myös oikeusjärjestys kokonaisuudessaan aiheuttaa seurauksia, joista vain osa on tarkoitettuja ja osa tavoitteen kannalta irrelevantteja tai dysfunktionaalisia. Ensiksi mainittujen erottaminen muista edellyttää jälleen lisäkriteereitä, jolloin ongelmaksi nousee kysymys lisäkriteerien valinnan kontrolloitavuudesta.

Tavoitteen vahvistaminen ja sen myötä ratkaisutoiminta ei siten Ekelöfin metodia noudatettaessa ole kovinkaan kontrolloitua. Tästä ei luonnollisesti seuraa, että sidottuun tulkintaan pyrittäessä teleologiset metodit yleisesti olisi hylättävä. Ekelöfin metodin osaltakin tämä johtopäätös voidaan tehdä vain siinä tapauksessa, että sen tilalle on osoitettavissa parempi menetelmä. Ekelöf itse näyttää katsovan, ettei tällaista ole ainakaan toistaiseksi voitu esittää. Traditionaaliset, säännöksen kieliasulle suuremman merkityksen antavat tulkintamallit eivät ohjaa ratkaisua senkään vertaa, koska soveltamisalan kuvauksen rajavyöhykkeellä ne eivät anna mitään ohjetta siitä, miten asiassa olisi edettävä.[29] Soveltamisharkinnan sitominen tässä tilanteessa säännöksen tavoitteisiin — olkoonkin epävarmoihin — on parempi kuin täydellisen avuttomuuden tunnustaminen.

Jos lopuksi tarkastellaan Ekelöfin metodin paikkaa skandinaavisen oikeusrealismin piirissä, voidaan sen todeta liittyvän läheisesti Lundstedtin ajatuksiin. Kummankin näkemys oikeussääntöjen tehtävistä edusti eräänlaista väljää social engineering -ajattelua ja johtopäätös, jonka he siitä tekivät säännösten tulkintaan nähden oli yhteinen: tulkintasuositusten argumentaatiopohjaa oli muutettava, traditionaaliset argumentit oli käsitelainopillisina ja fiktiivisinä korvattava toisaalta arvopremisseillä ja toisaalta sääntelyn yhteiskunnallisia vaikutuksia koskevilla premisseillä. Näiltä osin po. tutkijoiden ajatukset erosivat toisistaan lähinnä vain täsmällisyydessä, missä suhteessa Ekelöf oli selvästi sofistikoidumpi.

Lundstedtin ja Ekelöfin ajatuksissa oli toisaalta myös joitakin asiallisia eroja. Lundstedtin samhällsnyttan-prinsiippi edusti lähinnä nk. *sääntöutilitarismia.* Hänen arvohierarkiassaan olivat ennakoitavuus ja oikeusvarmuus kor-

[28] *Ekelöf,* Teknik eller vetenskap s. 29.

[29] Näin voitaneen Ekelöfin ajatus ymmärtää, vaikka tulkintaa on vaikea dokumentoida lähdeviittauksin.

kealla sijalla, minkä johdosta hän Ekelöfiä enemmän painotti lain sanamuodon merkitystä.[30] Ekelöfin suhtautuminen sääntöihin oli puolestaan selvemmin *tekoutilitaristinen.*[31] Jos sääntö sanamuotonsa mukaan sovellettuna johtaa kahdeksassa tapauksessa kymmenestä hyvään tulokseen, ei tämä oikeuta tutkijaa suosittamaan sen soveltamista jäljellä oleviin kahteen tapaukseen,[32] vaan päin vastoin hänen tulee suositella, että säännöstä näissä tapauksissa sovelletaan reduktiivisesti. Toisaalta jos sääntö johtaa tavoitteen mukaisiin tuloksiin soveltamisalansa kuvauksen ulkopuolelle osuvissa tilanteissa, tutkijan tulee suosittaa sen omaksumista myös näihin tapauksiin. Ekelöf myöntää, että tällainen menettely saattaa heikentää säännöstön yleiskatsauksellisuutta ja vaarantaa siihen sidoksissa olevia intressejä. Hän ei kuitenkaan tunnusta tätä pulmaa mitenkään omalle metodilleen leimalliseksi, vaan toteaa, että vastaavanlaista toimintaa on täysin hänen metodistaan riippumatta traditionaalisesti harrastettu aukon täyttämisen nimissä.[33]

Suhtautuminen arvostuksiin lainopissa oli myös Ekelöfin metodissa *Myrdalin* arvopremissiteorian mukainen. Oikeustiede (lainoppi) on käytännöllistä tiedettä siinä mielessä, että siihen kuuluu tiedollisten elementtien ohella arvoelementtejä. Viimeksi mainittuja ei voida eliminoida, koska ne ovat lainopin käytännöllisen relevanssin edellytyksiä. Koska arvostukset ovat subjektiivisia, tarvitaan kuitenkin pidäkkeet siitä koituvan vaaran eliminoimiseksi. Tämän

---

[30] Ks. Lundstedtin omaa arviota asiasta teoksessa Grundlinjer Bd II: 2 s. 105. Toisaalta on muistettava, että myös Ekelöfille säännöksen sanamuoto oli tärkeä sikäli, että vain sen avulla voitiin löytää tyyppitapaukset, joihin säännös varmasti soveltuu. Tämän johdosta hän aivan Lundstedtin tavoin suhtautui varauksellisesti yleislausekkeisiin, joiden soveltamisalan kuvaus oli niin väljä, että mahdollisuus osoittaa tyyppitapauksia kävi kyseenalaiseksi.

[31] Sääntöutilitarismin ja tekoutilitarismin välisestä erottelusta ks. esim. *Smart*, Extreme and Restricted Utilitarianism s. 171.

[32] Puhtaasti tekoutilitaristinen tulkintaoppi lienee mahdoton käytettäväksi lainopillisena metodina, koska lainoppi ei käsittele ainutkertaisia yksittäistapauksia, vaan tapauskategorioita. Termi 'tapaus' on myös tässä yhteydessä ymmärrettävä tapauskategoriaa tarkoittavaksi. Kyseessä on säännöksen soveltamisalan kuvauksen piiriin kuuluva, mutta sitä suppeampi tapausjoukko.

[33] Ks. *Ekelöf,* Teknik eller vetenskap s. 30—31. Tavallisesti on tekoutilitaristien taholta ehdotettu po. ongelman ratkaisemiseksi ns. hyötykalkyylia. Sen mukaan analogista tai reduktiivista tulkintaa tulee suosittaa silloin, kun siitä yksittäistapauksessa koituva hyöty on suurempi kuin se yleinen haitta, joka soveltamisesta aiheutuu ennustettavuuden vähenemisen muodossa. Hyväksyikö Ekelöf tämän ajatuksen ei hänen kirjoitustensa valossa ole varmaa. Ks. esim. Teleological Construction s. 87, jossa hän toteaa että ''we should not depart from the meaning of the statute unless there is an *obviously convincing reason* for doing so.'' Siihen, voiko hyötykalkyylin tulos olla tällainen syy, ei Ekelöf ota kantaa.

varalta Ekelöfin oppi sisältää kaksi metodisääntöä: (1) arvoarvostelmat ja tosiasiaväitteet on pidettävä toisistaan erillään ja (2) arvostukset eivät mikäli mahdollista saa olla tutkijan henkilökohtaisia arvostuksia, vaan niiden tulee olla oikeusjärjestyksen omaksumia arvoja. Näyttää siltä, että Ekelöf jopa Lundstedtia torjuvammin suhtautuu henkilökohtaisten arvostusten käyttöön.[34] Kun niiden mukaantuloon liittyy Lundstedtin ja Olivecronan mukaan myös eräitä myönteisiä seurauksia, näyttää Ekelöf näkevän ne ainoastaan välttämättömänä pahana.

Ekelöfin puheenvuoro edusti torjuvaa suhtautumista oikeustieteen sosiologisointiin, ajatukseen kaiken oikeustutkimuksen muuttamisesta lainsäätäjien, kansalaisten tai tuomarin käyttäytymisen kuvaamiseksi tai ennustamiseksi. Sitä vastoin se ei merkinnyt torjuvaa suhtautumista oikeussosiologiaan ja sen tuloksiin. Päin vastoin voidaan sanoa, että seurausharkinnan käyttäminen säännöksen käyttöalan määrittelyssä nimenomaan edellyttää oikeussääntöjen yhteiskunnallisten vaikutusmekanismien hyvää tuntemusta. Ihannetapauksessa lainoppi Ekelöfin metodin mukaan harjoitettuna on sosiologian tuloksille rakentuvaa sosiaalitekniikkaa. Toisin sanoen sosiologinen tutkimusasenne ei ole riittävä täyttämään niitä odotuksia, joita lainoppiin suunnataan, mutta se muodostaa välttämättömän perustan, mikäli halutaan tehdä todella hyvää lainoppia.[35]

6. ALF ROSSIN NÄKEMYS OIKEUSTIETEEN TUTKIMUSKOHTEESTA JA METODISTA

6.1. Yleistä

Lundstedt ja Olivecrona pysyivät Hägerströmin seuraajina koko uransa ajan. *Alf Rossin* tieteellinen kehitys oli toisenlainen. Jo aiemmin on todettu hänen kelseniläiset lähtökohtansa, jotka ovat näkyvillä teoksessa "Theorie der Rechtsquellen". Opiskelu Upsalassa Hägerströmin ohjauksessa johti lähtökohtien

[34] Ks. esim. *Ekelöf,* Teleological Construction s. 87—88.

[35] Ekelöf kuitenkin myöntää, että tämä jää käytännössä saavuttamattomaksi ideaaliksi. Normaalisti joudutaan säännöksen soveltamisen vaikutuksia koskeva analyysi tekemään soveltajan oman elämänkokemuksen pohjalta ilman että on käytettävissä asiaa koskevia sosiaalitilastollisia tutkimuksia. Ks. *Ekelöf,* Rättegång s. 61.

muuttumiseen. Hän luopui uskomasta pitämisen maailmaan ja käytännölliseen järkeen, ja kääntyi Upsalan filosofian kannattajaksi.[1]

Rossin 1930-luvun tutkimusten perushypoteesi oli lainattu suoraan Hägerströmiltä. Sen mukaan oikeustiede oli käsitteidensä ja oppilauseittensa kautta lujin säikein kietoutunut käytännölliseen filosofiaan ja samalla metafysiikkaan. Hypoteesia todistaessaan Ross ei tyytynyt abstraktiseen argumentaatioon, vaan pyrki oikeudellisen ajattelun ja sen eri virtausten yksityiskohtaisen tarkastelun (immanentin kritiikin) kautta osoittamaan sen paikkansapitävyyden. Tämän seurauksena hänen teoksensa ovat samalla huomattavan lukeneisuuden osoituksia. Paljastettuaan oikeustieteen luonteen praktisena metafysiikkana hän pyrki lopuksi luonnostelemaan vastausta siihen, miten tilanne voitaisiin korjata. Hänen rakentavat ajatuksensa eivät kuitenkaan vielä 1930- ja 1940-luvuilla saaneet selkeää hahmoa.

1940-luvun lopulla Ross vaihtoi vielä kertaalleen henkistä kotiaan. Looginen positivismi korvasi Upsalan koulun tieteellisen ajattelun teoriana. Oikeusteoreettisissa kirjoituksissa, jotka Ross julkaisi vuosina 1950 ja 1952 on selvästi toinen sävy kuin vielä vuonna 1946 ilmestyneessä "Towards a Realistic Jurisprudence" -teoksessa.[2]

Tapahtunut muutos ei kuitenkaan ollut kumouksen kaltainen. Tieteen ja metafysiikan välinen rajankäynti ja tieteellisen juridiikan mallin rakentaminen säilyivät edelleen hänen keskeisinä ongelminaan. Hän ei myöskään joutunut olennaisesti muuttamaan tuloksiaan. Vaikka Upsalan koulun ja loogisen positivismin tietoteoreettisissa katsomuksissa oli eroja, tieteen ja metafysiikan välinen demarkaatiolinja asettui molempien mukaan jokseenkin samaan paikkaan.

Tapahtunut muutos näkyikin lähinnä ongelmien tarkastelutavan ja argumentaation muuttumisena. Teokset "Kritik der praktischen Erkenntnis", "Virkelighed og Gyldighed i Retslæren" ja "Towards a Realistic Jurisprudence" ovat tutkimusotteeltaan mentaalianalyyttisiä. Hägerströmin tavoin Ross tarkasteli niitä mentaalisia akteja, jotka ovat juridiikan ja käytännöllisen filosofian peruskäsitteiden "takana". Tekemiään löydöksiä hän arvioi sen mallin mukaan, jonka Hägerströmin teos "Den objektiva rättens begrepp" tarjosi. Sitä vastoin teoksessa "Om ret og retfærdighed" oikeusteorian tutkimuskohteena on loo-

[1] Käänne näyttää tapahtuneen jo ennen "Theorie der Rechtsquellen" -teoksen ilmestymistä. Näin saattoi käydä sen tähden, että teoksen ilmestyminen lykkääntyi yli kolmen vuoden päähän käsikirjoituksen valmistumisesta. Ks. tästä m.t. s. VIII.

[2] Ks. kirjoituksia "Om begrebet "gældende ret" hos Theodor Geiger", "Videnskab og politik i juridisk doktrin" ja "Retsfilosofiens problem".

gisen empirismin mukaisesti oikeustieteen kieli. Oikeustieteen metafyysisyyttä ei enää ratkaista sen käsitteiden mentaalianalyysin avulla, vaan tutkimalla, ovatko oikeustieteen lauseet verifioitavissa.

Sanotuista syistä ei Rossin ajatuksia voida tarkastella yhtenä kokonaisuutena, vaan on erotettava toisistaan ''nuori Ross'' ja ''varttunut Ross''. Ensiksi mainitun ajatuksia tarkastellaan jaksoissa 6.2.—6.4. Tällöin pidetään silmällä hänen hägerströmiläistä vaihettaan. Rossin myöhempi näkemys tulee analyysin kohteeksi jaksoissa 6.5 ja 6.6. Sitä vastoin Rossin varhaisin, kelseniläinen kausi, jota ''Theorie der Rechtsquellen'' edustaa, jätetään tässä syrjään.

6.2 Dualistisuus oikeustieteen peruskäsitteissä

Hägerströmin ja Olivecronan tavoin *Ross* suhtautui jyrkän kriittisesti siihen tapaan, jolla traditionaalinen oikeustiede ymmärsi tutkimuskohteensa. Tämä tapa oli hänen mukaansa jäänne ikivanhaa taikauskoa, joka oikeudellisen tradition kantamana oli kulkeutunut nykyaikaan.[3] Ross ei luonnollisesti tarkoita, että nykyajan juristit tietoisesti elättäisivät taikauskoisia käsityksiä. Kysymys on siitä, että taikausko sisältyy kätkettynä heidän ajattelunsa välineisiin, niihin peruskäsitteisiin, joilla oikeudellinen ajattelu operoi. Tästä on seurauksena, että teoriat ja oppilauseet, jotka käyttävät mainittuja käsitteitä, muodostuvat väistämättä ristiriitaisiksi ja todellisuudelle vieraiksi.

Taikauskon kivettyminen käsitteisiin ei koske pelkästään juridiikkaa, vaan on yleinen ilmiö tieteessä. Tämän vuoksi tarvitaan tieteen filosofiaa. Tieteen filosofian tehtävänä on paljastaa ja analysoida kohdetieteensä käsitteistöön kivettyneitä taikauskoisia jäänteitä ja siten vapauttaa ajattelu historiallisesta painolastistaan. Tätä terapeuttista tehtävänäkemystä ilmentää seuraava lausepari, jonka Ross on valinnut teoksensa ''Virkelig og Gyldighed i Retslæren'' motoksi: ''Vi ser ikke Tingene, saadan som de er, men saadan, som vi lærer at se dem. Filosofiens Kunst bestaar at glemme, hvad vi har lært.''[4]

Oikeustieteen peruskäsitteissä metafyysinen painolasti ilmenee Rossin mukaan niiden *dualistisuutena.* Tällä Ross tarkoittaa sitä, että oikeusjärjestyksen käsitteeseen (''retsbegrepet'') ja muihin juridiikan peruskäsitteisiin sisältyy kaksi yhteensopimatonta osaa. Oikeusjärjestys on samanaikaisesti sekä reaalinen (olemassaoleva) että pätevä (sitova) järjestys. Se on toisaalta havaittava ilmiö to-

[3] Ks. *Ross,* Virkelighed og Gyldighed i Retslæren s. 19 ja *sama,* Towards a Realistic Jurisprudence s. 14.

[4] Ks. m.t. s. 17.

siasioitten maailmassa ja toisaalta sitova normi moraalin tai arvojen maailmassa.[5] Tällaisena po. käsite on sisäisesti ristiriitainen ja synnyttää ristiriidan myös niissä teorioissa, jotka implisiittisesti tai eksplisiittisesti siihen viittaavat.

Ross ei erikseen perustele ristiriitaisuusväitettään. Hän ilmeisesti katsoo sen seuraavan ontologiastaan. Koska maailmassa ei ole sitovia arvoja eikä normeja, reaalimaailman ilmiöt eivät voi olla missään vuorovaikutuksessa tai relaatiossa arvojen ja normien kanssa. Jos tällainen yhteys hyväksytään, joudutaan spiritualistiseen metafysiikkaan, ajatustapaan, jonka mukaan fysikaalinen todellisuus sisältää elementtejä, jotka perimmältään ovat jonkin yliempiirisen heijastumia luonnossa.

Perustellakseen dualistisuusteesiään Ross tarkastelee monia oikeuden luonteesta esitettyjä vaikutusvaltaisia teorioita,[6] ja katsoo voivansa osoittaa, että jokainen niistä ajautuu dualismiin. Oikeusjärjestys ei niiden mukaan ole pelkästään olemassaoleva (faktinen) tai pelkästään sitova järjestys, vaan se on yhtäaikaisesti molempia. Tällaisena oikeusjärjestyksen käsite sopii spiritualistisen metafysiikan maailmankuvan puitteisiin, mutta se on yhteensopimaton metafyysistä monismia edustavan näkemyksen kanssa, jonka mukaan vain ajallispaikallinen kokemusmaailma on todellinen.

Suurimman huomion Ross suuntasi lakipositivismin tapaan ymmärtää tutkimuskohteensa. Hägerströmin tavoin Ross tulkitsi lakipositivismin teesinsä koetinkiveksi, koska lakipositivismi nimenomaisesti pyrki ymmärtämään oikeuden puhtaana tosiasiana, aikaan ja paikkaan sidottuna historiallisena tuotteena.

Rossin tarkastelun perusajatus on sama kuin edellä selostetussa Hägerströmin analyysissä. Lakipositivismin tapa redusoida oikeus tosiasiaksi ei johda perille. Määriteltäessä oikeus valtion, kompetentin orgaanin tai suvereenin tahdoksi on jäänyt havaitsematta, että käsitteet 'valtio', 'kompetentti orgaani' ja 'suvereeni' eivät ole puhtaasti tosiasioihin viittaavia käsitteitä, vaan ne ovat juridisesti kvalifioituja. Valtio on juridinen ilmiö, kompetenssi ei voi olla muuta kuin juridista kompetenssia ja suvereeni on suvereeni sen tähden, että oikeussäännöt hänet sellaiseksi määrittävät.[7] Reduktioyritys ei siten ole onnistunut. Jos katsotaan, että 'oikeus' on lakipositivismin konseptiossa määritelty tosiasioiden avulla, joudutaan samalla myöntämään, että määrittelevät tosiasiat ovat käsitteellisessä suhteessa juridiseen sitovuuteen. Lakipositivismin-

[5] Ks. *Ross,* Virkelighed og Gyldighed i Retslæren s. 17.

[6] Näitä ovat mm. luontaisoikeuden, historiallisen koulun, Hegelin ja Kelsenin teoriat. Ks. Virkelighed og gyldighed i Retslæren s. 24—73. Vrt. Theorie der Rechtsquellen s. 195—289, jossa sama teema jo esiintyy.

[7] Ks. *Ross,* Towards a Realistic Jurisprudence s. 57—58.

kin katsomustapa on siten dualistinen. Oikeusjärjestys on samanaikaisesti sekä olemassaoleva että sitova järjestys.

Nämä vaikeudet on mm. amerikkalaisen realismin piirissä pyritty välttämään määrittelemällä oikeus soveltamistoiminnan avulla. Oikeus on määritelty joko niiksi säännöiksi, joita tuomarit de facto soveltavat, tai ääritapauksissa samastettu toisiinsa voimassaoleva oikeus ja tuomarin aktuaalinen käyttäytyminen. Dualismia ei kuitenkaan voida tällä tavoin välttää. Samalla tavoin kuin 'valtio', 'kompetentti orgaani' ja 'suvereeni' myös 'tuomioistuin' ja 'tuomari' ovat juridisesti kvalifioituja käsitteitä. ''. . . the judge bears no divine mark on his forehead investing him as judge. The quality of being a judge is itself legally conditioned'', Ross toteaa.[8] Näin ollen oikeutta ei voida tyhjentävästi määritellä tuomarin käyttäytymisen avulla, koska meidän täytyy jo tuntea oikeusjärjestystä tietääksemme, kuka on tuomari.

Objektiivisen oikeuden käsitteeseen kivettynyt dualismi tulee Rossin mukaan näkyviin myös sen johdannaiskäsitteissä, ja näyttäytyy sisäisinä ristiriitoina (antinomioina) po. käsitteitä hyödyntävissä oppirakennelmissa. Ross mainitsee lukuisia esimerkkejä oikeuslähdeoppien ja subjektiivisten oikeuksien luonnetta koskevien teorioiden sisältämistä antinomioista.[9] Niihin ei tässä ole mahdollisuutta syventyä.

Rossin perusajatuksen havainnollistamiseksi otan kuitenkin vielä yhden esimerkin dualistisuusilmiöstä. Se koskee traditionaalista näkemystä oikeuden ja vallan välisestä suhteesta. Tämän näkemyksen mukaan oikeus ja valta eivät ole samoja asioita. Niiden samastaminen merkitsisi ns. vahvemman oikeuden tunnustamista ja siten itse asiassa oikeuden hävittämistä. Toisaalta oikeus ja valta eivät myöskään ole täysin eri asioita. Oikeus, johon ei liity minkäänlaista pakkototeuttamismahdollisuutta, lakkaa olemasta oikeutta termin juridisessa merkityksessä. 'Oikeudellinen valta' on siten tyypillisesti dualistinen käsite. Se on toisaalta kokemusmaailmaan kuuluvaa faktista valtaa ja toisaalta pitämisen maailmaan kuuluvaa pätevää valtaa.[10]

Dualistisuushypoteesia hyödyntäen voidaan oikeusjärjestyksen käsite tämän jälkeen esittää seuraavaan tapaan. Siihen sisältyy kolme osaa, nimittäin (*1*) *todellisuuselementti,* jonka mukaan oikeus on todellinen, olemassaoleva ja tarvittaessa pakolla toteutettava järjestys, (*2*) *sitovuuselementti,* jonka mukaan oikeus on sitova eli pätevä järjestys ja (*3*) ajatus, jonka mukaan mainitut ele-

[8] Towards a Realistic Jurisprudence s. 61—62.

[9] Ks. esim. Virkelighed og Gyldighed i Retslæren s. 76—89, 119—125, 178—181.

[10] Ks. *Ross,* Towards a Realistic Jurisprudence s. 51.

mentit ovat *loogisessa* vuorovaikutuksessa keskenään.[11] Viimeksi mainitulla Ross tarkoittaa nähdäkseni sitä, että oikeudellinen pakko ei ole raakaa pakkoa, vaan pätevää pakkoa ja toisaalta oikeuden sitovuus ei ole pelkkää ideaalista sitovuutta, vaan pakolla tarvittaessa toteutettavaa sitovuutta. Ross näyttää ajattelevan, että tämä analyysi soveltuu kaikkiin oikeusjärjestystä koskeviin vaikutusvaltaisiin teorioihin. Riippumatta siitä, kumpaa elementtiä teoria korostaa, myös toinen elementti tulee aina mukaan.

Rossin näkemys juridiikan peruskäsitteiden dualistisuudesta on nähdäkseni eräänlainen parallelismi Hägerströmin ajatukselle, jonka mukaan po. käsitteiden takana ei ole yhtenäistä ajatusta, vaan ainoastaan kahden erilaisen mentaalisen aktin simultaaninen assosiaatio. Näkemysten rinnakkaisuus tulee sangen selvänä esille jäljempänä tarkasteltaessa, miten Ross työstää havaintoaan.

6.3. Dualismin purkaminen

Skandinaavisen realismin lähtökohtien valossa on selvää, että juridisten käsitteiden dualistisuus tulee poistaa, jotta oikeudellista ajattelua vaivaavat ristiriidat poistuisivat. Ajatus näyttäisi mahdolliselta toteuttaa valitsemalla dualistisen käsitteen kahdesta elementistä toinen ja pysyttäytymällä sen jälkeen johdonmukaisesti tehdyssä valinnassa. Näin meneteltäessä oikeus voidaan ymmärtää joko (*1*) puhtaana tosiasiana, joka ei ole missään yhteydessä sitovuuteen tai (*2*) puhtaana sitovuutena, joka ei ole missään yhteydessä kokemusmaailmaan. Ross kuitenkin hylkää kummankin vaihtoehdon. Hän toteaa arvoituksellisesti, että määrittelyn johdonmukaisuus on oikeustieteessä kääntäen verrannollinen sen symboliseen totuusarvoon. Mitä puhtaammaksi juridinen teoria tässä suhteessa muodostetaan, sitä virheellisempi siitä tulee.[12]

Ross näyttää tarkoittavan yksinkertaisesti sitä, että toisen elementin karsiminen tekee oikeustieteen käsitteistä yksipuolisia ja kykenemättömiä tavoittamaan sitä oikeuden todellisuusperustaa, jota oikeustieteen traditionaalinen käsitteistö — tosin epäonnistuen — on tavoitellut. Jos oikeus määritellään puhtaasti tosiasiaksi, oikeutta koskevat väitteet palautuvat teoreettisiksi väitteiksi siitä, mitä yhteiskunnassa tapahtuu tai tulee tapahtumaan. Tämä johtaa oikeustieteen haaksirikkoon. Oikeustiede sulautuu yhteiskuntatieteisiin. Juridista käyt-

[11] *Ross,* Virkelighed og Gyldighed i Retslæren s. 92.

[12] *Ross,* Virkelighed og Gyldighed i Retslæren s. 18. Ks. myös Towards a Realistic Jurisprudence s. 145.

täytymistä ei tämän jälkeen enää voida erottaa muusta käyttäytymisestä. Erottaminen on mahdollista ainoastaan ottamalla sitovuus takaovesta sisälle ja määrittelemälliä 'oikeus' esimerkiksi amerikkalaisten realistien tapaan jonkin juridisesti kvalifioidun käsitteen avulla.[13]

Jos oikeus puolestaan määritellään puhtaaksi sitovuudeksi, se redusoituu pelkäksi moraaliksi. Tällöin joudutaan tekemään väkivaltaa vakiintuneelle käsitykselle, jonka mukaan normi, joka ei vähäisessäkään määrässä ole yhteiskunnassa tehokas, ei ole oikeusnormi vaan pelkkä postulaatti. Tämän välttämiseksi sitovuudesta lähtevät monistiset teoriat ovat yleensä ottaneet tehokkuuden mukaan konseptioonsa, ja samalla lakanneet olemasta monistisia teorioita. *Kelsenin* puhdas oikeusoppi on tästä hyvä esimerkki.[14]

Tarkastelu näyttää siten johtavan umpikujaan. Oikeudelliset käsitteet ovat sisäisesti ristiriitaisia, koska ne viittaavat samanaikaisesti sekä olemisen että pitämisen maailmaan. Toisaalta kumpaakaan viittausta ei voida poistaa, koska näin tehtäessä käsitteet lakkaavat olemasta oikeudellisia käsitteitä. Tie ulos umpikujasta on Rossin mukaan sitovuuselementin *uudelleentulkinta.* Traditionaalisten teorioiden virhe ei ole siinä, että ne ovat ottaneet sitovuuden mukaan käsitemääritelmäänsä, vaan siinä, että ne ovat tulkinneet sitovuuden metafyysisellä tavalla ymmärtämällä sen olevan käsite, jolla on konnotaatio. 'Sitovuus' ei kuitenkaan ole käsite muutoin kuin ulkoasultaan. Se on pelkkä *rationalisaatio* muiden pitämisen maailmaan viittaavien ''käsitteiden'' tavoin.

'Rationalisaatio' on Rossin varhaiskauden oikeusteorian keskeisiä käsitteitä. Rationalisoinnilla Ross tarkoittaa menettelyä, jossa mentaalinen akti, joka tosiasiassa ei ole käsitys (föreställning, Vorstellung) eikä arvostelma (omdöme, Urteil) kuitenkin ilmaistaan käsityksen tai arvostelman muodossa.[15] Rationalisaatio on rationalisoinnin lopputulos. Rationalisaatiot ilmenevät käsitteinä, joilla ei ole konnotaatiota ja väitelauseina, jotka eivät ilmaise arvostelmaa. Rossin (ja Hägerströmin) mukaan ihmisluontoon kuuluu taipumus rationalisoida mentaalisia elämyksiään. Näin juuri syntyy metafysiikka.

Rationalisaatiot eivät ole sitä, mitä ne teeskentelevät olevansa. Sitä vastoin ne ovat merkkejä jostakin todellisesta samalla tavoin kuin punastuminen tai

[13] Ks. *Ross,* Towards a Realistic Jurisprudence s. 49.

[14] Kuten tunnettua, normin pätevyyden edellytyksenä on Kelsenin mukaan, että se kuuluu normijärjestelmään, joka kokonaisuutena on suurin piirtein tehokas. Ks. esim. General Theory of Law and State s. 42.

[15] Rossin omin sanoin: ''Rationalisieren heisst hier, einen Bewusstseininhalt, der in Wirklichkeit keinen Gegenstandscharakter hat, in dessen äusseren Form d.h. in Vorstellungs- oder Urteilsform sum Ausdruck zu bringen''. Kritik der praktischen Erkenntnis s. 431. Ks. myös *Ofstad,* Alf Ross's begrepsbestemmelse av begrepet 'rettsregel' s. 11—13.

huuto "Aaargh" ovat merkkejä jostakin todellisesta mentaalisesta tilasta. Tuntemalla rationalisoinnin lainalaisuudet voidaan jäljittää sen todellisuusperusta ja päästä tuntemaan se mentaalinen akti, joka on rationalisoitu. Tämä koskee myös sitovuusrationalisaatiota. Jäljittämällä sen todellisuusperusta ja ottamalla se mukaan oikeuden käsitemääritelmään voidaan oikeus palauttaa reaalimaailman ilmiöksi sulauttamatta sitä samalla sosiologiaan.

Ajatus, että metafysiikka koostuu ei-propositionaalisista viesteistä, jotka tulee ottaa vakavasti, oli Upsalan filosofian keskeisiä. Tämä selittää osaltaan koulukunnan edustajien kiinnostusta oikeusajattelun historiaan. Se oli museo, jossa po. viestit olivat vapaasti tarkasteltavina.

Nyt voidaan kysyä, mitä oikeuden näkeminen sitovana järjestyksenä (sitovuusrationalisaatio) meille viestittää. Ross vastaa toteamalla sen olevan oikeusjärjestystä kohtaan tunnetun *epäitsekkään* (pyyteettömän) käyttäytymisasenteen ilmaus.[16] Käyttäytymisasenteella hän tarkoittaa tendenssiä (dispositiota) käyttäytyä tietyn mallin osoittamalla tavalla. Käyttäytymisasenteen pyytettömyys tarkoittaa puolestaan sitä, että asenteen synty ei perustu ihmisten omiin intresseihin vaan syntyy niistä riippumatta.[17]

Rossin oikeusteorian keskeisiin lähtökohtiin kuului näkemys, jonka mukaan kaikki inhimillinen käyttäytyminen ei ole itsekästä, omien tarpeiden tyydyttämiseen tähtäävää.[18] Tämän vuoksi hän ei myöskään pitänyt mahdollisena, että käyttäytymisen ohjailu voisi tapahtua pelkästään sanktioiden avulla ts. uhkausta tai palkkiota stimuluksena käyttäen. Ihmiset ovat fanaattisia ideologeja, jotka sopivan suggestion avulla saadaan tekemään mitä tahansa, myös kuolemaan aatteen puolesta. Ideologisen käyttäytymismotiivin vaikutusta oikeuselämässä edustaa oikeuteen liittyvä sitovuuselementti, joka oikein tulkittuna ei ole todellisuudesta radikaalisti eroava metafyysinen kategoria, vaan redusoituu pyytettömäksi käyttäytymisasenteeksi, lain kunnioitukseksi.

Lain kunnioitusta voidaan luonnehtia sanomalla sen olevan sosiaalisen suggestion synnyttämä asenne käyttäytyä lain mukaisesti. Käyttäytymisdispositio

[16] Rossin ilmaisutavassa on tässä kohden horjuvuutta. Hän käyttää sekaisin introspektiivisen psykologian ja käyttäytymispsykologian käsitteistöä. Ks. esim. Towards a Realistic Jurisprudence s. 77, jossa samalla sivulla tarjotaan esimerkki molemmista. Deonttiset ilmaukset ovat toisaalta "conceptionally rationalised expressions of certain subjective experiences of impulses" ja toisaalta ne ovat "a sign of the aforementioned (= disinterested) real behaviour attitudes". Kuvatessani Rossin teoriaa annan jäljempänä etusijan käyttäytymispsykologian käsitteille.

[17] Ks. tarkemmin *Ross,* Kritik der praktischen Erkenntnis s. 83—90 ja *Ofstad,* e.m.k. s. 14—20.

[18] Kritiikistä, jonka hän tästä lähtökohdasta käsin suuntaa Benthamin utilitaristiseen teoriaan ks. Virkelighed og gyldighed i Retslæren s. 96—98.

ei tällöin perustu siihen, että sen omaksuminen edistää normiadressaatin omia intressejä, vaan siihen, että laki on laki ja lakia tulee noudattaa.

Lain kunnioituksen tavoin myös moraalinen käyttäytymisasenne on Rossin mukaan pyyteetön käyttäymisasenne. Niiden välinen ero on siinä, että moraaliasenteet ovat sisällöllisiä ja individuaalisia, kun taas lain kunnioitus on *formaalinen* ja *institutionaalinen* asenne. Asenteen formaalisuudella Ross tarkoittaa sitä, että asenteen kytkeytyminen tiettyyn käyttäytymismalliin ei riipu käyttäymismallin sisällöstä, vaan siitä, onko käyttäytymismalli kompetentin norminantajan oikealla tavalla vahvistama. Asenteen institutionaalisuudella Ross tarkoittaa puolestaan, että se on oikeusjärjestyksen tuote eikä siis perustu yksilön omakohtaiseen pohdintaan. Institutionaalisuutensa vuoksi se on yhtenäinen, eri kansalaisilla samansisältöinen asenne eikä vaihtele sillä tavoin kuin moraaliset asenteet saattavat vaihdella eri yksilöillä.[19]

Purettuaan tällä tavoin sitovuusrationalisaation Ross on valmis antamaan vastauksen siihen, mistä realiteeteista oikeustieteen tutkimuskohde koostuu. Hän esittää hypoteesin, jonka mukaan traditionaaliseen oikeusjärjestyksen käsitteeseen sisältyvät kolme osaa voidaan uudelleentulkita seuraavaan tapaan: (*1'*) todellisuuselementti vastaa *itsekästä* so. sanktion pelon synnyttämää *käyttäytymisasennetta,* (*2'*) sitovuuselementti vastaa *epäitsekästä käyttäytymisasennetta* ja (*3'*) näkemys näiden elementtien loogisesta vuorovaikutuksesta vastaa mainittujen käyttäytymisasenteiden *kausaalista* vuorovaikutussuhdetta, jossa itsekäs käyttäytymisasenne synnyttää ja vahvistaa epäitsekästä käyttäytymisasennetta ja päin vastoin.[20]

Tämä määritelmä, jossa oikeustieteen tutkimuskohde on ymmärretty tietynlaisiksi käyttäytymisasenteiksi ja niiden välisiksi vuorovaikutussuhteiksi suhtautuu perinteiseen näkemykseen rationaalisen rekonstruktion tavoin. Se pyrkii tekemään oikeutta traditionaaliseen näkemykseen sisältyville intuitioille. Vain rationalisaatiot on purettu.

Käsitemääritelmä ei tällaisenaan ole kovinkaan täsmällinen. Ross ei mm. selvästi yksilöi sitä ryhmää, jonka käyttäytymisasenteista oikeus koostuu. Eräät hänen lausumansa viittaavat siihen, että hän tarkoittaisi kansalaisia yleensä,[21] mutta myös ajatus, että tuomarit muodostaisivat relevantin yhteisön, saa hä-

---

[19] Ks. Virkelighed og Gyldighed i Retslæren s. 98—100 ja Towards a Realistic Jurisprudence s. 86—88.

[20] Ks. Virkelighed og Gyldighed i Retslæren s. 92.

[21] Ks. esim. Virkelighed og Gyldighed i Retslæren s. 94. "I det store Flertal af Tilfaelde vil *Borgerne* adlyde Loven icke af Frygt for Straff..." kurs. tässä.

nen kirjoituksistaan tukea.[22] Asia jätetään tässä ratkaisematta ja käytetään termiä ”relevantti yhteisö” viittaamaan siihen henkilöjoukkoon, jonka asenteissa oikeus elää.

Käsitemääritelmään sisältyy muitakin epätarkkuuksia. Ross ei kerro, edellyttääkö käyttäytymisasenteen kuuluminen oikeuteen sitä, että kaikilla relevantin yhteisön jäsenillä on kyseinen asenne, vai riittääkö jäsenten enemmistön suhtautuminen. Hänen esityksestään ei liion selviä, vaaditaanko, että kaikkien asenne perustuu sekä epäitsekkäisiin että itsekkäisiin motiiveihin, vai sallitaanko se, että joidenkin käyttäytymisvalmius perustuu pelkästään sanktion pelkoon ja joidenkin toisten pelkkään suggestioon. Kohtuulliselta näyttäisi tulkita hänen ajatuksiaan niin, että relevantin yhteisön (määrä)enemmistön suhtautuminen riittää osoittamaan käyttäytymisasenteen kuulumisen oikeusjärjestykseen. Myös jälkimmäiseen kysymykseen täytynee vastata lievemmän vaihtoehdon mukaisesti. Käyttäytymisasenne kuuluu siten oikeusjärjestykseen, jos se perustuu joko lainkuuliaisuuteen tai sanktion pelkoon tai molempiin ja jos kumpikin näistä motiiveista vaikuttaa merkittävässä määrin relevantin yhteisön jäsenten keskuudessa.

Ross perustelee rekonstruktionsa paikkansapitävyyttä esimerkein. Hän pyytää lukijaa kuvittelemaan tilanteen, jossa yliluonnollinen olento tietyllä säännönmukaisuudella rankaisee ihmisiä aiheuttamalla heille kärsimystä. Kun säännönmukaisuus tulee tietoon, ihmisten keskuudessa syntyy intressi välttää sanktionalaista käyttäytymistä. Jos tätä pakkovallankäyttöä nimitetään yhteisön oikeusjärjestykseksi, voidaan sanoa, että oikeusjärjestys koostuu pakonkäyttöakteista ja niiden synnyttämistä itsekkäistä käyttäytymisasenteista. Tätä tilannetta voidaan Rossin mukaan korrektisti kuvata amerikkalaisen realismin tavoin. Tässä tilanteessa voitaisiin sanoa, että oikeus on identtinen olennon sanktiointikäyttäytymisen kanssa ja että oikeussääntö on po. käyttäytymistä koskeva ennuste. Voitaisiin myöskin sanoa, että tietty käyttäytymismalli on oikeusnormi sen johdosta, että olento sitä soveltaa.[23]

Äskeinen on ääriesimerkki tilanteesta, jossa järjestys perustuu pelkästään itsekkäisiin käyttäytymisasenteisiin. Päinvastaisena ääriesimerkkinä voimme kuvitella yhteiskunnan, jossa ei lainkaan tunneta pakkovaltaa ja jossa norminantaja pelkän auktoriteettinsa avulla saa kansalaiset käyttäytymään antamiensa määräysten mukaisesti. Tällaisessa yhteiskunnassa *Kelsenin* normativistinen teo-

[22] Ks. *Ross,* Retskilde og Metodelære i realistisk Belysning s. 290. ”Retten er de Regler, der anvendes og opretholdes i *Domspraksis.*” kurs. tässä.

[23] *Ross,* Towards a Realistic Jurisprudence s. 79. Tämä on itse asiassa sama tilanne, jonka Hägerström esittää tilanteena, jossa tahtoteoria pitäisi paikkansa. Ks. edellä s. 65.

ria olisi paikkansapitävä. Tällaisessa yhteiskunnassa voitaisiin sanoa, että tietty käyttäytymismalli on oikeusnormi, koska se on pätevällä tavalla annettu.[24]

Se maailma, jossa elämme, ei kuitenkaan muistuta kumpaakaan esimerkkitilannetta. Yhteiskunnan vallankäyttäjillä ei ole yliluonnollisia voimia pakottaa kansalaisia haluamaansa käyttäytymiseen eikä kansalaisilla liioin rajatonta luottamusta esivaltaan ja sen auktoriteettiin.

Jotta pakkovallankäyttö olisi mahdollista, vaaditaan että kansalaiset ainakin tietyssä määrin pitävät sitä legitiiminä, pätevänä vallankäyttönä ja mukautuvat siihen epäitsekkäistä motiiveista. Toisaalta vallankäyttö ei Rossin mukaan voi liioin perustua puhtaaseen auktoriteettiin. Ainakaan auktoriteetin hankkiminen ja epäitsekkään käyttäytymisasenteen aikaansaaminen kansalaisissa ei ole mahdollista ilman taustalla olevaa mahdollisuutta tehokkaaseen pakonkäyttöön.

Ross toisin sanoen tarkoittaa, että järjestyksen aikaansaaminen perustuu pakonkäytön ja auktoriteetin vuorovaikutukseen. Yhteiskunnassa, joka voittopuolisesti nojaa pakonkäyttöön, syntyy pian kollektiivisia käyttäytymiskaavoja, koska kansalaiset haluavat välttyä joutumasta pakonkäytön kohteeksi. Vakiintuessaan käyttäytymiskaavat tekevät pakonkäytön harvinaiseksi ja alkavat samalla vaikuttaa suggestiivisesti s.o. synnyttää epäitsekkäitä käyttäytymisasenteita. Näin pakkojärjestys vähitellen legitimoituu, ja päädytään tilanteeseen, jossa useimmat kansalaiset eivät noudata annettuja käyttäytymismalleja pelkästään rangaistuksen pelosta, vaan sen tähden, että laki on laki ja lakia tulee noudattaa. Tällä tavoin itsekäs käyttäytymisasenne vähitellen synnyttää pyyteettömän käyttäytymisasenteen. Se, mikä alunperin oli pelon sanelema käyttäytymistapa muodostuu päteväksi käyttäytymistavaksi.

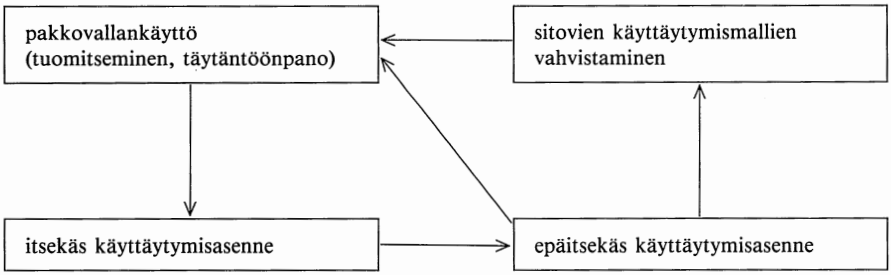
Toisaalta kausaaliyhteys vallitsee Rossin mukaan myös toiseen suuntaan. Voittopuolisesti auktoriteettiin perustuva pakoton yhteiskuntajärjestelmä luo pian suojakseen mahdollisuuden käyttää pakkoa niissä poikkeustilanteissa, joissa pakoton käyttäytymisen säätely epäonnistuu. Pakonkäytön tekee mahdolliseksi vallankäyttäjän nauttima auktoriteetti. Sen ansiosta hänen käskynsä väkivallan käyttöön muodostuvat tehokkaiksi, ja auktoritatiivinen l. pätevä järjestys kehittyy myös pakottavaksi järjestykseksi.

Juuri sanotun perusteella oikeusjärjestys voidaan esittää myös seuraavanlaisena kyberneettisenä systeeminä:[25]

---

[24] *Ross,* Towards a Realistic Jurisprudence s. 81.

[25] Vrt. *Ross,* Virkelighed og Gyldighed i Retslæren s. 100 ja s. 131.



Oikeusjärjestys on tämän mukaan dynaaminen prosessi, jonka takaisinkytkennät tekevät mahdolliseksi sekä käyttäytymisasenteiden muuttamisen että niiden stabiloitumisen. Lainatakseni kirjoittajan omaa tulkintaa teoriastaan oikeusjärjestys on ontologisessa katsannossa ''realiteetti, ilmiö, ei idealiteetti, rationaliteetti, merkitys, lause eikä looginen järjestelmä''.[26] Vastaava vuorovaikutusilmiö on itse asiassa esitelty jo *Hägerströmin* tutkimuksessa.[27] Rossin teoriaa voidaan tältäkin osin pitää hänen ajatustensa kehitelmänä.

Kuviota tarkasteltaessa kiinnittyy huomio kysymykseen, millä tavoin normatiiviset ilmaukset, joita lakiteksteissä, tuomioistuinten päätöksissä ja lainopillisessa kirjallisuudessa runsaasti esiintyy, tulevat hänen konseptioonsa mukaan. Kysymys on tärkeä. Jotta em. käsitemääritelmä voitaisiin ottaa vakavasti rationaalisena rekonstruktiona, normatiivisten ilmausten ja objektiivisen oikeuden väliselle suhteelle on voitava sen valossa antaa luonteva tulkinta.

Ross selviää ongelmasta melko elegantisti ja tavalla, joka lisää hänen kokonaisnäkemyksensä koherenssia. Hän ymmärtää normatiivisten ilmausten ja objektiivisen oikeuden suhteen samalla tavalla, jolla arvoarvostelmien ja niiden taustalla olevan mentaalisen tilan suhde on Upsalan filosofiassa ymmärretty. Normatiiviset ilmaukset ovat hänen mukaansa *oikeudellisen käyttäytymisasenteen rationalisoituja ilmauksia.* Ne ovat ilmauksia, jotka sekä heijastavat että luovat niitä käyttäytymisasenteita, joista oikeus koostuu.[28]

Nykyisin on tapana jyrkästi erottaa toisistaan lakitekstin lauseet ja lainopillisen tutkimuksen tuloslauseet. Ross ei varhaisvaiheessaan näytä tekevän tätä eroa. Molemmat ovat oikeudellisen käyttäytymisasenteen rationalisoituja ilmauksia. Niiden funktioissa näyttää hänen mukaansa kuitenkin olevan aste-

[26] Virkelighed og Gyldighed i Retslæren s. 106.

[27] Hägerströmin asiaa koskevista luonnostelmista ks. Rätten och staten s. 204—205 ja Socialfilosofiska uppsatser s. 46—47.

[28] Ks. *Ross,* Virkelighed og Gyldighed i Retslæren s. 104—105.

ero. Kuten kuviosta voidaan havaita, säädösteksteissä olevat normatiiviset ilmaukset kuuluvat oikeustieteen tutkimuskohteeseen. Ne eivät primääristi ole symptomeja joidenkin käyttäytymisasenteiden olemassaolosta, vaan signaaleja, jotka pyrkivät vastaanottajassa herättämään ilmaisun ”takana” olevan käyttäytymisasenteen. Ilmaisu on tällöin primääri ilmiö ja asenne sekundäärinen.[29]

Lainopin tuloslauseissa ilmaisun ja asenteen suhde on sitä vastoin käänteinen. Lainopin normatiiviset ilmaisut eivät ensisijaisesti pyri synnyttämään käyttäytymisasenteita, vaan ne heijastavat oikeusyhteisössä jo olevia käyttäytymisasenteita. Perehtyessään lakitekstiin ja muihin oikeuslähteisiin lainoppinut muodostaa käyttäytymisasenteen, jonka hän ilmaisee tuloslauseen muodossa.[30] Asenne on tällöin primääri ilmiö ja sen ilmaisu sekundäärinen.

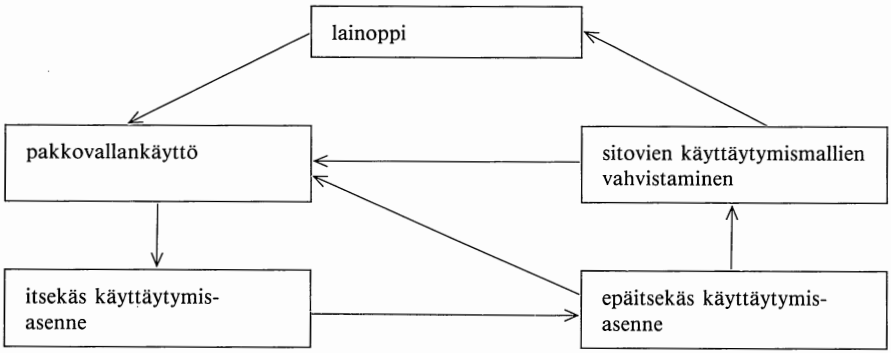
Juuri sanottuun sisältyy sellainen näkemys lainopin tuloslauseitten ja oikeusjärjestyksen välisestä suhteesta, joka ansaitsee tulla nostetuksi esiin. Sen mukaan traditionaalisen lainopin tuloslauseet eivät ole tutkimuskohteeseen nähden metatasolla, vaan ne ovat samantasoisia ilmiöitä kuin tutkimuskohteeseen sisältyvät normatiiviset ilmaukset. Lainopin tulokset ovat itse dogmeja, rationalisaatioille tyypilliseen asuun puettuja ilmauksia, eivätkä ole väitteitä tutkimuskohteeseen kuuluvien dogmien sisällöstä. Ne ovat doktriinia ”in law” eivät ”about law”. Tämä synnyttää kysymyksen, eikö lainopin tuloslauseet tulisi ottaa mukaan oikeustieteen tutkimuskohdetta koskevaan teoriaan. Eikö oikeusjärjestystä kuvaava kyberneettinen kehä tulisi itse asiassa piirtää seuraavasti:

---

[29] Väittämä näyttäisi olevan ristiriidassa Rossin yleisen teorian kanssa. Jos kerran oikeusjärjestys on edellä kuvatun kaltainen kyberneettinen kehä, ei voida sanoa, että jokin siihen kuuluvista ilmiöistä olisi toisiin nähden primäärinen. Kun Ross syyttää amerikkalaista realismia ja Kelseniä yksipuolisuudesta, syytös perustuu juuri tähän seikkaan. Syyllistyykö Ross nyt itse samaan virheeseen? — Näin ei voitane sanoa. Lähemmässä tarkastelussa osoittautuu, että Ross näkee ilmaisun primäärisyyden hyvin suhteellisena. Hän katsoo, että ilmaisu ei voisi toteuttaa signaalifunktiotaan, jolleivät yhteisön jäsenet olisi ikäänkuin etukäteen valmistettuja hyväksymään ilmaistun käyttäytymisasenteen. Tällaiseen ennakkoasenteeseen, valmiuteen hyväksyä ne käyttäytymismallit, jotka on vahvistettu päteväksi tunnetulla tavalla, perustuu lainsäädännön kyky luoda uutta oikeutta. Ks. alav. 28. Tässä mielessä siis asenne on ilmaisuun verrattuna primäärinen ilmiö. — Rossin teoria on tältä osin yhtenevä Olivecronan edellä selostetun teorian kanssa.

[30] Rossin mukaan oikeuslähteet eivät ole oikeudellisen tiedon lähteitä, vaan motivaatiotekijöitä, joista niihin perehtyvä voi hankkia itselleen oikeudellisen käyttäytymisasenteen. Ks. Towards a Realistic Jurisprudence s. 144—146 ja Lærebog i Folkeret s. 95—96.

Kuvio 2.



Siihen kysymykseen, katsooko Ross kuvion pitävän paikkansa vallitsevan tilanteen kuvauksena, ei hänen kirjoituksistaan voitane löytää suoraa vastausta. Omasta puolestani näkisin, että näin hänen ajatuksensa tulisi ymmärtää. Sitä vastoin selvää on, että Ross piti epätyydyttävänä näkemystä, jonka mukaan oikeustiede on samalla osa tutkimuskohdettaan, eikä hyväksynyt sitä mukaan tutkimuskohteen rekonstruktioon. Oikeustiede (lainoppi) ei hänen mukaansa voi olla itse oikeutta, vaan sen on oltava tietoa oikeudesta.[31] Samalla tavoin kuin arvoarvostelmia tuloksinaan esittävä tiede on pelkkää praktista metafysiikkaa, myös juridisia dogmeja esittävä tiede on sitä. Lainopin ja sen kohteen välinen suhde on näin ollen konstruoitava siten, että se siirtyy kohteeseensa nähden metatasolle.

6.4. Tutkimuskohteen rekonstruktio ja lainopin metodi

Edellä sanotun perusteella vaikuttaisi siltä, että tutkimuskohteen rekonstruktiosta olisi seurauksena lainopin metodin radikaali muuttuminen. Jos oikeusjärjestys on olemisen maailmaan kuuluva sosiaalipsykologinen ilmiö, sitä koskeva tieto voidaan hankkia empiirisesti, havainnoimalla oikeusyhteisön jäsenten käyttäytymisasenteita. Näinhän olevaista koskeva tieto Upsalan koulun mukaan yleensäkin hankitaan. Traditionaalinen, dogmaattinen lainoppi, joka tutkii oikeuslähteitten merkitystä ja niistä johdettavien normipropositioiden keskinäisiä suhteita, ei tuota oikeusjärjestystä koskevaa tietoa.

Äskeinen päätelmä näyttää vastaavan myös *Rossin* kantaa. Moderni oikeus-

[31] *Ross,* Towards a Realistic Jurisprudence s. 104.

tiede, joka ymmärtää, että perinteisen oikeustieteen tuloslauseet (normiväittämät) ovat rationalisaatioita, ei hänen mukaansa voi enää olla dogmatiikkaa. Moderni oikeustiede — Ross korostaa — on sosiaaliteoriaa, viimekädessä tiedettä ihmisestä sosiaalisessa vuorovaikutusjärjestelmässä.[32] Tapa, jolla Ross näki työnsä käänteentekevän merkityksen, käy hyvin ilmi seuraavasta visiosta. Hän kirjoittaa: ''Vakaumukseni on, että jos esittämäni oikeusteoreettiset näkemykset lyövät itsensä lävitse, ne tulevat väistämättä ilman mitään ulkoista kumousta vaikuttamaan uutena juridisena perusnäkemyksenä, joka jonakin päivänä leimaa oikeustiedettä sen erityisimpiin haaroihin asti''.[33]

Onko dogmaattinen lainoppi siis ollut kulttuurin umpikuja? Tulisiko sen objektivaatiot — jollei hävittää — ainakin poistaa kirjastoista ja siirtää metafysiikalle perustettavaan museoon, joka rikosmuseoiden tai museoitujen keskitysleirien tavoin muistuttaisi kävijöitään ihmiskunnan pimeästä puolesta? Rossin johtopäätös ei ole lainkaan tämänsuuntainen. Oikeusdogmatiikan tulokset ovat tosin rationalisaatioita. Ne reprodusoivat oikeudellista ideologiaa eivätkä tarjoa tietoa, kuten tieteen tulisi. Mutta ne voidaan Rossin mukaan yksinkertaisella operaatiolla *muuntaa* muotoon, jossa ne välittävät tietoa kohteestaan.

Muuntamisprosessi on seuraava: Olettakaamme, että dogmaattinen lainoppi on päätynyt tulokseen *D*: ''A:lla on tilanteessa F oikeus toimia tavalla v.'' Tulos on Rossin mukaan pelkkä totuusarvoa vailla oleva rationalisaatio. Se välittää kuitenkin tietoa, jos se sijoitetaan laajempaan kontekstiin ja ilmaistaan seuraavasti: *''Dogmi 'D' esiintyy elementtinä siinä vuorovaikutusilmiössä, josta oikeusjärjestys koostuu''*.[34] Näin tulkittuina lainopin lauseet välittävät tietoa oikeusjärjestykseen kuuluvista rationalisaatioista ja samalla epäsuorasti niistä käyttäytymisasenteista, jotka ovat rationalisaatioiden taustalla. Tämän Ross eräässä kohden toteaakin lainopin nimenomaiseksi tehtäväksi.[35]

Tämä synnyttää kysymyksen, voiko oikeusdogmatiikan käyttämä menetelmä, oikeuslähteiden tutkiminen, olla oikea metodi juridisten käyttäytymisasenteiden etsimisessä. Eikö niitä pitäisi tutkia suoraan käyttäytymistieteellisen tutkimuksen keinoin? Vastaamalla tähän myöntävästi Ross tulisi samalla myöntäneeksi, että oikeustiede redusoituu yhteiskuntatieteisiin. Oikeustieteelle ei jäisi sitä elintilaa, jota hän oli sille osoittamassa. Oli siis löydettävä jokin tapa, jolla kysymykseen voidaan perustella kieltävä vastaus.

[32] *Ross,* Towards a Realistic Jurisprudence s. 107.

[33] *Ross,* Virkelighed og Gyldighed i Retslæren s. 108.

[34] *Ross,* Virkelighed og Gyldighed i Retslæren s. 107 ja Towards a Realistic Jurisprudence s. 104.

[35] *Ross,* Towards a Realistic Jurisprudence s. 107.

Ross vastaa toteamalla, että oikeustiede ei tutki käyttäytymisasenteita yleensä, vaan se tutkii nimenomaan *oikeudellisia* käyttäytymisasenteita. Oikeudelliset käyttäytymisasenteet ovat sellaisia asenteita, joiden mukaisesti tehty ratkaisu koetaan oikeusyhteisössä päteväksi. Nämä käyttäytymisasenteet ”elävät” hänen mukaansa nimenomaan oikeuslähdeopeissa. Oikeuslähteet ovat juuri niitä ratkaisun motivaatiotekijöitä, joiden ansiosta ratkaisu tunnustetaan juridisesti päteväksi.[36] Tästä syystä ei varsinainen asennetutkimus ole tarpeen, vaan oikeuslähteiden tarkastelu on riittävää.

Lainoppi oikeuslähteiden varaan perustuvana tutkimuksena tulee tällä tavoin pelastetuksi. Tutkimusmetodia ei tarvitse ainakaan perusteiltaan muuttaa. Vain tulosten tulkinta muuttuu. Niitä ei enää ymmärretä tulkintaväitteiksi, vaan oikeudellisten asenteiden olemassaoloa koskeviksi väitteiksi. Havaitaan, että Rossin ja Olivecronan kannat eroavat tässä kohden toisistaan.

Voidaanko rekonstruktio tosiaan toteuttaa kajoamatta lainoppiin tämän enempää? Vastaus on nähdäkseni kieltävä. Lainoppi on tullut Rossin mallissa pelastetuksi teorian johdonmukaisuuden kustannuksella. Ei voitane yksiselitteisesti sanoa, ymmärsikö Ross oikeuslähteiden ja oikeudellisten käyttäytymisasenteiden välisen, yllä todetun suhteen käsitteellisenä vaiko empiirisenä totuutena. Näyttää kuitenkin siltä, että kumpikin tulkinta johtaa vaikeuksiin.

Mikäli *per definitionem* on niin, että oikeudelliset käyttäytymisasenteet ovat koottuina oikeuslähteisiin, lainoppi voi entiseen tapaan pysyä dogmatiikkana, joka johtaa ongelmiinsa vastaukset oikeuslähteistä lähteiden käyttösääntöjä soveltaen. Oikeustiede ei Rossin mukaan kuitenkaan saa olla dogmatiikkaa, vaan sen tulee olla sosiaaliteoriaa. Mikäli oikeuslähteiden ja juridisten käyttäytymisasenteiden välisen suhteen katsotaan puolestaan kuvastavan *empiristä* säännönmukaisuutta, ratkaisun kaivaminen oikeuslähteistä ei riitä osoittamaan, että tulos kuvaa adekvaatisti oikeudellista käyttäytymisasennetta. Tuloksen paikkansapitävyys on tämän jälkeen erikseen vahvennettava käyttäyty-

[36] *Ross,* Towards a Realistic Jurisprudence s. 146: ”Reinterpreted in a realistic direction this means that not every actuating factor is a source of law, but only such as owing to their collective and universal nature also give the decision the stamp of legal validity.” — Tässä kohden Ross selvästi eroaa radikaaleista amerikkalaisista realisteista, joiden mukaan ”oikeuslähteiden” joukkoon oli hyväksyttävä myös tuomarien henkilökohtaiset asenteet, antipatiat, sympatiat, ennakkoluulot ja intressit, koska vasta niiden valossa ratkaisun ennustaminen on mahdollista. Ross myöntää perustelun oikeaksi, mutta kiistää johtopäätöksen. Perustelusta seuraa hänen mukaansa ainoastaan, että voimassaolevan oikeuden tuntemus ei riitä yksittäisen ratkaisun lopputuloksen ennustamiseen. Tästä käy selkeästi ilmi, että oikeus ei Rossin mukaan ollut ”the prophecies of what the courts will do in fact and nothing more pretentious”. Tämän Oliver Wendell Holmes Jr:n siivekkään lausuman on joskus katsottu heijastavan koko amerikkalaisen realismin asennoitumista.

mistieteellisin keinoin tai ainakin on sopivin väliajoin empiirisesti kontrolloitava, että aktuaalinen oikeuslähdeideologia todella heijastaa oikeudellisia käyttäytymisasenteita. Tämä kuitenkin merkitsisi oikeustieteen redusoitumista yhteiskuntatieteisiin, ja siten paluuta ajatukseen, jota Ross vastusti.

Teorian toinen ongelma koskee muutoksen mahdollisuutta lainopissa. Jos oikeudelliset käyttäytymisasenteet elävät oikeuslähdeideologiassa, paras keino niiden esille saamiseen on vallitsevan oikeuslähdeideologian jäykän dogmaattinen soveltaminen. Kaikenlainen luovuus ja avantgardismi oikeuslähteiden käytössä johtaa tulosten vääristymiseen. Miten tämän valossa voidaan ymmärtää Rossin näkemys rekonstruktionsa käänteentekevästä merkityksestä lainopin muuttajana?[37]

Ristiriita voidaan välttää, jos katsotaan että Ross on tarkoittanut esittää vain hypoteettisen ennusteen: mikäli tutkimuskohteen rekonstruktio tulee oikeusyhteisössä joskus yleisesti hyväksytyksi, oikeuslähdeperiaatteet tulevat muuttumaan viitoitettuun suuntaan. Kunnes näin tapahtuu, lainopin on pitäydyttävä entisissä oikeuslähdeperiaatteissa, joihin kuuluu mm. päättely juridisista käsitteistä ja niihin sidoksissa olevista yleisistä periaatteista. Ross ei kuitenkaan menettele siten kuin tämä tulkinta edellyttäisi. Tosin hänen oikeuslähdeopilliset näkemyksensä eivät ole ääriasenteita, vaan edustavat *Ørstedtistä* lähtevän tanskalaisen perinteen jatkamista. Mutta ohjatessaan juridiikkaa konstruktivismin kauden jälkeen takaisin ørstedtiläisille linjoille Ross oli vonkamiesten eturintamassa. Dogmaattisesta suhtautumisesta oikeuslähdeperiaatteisiin ei näy jälkeäkään.[38] Vaikuttaa näin ollen siltä, että edes Rossin oma tapa tehdä lainopillista tutkimusta ei tule ymmärretyksi hänen teoriansa valossa, mikäli teorian tulkitaan muodostavan johdonmukaisen kokonaisuuden.

Kuvatut sisäiset jännitteet tekevät mahdottomaksi sanoa, missä määrin hänen metodiset näkemyksensä ovat hänen teoriansa seurauksia. Ristiriidasta, kuten tunnettua, voidaan johtaa mitä tahansa. Jotta saataisiin täydennetyksi kuvaa siitä mallista, jonka skandinaavinen realismi tarjosi lainopille, on hänen näkemyksiään tässä yhteydessä kuitenkin syytä lyhyesti selostaa.

Edellä sanotun perusteella lainopin metodina on oikeudellisia käyttäytymisasenteita heijastavan oikeuslähdeideologian soveltaminen oikeudellisiin ongelmiin. Oikeuslähdeideologiaa puolestaan tutkii oikeuslähdeoppi. Se on deskriptiivista tiedettä oikeudellisen ratkaisun motivaatioprosessista ja niistä tekijöistä, jotka ratkaisua tehtäessä vaikuttavat sillä tavoin motivoivasti tuoma-

[37] Tästä näkemyksestä ks. av. 33:n kohdalla esitettyä.

[38] Ks. Rossin argumentointia teoksessa "Ejendomsret og ejendomsovergang" esim. s. 39—50.

riin, että ratkaisu tunnustetaan oikeusyhteisössä päteväksi.[39] Ross korostaa, että oikeuslähdeoppi ei ole normatiivista oppia velvoittavista ja sallituista oikeuslähteistä.

Lainopin näkökulmasta asiaa tarkasteltaessa oikeuslähdeoppi osoittautuu kuitenkin normatiiviseksi samassa mielessä kuin tieteen metodi yleensäkin on normatiivinen ilmiö: lainoppineen *tulee* noudattaa oikeuslähdeideologiaa, mikäli hän tahtoo päätyä paikkansapitäviin tuloksiin. Sama koskee oikeuslähdeoppia. Lainoppineen tulee noudattaa oikeuslähdeopissa esitettyjä periaatteita edellyttäen luonnollisesti, että ne pitävät paikkansa oikeuslähdeideologian kuvauksena.

Juuri todetusta näyttäisi seuraavan, että oikeuslähdeopin kehittäminen ja vallitsevien oppien kriittinen tarkastelu faktisen oikeuslähdeideologian valossa olisi teoreettisen oikeustieteen tärkeimpiä tehtäviä. Ross ei kuitenkaan ota tehtävää suorittaakseen, vaan tyytyy muutamiin yleisluontoisiin huomautuksiin.[40] Niiden mukaan konstruktiivisen juridiikan tutkimusohjelma ei ole vietävissä lävitse. Konstruktioista päättelyn asemesta hän korostaa ”asian luonnon” merkitystä sekä itsenäisenä motivaatiotekijänä että säädännäislähteiden tulkinnassa.[41] ”Asian luonto” on tällöin yhteisnimitys vapaille ja osin artikuloimattomille näkökohdille, jotka kuitenkin ovat sillä tavoin sidoksissa yhteiseen ideologiaan ja kulttuuritaustaan, että niiden vaikutuksesta syntyneet ratkaisut tunnustetaan yhteisössä päteviksi. Tähän liittyen hän korostaa säädännäislähteiden teleologisen tulkinnan merkitystä. Kielellisen ilmaisun tulkinta ei hänen mukaansa edes voi olla looginen prosessi, vaan se on psykologinen motivaatioprosessi, jonka tulokseen erilaiset intressit vaikuttavat.[42]

---

[39] *Ross,* Towards a Realistic Jurisprudence s. 146 vrt. Retskilde og Metodelære i realistisk Belysning s. 262.

[40] Menettelyään Ross näyttää puolustavan vetoamalla siihen, että edes likimain täsmällisten oikeuslähdeperiaatteiden esittäminen ei tosiasiassa ole mahdollista oikeusideologian epämääräisyyden ja väljyyden johdosta. Ks. Virkelighed og Gyldighed i Retslæren s. 146—147. Argumentti on kuitenkin ristiriidassa hänen perusnäkemyksensä kanssa. Mikäli argumentti pitää paikkansa, on mahdotonta, että lainoppineet voisivat oikeuslähteiden kautta päästä perille oikeudellisten käyttäytymisasenteiden sisällöstä. — Osaselitys Rossin ajatusten keskeneräisyydelle lienee siinä, että hän tietoisesti lykkäsi metodiongelmien käsittelyn tuonnemmaksi. Hänen alkuperäisenä tarkoituksenaan oli kirjoittaa neliosainen teos oikeustieteen perusteista. Suunnitelmasta toteutui vain kaksi osaa, teokset ”Kritik der praktischen Erkenntnis” ja ”Virkelighed og Gyldighed i Retslæren”. Oikeustieteen tehtäviä ja metodia oli tarkoitus käsitellä vasta neljännessä osassa. Po. suunnitelmasta ks. Kritik der Praktischen Erkenntnis s. 12.

[41] Ks. *Ross,* Virkelighed og Gyldighed i Retslæren s. 148—167.

[42] *Ross,* Virkelighed og Gyldighed i Retslæren s. 161 ja Towards a Realistic Jurisprudence s. 150.

Jotta Rossin voitaisiin katsoa olevan johdonmukainen lähtökohdilleen, edellä esitetty on tulkittava vallitsevan oikeuslähdeideologian tuntemukseen perustuvaksi oikeuslähdeoppien kritiikiksi. Tosiasiassa se ilmentää kuitenkin oikeuslähdeideologian muuttamisvaatimuksia, jotka osittain kumpuavat hänen esittämänsä, oikeustieteen tutkimuskohdetta koskevan teorian eri fragmenteista. Riippumatta siitä, kummalla tavoin Rossin ajatukset on ymmärrettävä, ne muuntuvat lainopin tasolta tarkasteltaessa metodinormeiksi. Kirjoittajan sanoma kääntyy muotoon: konstruktiivisen juridiikan metodista on (osittain) luovuttava ja annettava suurempi merkitys asian luonnolle sekä teleologiselle tulkinnalle. Näin ymmärrettyinä Rossin ajatukset ovat yhdensuuntaisia sen kanssa, mitä Lundstedt ja Ekelöf ovat lainopin metodista esittäneet.

6.5. Oikeustieteen tutkimuskohde — ongelman semanttinen tarkastelu

6.5.1. Tultaessa 1950-luvulle Alf Rossin tapa tehdä oikeusteoriaa koki muutoksen. Peruskysymys 'Mistä elementeistä oikeus reaalisena ilmiönä koostuu?' vaihtui ongelmaksi 'Mikä on oikeustieteen lauseitten reaalisisältö?'. Muutos oli seurausta siitä, että looginen empirismi syrjäytti Upsalan koulun oikeusteorian taustafilosofian paikalta.

Loogisen empirismin mukaan tieteenfilosofian kohteena oli tieteen kieli. Kiinnostuksen suuntautuminen kieleen juontui siitä, että tieteen lauseitten oli loogisen empirismin mukaan täytettävä määrätyt perusvaatimukset, jotta ne voisivat ylipäätään toteuttaa tehtäväänsä, tiedon välittämistä. Yksi näistä oli ns. mielekkyysteesi: lause on kognitiivisesti mielekäs, jos ja vain jos se voidaan todentaa havainnon avulla. Jollei voida sanoa, millaiset havainnot voisivat osoittaa lauseen todeksi tai epätodeksi, lause on kognitiivisesti mieletön, eikä sen paikka ole tieteen (tulos)lauseitten joukossa. Lauseen merkitys on sen verifikaatiometodi.[43]

Mielekkyysteesi tarjoaa tieteenteoreetikolle keinon, jonka avulla hän voi testata kohdetieteensä tieteellisyyttä. Myös oikeusteoreetikko saa aihetta tärkeisiin kysymyksiin:

[43] Ks. tästä esim. *von Wright,* Looginen empirismi s. 60 ss. ja *Sintonen,* Positivismi s. 12—13. Rossin näkemyksestä ks. esim. Om ret og retfærdighed s. 52. "Skal retsvidenskabens sætninger forstås som erfaringsvidenskabelige påstande om en social virkelighed — og altså ikke som metafysiske postulater om en gyldighed hinsides erfaringen — må der om dem gælde det samme som om alle virkelighedsudsagn, nemlig at deres logiske meningsindhold er identisk med de umiddelbare erfaringer, gennem hvilke det efterprøves om udsagnet er sandt eller ej."

(*a*) Mikä on oikeustieteen lauseitten kognitiivinen merkitys?
(*b*) Mikä on oikeustieteen *tieteellisten* lauseitten kognitiivinen merkitys?
(*c*) Miten oikeustiedettä tulisi harjoittaa, jotta sen lauseilla olisi kognitiivinen merkitys?

Kysymys (*a*) on puhtaasti eksplikatiivinen ja (*c*) vastaavasti normatiivinen, kun taas (*b*) sijoittuu niiden välimaastoon. Yksiselitteistä vastausta siihen, mitä kysymystä *Alf Ross* piti silmällä, ei voida antaa. Vain puhtaasti normatiivinen vaihtoehto (*c*) sulkeutu epäilyksittä pois. Asiaa koskevat nimenomaiset lausumat horjuvat vaihtoehtojen (*a*) ja (*b*) välillä.[44]

Kohtuullisimmalta vaikuttaa kuitenkin tulkinta, jonka mukaan Ross pyrki vastaamaan kysymykseen (*b*). Hän oletti, että oikeustieteen tuloslauseitten joukossa esiintyy relevantissa määrin lauseita, jotka täyttävät mielekkyysteesin vaatimukset. Näiden lauseiden, tarkemmin sanoen *lainopin* tieteellisten lauseiden merkityssisällön selvittämisen Ross asetti tavoitteekseen.[45] Ongelmaksi muodostui tällöin, mikä on se havaintokokemus, jonka avulla puheena olevat lauseet voidaan todentaa tai osoittaa vääriksi.

Juuri sanottu näyttäisi viittaavan siihen, että Rossin uudempaa ajattelua seurattaessa joudutaan pois aiheesta, oikeustieteen tutkimuskohteen spesifioimisesta, mitä tässä jaksossa on määrä käsitellä. Ajateltakoon esimerkiksi lainopin tuloslausetta D: ''Hyväksymällä vekselin maksava sitoutuu lunastamaan sen erääntymispäivänä''. Tutkimuksella, joka tarkastelee tämänlaatuisten tu-

---

[44] Ks. Om ret og retfærdighed s. 59: ''Den foretagne analyse af begrebet gældende dansk rett har taget sigte på at tyde realindholdet af sætninger der efter deres mening og intention har karakter af videnskabelige påstande om, att en vis regel er gældende dansk ret.

Et andet spørgsmål er, om den juridiske doktrin således som den faktisk foreligger i gængse fremstillinger og behandlinger af dansk ret efter sin egen mening og intention går ud på at fremstille og begrunde påstande af denne art. Det er spørgsmålet om, hvorvidt doktrinen er og vil være videnskab om gældende ret i den i det foregående definerede forstand.''

Vrt. sama s. 64: ''Der kan mod den givne tolkning af begrebet gældende (dansk) ret tænkes fremført den indvending, at den gør teorien til slave af praksis og udelukker muligheden for at kritisere en retsafgørelse som urigtig. Dette er i modstrid med gængs skik og opfattelse og må derfor være et tegn på, at tolkningen ikke er en adækvat tydning af det begreb om gældende ret jurister faktiskt opererer med. Indvendingen beror på en misforståelse.''

Puheena olevasta tulkintaongelmasta ks. myös *Aubert,* Begrepet ''Gjeldende ret'' s. 378 ss. ja *Zahle,* Kritik af en retsteori s. 342—344.

[45] Ross nimenomaisesti rajaa tarkastelunsa ulkopuolelle oikeussosiologian (termin laajassa mielessä) ja kohdistaa tutkimuksensa vain oikeusdogmatiikkaan. Ks. Om ret og retfærdighed s. 36.

loslauseitten merkityssisältöä, ei vaikuttaisi olevan juurikaan yhteyksiä oikeustieteen tutkimuskohteen problematiikkaan.

Rossin oikeusteorian mukaan vaikutelma on kuitenkin pettävä. Lause D ei hänen mukaansa ilmaise lainopin tuloslausetta kokonaisuudessaan, vaan jokaiseen tuloslauseeseen sisältyy julkilausumaton osa. Vasta, kun se kirjoitetaan näkyviin, paljastuu lainopin tuloslauseitten looginen syntaksi. Ne ovat muotoa: *''(D) on voimassaolevaa oikeutta''*.[46]

Oikeusteorian ongelma voidaan tämän jälkeen formuloida uudelleen. Se saa muodon: 'Mikä on lauseen ''(D) on voimassaolevaa oikeutta'' kognitiivinen merkitys?' tai 'Mikä on se havaintokokemus, joka tekee lauseen ''(D) on voimassaolevaa oikeutta'' paikkansapitäväksi?'. Näin olemme takaisin oikeustieteen tutkimuskohteen, voimassaolevan oikeuden problematiikassa. Ero entiseen on ainoastaan siinä, että ontologinen ''mitä on -kysymys'' on saanut semanttisen tulkinnan. Vastaavanlainen filosofisten ongelmien reformulointi oli yleinen ilmiö tuon ajan analyyttisessä filosofiassa.[47]

6.5.2. Antaessaan vastausta puheena olevaan ongelmaan Ross esittää kaksi teoriaa. Toista voidaan nimittää normin voimassaolon yleiseksi teoriaksi. Sen mukaan normi on voimassa, kun sitä voidaan menestyksellä käyttää (eräiden) yhteisöllisten ilmiöiden tulkintaskeemana. Toinen puolestaan on oikeusnormin voimassaoloa koskeva teoria. Se on yleisen teorian erikoistapaus. Oikeusnormi on sen mukaan voimassa, kun sitä voidaan menestyksellä käyttää oikeudellisten ilmiöiden tulkintaskeemana. Väitteen '(D) on voimassaolevaa oikeutta' kontrollointi edellyttää siten niiden spesifisten tunnusmerkkien esittämistä, joiden avulla oikeudelliset ilmiöt voidaan erottaa muista normatiivisista ilmiöistä.

Tarkastelen ensiksi Rossin yleistä teoriaa. Ross valaisee sen sisältöä käyttämällä esimerkkinä shakkipeliä, jota hän pitää yksinkertaisena yhteiskunnal-

[46] D tarkoittaa po. lauseessa *direktiivejä* so. ilmaisuja, joilta puuttuu kognitiivinen (teoreettinen, representatiivinen) merkitys, mutta joilla on vaikuttamistarkoitus. Verrattaessa lainopin tuloslauseita koskevaa kuvattua teoriaa Rossin aiempaan teoriaan havaitaan selvä ero. Varhaisemman teorian mukaanhan oikeustieteen tuloslauseet ovat muotoa ''D''. Ne ovat itse direktiivejä eivätkä väitteitä direktiiveistä, kuten pitäisi. Sellaisina ne eivät ole oikeudellista tietoa välittäviä lauseita, mutta tarjoavat kylläkin materiaalia, joiden avulla tietoa välittävien arvostelmien muotoilu on mahdollista. — Teoriat voitaisiin sovittaa yhteen tulkitsemalla, että varhempi teoria vastasi kysymykseen (*a*) ja uudempi puolestaan kysymykseen (*b*). Uskottavampaa on kuitenkin, että Rossin käsityksissä tapahtui muutos. Lainopin tuloslauseitten direktiivinomaisuus paljastui analyyttisessä tarkastelussa ainoastaan pintarakenteeksi. Tulos, jonka mukaan tieteen lauseitten ilmiasu ei vastaa niiden loogista rakennetta, oli jokseenkin tavallinen analyyttisessä filosofiassa.

[47] Ks. siitä *Pap,* Elements of Analytic Philosophy s. 304—306.

lisen ilmiön mallina. Kysymykseen, mitä shakkisäännöt ovat ja mitä niiden voimassaolo merkitsee, voidaan hänen mukaansa saada alustava vastaus suorittamalla ajatuskoe, jossa kuvittelemme kahden henkilön seuraavan shakkipeliä. Toinen heistä on puhtaasti ulkopuolinen tarkkailija, jolla ei ole mitään ennakkokäsitystä näkemänsä tapahtumasarjan luonteesta, kun taas toinen sekä tunnistaa pelin että tuntee sen säännöt ja strategian. Jos asettaudumme ensiksimainitun asemaan, oivallamme, että häneltä puuttuu täydellisesti mahdollisuus ymmärtää pelin siirtoja ja niiden välisiä yhteyksiä. Hän havaitsee ainoastaan pelaajien[48] suorittamia liikkeitä kykenemättä erottamaan toisistaan pelin kannalta relevantteja ja irrelevantteja tapahtumia.[49]

Tilanne muuttuu täysin, jos tarkkailija osaa tulkita pelitapahtumia shakkisääntöjen ja -strategian muodostamaa taustaa vasten. Pelinappuloiden liikuttaminen ei ole hänelle pelkkää esineiden uudelleensijoittelua, vaan hän osaa tulkita ne pelin siirroiksi. Hän näkee pelin mielekkäänä kokonaisuutena, ymmärtää eri siirtojen välisiä yhteyksiä ja kykenee ainakin rajoitetusti ennustamaan seuraavia siirtoja. Shakkisääntöjen merkitys tarkkailijan kannalta on toisin sanoen siinä, että niiden avulla, niitä tulkintaskeemana käyttäen voidaan ilmiöt, jotka muutoin näyttäisivät irrallisten tekojen kaaokselta, ymmärtää mielekkäänä eri tekojen välisenä merkitys- ja motivaatioyhteytenä.[50] Ross korostaa sitä, että kysymyksessä ei ole kausaaliyhteys. Pelin siirrot eivät ole kausaaliyhteydessä toisiinsa. Kysymyksessä on shakkisääntöjen ja -strategian luoma yhteys, merkitysyhteys.

Teorian kehittelyä voidaan tämän jälkeen jatkaa kysymällä, millä edellytyksillä shakkidirektiivi D ''toimii'' shakki-ilmiöiden tulkintaskeemana. Vastaus avautuu itsestään: direktiivi (D) ''toimii'' ainoastaan sikäli kuin pelaajat sitä noudattavat. Tämä synnyttää kuitenkin aiheen jatkokysymykseen. Mitä merkitsee direktiivin noudattaminen.

Rossin mukaan direktiivin noudattaminen ei merkitse pelkästään sitä, että pelaajien käyttäytymisessä voidaan havaita joitakin säännönmukaisuuksia. Jotta säännönmukaisuuksien voitaisin sanoa olevan direktiivien noudattamista, niiden on oltava po. direktiivien aiheuttamia. Teoria tarvitsee siten lisäkritee-

[48] Tarkkaan ottaen hän ei ymmärrä sitäkään, että kysymys on pelaajista.

[49] Ilman edeltävää sääntötietoa eivät pelitapahtumat ja pelaajien henkilökohtaiset tottumukset, kuten hiusten harominen siirtoa harkittaessa, erotu relevanssinsa puolesta toisistaan.

[50] Ks. *Ross,* Om ret og retfærdighed s. 22—24 ja *sama,* Retsfilosofiens problem s. 713—715. — Kuten Stuer Lauridsen toteaa, Rossin teoria oikeusnormeista oikeusilmiöiden tulkintaskeemana on peräisin Kelseniltä, ja kuuluu hänen puhtaan oikeusoppinsa keskeisiin lähtökohtiin. Ks. *Stuer Lauridsen,* Kelsen og Ross s. 687—688.

rin, jonka perusteella direktiivin aiheuttamat säännönmukaisuudet voidaan erottaa pelin strategian[51] tai pelkän tottumuksen[52] aiheuttamista. Tarvittava lisäkriteeri löytyy Rossin mukaan mentaaliselta tasolta. Direktiivin noudattamisesta on kysymys silloin, kun havaittu säännönmukaisuus pelaajien käyttäytymisessä johtuu siitä, että he kokevat po. käyttäytymistavan sosiaalisesti sitovaksi.

Fraasi ''kokevat . . . sosiaalisesti sitovaksi'' viittaa nähdäkseni samaan mentaaliseen tilaan kuin ''pyyteetön'' (epäitsekäs) käyttäytymisasenne'' Rossin varhaisemmassa tuotannossa. Vain näin ymmärrettynä Rossin teoria kykenee erottamaan voimassaolevan direktiivin ja pelin strategian noudattamisen aiheuttamat säännönmukaisuudet toisistaan. Strategian noudattaminen perustuu näet itsekkääseen käyttäytymisasenteeseen, pyrkimykseen voittaa peli.

Näiden täsmennösten jälkeen voidaan Rossin yleinen teoria normin voimassaolosta esittää kahdella eri tavalla seuraavasti:

T1: (D) on voimassaoleva normi yhteisössä Y, jos ja vain jos Y:n ilmiöt f1—fn, jotka eivät ole kausaaliyhteydessä toisiinsa, tulevat ymmärretyksi mielekkäänä kokonaisuutena (merkitys- ja motivaatioyhteytenä), kun niitä tulkitaan käyttäen (D):tä tulkintaskeemana.

T2: (D) on voimassaoleva normi yhteisössä Y, jos ja vain jos Y:n tietyt jäsenet tehokkaasti noudattavat D:ssä annettua käyttäytymismallia ja jos noudattaminen perustuu siihen, että (D) koetaan sosiaalisesti sitovaksi (pyyteettömän käyttäytymisasenteen merkityksessä).

Ross lienee ajatellut, että *T2* on *T1*:n presisointi. Direktiivi, joka *T2*:n mukaan on voimassaoleva normi, toimii myös tulkintaskeemana *T1*:n edellyttämällä tavalla. Sitä vastoin jokainen hypoteesi, joka toimii tulkintaskeemana, ei ole voimassaoleva normi.

Huolimatta *T1*:n epätäsmällisyydestä *T2*:een verrattuna Ross antaa sille suuren merkityksen. Tähän lienee kaksikin syytä. Ensinnäkin *T1* ilmaisee perusteen, jonka tähden voimassaolevien normien sisältö kiinnostaa tiedettä. Normien tuntemuksen kautta voidaan ymmärtää yhteisön toimintoja ja jossakin määrin ennakoida yhteisön jäsenten käyttäytymistä.

Toinen syy juontuu Rossin oman ajattelun kehityshistoriasta. *T1* ilmentää aivan toisenlaista käsitystä yhteiskuntatieteiden tutkimuskohteesta kuin Rossin vanhempi teoria. Kuten muistamme, oikeustieteen tutkimuskohde koostui varhemman teorian mukaan elementeistä, joita kausaaliyhteydet sitoivat toi-

[51] Esimerkki: Shakkipeliä ei (juuri) koskaan avata siirtämällä a2a4. Säännönmukaisuus ei kuitenkaan johdu siitä, että säännöt kieltäisivät po. avauksen, vaan siitä että avausta pidetään strategisesti (s.o. pelin voittamiseksi laaditun teorian kannalta) epäedullisena.

[52] Esimerkki: pelaaja tarttuu nappulaan peukalolla ja etusormella.

siinsa. Luonnontieteen ja oikeustieteen tutkimuskohteet olivat tässä suhteessa samanlaisia. Varttuneen Rossin teoriassa tätä ajatusta ei enää esiinny. Yhteiskuntatieteen tutkimuskohteen elementit eivät ole kausaaliyhteydessä toisiinsa, vaan niiden välinen yhteys on merkitys- ja motivaatioyhteys, jonka voimassaoleva normi luo ja — tulkintaskeemana käytettynä — paljastaa.

Ross kommentoi teoriaansa *T1* toteamalla, että yhteisöllinen vuorovaikutuskompleksi (esim. oikeusjärjestys, moraali tai shakkipeli) koostuu sekä yhteisön säännöistä että yhteisöllisistä ilmiöistä. Säännöt ja ilmiöt eivät kuitenkaan ole toisistaan riippumatta olemassaolevia tosiseikkoja, vaan ne ovat ”saman asian abstraktisia puolia”.[53] Shakkipeli tarjoaa jälleen hyvän esimerkin. Mikään biologisfysikaalinen käyttäytyminen ei sinänsä ole shakkipelin siirto, vaan siitä tulee sellainen ainoastaan, jos sitä tulkitaan käyttäen shakkinormeja tulkintaskeemana. Sama pätee myös kääntäen. Mikään direktiivi ei sellaisenaan ole voimassaoleva shakkinormi, vaan se on sitä ainoastaan edellyttäen, että sitä voidaan yhdessä muiden shakkidirektiivien kanssa menetyksellä käyttää shakki-ilmiöiden tulkintaskeemana.

Tämä normien ja ilmiöiden välinen *käsitteellinen* suhde on syynä siihen, että reduktionistinen ohjelma, jossa normin voimassaolo pyritään redusoimaan puhtaasti fysikaaliseksi ilmiöksi, ei vie perille. Ilmiö, johon voimassaoleva normi näyttäisi olevan redusoitavissa, ei itse ole ymmärrettävissä edellyttämättä voimassaolevaa normia, joka konstituoi sen. Yhteiskunnalliset ilmiöt ovat tulkittuja ilmiöitä.

Rossin ajatus on itse asiassa sama, jota (analyyttinen) hermeneutiikka on korostanut. Tämä puoli hänen ajattelussaan ei näytä oikeuskirjallisuudessa saaneen riittävää huomiota ilmeisesti sen tähden, että häntä on totuttu pitämään loogisena empiristinä. Sitä Ross epäilemättä olikin, mutta hän ei orjallisesti pitäytynyt loogisen empirismin ajatuksiin.[54] Päin vastoin hän tutkimustulostensa pakottamana lisäsi niihin elementtejä, joita oikeudellisten ilmiöiden ymmärtäminen näytti vaativan. Mielestäni voidaan sanoa, että Rossin oikeusteorian taustalta ei löydy yhtenäistä filosofista näkemystä. Loogisesta empirismistä omaksutun aineksen ohella hänen teoriansa sisältää selviä hermeneuttisia ko-

[53] *Ross,* Om ret og retfærdighed s. 26.

[54] Kuten tunnettua, loogisen empirismin ohjelman toteuttaminen edellyttää neutraalin havaintokielen mahdollisuutta. Hermeneuttinen näkemys puolestaan korostaa sitä, ettei neutraalia havaintokieltä ole olemassa, vaan kaikki havaitseminen on teoriapitoista. Hyväksymällä ajatuksen normin ja sitä vastaavan normatiivisen ilmiön käsitteellisestä suhteesta Ross ymmärtääkseni myöntää, ettei ainakaan normatiivisia ilmiöitä koskevaa neutraalia havaintokieltä ole olemassa. Po. ilmiön kuvaus vaihtelee riippuen siitä, millaisen tulkintaskeeman valossa sitä tarkastellaan.

rostuksia. Nämä korostukset ovat ilmeisesti peräisin jo hänen kelseniläiseltä kaudeltaan. Ajatus tulkintaskeemojen (so. esitiedon) ratkaisevasta merkityksestä oikeudellisten ilmiöiden ymmärtämisessä kuuluu Kelsenin teorian keskeisiin piirteisiin.[55]

6.5.3. Siirryn tarkastelemaan Rossin teoriaa *oikeusnormin* voimassaolosta. Koska se on yleisen teorian erikoistapaus, siihen soveltuu se, mitä edellä on todettu normin voimassaolosta. Jotta normia voidaan pitää voimassaolevana oikeusnormina, sen on toimittava menestyksellisesti oikeudellisten ilmiöiden tulkintaskeemana. Tietyt, kausaalisesti toisistaan riippumattomat oikeusilmiöt on voitava sen avulla ymmärtää merkitys- ja motivaatioyhteytenä. Tämä puolestaan edellyttää sitä, että tietyt oikeusyhteisön jäsenet tehokkaasti noudattavat normia, koska he kokevat sen sosiaalisesti sitovaksi.

Toistaiseksi ei kuitenkaan ole esitetty spesifisiä tunnusmerkkejä, jotka erottavat oikeusnormit muista sosiaalisista normeista ja oikeusnormin noudattamisen ei-noudattamisesta. Ensiksi mainitun tunnusmerkin Ross katsoo olevan siinä, että oikeusnormit sääntelevät julkisen pakkovallan käyttöä. Kaikki oikeusnormit, myös kompetenssinormit, ovat hänen mukaansa viime kädessä käyttäytymisnormeja, jotka sääntelevät tuomioistuimissa tapahtuvaa pakonkäyttöä.[56]

Monet direktiivit on tosin kirjoitettu muotoon, joka viittaa siihen, että käyttäytymisnormien adressaatteja olisivat kansalaiset yleensä. Tämä on kuitenkin pelkkää pintarakennetta. Juridisesti relevanttia niissä on vain se, että ne ovat samalla tuomioistuimille suunnattuja direktiivejä siitä, miten niiden tulee käyttää tuomiovaltaansa.[57] Oikeusnormeja reaalimaailmassa vastaava oikeusilmiö ei ole kansalaiskäyttäytyminen, vaan tuomioistuimissa tapahtuva oikeudenkäyttö.

Näiden täsmennösten jälkeen voidaan formuloida Rossin teoria oikeusnor-

---

[55] Ks. myös *Stuer Lauridsen,* Kelsen og Ross s. 687 ss.

[56] Ks. *Ross,* Om ret og retfærdighed s. 45—46 ja kompetenssinormien osalta erit. s. 65—66.

[57] Rossin käsityksestä, jonka mukaan vain viranomaiset ovat oikeusnormien adressaatteja, seuraa, että oikeusjärjestys sääntelee suggestiivisesti ainoastaan viranomaisten käyttäytymistä. Kansalaisten käyttäytymisen ohjailu tapahtuu yksinomaan tiedon avulla. Tietäessään, mitä reaktiota tuomioistuimen taholta voidaan odottaa, yksilö voi rationaalisesti päättää, miten käyttäytyä. Ks. Om ret og retfærdighed s. 45. Toisaalta Ross korostaa sitä, että kansalaisten lainkunnioitus (suggestiivinen, pyyteetön käyttäytymisasenne) on oikeusjärjestyksen säilymisen kannalta ratkaisevan tärkeää. Ks. jälj. s. 164. Näitä ajatuksia ei ole aivan helppoa sovittaa yhteen.

min voimassaolosta. Samoin kuin hänen yleinen teoriansa se voidaan esittää kahdella tavoin.

T1.1. (D) on voimassaoleva oikeusnormi yhteisössä Y, jos ja vain jos Y:n tuomioistuimen ratkaisu (tuomarin verbaali käyttäytyminen) tulee ymmärretyksi mielekkäänä kokonaisuutena (merkitys- ja motivaatioyhteytenä) niiden ilmiöiden kanssa, jotka (D):n mukaan ovat ratkaisun edellytyksiä, kun ratkaisua tulkitaan käyttäen (D):tä tulkintaskeemana.

T2.1. (D) on voimassaoleva oikeusnormi yhteisössä Y, jos ja vain jos (D) sääntelee tuomioistuimissa tapahtuvaa pakonkäyttöä ja Y:n tuomarit tehokkaasti noudattavat (D):ssä annettua käyttäytymismallia ja jos noudattaminen perustuu siihen, että he kokevat (D):n sosiaalisesti sitovaksi pyyteettömän käyttäytymisasenteen merkityksessä.

Määritelmistä voidaan havaita, että yhteisössä voi olla voimassaolevaa oikeutta ainoastaan sillä edellytyksellä, että yhteisön tuomareilla on suuressa määrin yhteinen oikeusideologia. Oikeus ''elää'' tuomarinideologiassa ja toisaalta tuomarien lainkäyttöakteissa. Ajatus muistuttaa amerikkalaisiin realisteihin luetun *John Chipman Grayn* näkemystä.[58] Tässä kohden Ross näyttää — jollei muuttaneen — ainakin olennaisesti täsmentäneen entistä kantaansa. Se voitiin tulkita myös niin, että kansalaisten pyyteetön asenne kuuluisi voimassaolevan oikeuden käsitemääritelmään.[59]

Tuomarin roolin korostumisesta ei kuitenkaan seuraa, ettei Ross tämän jälkeen antaisi kansalaisten asenteelle mitään merkitystä. Päin vastoin sen merkitys on edelleen mitä keskeisin. Ilman kansalaisissa tai ainakin se huomattavassa osassa vaikuttavaa lainkunnioitusta ei oikeusjärjestys voisi säilyä.[60] Mahdollinen muutos on tapahtunut ainoastaan siinä, että lainkunnioitus on siirtynyt voimassaolon käsitemääritelmästä voimassaolon kausaalisten ehtojen joukkoon. Muistamme, että vastaavanlainen muutos tapahtui aikaisemmin myös *Hägerströmin* ajattelussa.

Verrattaessa Rossin käsitemääritelmää hänen aikaisempiin kirjoituksiinsa voidaan havaita myös toinen, edellistä merkittävämpi käsityskannan vaihdos. Vielä teoksessa ''Towards a Realistic Jurisprudence'' Ross arvosteli amerik-

[58] ''The law of a great nation means the opinions of half-a-dozen old gentlemen, some of them, conceivably, of very limited intelligence''. *Gray,* The Nature and Sources of Law s. 125.

[59] Näin on Rossin varhaisempaa tuotantoa tulkinnut myös *Ofstad,* Alf Ross's begrepsbestemmelse av begrepet ''retsregel'' s. 27—29. Ks. tästä myös *Aubert,* Begrepet ''gjeldende ret'' s. 380.

[60] Ks. *Ross,* Om ret og retfærdighed s. 69—72 ja *sama,* TfR 1950 s. 222.

kalaisia realisteja siitä, että heidän tapansa määritellä oikeusnormin voimassaolo tuomarin käyttäytymisen avulla kiertää kehässä, koska 'tuomari' on itse juridinen kvalifikaatio. Nyt hän itse määrittelee voimassaolon samalla tavoin.

Ross ei enää pidä sanottua argumenttia relevanttina.[61] Sen paremmin luonnontieteissä kuin oikeustieteessäkään ei hänen mukaansa voi olla Arkimedeen pistettä, josta käsin tieteen lauseet voidaan verifioida muista tieteen lauseista riippumatta. Verifiointi voi tapahtua ainoastaan olettamalla eräät muut väitteet — tässä tapauksessa tuomarin henkilön määräytymistä koskevat julkisoikeudelliset voimassaoloväitteet — paikkansapitäviksi. Koetilanne testaa vain sitä, voidaanko koeteltava lause liittää tähän asti totena pidettyjen väitteiden joukkoon.[62]

Ajatus, että po. kehä voitaisiin murtaa on Rossin lähtökohtien valossa itse asiassa mahdoton. Oikeusnormit ja oikeusilmiöt ovat niiden mukaan käsitteellisesti sidoksissa toisiinsa. Jos oikeusnormi määritellään sellaisen ilmiön avulla, joka ei itse ole oikeudellinen ilmiö, normi menettää kykynsä toimia oikeusilmiön tulkintaskeemana. Tätä argumenttia ei Rossin kirjoituksista kuitenkaan löydy. Uskoakseni Ross ei itse havainnut ajattelunsa hermeneuttisia piirteitä.

Palaan voimassaoloa koskevien väitteiden analyysiin. Väite P: ''(D) on voimassaolevaa oikeutta'' on edellä esitetyn teorian (*T2*:n) mukaan samansisältöinen (ekvivalentti) kuin *''(D) sääntelee tuomioistuimissa tapahtuva pakonkäyttöä, ja tuomarit noudattavat sitä tehokkaasti, koska he kokevat sen sosiaalisesti sitovaksi''*.

Teoria ei kuitenkaan vielä tässä muodossaan ole erityisen täsmentynyt. Yhteiskunnalliset säännönmukaisuudet eivät luonnonilmiöiden tavoin ole pysyviä (rajattomasti toistettavia), vaan niillä on ajallinen kesto. Tästä syystä on aikadimensio otettava mukaan ja kysyttävä, mihin ajankohtaan voimassaoloväite viittaa. Ross katsoo, että lainopin voimassaoloväitteet eivät viittaa sen paremmin menneeseen kuin tulevaankaan tuomioistuinkäytäntöön. Väitteiden paikkansapitävyyden kannalta on yhdentekevää, millaisia sääntöjä tuomioistuimet ovat aikaisemmin seuranneet tai tulevat joskus myöhemmin seuraamaan. Voimassaoloväitteet koskevat nykyhetkeä. Nykyisyyttä ei kuitenkaan pidä ymmärtää silmänräpäyksellisenä tuokiona, vaan aikavälinä, jonka kestäessä voimassaoloväitteen perusteissa ei tapahdu muutoksia.[63]

---

[61] Tämä Hägerströmin jo aikanaan esittämä argumentti on jatkuvasti pysynyt keskustelun kohteena Pohjoismaissa. Ks. siitä viimeksi *Hedenius,* Om den rättsfilosofiska domstolsrealismen s. 43 ja erityisesti *Frändberg,* Om rättsordningars giltighet s. 327—334.

[62] *Ross,* Om ret og retfærdighed s. 49.

[63] Ross toteaa asian seuraavasti: ''Resultatet af disse betragtninger må blive, at udsagn

Väite P: ''(D) on voimassaolevaa oikeutta'' on tämän mukaan ekvivalentti seuraavan väitteen kanssa:

> P': *''(D) sääntelee tuomioistuimissa tapahtuvaa pakonkäyttöä, ja ellei niissä perusteissa, joille väite ''(D) on voimassaolevaa oikeutta'' rakentuu, tapahdu muutoksia, tuomarit noudattavat (D):tä tehokkaasti, koska he kokevat sen sosiaalisesti sitovaksi.''*

Tämän jälkeen on vielä presisoitava, mitä säännön noudattaminen tarkoittaa. Ross toteaa tästä lyhyesti, että säännön noudattaminen ei voi tarkoittaa sitä, että tuomari tekee säännössä edellytetyn ratkaisun, eli esimerkkitapauksessamme velvoittaa hyväksyjän lunastamaan vekselin. On näet mahdollista, että hän jonkin muun säännön nojalla, esimerkiksi hyväksyjän alaikäisyyden vuoksi, joutuu hylkäämään kanteen. Hylkäävä ratkaisu ei tällaisissa tapauksissa falsifioi voimassaoloväitettä.

Juuri mainittu seikka voitaisiin ottaa huomioon lisäämällä lauseeseen P' varaumia seuraavaan tapaan:

> P = P'': *''(D) sääntelee tuomioistuimissa tapahtuvaa pakonkäyttöä, ja ellei niissä perusteissa, joille väite ''(D) on voimassaolevaa oikeutta'' rakentuu, tapahdu muutoksia, eikä ole toista voimassaolevaa normia, joka estää (D):n noudattamisen, tuomarit tekevät (D):ssä edellytetyn ratkaisun, koska he kokevat sen sosiaalisesti sitovaksi.''*

Eksplikaatio, jota P'' edustaa, ei nähdäkseni olisi ristiriidassa Rossin lähtökohtien kanssa. Voimassaoloväitteen kontrollointi edellyttää sen mukaan tosin laajahkoa tietämystä muista voimassaolevista oikeusnormeista, mutta tämä ei ole teoreettisesti merkittävä muutos sanottuihin lähtökohtiin. Kuten edellä todettiin, jo se, että väitteen kontrolloinnin kannalta relevantti havaintokokemus koskee tuomarin käyttäytymistä, tekee mahdottomaksi verifioida voimassaoloväitettä olettamatta eräitä muita voimassaoloväitteitä samalla tosiksi.

Ross ei kuitenkaan menettele hahmottelemallani tavalla, vaan valitsee toisen tien. Hän katsoo säännön noudattamisen tarkoittavan ainoastaan sitä, että tuomari tehdessään ratkaisua asiassa, jonka hän katsoo kuuluvan (D):n soveltamisalaan, sisällyttää (D):n ''integroivana ainesosana'' tuomion perusteluihin.[64]

---

om nugældende ret må forstås som refererende sig til hypotetiske fremtidige afgørelser under visse betingelser: dersom sag med relation til den omhandlede retsregel skulle blive anlagt, og dersom der i mellemtiden ikke er indtruffet ændring i retstilstanden (d.v.s. i de omstændigheder der betinger vor påstand om, at reglen er gældende ret) vil reglen blive anvendt af domstolene i deres afgørelse af sagen.''

[64] Ks. *Ross,* Om ret og retfærdighed s. 55 ja *sama,* Om begrebet ''gældende ret'' hos Theodor Geiger s. 270.

Lauseen P ekvivalentti voidaan tämän jälkeen esittää seuraavasti:

P''': *''(D) sääntelee tuomioistuimissa tapahtuvaa pakonkäyttöä, ja ellei niissä perusteissa, joille väite ''(D) on voimassaolevaa oikeutta'' rakentuu, tapahdu muutoksia, tuomarit katsoessaan käsillä olevan tapauksen kuuluvan (D):n soveltamisalaan sisällyttävät (D):n tuomion perusteluihin, koska he kokevat (D):n sosiaalisesti sitovaksi.''*

Suoritettu presisointi synnyttää lisäkysymyksiä. On yleisesti tunnettua, että ratkaisun ja sen julkilausuttujen perustelujen suhde saattaa olla sangen komplisoitu. Voidaan erottaa toisistaan perusteet, jotka ovat myötävaikuttaneet ratkaisun lopputulokseen, ja toisaalta perustelut, joilla ainoastaan pyritään justifioimaan muilla perusteilla syntynyt ratkaisu.[65] Viimeksi mainitusta ryhmästä voidaan puolestaan erottaa perustelut, jotka yksinään riittävät justifioimaan ratkaisun ja toisaalta perustelut, jotka tekevät sen ainoastaan joidenkin lisäpremissien avulla. Mahdollista on sekin, että esitetty perustelu on justifikatorisesti irrelevantti tai puhuu jopa ratkaisua vastaan. Nämä erottelut muistaen voidaan kysyä, tuleeko (D):llä olla jokin sija ratkaisun löytämis- tai justifikaatioyhteydessä ennenkuin (D):tä voidaan pitää voimassaolevana.

Ross ei nimenomaisesti tee tätä kysymystä, minkä seurauksena hänen lausumansa vaikuttavat tältä osin hieman horjuvilta.[66] Selvältä näyttää kuitenkin, että perustelun ei hänen mukaansa ole tarvinnut myötävaikuttaa ratkaisun syntymiseen eikä sen myöskään tarvitse yksinään justifioida ratkaisua. Riittänee, että (D) on ratkaisun justifioinnin kannalta relevantti peruste niiden tosiseikkojen arvostelussa, jotka tuomari katsoo jutussa näytetyksi. Jos (D):tä käytetään pelkästään legitimoimaan muilla perusteilla syntynyt ratkaisu, (D) on silti voimassaolevaa oikeutta, ja tieto (D):n sisällöstä on voimassaolevaa oikeutta koskevaa tietoa. Asiantilasta on ainoastaan se seuraus, että oikeustieteen käytännön merkitys tällöin vähenee, koska sen mahdollisuudet ennustaa oikein ratkaisun lopputulos heikkenevät olennaisesti verrattuna tilanteeseen, jossa julkilausutut perustelut ovat myös ratkaisua ohjaavia tekijöitä.[67]

Voidaan kysyä, onko Ross teoriaansa täsmentäessään vaivihkaa luopunut

---

[65] Ks. esim. *Aarnio,* On Legal Reasoning s. 244—245 ja *Aarnio—Peczenik,* Beyond the Reality s. 16.

[66] Ks. *Ross,* Om ret og retfærdighed s. 55 ja *sama,* Validity and the Conflict Between Legal Positivism and Natural Law s. 84. Vrt. Om ret og retfærdighed s. 56—58.

[67] Tästä näkyy kirkkaasti, että oikeustieteen voimassaoloväitteet ennustavat Rossin suorittaman presisaation mukaan ainoastaan ratkaisun perusteluja, jotka ymmärretään oireiksi tuomarin päässä olevasta oikeusideologiasta, eivät ratkaisun lopputulosta. Myöskään varttuneen Rossin teorian mukaan oikeus ei ole ''the prophecies what the courts will do in fact''.

yleisen voimassaoloteoriansa piirteestä, jonka mukaan säännön voimassaolo merkitsee *säännön seuraamista* s.o. säännön mukaista käyttäytymistä. Näin ei ole asia, mikäli oikeussääntöjen ymmärretään koskevan ratkaisun perustelujen kirjoittamista. Tämä tulkinta ei kuitenkaan näyttäisi olevan sopusoinnussa Rossin oikeussääntökäsitteen kanssa. Oikeussäännöt ovat hänen mukaansa sääntöjä julkisen vallan käyttämisestä eivätkä vallankäytön (fasadi)legitimaatiosta.

Vaikuttaakin siltä, että voimassaoloväitteen eksplikaatio on jossakin käänteessä lähtenyt kyseenalaisille urille. Ei ole uskottavaa, että P''' olisi oikea tulkinta siitä, mihin voimassaoloväitteet lainopissa de facto viittaavat. P''' tekee voimassaolevan oikeuden sisällön riippuvaksi tuomioiden perustelutavasta. Jos kaksi oikeusjärjestystä liittää samaan tosiseikastoon saman oikeusvaikutuksen, voimassaolevan oikeuden sisältö on P''':n mukaan niissä kuitenkin erilainen, mikäli ratkaisujen perustelut poikkeavat niissä toisistaan. P''' ei liioin vaikuta kovin lupaavalta normatiiviseksi käsitemääritelmäksi ymmärrettynä. Tuomioistuinten ratkaisujen (fasadi)perustelujen ennustaminen ei ole kovin mielekäs tehtävä.[68]

Rossin teorian kiintoisin probleemi sisältyy kuitenkin mielestäni tapaan, jolla 'nykyisyys' on hänen teoriassaan ymmärretty. P':n mukaan nykyisyys on ajanjakso, jonka kestäessä ei tapahdu muutoksia niissä perusteissa, joille ''(D) on voimassaolevaa oikeutta'' rakentuu. Voimassaoloväitteen kanssa ristiriidassa oleva tuomio ei falsifioi väitettä, mikäli oikeustilassa on väitteen esittämisen jälkeen tapahtunut relevantti muutos. On ilmeistä, että perusteilla, joiden muuttumattomuutta edellytetään, tarkoitetaan oikeuslähteitä. Jos oikeuslähteistössä tapahtuu muutos, esimerkiksi säädetään asiaa koskeva uusi laki, ei sen jälkeen annettu lainkäyttöratkaisu enää testaa voimassaoloväitettä.

Juuri sanottu merkitsee sitä, että voimassaoloväitteen totuusarvoa koskevan testin tulkinta edellyttää oikeudellista tietoa, joka näyttäisi olevan toisenlaista kuin Rossin tarkoittama tieto ratkaisun perustelujen säännönmukaisuuksista. Ainoastaan oikeuslähdeperiaatteita koskevan dogmaattisen tiedon avulla voimme ratkaista, testaako tuomarin ratkaisu voimassaoloväitettä vaiko ei.

En tarkoita, että 'nykyisyyden' tulkinta olisi Rossin teoriassa välttämättä virheellinen. Havaitun seikan tärkeys on siitä, että se paljastaa jälleen hermeneuttisen piirteen Rossin ajattelussa. Looginen empirismi esikuvanaan Ross lähti etsimään havaintokokemusta, joka testaisi oikeustieteen voimassaoloväitteet, ja päätyi tulokseen, että testin tulkinta edellyttää oikeuslähdeopillista esitie-

[68] Perustelujen ennustamiseen liittyvistä käytännöllisistä ongelmista ks. *Zahle,* Kritik af en retsteori s. 365—366.

toa. Tuomarien oikeuslähdeideologiaa koskevia hypoteeseja voidaan tosin testata samalla tavoin kuin voimassaoloväitteitä, mutta myös näiden testien tulkinta edellyttää esitietoa, jota ei ole saatu havaintokokemuksesta. Onko siis kuitenkin niin, että oikeusjärjestys ei ole pelkkä ”ilmiö” ja ”realiteetti”, vaan myös ”idealiteetti”, ”rationaliteetti” ja ”merkitys”?[69]

6.6. Oikeustieteen tehtävät ja metodi

6.6.1. Oikeustieteen tehtävistä ja metodista keskustellessaan *Ross* oli hyvin niukkasanainen. Tämä selittyy sillä, että hän ei pyrkinyt luomaan ohjelmaa uudelle, uljaammalle oikeustieteelle, vaan halusi ainoastaan ymmärtää tosiasiallista lainoppia empiirisesti kontrolloitavana tieteenä. Tuloksena oli teoria, joka suhtautuu kohteeseensa rationaalisen rekonstruktion tavoin. Se ei esitä lainopille uusia tehtäviä, mutta kylläkin tulkitsee entisiä uudella tavalla.

Lainopin keskeisenä tehtävänä on, kuten ennenkin, voimassaolevan oikeuden sisällön selvittäminen. Edellä sanotun valossa tämä tarkoittaa sitä, että lainopin tulee selvittää sen ideologian sisältö, joka toimii oikeuselämän ilmiöiden tulkintaskeemana, ja esittää se systemaattisena, sisäisen rakenteensa mukaisena kokonaisuutena.[70] Vaikka oikeusjärjestys yhteisöllisenä tosiasiana koostuu sekä oikeusilmiöistä että oikeusnormeista, lainoppi suuntaa katseensa normeihin. Oikeusilmiöiden merkitys lainopin kannalta on lähinnä siinä, että niiden avulla voidaan saada tietoa normien (so. oikeusideologian) sisällöstä.[71]

Mitä metodia tulisi käyttää voimassaoloväitteitä tuotettaessa? *Ross* ei missään ota selkeästi esille tätä lainopin kannalta tärkeää kysymystä. ”Om ret og retfærdighed” ei ole kirja lainopin metodista, vaan tähtää pelkästään teorian muodostamiseen. Siinä esitetyt oikeuslähdeopilliset periaatteet eivät ole lainopille tarjottuja metodiohjeita, vaan — Rossin mukaan — kuvausta tuomareiden tosiasiallisista menettelytavoista.

Edellä todettiin, että oikeusideologian sisällöstä voidaan Rossin mukaan saada tietoa tuomioistuinten (perustelu)käyttäytymistä tarkastelemalla. Tästä näyttäisi seuraavan lainopille metodiohje, jonka mukaan sen olisi muututtava tuomioistuinten päätöksiä tulkitsevaksi tieteeksi. Vaikuttaa paradoksaaliselta, mutta Ross ei missään yhteydessä esitä tällaista johtopäätöstä. Päin vastoin hän näyttää selvästi vastustavan tällaista tulkintaa.

[69] Vrt. av. 26:n kohdalla todettua.

[70] *Ross,* Om ret og retfærdighed s. 28—29.

[71] *Ross,* Om begrebet ”gældende ret” hos Theodor Geiger s. 253. Ks. myös *Jørgensen,* Ret og samfund s. 100.

Asiaa koskevista niukoista lähteistä tärkein on artikkeli, jossa Ross arvostelee *Theodor Geigerin* sosiologista voimassaoloteoriaa. Ross palaa siinä vanhaan kelseniläiseen näkemykseensä, jonka mukaan juridiikka eroaa metodinsa ja näkökulmansa puolesta olennaisesti sosiologiasta. Geigerin kehittämä normin voimassaolon käsitemääritelmä, jossa ”nykyisyys” on jätetty täsmentämättä ja jossa normiadressaattien sisäistynyt suhde normiin (pyyteetön käyttäytymisasenne) on jätetty pois käsitetunnusmerkkien joukosta, saattaa Rossin mukaan soveltua oikeussosiologialle, mutta ei ole käyttökelpoinen lainopissa.[72]

Rossin keskeiset argumentit ovat seuraavat. Vaikka realistisesti orientoitunut juridiikka tutkii sosiaalisia tosiasioita, sitä ei kiinnosta yhteiskunnallinen tapahtumainkulku sinänsä, vaan sen kohteena ovat oikeussäännöt ideologiaksi ja sen verbalisoinneiksi ymmärrettynä. Oikeustieteen tutkimuskohteena ovat sisäistetyt normit sikäli kuin ne voimassaolevina omaavat vastineen tosiasiallisessa tapahtumisessa. Normin löytäminen ei ole mahdollista kiinnittämällä huomio pelkästään ulkonaiseen käyttäytymiseen, kuten (geigeriläinen) sosiologia tekee, vaan on otettava huomioon myös se asenne, johon käyttäytyminen perustuu.[73] Voimassaolevaa oikeutta koskevaa tietoa saadaan ainoastaan, kun ulkonaista tapahtumainkulkua tulkitaan tuomarinideologiaa koskevan hypoteesin avulla.

Ongelma oikeustieteen voimassaoloväitteiden tuottamismetodista muuntuu tämän jälkeen muotoon, mikä on luotettavin tapa muodostaa tuomarinideologiaa koskevia hypoteeseja. Ross ei anna tähän suoraa vastausta, mutta kun otetaan huomioon hänen deskriptiiviset intentionsa, vain yksi tulkinta vaikuttaa mahdolliselta. Paras keino on turvautua oikeuslähdeoppeihin. Oikeuslähdeopit ovat Rossin mukaan kuvausta niistä tekijöistä, jotka vaikuttavat de facto tuomariin tämän muodostaessa sääntöjä ratkaisun perustaksi.[74] Soveltamalla näitä oppeja, ottamalla ne lainopin metodiseksi ohjenuoraksi saavutetaan mahdollisimman suuri todennäköisyys sille, että direktiiviä koskeva hypoteesi tulee osoittautumaan paikkansapitäväksi. Oikeuslähdeoppeja soveltaessaan tutkija ikäänkuin simuloi, jäljittelee tuomarin toimintaa. Jos simulointi onnistuu täydellisesti, tuloksena on sama direktiivi, johon tuomarikin tulee päätymään. Lainopin ei siten tarvitse muuttaa metodiaan, joka on oikeuslähteille rakentuva praktinen argumentaatio.

---

[72] Ks. *Ross,* Om begrebet ”gældende ret hos Theodor Geiger s. 249—263.

[73] Ks. m.k. erit. s. 261—262. Rossin tavasta ymmärtää oikeussosiologian luonne ks. myös Om ret og refærdighed s. 29—30.

[74] *Ross,* Om ret og retfærdighed s. 92.

Kirjallisuudessa on keskusteltu siitä, kuuluuko lainopin metodi ainoastaan voimassaoloväitteiden *tuottamisyhteyteen* vai voidaanko tulosta Rossin mukaan myös *kontrolloida* tutkimalla, miten hyvin se on oikeuslähteiden avulla perusteltavissa.[75] *Aubert* ja *Stuer Lauridsen* tulkitsevat hänen ajatuksiaan viimeksi mainitulla tavalla, ja saavat siitä aiheen vakavaan kritiikkiin. Jos väitteiden kontrollointia oikeuslähdeoppien avulla pidetään mahdollisena, oletus siitä, että normit elävät ideologiana tuomareiden mielissä, muuttuu teorian kokonaisuuden kannalta aivan tarpeettomaksi. Stuer Lauridsen kärjistää: ''Periaatteessa voitaisiin yhtä hyvin väittää, että voimassaolevaa oikeutta koskevan väitteen paikkansapitävyys riippuu jumalten tahdosta, ja lisätä, että meillä on onneksi tie tämän tahdon tuntemiseen normaalissa juridisessa metodissa, jota jumalat tapaavat noudattaa''.[76]

Kirjoittajien tulkinta saa mielestäni sangen vähän tukea Rossin lausumista. Epäsuorasti sitä tukee havainto, että Ross ei kiinnitä lainkaan huomiota empiirisen kontrollin lähes täydelliseen puuttumiseen lainopissa. Minkäänlaista jälkiseurantaa ennusteiden toteutumisesta ei harrasteta. Näin ymmärrettynä lainopin tehtävänäkemys on muihin tieteisiin verrattuna sangen omalaatuinen: tutkimus ainoastaan luo hypoteeseja edes pyrkimättä kontrolloimaan niitä. Rossin ''huomaamattomuus'' käy ymmärrettäväksi, jos tulkitaan hänen ajatelleen, että oikeuslähdeoppien avulla voidaan myös kontrolloida voimassaoloväitteitä. Tällöin lainopin tehtävänäkemykseen ei sisälly omalaatuisuutta, joka olisi vaatinut huomiota lainopin teoriassa. Tämä tulkinta ei kuitenkaan ole kohtuullinen, koska se olettaa äskeistä paljon suuremman ristiriidan Rossin esityksessä. Ne lukuisat kohdat, joissa Ross korostaa tuomarinideologiaa koskevien hypoteesien verifioimista tuomarin käyttäytymisen avulla, käyvät merkityksettömiksi. Keskeinen lähtökohta, jota Rossin teorian tulkinnassa ei saisi syrjäyttää, oli ajatus siitä, että tuomarinideologiaa koskevia hypoteeseja voidaan verifioida ''objektiivis-pragmaattisesti'' tulkitsemalla tuomarin käyttäytymistä po. hypoteesin valossa ja tarkastelemalla, kykeneekö hypoteesi tekemään käyttäytymisen ymmärrettäväksi ja ennustettavaksi.[77]

Näillä perusteilla pidän Stuer Lauridsenin kärjistystä liioittelevana. Tuo-

[75] Ks. *Aubert,* Begrepet ''gjeldende ret'' s. 381—385, *Jørgensen,* Ret og samfund s. 100—101, *Stuer Lauridsen,* Studier i retspolitisk argumentation s. 234—240 ja *Zahle,* Kritik af en retsteori s. 369.

[76] *Stuer Lauridsen,* Studier i retspolitisk argumentation s. 249. Vrt. *Aubert,* Begrepet ''gjeldende ret'' s. 385: ''Hypotesene om dommernes sjeleliv faller som offer for det metodiske prinsipp som er kalt ''Occams barberkniv''. De øker antallet av premisser utover det som er logisk nødvendig for å komme frem til slutningene.''

[77] Ks. esim. *Ross,* Om begrebet ''gældende ret'' hos Theodor Geiger s. 262.

marin paikalle ei Rossin teoriassa voida mielivaltaisesti sijoittaa mitä tahansa. Havaintokokemus, joka testaa voimassaoloväitettä, koskee nimenomaan tuomarin käyttäytymistä, ei jumalten tms. käyttäytymistä. Toisaalta, kuten aiemmin todettiin, tuomarinideologian sisältöä koskevan hypoteesin paikkansapitävyyttä tutkivan testin tulkinta edellyttää esitietoa tuomarinideologiasta. Havainto testaa teoriaa ainoastaan edellyttäen, ettei oikeustila tuomarinideologian mukaan ole muuttunut. Lainopin tuloslauseita kontrolloitaessa kierretään hermeneuttista kehää.

6.6.2. Edellä sanottu koski lainoppia oikeudellisen *tiedon* tuottajana. Lainopin tehtävät eivät de facto kuitenkaan rajoitu tähän. Myös Ross myöntää sen, että lainopin tuloslauseina esiintyy muitakin lauseita kuin voimassaoloväitteitä. Kun on kysymys tilanteista, joissa luotettavan ennusteen laatimismahdollisuudet ovat vähäiset, useimmat juristitutkijat eivät hänen mukaansa tyydy epävarmuustilan toteamiseen, vaan pyrkivät vaikuttamaan asiaan suosittamalla päätöksentekijöille jotakin ratkaisua. Tällöin he eivät esitä väitteitä, vaan direktiivejä siitä, miten asia olisi tulevissa tapauksissa ratkaistava. Heidän tuloksensa eivät tällöin ole muotoa ''(D) on voimassaolevaa oikeutta'' vaan niiden muoto on ''(D)''. Useat lainoppineet, Ross myöntää, pitävät jopa tieteensä keskeisenä tehtävänä oikeusjärjestyksen sisältöä koskevien direktiivien esittämistä.

Menetellessään viimeksi mainituin tavoin tutkijat eivät Rossin mukaan toimi tiedemiehinä vaan pikemminkin oikeuspoliitikkoina. Heidän intressinsä on luonteeltaan praktinen, ei teoreettinen.[78] Miten havaintoon, että lainoppiin tosiasiassa sekoittuu oikeuspoliittista vaikuttamista, tulisi suhtautua?

Toisin kuin ehkä saattaisi olettaa, Ross ei suinkaan riennä tuomitsemaan asiantilaa. Päin vastoin hän problematisoi yhteiskuntatieteellisen teorian ja politiikan välisen erottelun. Myös tieteellisten ennusteiden avulla voidaan tehdä politiikkaa. Jokainen yhteiskuntaa koskeva ennuste on näet tekijä, joka julkistettuna vaikuttaa takaisin ennusteen kohteeseen ja saattaa siten joko edistää tai estää ennusteen toteutumista.[79]

Se seikka, että ennusteella voi olla perlokutionaarisia vaikutuksia, koskee myös oikeustieteellisiä ennusteita. Lisäksi ei ole aina kovinkaan helppoa erottaa ennustetta ja direktiiviä toisistaan. Toisinaan raja on vaikea määrittää jopa esittäjän intention perusteella. Lainoppinut ei Rossin mukaan useinkaan edes tiedosta, kumman — ennusteen vaiko direktiivin — hän tahtoo esittää. Taval-

[78] Ks. *Ross,* Om ret og retfærdighed s. 60.

[79] Ross nimittää tätä seikkaa kaikkien sosiaalitieteiden paradoksiksi. Ks. Om ret og retfærdighed s. 63 ja Videnskab og politik i juridisk doktrin s. 256.

lisesti tutkija ei tietoisesti johda tuloksiaan sen paremmin tuomarikunnassa vallitsevien asenteiden kuin omien yksityisten asenteidenkaan pohjalta, vaan perustaa johtopäätöksensä kulttuuritaustaan, joka on kaikille paljolti yhteinen. Tällöin ennuste ja suosite ikäänkuin sulautuvat yhteen. Johtopäätös on ennuste, koska se perustuu arvostuksille, joiden voidaan olettaa olevan ratkaisutilanteessa tehokkaita. Toisaalta se on suosite ilmaistessaan ratkaisuvaihtoehdon, jota tutkija itse pitää parhaana. Mikäli yhteinen kulttuuritausta ohjaa tutkijaa, on hänen tulostensa kannalta vähämerkityksellistä, näkeekö hän tehtävänsä teoreettisena vaiko praktisena. Hänen esittämiensä tuloslauseitten propositionaalinen sisältö ei tällöin riipu siitä, pyrkiikö hän lausumaan direktiivin vaiko ennusteen.[80]

Tällaisilla perusteilla Ross päättelee, että oikeustiedettä ja oikeuspolitiikkaa ei edes periaatteessa voida tarkoin erottaa toisistaan.[81] Tästä ei hänen mukaansa kuitenkaan seuraa, että olisi legitiimiä kytkeä tiedettä ja politiikka toisiinsa millä tavoin tahansa. Erityisesti hän vastustaa sitä, että tutkijan tuloskannanottoon sisältyvät arvostukset piilotetaan juridisten päättelysääntöjen[82] avulla, jotta tuloksen hyväksyttävyys lisääntyisi. Leimallista hyvälle juridiselle metodille ei hänen mukaansa ole niinkään se, esittääkö tutkija johtopäätöksensä subjektiivisena neuvona vaiko tosiasioita koskevana väitteenä. Tärkeämpää on, että hän selvästi oivaltaa ja tuo esiin tulostensa epävarmuuden. Usein saattaa olla parempi, ettei niitä luonnehdita voimassaolevaksi oikeudeksi, vaan ymmärretään ne vain tuomareille annetuiksi neuvoiksi ja suosituksiksi.

Oikeustieteen ja oikeuspolitiikan suhteeseen Ross palaa uudelleen teoksensa lopussa. Näiden alueiden välinen rajaviiva, joka edellä sanotun mukaan uhkaa jo hävitä, kirkastuu jossakin määrin uudelleen. Hänen perusajatuksenaan säilyy, ettei arvostaminen ja suosittaminen kuulu tieteen tehtäviin. Tieteen tehtävänä on hankkia systemaattista ja koeteltavaa tietoa alueeltaan. Kaikki tieto on luonteeltaan teoreettista. Tieteen nimissä ei voida esittää, miten asioiden tulee olla.

Käytännöllisen tiedon mahdottomuudesta ei Rossin mukaan kuitenkaan seu-

---

[80] *Ross,* Om ret og retfærdighed s. 62. Vrt. myös mitä *Aarnio* on todennut luonnehtiessaan juridisia ennusteita pseudoennusteiksi (On Legal Reasoning s. 262—263 ja The Rational as Reasonable s. 172—173) tai kvasiennusteiksi (Tuomioistuinratkaisujen ennustamisesta s. 261). Aarnio on esittänyt ajatuksensa Rossin teoriaan suunnattuna kritiikkinä. Nähdäkseni ei Rossin ja Aarnion näkemysten välillä kuitenkaan tässä kohdin ole kovin suurta eroa.

[81] Om ret og retfærdighed s. 63.

[82] Tällaisia ovat esim. analogiapäätelmä, argumentum e contrario -päätelmä ja argumentum a majorem ad minori.

raa, että arvostukset tulisi tai että ne edes voitaisiin täysin eliminoida tieteestä. Täysin arvovapaa tiede olisi pelkkää valikoimatonta tietojen keräilyä. Sen hyödyllisyys tärkeinä pidettyjen ongelmien ratkaisemisessa jäisi tällöin vähäiseksi. Jotta tieteellä olisi operatiivista relevanssia, arvostusten ja intressien tulee ohjata *tutkimusongelmien valintaa.*[83]

Ross pitää ihanteena sitä, että tutkija syrjäyttäisi omat persoonalliset arvostuksensa ja käyttäisi lähtökohtana oman yhteisönsä arvostuksia. Oikeustieteeseen sovellettuna tämä tarkoittaa sitä, että tutkijoiden tulisi ensiksi tutkia niitä asenteita ja tavoitteita, jotka tosiasiassa ovat vallitsevia ''indenfor indflydelsesrige socialgrupper''. Sosiaaliteknikoiden tavoin heidän tulisi asettaa tietonsa käytettäväksi annettujen tavoitteiden hyväksi ottamatta näihin tavoitteisiin kantaa.[84]

Ross myöntää kuitenkin, että ideaalista joudutaan käytännössä tinkimään. Sosiaalitekniikka ei voi tukeutua niin selkeisiin ja yhtenäisiin tavoitteisiin kuin luonnontieteellinen tekniikka. Poliittiset tavoitteet ovat paitsi epäyhtenäisiä, usein myös epämääräisiä, jäsentymättömiä ja puutteelliseen tosiasiatietoon perustuvia. Tämän vuoksi tutkija joutuu usein täsmentämään niitä tai jopa *muuttamaan* tavoitteita sillä perusteella, että valtaa pitävät olisivat muuttaneet tavoitteitaan, jos heillä olisi ollut adekvaatimpi todellisuuskäsitys. Käytännössä tämä työ on siinä määrin monimutkaista, että persoonallisten kannanottojen mukaantuloa ei useinkaan voida välttää. Tutkijan omien arvostusten vaikutus tutkimusongelman valinnassa on siten näissä rajoissa hyväksyttävä välttämättömänä pahana.[85]

Ongelman valinta ei kuitenkaan ole ainoa vaihe, jossa persoonalliset arvostukset tulevat mukaan tieteeseen. Yhteiskuntatieteellinen tutkimus usein päättyy — ja Rossin mukaan myös saa päättyä — sellaisten toimintasuositusten esittämiseen, jotka eivät perustu pelkästään vallitseviin arvostuksiin eivätkä ole luonteeltaan puhtaasti hypoteettisia. Tässä kohden tekniset luonnontieteet ja yhteiskuntatekniikka eroavat toisistaan. Eroavuus johtuu Rossin mukaan siitä, että viimeksi mainittu ei luonnontieteellisen sisarensa tavoin voi juurikaan antaa yksiselitteisiä toimintaohjeita tietyn tavoitteen saavuttamiseksi. Toisin kuin teknistä ongelmaa yhteiskunnallista ongelmaa ei voida eristää kokonaistilanteesta, jossa toimintaohjeen noudattaminen tulisi vaikuttamaan. Toimintaohjetta on aina punnittava paitsi suhteessa tavoitteeseen, myös suhtees-

[83] *Ross,* Om ret og retfærdighed s. 409.

[84] Tähän seikkaan perustuvasta kritiikistä ks. *Stuer Lauridsen,* Studier i retspolitisk argumentation s. 635. Ks. myös s. 2—3. Rossin vastauksesta ks. En traditionstro billedstormer s. 233—235.

[85] *Ross,* Om ret og retfærdighed s. 411—412 ja 425.

sa ohjeen noudattamisen sivuvaikutuksiin.[86] Toimintaohjeen valinta vaatii tällöin lukuisien, eri suuntiin vaikuttavien tekijöiden punnintaa ja yhteensovittamista, mikä voi tapahtua ainoastaan tekemällä päätös, jota ei loppuun asti voida perustella.[87] Näissä oloissa ei ole mitään syytä kieltää sitä, että tutkija itse suorittaa tämän ''irrationaalisen hyppäyksen'', ja tarjoaa tuloksen käytäntöä varten annettuna neuvona, suosituksena tai opastuksena. Usein tämä on Rossin mukaan perusteltua ja jopa toivottavaa senkin tähden, että hänellä on asiaa tutkittuaan paras tuntemus ratkaisun kannalta relevanteista tosiseikoista.[88]

Arvoteoreettisesta nonkognitivismista seuraava metodinen johtopäätös ei siten ole arvostusten poistaminen tutkimuksesta, vaan pienempi korjaus riittää. On vaadittava, että tutkija mahdollisimman tarkoin tekee tulosten käyttäjille selväksi, milloin hänen tuloksensa perustuvat arvovapaan tutkimuksen tuloksiin ja milloin ne puolestaan nojautuvat premisseihin, joiden joukossa on arvokannanottoja. Tämä koskee sekä varsinaista oikeuspolitiikkaa de lege ferenda että oikeuspolitiikkaa *de sententia ferenda,* jota lainopissa harjoitetaan antamalla tulkintasuosituksia.

Näistä syistä Ross pitää erehdyksenä oikeustieteessä aina toisinaan esiin pulpahtavaa näkemystä, jonka mukaan tieteestä on kitkettävä kaikki arvo- ja normi-ilmaisut ja tyydyttävä kuvaamaan, miten lainsäätäjät ja tuomioistuimet faktisesti toimivat. Näin vaadittaessa sekoitetaan Rossin mukaan toisiinsa tiede ideana ja tiede ammattina. Tieteen ideaa ei Rossin mukaan loukkaa se, että tiedettä ammattina harjoittavat tekevät samalla kertaa sekä tiedettä että politiikkaa (termin edellä täsmennetyssä merkityksessä), kunhan niiden välinen raja pidetään mahdollisimman selvänä.[89]

---

[86] Esimerkiksi rahapolitiikan kiristäminen saattaa vähentää inflaatiota, mutta lisää samalla työttömyyttä. Ei-toivotun sivuvaikutuksen huomioon ottaminen monimutkaistaa päätöksentekoa olennaisesti. — Ross näyttää ajattelevan, että luonnontieteellisen tekniikan ei juurikaan tarvitsisi ottaa sivuvaikutuksia huomioon. Käsitys on nähdäkseni virheellinen tai ainakin vanhentunut. Ajateltakoon esimerkiksi ympäristön pilaantumista, jonka ehkäiseminen saattaa edellyttää sellaisen ratkaisun hylkäämistä, joka toivotun teknologisen tavoitteen kannalta olisi paras. Ero, jonka Ross näkee periaatteellisena, näyttäisi siten olevan enintään aste-ero. — Rossin social engineering ohjelmaan sisältyy kiintoisia poliittisia implikaatioita, joihin ei tässä yhteydessä ole mahdollista syventyä.

[87] Rossin argumentaatio ei tässä kohden ole nähdäkseni täysin vakuuttavaa. Samalla tavalla kuin (periaatteessa) voidaan selvittää tavoitteet ''indenfor indflydelsesrige socialgrupper'', voidaan periaatteessa selvittää myös tavoitteiden hierarkia. Kun se on selvillä, sosiaaliteknikko voi tehdä päätöksen ottamatta mukaan omia arvostuksiaan.

[88] Tämä käsitys on de facto sama kuin Lundstedtilla. ks. *Ross,* Om ret retfærdighed s. 413.

[89] *Ross,* Om ret og retfærdighed s. 431. Ks. myös TfR 1952 s. 526—527.

Havaitsemme, että *Gunnar Myrdalin* käsitykset ovat tulleet hyväksytyiksi myös Rossin ajattelussa.[90] Hänen tieteenkäsityksensä on kaksijakoinen aivan *Hägerströmin, Olivecronan* ja *Lundstedtin* tavoin. Arvotietoinen tutkimusote oli skandinaavisen oikeusrealismin leimallisia piirteitä.

Jos Alf Rossin viimeksi selostettuja ajatuksia verrataan hänen varhaisempiin näkemyksiinsä, havaitaan näkökantojen selvää kypsymistä. Nuoren Rossin ajattelua vaivasi jännite, joka johtui siitä, että lainoppi nähtiin toisaalta empiristisenä sosiaaliteoriana ja toisaalta dogmatiikkana, joka johtaa tuloksensa oikeuslähteistä. Nyt tämä jännite on kadonnut. Uuden näkemyksen mukaan lainoppi ei ole puhtaasti dogmatiikkaa eikä myöskään puhtaasti empirististä sosiaaliteoriaa. Se on hermeneuttista tiedettä, jossa hypoteesien tuottaminen ja osin myös testaaminen tapahtuu oikeusdogmaattisesti. Testin tärkein vaihe on kuitenkin siinä, voidaanko muodostetun sääntöhypoteesin avulla ymmärtää tuomarien toimintaa.

Myös lainopin muuttuminen tulee uuden teorian valossa ymmärretyksi. Tutkija, joka käyttää oikeuslähteitä aiemmasta poikkeavin tavoin, tekee oikeuspolitiikkaa joko de lege ferenda tai de sententia ferenda -merkityksessä. Tarkasteltaessa Rossin omaa lainopillista metodia, voidaan sanoa, että se erosi oikeuskäytännölle ja reaalisille argumenteille annetun suuren painon johdosta ainakin osaksi aikansa tanskalaisesta tutkimustraditiosta.[91] Tätä ei kuitenkaan Rossin teorian valossa voitane ymmärtää niin, että Ross olisi tehnyt oikeuspolitiikkaa (de sententia ferenda). On muistettava että lainopin tieteellisten hypoteesien tuottamismenetelmä oli *tuomarien* käyttämien oikeuslähdeperiaatteiden soveltaminen tutkimusongelmaan. Tuomarien oikeuslähteiden joukossa — näin Rossia täytynee tulkita — ennakkotapaukset ja reaaliset näkökohdat olivat jo vanhastaan olleet keskeisiä. Käsitelainopilliset päättelyperiaatteet sitä vastoin edustivat tuomarintyöstä vieraantunutta oppineitten oikeutta.[92] Asiaa tässä valossa tarkasteltaessa oikeuskäytännön ja reaalisten argumenttien merkityksen lisääntyminen näyttäytyy muutoksena kohden *tieteellistä* lainoppia.

---

[90] Rossin suhtautumisesta Myrdalin arvopremissiteoriaan ks. Om ret og retfærdighed s. 408—409. Ks. myös En traditionstro billedstormer s. 233.

[91] Tässä yhteydessä on kuitenkin huomautettava siitä, että konstruktiivinen juridiikka ei saanut Tanskassa koskaan samanlaista kannatusta kuin Suomessa. Tanskalainen traditio lienee ollut meikäläistä rikkonaisempi. Käsitelainoppineiden ohella esiintyi merkittävässä määrin ørstedtiläisen perinteen jatkajia. Myös intressilainoppiin ja vapaaoikeuskoulun ajatuksiin tunnettiin kiinnostusta. Ks. tästä esim. *Dalberg-Larsen,* The Influence of Social Science on the Dogmatics of Private Law in Denmark und Norway in the Period after 1900 s. 260—265.

[92] Ks. *Ross,* En traditionstro billedstormer s. 232.

7. KNUD ILLUMIN NÄKEMYS OIKEUSTIETEEN KOHTEESTA JA METODISTA

Tarkasteltaessa skandinaavisen realismin tapaa ymmärtää oikeustieteen tutkimuskohde ja metodi on syytä kiinnittää huomiota myös tanskalaisen *Knud Illumin* käsityksiin. Illum teki varsinaisen elämäntyönsä siviili- ja työoikeuden tutkijana. Hänen oikeusteoreettiset näkemyksensä ovat päätyön ohessa syntyneitä mietelmiä. Luonnosmaisuudestaan huolimatta niitä voidaan pitää koulukunnan tieteenkuvan artikulaationa. Ne edustavat erästä, koulukunnan ontologian ja arvoteorian valossa mahdollista kehitysvaihtoehtoa.

Muiden edellä käsiteltyjen tutkijoiden tavoin Illum hylkää tahtoteoriat, ja torjuu ajatuksen, että voimassaoleva oikeussääntö voitaisiin erottaa muista säännöistä ensiksi mainittuun liittyvän objektiivisen predikaatin, sitovuuden, avulla. Toisaalta oikeusjärjestystä kuitenkin *pidetään* sitovana järjestyksenä, mitä seikkaa ei voida hänen mukaansa jättää huomiotta, kun hahmotellaan oikeussäännön voimassaolon käsitemääritelmää. Oikeusjärjestyksen sitovuus on siten tulkittava uudella, filosofisesti kestävällä tavalla.

Alf Rossin antamaa mallia seuraten Illum ratkaisee ongelman psykologisoimalla sitovuuden käsitteen. Hän esittää, että oikeussääntöjen sitovuus ei ole säännöissä itsessään, vaan se on kansalaisten mielissä.[1] Sitovuus redusoituu toisin sanoen sitovuuden tunteeksi, jolla Illum näyttää Rossiin liittyen tarkoittavan epäitsekästä käyttäytymisasennetta.

Tekemäänsä redusointia hyödyntäen Illum rakentaa voimassaolevan oikeussäännön käsitemääritelmän. Sen mukaan oikeussäännön voimassaolon keskeinen käsitetunnusmerkki on, että *yleinen oikeuskäsitys* säännön hyväksyy. Nähdäksemme, onko oikeussääntö voimassa, meidän on tarkasteltava, miten yleinen oikeuskäsitys siihen suhtautuu. Lain säännökset, kuten muidenkin oikeuslähteiden perusteella muodostetut säännöt ovat hänen mukaansa ainoastaan eräänlaista oikeuden raakamateriaalia, jonka muuttuminen oikeudeksi riippuu yleisen oikeuskäsityksen suhtautumisesta.[2]

Voimassaolevan oikeussäännön käsitemääritelmäksi ymmärrettynä edellä sanottu on sikäli puutteellinen, että siinä ei lainkaan tuoda esiin spesifisiä tunnusmerkkejä, joiden nojalla oikeussäännöt voidaan erottaa muista päteviksi koetuista säännöistä, kuten moraalisäännöistä. Illum näyttää havaitsevan tä-

[1] "Gyldigheden for mig selv ligger kun i mit eget Sind, ikke i Regelen som en Egenskab ved denne". Lov og Ret s. 52. Ks. myös m.t. s. 150 "...at Rettens Forskrifter ikke har Gyldighed for Mennesker, men i Mennesker".

[2] Ks. *Illum,* Lov og Ret s. 53—60.

män puutteen, mutta ei kykene sitä tyydyttävästi poistamaan.[3] Hän tarkastelee mahdollisuutta pitää oikeussääntöihin liittyvää organisoitua pakkoa niiden spesifisenä tunnusmerkkinä, mutta — toisin kuin Ross — hylkää ajatuksen, koska käsitemääritelmä sulkisi tällöin piiristään eräät oikeussääntöinä pidetyt sanktiottomat säännökset. Pakko ei siten kuulu oikeussäännön käsitemääritelmään.[4] Toisaalta hän ei löydä muutakaan spesifistä tunnusmerkkiä, vaan tyytyy ainoastaan tuomaan esiin mahdollisuuden erottaa oikeusnormit muista normeista sillä perusteella, että niillä on läheinen liityntä valtio-organisaatioon.[5] Tällä hän tarkoittanee lähinnä sitä, että oikeuskäsitysten tausta on oikeuslähteissä, joita on rajallinen määrä, kun taas moraalin alkulähteet ovat paljon moninaisemmat. Tämä ero kuitenkin hämärtyy, kun Illum toisaalta katsoo, että oikeuden ja moraalin välillä vallitsee läheinen ja kumpaankin suuntaan käyvä vaikutusyhteys.[6] Varsinaiseen käsitemääritelmään Illum ei siten yltänyt. Hänen keskeiseksi sanomakseen jäi yleisen oikeuskäsityksen hyväksynnän merkityksen korostaminen oikeussäännön voimassaolon välttämättömänä edellytyksenä.

Yleisellä oikeuskäsityksellä Illum tarkoittaa kuitenkin aivan muuta kuin saattaisi ajatella. Hän ei suinkaan pidä silmällä kaikkien kansalaisten tai edes kansalaisten enemmistön käsityksiä, vaan henkilöjoukko, jossa yleinen oikeuskäsitys elää, on paljon suppeampi. Lyhyesti sanottuna hän tarkoittaa alan *asiantuntijoiden oikeuskäsityksiä.* Säännöksen voimassaolon kannalta on ratkaiseva *''den almindelige Retsopfattelse inden for de kyndiges Kreds''.*[7] Maallikkojen ja jopa useimpien juristienkin oikeuskäsitykset ovat hänen mukaansa siinä määrin epäyhtenäisiä, sisällöltään köyhiä ja heikkotasoisia, ettei niille voida yleensä antaa merkitystä.[8]

Oikeutta konstituoivan henkilöjoukon kokoonpano vaihtelee kuitenkin kysymyksestä riippuen. Esimerkiksi kalastuslakia koskevissa kysymyksissä voi-

[3] Ks. *Illum,* Lov og Ret s. 60.

[4] Illum toki myöntää pakon käyttämisellä olevan merkitystä voimassaolevan oikeuden kannalta. Nuoren Rossin ajatuksiin liittyen hän toteaa, että sanktiointi edistää sääntöjen noudattamista ensinnäkin synnyttämällä pelkoa (itsekkään käyttäytymisasenteen) ja toisaalta synnyttämällä ja ylläpitämällä epäitsekästä käyttäytymisasennetta, sitovuuden tunnetta. Pakon käyttäminen on toisin sanoen oikeussäännön voimassaoloon kausaalisesti vaikuttava tekijä, mutta ei ole voimassaolon käsitetunnusmerkki. Ks. Lov og Ret s. 61.

[5] *Illum,* Lov og Ret s. 62—63.

[6] *Illum,* Lov og Ret s. 73 ja 84. Hankaluuksista, joita oikeuden ja moraalin käsitteelliseen erottamiseen toisistaan Illumin konseptiossa liittyy, ks. myös *Geiger,* Retsreglers gyldighed og den såkaldte retsbevidsthed s. 382—383.

[7] *Illum,* Lov og Ret s. 118.

[8] *Illum,* Lov og Ret s. 54—55 ks. myös s. 160.

daan yleinen oikeuskäsitys Illumin mukaan löytää kalastusväestön keskuudesta. On olemassa sellaisiakin sääntelyn alueita, kuten avioerolainsäädäntö, joissa kansalaisten enemmistön käsityksillä on merkitystä. Keskeisen aseman Illum antaa kuitenkin sellaisille ammattijuristeille, joilla ammattinsa vuoksi on systemaattinen kokonaiskuva oikeusjärjestyksestä ja jotka sen lisäksi hallitsevat oman spesiaalialansa erityiskysymyksiä.

Säännön ''tunnistaminen'' tai hyväksyminen oikeussäännöksi muistuttaa Illumin konseptiossa läheisesti tapaa, jolla esimerkiksi maalaus, veistos tai sävellys tunnistetaan taiteeksi. Samalla tavoin kuin vain taiteen traditioon ja perusarvoihin, sen ''henkeen'' perehtynyt asiantuntijaryhmä voi ratkaista, onko syntynyt teos (todellista) taidetta, voi ainoastaan kansan oikeuskulttuuriin syvällisesti perehtynyt eliittiryhmä ratkaista, mikä on voimassaolevaa oikeutta. Kohdat, joissa Illum havainnollistaa esitystään taiteesta otetuin analogioin, ovat lukuisat.[9]

Kun Illumin teoriaa tarkastellaan realistisen tradition muodostamaa taustaa vasten, voidaan sanoa, että se oli yritys ratkaista dualimi, jota nuori Ross piti oikeudellisille peruskäsitteille leimallisena. Voimassaoleva oikeus oli Illumin teorian mukaan reaalinen ilmiö, koska se koostui käyttäytymisasenteista. Tästä huolimatta se oli samalla myös yhtenäinen, oikea ja rationaalinen asioiden järjestys. Viimeksi mainitusta oli takeena se, että asenteenkantajien piiri oli valittu kyllin suppeaksi ja vaativia kriteereitä käyttäen.

Voidaanko Illumin ratkaisua pitää onnistuneena riippuu nähdäkseni siitä, voidaanko asiantuntijat, joissa oikeus elää, erottaa objektiivisin kriteerein niistä, joiden asenteilla ei ole oikeutta konstituoivaa merkitystä. Tähän kysymykseen Illum ei vastaa. Mikäli vastaus on kieltävä, oikeus muuttuu arvokäsitteeksi samalla tavoin kuin 'taide', jota usein käytetään tarkoittamaan nimenomaan ''aitoa'', ''todellista'' ja hyvää taidetta. *Geiger,* joka lyhyesti tarkastelee Illumin teoriaa, näyttää päätyvän viimeksimainitulle kannalle. 'Yleinen oikeuskäsitys' siinä mielessä kuin Illum sitä käyttää, ei hänen tulkintansa mukaan ole empiirinen käsite.[10]

Illumin teoriaa on epäilemättä helppo kritisoida. Jos ajattelemme sen poliittisia implikaatioita, voidaan sanoa, että siinä on selkeästi epädemokraattinen ja elitistinen sävy. *Ross,* joka oli tunnettu pistävästä kynästään, totesi teorian johtavan siihen absurditeettiin, että voimassaolevan oikeuden sisällön sel-

---

[9] Ks. Lov og Ret esim. s. 35—36, 154 ja 168—169.

[10] Ks. *Geiger,* Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts s. 325—332 ja *sama,* Retsreglers gyldighed og den såkaldte retsbevidsthed s. 387—388 ja 400.

vittämiseksi joudutaan suorittamaan galluptutkimuksia oikeustieteen professorien keskuudessa.[11]

Toisaalta teorialla on myös vahvat puolensa. Ajatus, että oikeuden ontologia on samanlainen kuin taiteen ontologia, avaa kiintoisan näkökulman oikeuteen kulttuuri-ilmiönä. Oikeudellisen totuuden näkeminen yhteisöllisenä konsensuksena auttaa luontevasti ymmärtämään eräitä lainopin tyypillisyyksiä, kuten auktoriteettien mielipiteille osoitetun suuren huomion. Ajatus, että pääsy oikeutta konstituoivaan eliittiin riippuu asianomaisen oikeudellisen *tiedon* syvyydestä eikä — kuten Rossin teoriassa — *vallasta* soveltaa hyväksymiään sääntöjä, vastaa eräitä oikeuteen liittyviä intuitioita.

Ajatus oikeuden ja taiteiden ontologian rinnasteisuudesta näkyy myös Illumin tavassa ymmärtää oikeustieteen tehtävä ja metodi. Illum ei pidä oikeustieteen keskeisenä tehtävänä sen selvittämistä, mitkä säännöt kuuluvat voimassaolevaan oikeuteen. Tämä kysymys, joka hänen konseptiossaan on samansisältöinen kuin ''Mitkä säännöt relevantissa auditoriossa koetaan sitoviksi?'', kuuluu hänen mukaansa pikemminkin oikeussosiologian tehtäväkenttään.[12] Illumin näkemys voitaneen tiivistää sanomalla, että oikeustieteen keskeisenä tehtävänä on oikeuden ''luova löytäminen'' so. sellaisten argumentoitujen ehdotusten esiin heittäminen, joiden mahdollisuus tulla hyväksytyksi oikeusyhteisössä on suuri. Samalla tavoin kuin taitelija alansa perinnettä ja kirjoittamattomia konventioita luovasti hyödyntäen luo taidetta, samalla tavoin oikeustieteilijä maansa oikeuskulttuurin perinnettä hyödyntäen luo oikeutta.

Juuri sanottu määrää Illumin kantaa myös oikeustieteen arvovapauden ongelmaan. Sen mukaan oikeustieteilijä saa ja hänen tuleekin esittää arvostuksiin perustuvia tuloksia samalla tavoin kuin taiteessa esitetään tuloksia, jotka perustuvat alalla vaikuttaviin esteettisiin arvoihin. Arvopremissit eivät kuitenkaan saa olla tutkijan omia, vaan niiden täytyy olla oikeusjärjestyksen yleisiä arvoja. Oikeuden tulee ikäänkuin puhua tutkijansa kautta. Tutkija ei sanan varsinaisessa mielessä ole oikeuden luoja, vaan pikemminkin välittäjä. Parhaiten hän on tehtävässään onnistunut silloin, kun tutkimukselta apua kaipaava lukija tuntee, että kirjoittaja on pukenut sanoiksi hänen omat, vailla selkeää hahmoa olevat käsityksensä, ikäänkuin avannut lukkiintuneen ajatuksen.[13]

[11] *Ross,* Om ret og retfærdighed s. 87—88. Huomattakoon, että Illum itse näkee oikeustieteen tehtävän aivan toisin.

[12] Lov og Ret s. 151.

[13] Ks. Lov og Ret s. 155—162 ja 168—169. Sanottu koskee ilmeisesti sekä lainopin systematisoivaa ja käsitteitä muodostavaa että normikannanottoja luovaa tehtävää. Esimerkkeinä menetelmää onnistuneesti soveltaneista tutkijoista Illum mainitsee Henry Ussingin, Julius Lassenin ja Alménin. Tämä paljastaa huomattavan näkemyseroavuuden Lundstedtiin

Voidaan havaita, että Illumin ajatus sisältää painotuksia, jotka läheisesti muistuttavat historiallisen koulukunnan käsityksiä. Lainoppineen kutsumus nähdään molemmissa samalla tavoin oikeuden ''korkeakulttuuria'' edustavan tradition viljelynä. Sitä vastoin metodisessa suhteessa hän edustaa skandinaaviselle realismille sangen tyypillistä linjaa. Lainoppi säilyy oikeuslähteille rakentavana praktisena argumentaationa. Arvopremissien käyttö on päättelyssä sallittua, kunhan ne edustavat oikeusjärjestystä kannattavia yleisiä arvoja.

Selvemmin Illum eroaa koulukuntatovereistaan siinä, että hän ei näe *Myrdalin* arvotietoisella tutkimusotteella olevan oikeustieteessä sanottavaa merkitystä, koska puhtaasti deskriptiivistä juridiikkaa ei voi olla olemassa.[14]

Juridiikan aito tehtävä on siten argumentoitujen, oikeusjärjestyksen yleisille arvoille perustuvien ratkaisuehdotusten antaminen. Kun oikeustieteen harjoittaja näyttäytyi Alf Rossin tieteenkuvassa sivullisena tarkkailija, hänellä on Illumin tieteenkuvassa aktiivinen rooli oikeuskulttuurin sanansaattajana ja kehittäjänä. Lainoppi näyttäisi olevan perusluonteeltaan rationaalista tiedettä, joka johtaa vastauksensa traditiosta. Traditio ei hänen mukaansa kuitenkaan ilmene tuomarinideologiana. Se ei myöskään ole kokoelma dogmeja, vaan se on oikeuskulttuurin kärkijoukossa elävä oikeustietoisuus, joka on avoin muutoksille.

Illum asettaa juridiselle argumentaatiolle joitakin yleisiä vaatimuksia. Tutkijan tulee ensin selvittää käytettävissä olevat ratkaisuvaihtoehdot ja niiden seuraukset. Tehtyään valintansa hänen tulee perustella se ''yleiseltä'' oikeudelliselta kannalta''. Jotta tulos olisi tiedettä eikä propagandaa, tutkijan on ilmaistava myös ratkaisua vastaan puhuvat seikat.[15] Vaatimukset ovat kovin yleisluontoisia, mutta niissä voidaan kuitenkin nähdä pyrkimys avoimeen, teleologiseen argumentointiin.

---

verrattuna. Lundstedt löysi po. tutkijoiden töistä lukuisia esimerkkejä hylkäämänsä, osapuoli-intressejä punnitsevan ''oikeudenmukaisuusmetodin'' käyttämisestä.

[14] Ks. Lov og Ret s. 156.

[15] Lov og Ret s. 167—170.

IV. SUBJEKTIIVISTEN OIKEUKSIEN JA OIKEUSASEMIEN ANALYYSI

1. YLEISTÄ

Tässä jaksossa tarkastellaan skandinaavisen realismin edustajien suorittamia subjektiivisten oikeuksien ja oikeusasemien analyysejä. Ne muodostivat koulukunnan työkentän toisen pääsektorin. Käsiteltävä teema liittyy juridisten peruskäsitteiden yleiseen problematiikkaan. Keskustelu ei kuitenkaan käytännössä edennyt subjektiivisten oikeuksien ja velvollisuuksien tarkastelua juuri pitemmälle. Tämä lienee johtunut siitä, että jo mainitut käsitteet osoittautuivat erittäin ongelmallisiksi, ja muodostivat riittävän haasteen tutkijoilleen.

Tutkimuksen lähtökohta oli sama kuin objektiivisen oikeuden analyysissä, epäily oikeustieteen metafyysisyydestä. Keskustelun siirtäminen objektiivisesta oikeudesta subjektiivisiin oikeuksiin merkitsee ainoastaan näkökulman vaihdosta, oikeusjärjestyksen tarkastelua oikeussubjektien kannalta.[1] Tapa, jolla ymmärrämme oikeusjärjestyksen, vaikuttaa tästä syystä välittömästi subjektiivisia oikeuksia koskevien väitteiden tulkintaan. Mikäli oikeustieteen tutkimuskohde ymmärretään jossakin traditiossa — esimerkiksi lakipositivismissa — tavalla, jota skandinaavisen realismin ontologian valossa on pidettävä metafyysisenä, on todennäköistä, että myös samassa traditiossa esitetyille, subjektiivisia oikeuksia koskeville väitteille joudutaan antamaan sama tuomio. Epäilys tästä oli käsitykseni mukaan se hypoteesi, jonka paikkansapitävyyden tarkistamisesta subjektiivisten oikeuksien analyysi sai alkunsa.

Tarkasteltaessa subjektiivisiin oikeuksiin liittyviä oikeusteoreettisia ongelmia voidaan erottaa toisistaan lukuisia eri kysymyksiä. Ainakin seuraavat kysymyksenasettelut ovat — täydellisyyteen pyrkimättä — mahdollisia:

---

[1] Näin ymmärtää subjektiivisen ja objektiivisen oikeuden suhteen myös *Ross,* Virkelighed og Gyldighed i Retslæren s. 168.

(1) Mitä subjektiiviset oikeudet ovat?
(2) Mihin asiantilaan subjektiivisia oikeuksia nimeävät termit viittaavat juridisessa kielenkäytössä?
(3) Mihin asiantilaan subjektiivisia oikeuksia koskevat väitteet viittaavat juridisessa kielenkäytössä?
(4) Mitä kielenkäyttäjillä on mielessään, kun he esittävät subjektiivisia oikeuksia koskevia väittämiä?
(5) Mitä kielenkäyttäjät kuvittelevat subjektiivisia oikeuksia nimeävien termien tarkoittavan?
(6) Millaisia käsitemääritelmiä subjektiivisista oikeuksista on esitetty oikeustieteellisessä kirjallisuudessa?
(7) Vastaavatko oikeuskirjallisuudessa esitetyt käsitemääritelmät aktuaalista juridista kielenkäyttöä?
(8) Ovatko oikeuskirjallisuudessa esitetyt käsitemääritelmät tieteenteoreettisesti korrekteja ja lainopillisesti käyttökelpoisia?
(9) Miten subjektiiviset oikeudet pitäisi määritellä, jotta käsitemääritelmät ovat tieteenteoreettisesti korrekteja ja lainopillisesti käyttökelpoisia?
(10) Miten subjektiivisia oikeuksia koskevat väittämät voivat toteuttaa funktiotaan, vaikka subjektiiviset oikeudet ovat metafysiikkaa?

Kysymystä (1) kenties lukuunottamatta skandinaavisen realismin edustajien kirjoituksista voidaan löytää vastauksia kaikkiin näihin kysymyksiin. Monet heistä, etenkin *Ross, Olivecrona* ja omalla tavallaan myös *Lundstedt,* olivat kiinnostuneita alansa oppihistoriasta, ja tarkastelivat laajasti kysymyksiä (6)—(8). Koulukunnan perusongelma on nähdäkseni kuitenkin muotoiltu kysymyksessä (3). Sen pontimena oli havainto, että oikeudellisessa kielenkäytössä esiintyy huomattavassa määrin lauseita, jotka ilmiasultaan ovat subjektiivisten oikeuksien tai velvollisuuksien olemassaoloa koskevia arvostelmia. Näiden lauseiden merkityksen selvittämisen koulukunta otti tavoitteekseen.[2] Hägerströmin merkityksen teoriasta kuitenkin seurasi, että ongelma (3) saatettiin tulkita ongelmaksi (4). Etenkin *Hägerströmin* ja *Olivecronan* töissä semanttinen kysymys 'mitä merkitsee?' muuttui mentaalianalyyttiseksi, ja kuului 'mitä kielenkäyttäjillä on mielessään . . .?'.

Kun po. kysymykseen oli vastattu, ja epäilys lauseen metafyysisyydestä saanut vahvistuksen,[3] syntyi monelle tutkijalle halu pelastaa oikeustiede määrit-

[2] Toisinaan, kuten jäljempänä havaitsemme, tutkimuksen ongelmana oli (3):n asemesta kysymys (2).

[3] Tämä tulos oli yleinen, mutta ei yksinomainen. Kuten jäljempänä näemme, eräät tutkijat päätyivät siihen, ettei oikeustieteen tavassa käyttää subjektiivisiin oikeuksiin viittaavia lauseita ollut tieteenteorian kannalta huomauttamista.

telemällä subjektiivisia oikeuksia nimeävät käsitteet uudelleen. Kysymyksenasettelu oli tällöin muotoa (9). Kaikki eivät kuitenkaan menetelleet näin. Osa tutkijoista — erityisesti Olivecrona — katsoi, että mainitut lauseet toteuttavat aivan hyvin funktiotaan, vaikka subjektiiviset oikeudet ovatkin metafysiikkaa. Ongelmaksi muodostui tällöin tämän hämmentävän asiantilan selittäminen, ja kysymyksenasettelu sai muodon (10).

Tässä luvussa tarkastellaan lähinnä kysymyksiä (2)—(4) ja (9)—(10). Koulukunnan jäsenten oppihistorialliset tarkastelut jätetään pääosin syrjään. Esitystä ei kuitenkaan jäsennetä näiden kysymyksenasettelujen mukaisesti. Systemaattisen jäsennöksen asemesta on parempana pidetty historiallista. Luvussa 2 tutkitaan siten analyysejä, jotka välittömästi perustuvat Hägerströmin ajatuksiin ja niiden kehittämiseen. Luvussa 3 tarkastellaan puolestaan tutkimuksia, joissa analyysiä kehitetään tulkitsemalla subjektiivisia oikeuksia nimeävät käsitteet relaatiokäsitteiksi. Luvussa 4 tarkastellaan analyysejä, joissa on hylätty Hägerströmin psykologisoiva merkityksen teoria, ja ymmärretty lauseen merkitys loogisen empirismin tapaan lauseen verifikaatiometodina. Jakson päättää 5. luku, jossa lyhyesti arvioidaan eri tutkijoiden saavuttamia tuloksia, ja verrataan, millaiseen lainopin muuttumiseen eri analyysien ja niiden pohjalta muodostettujen normatiivisten käsitemääritelmien omaksuminen johtaisi.

2. SUBJEKTIIVISET OIKEUDET — MYSTISTÄ VALTAA

2.1. Hägerströmin analyysi

2.1.1. Myös subjektiivisia oikeuksia koskevan keskustelun avasi *Hägerström.* Aihetta koskevia pohdintoja esiintyy jo hänen 1910-luvulla pitämissään luennoissa.[1] Suuremman lukijakunnan ulottuville ne tulivat kuitenkin vasta vuonna 1927, jolloin ne viimeisteltyinä ja huomattavan selkeän muodon saaneina julkaistiin teoksen "Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung" johdantona.[2]

[1] Ks. esim. Rätten och staten s. 36—78, jossa julkaistut luennot ovat vuodelta 1917. Luennot on tässä syytä mainita, koska Hägerströmin ajatusten välittyminen Upsalan koulun nuorempien jäsenten keskuuteen tapahtui merkittävässä määrin luentojen, seminaarien ja muun henkilökohtaisen vuorovaikutuksen kautta. Hägerströmin luennoista ks. *Nordin,* Från Hägerström till Hedenius s. 50—51 ja siinä mainittuja viitteitä.

[2] Johdanto on erikseen julkaistu teoksessa Inquiries into the Nature of Law and Morals, johon tässä viitataan.

Ongelma, johon Hägerström pyrki saamaan vastauksen, oli, mihin tosiasioihin subjektiivisia oikeuksia nimeävät termit, kuten ''omistusoikeus'' ja ''saamisoikeus'' tyypillisissä lauseyhteyksissä viittaavat. Ongelma oli Hägerströmin mukaan tärkeä, koska ''nykyaikainen tiede yleensä ja siten myös moderni oikeustiede pyrkii käyttämään vain sellaisia käsitteitä, joilla on vastine todellisuudessa''.[3]

Havaitsemme, että kysymys oli Hägerströmille ennen muuta tieteenteoreettinen. Hän halusi selvittää, vastaako oikeustiede tältä osin modernin tieteen vaatimuksia. Kysymys oli siitä, esittääkö oikeustiede tuloksinaan kokemusmaailmaa koskevia paikkansapitäviä arvostelmia, mikä on kaikkien tieteiden tehtävä.

Jos subjektiivisia oikeuksia koskevat oikeustieteen lauseet tulkitaan arvostelmiksi, ja kirjoitetaan niiden looginen rakenne näkyviin, saadaan seuraavanlaisia arvostelmia:

'A:lla on oikeus tehdä X' = 'Teolla X on sellainen ominaisuus, että A:lla on oikeus tehdä se'

'A omistaa esineen T' = 'A:lla on sellainen ominaisuus, että hän omistaa T:n' tai
'T:llä on sellainen ominaisuus, että A omistaa sen'

Nämä arvostelmat ovat paikkansapitäviä, mikäli niiden loogisella subjektilla voidaan todella havaita väitetty ominaisuus. Jos pelkästään viileästi tarkastelemme näitä subjekteja, on ilmeistä, että emme voi havaita niissä kyseisiä ominaisuuksia. Termit ''oikeus'' ja ''omistaa'' eivät viittaa mihinkään, jonka olemassaolon voisimme välittömästi todeta. Näin ollen ainoa keino kontrolloida niitä on menettely, josta *H. L. A. Hart* on *Benthamiin* liittyen käyttänyt nimitystä parafraasi.[4] Se tarkoittaa analysoitavan väitteen korvaamista vaaditut ehdot täyttävillä ekvivalenteilla väitteillä. Hägerström tarkastelee seuraavanlaisia mahdollisuuksia:[5]

(a) 'A omistaa esineen T' = 'Valtio käskee kaikkia kunnioittamaan A:n hallintaa esineeseen T'

(b) '' '' '' '' = 'Valtio suojaa A:n hallintaa'

---

[3] *Hägerström,* Inquiries s. 1.

[4] Ks. *Hart,* Definition and Theory in Jurisprudence s. 15.

[5] Ks. *Hägerström,* Inquiries s. 1—5. Hägerströmin esitys ei ole niin tarkkaa, että voitaisiin yksiselitteisesti sanoa, tuleeko juridisen väitteen ja vastaavan tosiasiaväitteen väliin sijoittaa ekvivalenssin vaiko implikaation merkki. Asialla ei kuitenkaan ole merkitystä Hägerströmin lopputuloksen kannalta.

(c) A omistaa esineen T = 'Valtio auttaa A:ta saamaan T:n takaisin, mikäli se on joutunut pois A:n hallinnasta'

(d) 'A:lla on B:ltä saaminen O' = 'Valtio käskee B:tä suorittamaan A:lle O:n'

(e) 'A:lla on B:ltä saaminen O' = 'Valtio auttaa A:ta perimään B:ltä O:n'

Hän katsoo voitavan osoittaa, että mainitut ekvivalenssit eivät ole paikkansapitäviä. Tulkintavaihtoehdot (a) ja (d) hän torjuu tavalla, joka on tuttu jo objektiivisen oikeuden analyysistä. Oikeusjärjestys ei ole kansalaisten ja valtion välinen käskysuhde. Omistusoikeudesta puhutaan kantamatta lainkaan huolta siitä, ovatko kaikki saaneet tietoonsa käskyn kunnioittaa omistajan hallintaa. Vastaavasti saamisoikeutta koskevassa riidassa vastaaja saattaa olla syvästi vakuuttunut kanteen aiheettomuudesta ja täysin tietämätön mistään häneen suunnatusta käskystä. Silti saatavan olemassaolo saatetaan vahvistaa.

'Omistusoikeus' ei näytä myöskään viittaavan siihen tosiasiaan, että valtio takaa omistajanhallinnalle tietyn suojan (vaihtoehto (b)). Tilanteissa, joissa puhutaan omistusoikeudesta, ei valtio näet säännönmukaisesti anna omistajalle minkäänlaista ajassa ja paikassa havaittavaa suojaa. Valtiolla ei yleensä ole mahdollisuuksia tosiasiallisesti estää sitä, että omistaja menettää esineensä hallinnan. Valtion antama suoja keskittyy vasta siihen vaiheeseen, jolloin omistaja on jo menettänyt häiriöttömän hallintansa esineeseen. Tällöin valtio tarjoaa oikeussuojakeinoja, joilla hallinta voidaan palauttaa.

Onko tosiseikka, johon 'omistusoikeus' viittaa, näin ollen löydettävissä tästä havainnosta? Merkitseekö 'omistusoikeus' mahdollisuutta saada oikeuskoneiston apua hallinnan palauttamisessa? (tulkintavaihtoehto (c)) Hägerström vastaa kieltävästi. Omistusoikeudesta voidaan näet puhua silloinkin, kun apua ei ole saatavissa. Käytännössä kantaja saattaa hävitä hallinnan palauttamista koskevan kanteen, mutta siitä huolimatta pysyä vallitsevan kielenkäytön mukaan esineen (oikeana) omistajana. Näin voi käydä esim. sen tähden, että hänen asiamiehensä on taitamaton tai että tuomarilla on erheelliset tiedot lain sisällöstä. Tämäkään tulkintavaihtoehto ei siten tavoita termin 'omistusoikeus' merkitystä.

Aivan vastaavalla tavalla Hägerström torjuu ajatuksen, että lause 'A:lla on B:ltä saaminen O' viittaisi tosiasiaan 'Valtio auttaa A:ta perimään B:ltä O:n' (tulkintavaihtoehto (e)). Väitteet eivät ole ekvivalentteja, sillä saamisen katsotaan toisinaan olevan olemassa silloinkin, kun valtio ei voi tarjota apuaan. Tämän osoittaa yksinkertainen esimerkki. Jos velkoja on hukannut velkakirjansa eikä voi esittää muitakaan todisteita saamisestaan, hänellä ei ole mah-

dollisuutta turvautua valtion tarjoamiin pakkokeinoihin. Jos ehdotettu ekvivalenssi pitäisi paikkansa, tulisi esimerkkitilanne kuvata siten, että velkoja on menettänyt saamisoikeutensa. Näin ei oikeuskielessä kuitenkaan tehdä, vaan tilanne kuvataan sanomalla, että saamisoikeus on jäljellä, mutta mahdollisuus sen toteuttamiseen kadonnut. Mahdollisuus turvautua pakkotäytäntöönpanoon ei siten ole termin 'saamisoikeus' käyttämisen välttämätön edellytys.

Kuvatut viisi tulkintavaihtoehtoa eivät luonnollisestikaan ole ainoat mahdolliset. Samaan tapaan voitaisiin koetella muitakin parafraaseja, jotka ensikatsomalta näyttävät paljastavan jotakin subjektiivisia oikeuksia tarkoittavien termien merkityksestä. Vain esimerkin mainitakseni olisi mm. mahdollista tutkia, tarkoittaako 'omistusoikeus' sitä, että omistajalla on tosiasiallinen valta muiden estämättä käyttää hyväksi esinettään. Hägerström näyttää kuitenkin pitävän jo mainittuja analyysejä riittävinä osoittamaan, mihin tällaiset määrittely-yritykset kaatuvat. Monissa niistä on sikäli totuutta, että ne ilmaisevat jotakin siitä tilanteesta, jossa subjektiivisia oikeuksia tarkoittavia termejä tavallisesti käytetään. *Yleensä* on niin, että omistaja (velkoja) saa halutessaan valtiolta apua omistajanhallinnan palauttamiseksi (saatavan perimiseksi). Omistajalla on yleensä myös tosiasiallista valtaa omistuksensa kohteeseen. Tämänkaltaiset seikat muodostavat po. termeille eräänlaisen ''todellisuusperustan'' *(verklighetsunderlag)*. Ne ovat tavallisesti käsillä po. termejä käytettäessä. Sitä vastoin ne eivät muodosta po. termien merkitystä, koska ne eivät ole niiden käyttämisen välttämättömiä eivätkä myöskään riittäviä edellytyksiä. Tämä saa Hägerströmin päättelemään, ettei tosiasioita, jotka vastaisivat po. termejä, ole lainkaan olemassa. Oikeustieteen subjektiivisia oikeuksia koskevat väitteet eivät siten täytä tieteellisyyden vaatimuksia.

Tämä synnyttää jatkokysymyksen, mikä sitten on subjektiivisia oikeuksia koskevien lauseiden adekvaatti analyysi. Erään huomionarvoisen mahdollisuuden näyttäisi Hägerströmin mukaan tarjoavan niiden rinnastaminen moraaliarvostelmiin. Lauseella 'A omistaa esineen T' olisi näin tulkittuna sama funktio kuin lauseella 'Jokainen joka A:n luvatta käyttää esinettä T, tekee väärin', mikä puolestaan voitaneen arvonihilismin skeeman mukaisesti tulkita samansisältöiseksi kuin 'Jos joku A:n luvatta käyttää esinettä T, niin hyi!'.

Tämä analyysi on Hägerströmin mukaan ilmeisen virheellinen. Tyypillisessä käytössään subjektiivisia oikeuksia koskevat lauseet eivät ole pelkästään moraalisen paheksunnan ilmauksia. Tavallisessa kielenkäytössä omistaminen ei suinkaan merkitse sitä, että muut tekevät väärin käyttäessään esinettä, vaan päin vastoin omistamista käytetään po. arvoarvostelman perusteluna: muut tekevät väärin, *koska* A omistaa esineen, *koska* se kuuluu hänelle. Mutta koska

esine ei voi kuulua henkilölle samalla tavoin kuin hänen jäsenensä kuuluvat hänen kehoonsa, kyseessä täytyy Hägerströmin mukaan olla valtasuhde, valta käyttää esinettä ja velvoiteoikeuksista puhuttaessa vastaavasti valta vaatia saatavaansa.[6] Tämä valta ei kuitenkaan ole tosiasiallista valtaa. Yritykset samastaa se johonkin ajassa ja paikassa esiintyvään valtaan raukeavat tyhjiin. Kuten edellä esitetyt analyysit osoittivat, oikeudellisen vallan ajatellaan olevan olemassa silloinkin, kun oikeutettu tosiasiassa on täysin valtaa vailla. Tämän johdosta oikeudellinen valta ei kuulu meidän maailmaamme, ajan ja paikan hahmottamaan kokemusmaailmaan. Se on mystistä valtaa, jonka valtio oikeuskoneistonsa turvin pyrkii muuttamaan todelliseksi, mutta joka on olemassa jo ennen kuin valtio antaa apuaan.

Lopputulokseksi muodostuu näin ollen, että subjektiivisia oikeuksia koskevat oikeustieteen väitteet eivät ole tosia tai epätosia, vaan teoreettisesti mielettömiä. Ne eivät kuitenkaan ole mielettömiä samasta syystä kuin arvoarvostelmat, joiden teoreettinen mielettömyys perustuu siihen, että niitä lausuttaessa ei edes ajatella, että arvo on olion objektiivinen ominaisuus. Ne ovat teoreettisesti mielettömiä sen tähden, että ominaisuus, jonka ne omistavat lauseen loogiselle subjektille, ei kuulu aikaan ja paikkaan. Tällainen ominaisuus on loogisesti ristiriitainen ja edustaa siten jotakin, jota itse asiassa ei lainkaan voida ajatella.[7]

Oikeudellisista *velvollisuuksista* puhuvien lauseiden status vaikuttaa Hägerströmistä yhtä huonolta. 'Velvollisuus' voidaan luonnollisesti samaan tapaan kuin 'oikeus' stipulatiivisesti määritellä sellaisen termin avulla, joka viittaa tosiasioihin. Pulmana on tällöin kuitenkin, että määrittely ei vastaa tosiasiallista juridista kielenkäyttöä. Niinpä lause 'A:lla on velvollisuus tehdä T' ei ole ekvivalentti väitteen 'Valtiovalta käskee A:ta tekemään T' kanssa. Velvollisuuden katsotaan näet olevan olemassa silloinkin, kun velvoitettu ei ole tietoinen mistään käskystä. Sitä ei myöskään voida palauttaa ennusteeksi 'Jollei A tee T', hänelle aiheutuu haitallisia seuraamuksia! Eräissä tapauksissa velvollisuudesta voidaan näet puhua silloinkin, kun haitallisia seuraamuksia sen rikkomisesta ei ole odotettavissa. Ajatus, että velvollisuuksista puhuttaessa pyrittäisiin lausumaan ennusteita on muutenkin virheellinen. Jos tarkoituksena olisi ennusteiden esittäminen, juridinen päättely etenisi seuraavaan tapaan: A:lle koitui haitallisia seuraamuksia T:n laiminlyönnistä, siis hänen velvollisuutensa oli

[6] *Hägerström,* Inquiries s. 6.

[7] Muistettakoon, että Hägerström uskoi todistaneensa kaiken todellisen kuuluvan aikaan ja paikkaan. Entiteetti, joka ei kuulunut aikaan ja paikkaan, oli hänen premissiensä valossa mahdottomuus.

tehdä T. Juridinen argumentaatio tapahtuu kuitenkin päinvastaiseen suuntaan: A:lle koitui haitallisia seuraamuksia, *koska* hän laiminlöi velvollisuutensa tehdä T.[8] Kuten tämä esimerkki osoittaa, juridisessa kielenkäytössä edellytetään, että velvollisuuksien olemassaolo voidaan todeta itsenäisesti, niiden rikkomisesta aiheutuvista seuraamuksista riippumatta. Velvollisuuslauseiden palauttaminen ennusteiksi ei siten ole tosiasiallisen juridisen kielenkäytön adekvaatti analyysi.

Näistä havainnoista Hägerström päättelee, että juridisen velvollisuuden käsitettä ei voida palauttaa mihinkään tosiasiaan. Teoreettisina lauseina velvollisuuslauseet ovat siten mielettömiä. Ne, kuten subjektiivisista oikeuksista puhuvat lauseetkin edustavat oikeustieteeseen pesiytynyttä metafysiikkaa, jolla on aatehistorialliset juurensa primitiivisten kansojen ajattelussa. Sieltä ne ovat lähinnä roomalaisen oikeuden välityksellä kulkeutuneet nykyjuridiikkaan. Tämä lienee pohjimmainen syy siihen, että Hägerströmin kiinnostus suuntautui roomalaiseen oikeuteen. Hän halusi tutkia näiden metafyysisten ideoiden syntyä ja rakennetta oikeusjärjestyksessä, jossa ne esiintyvät nykyistä puhtaammassa ja alkuperäisemmässä muodossa, vapaana siitä hämäryydestä, jota nykyajan tiede on aiheuttanut pyrkiessään epäonnistuneesti palauttamaan po. mystiset ideat tosiasioihin.[9]

2.1.2. Negatiivinen lopputulos, johon Hägerström päätyi, synnyttää kysymyksen, mikä on subjektiivisia oikeuksia ja velvollisuuksia koskevien lauseiden tehtävä, jos niiltä kerran puuttuu teoreettinen, deklaratiivinen funktio. On ilmeistä, että jokin tehtävä termeillä 'oikeus' ja 'velvollisuus' täytyy olla, josta käsin niiden keskeinen asema oikeuskielessä käy ymmärrettäväksi.

Hägerström ei tietääkseni ole suoraan vastannut tähän kysymykseen. Eräiden ajatuskulkujen, joita hän esittää artikkelissaan "Begreppet viljeförklaring på privaträttens område", voitaneen kuitenkin tulkita koskevan myös tätä ongelmaa. Tosin hän ei siinä nimenomaisesti tarkastele oikeustieteen kieltä, vaan yksityisoikeudellista kielenkäyttöä yleensä.[10] Koska tieteen ja käytännön kieli eivät juridiikassa olennaisesti poikkea toisistaan, näyttää kuitenkin mahdolliselta ajatella, että hänen ajatuksensa koskisivat myös tieteen kieltä.

---

[8] *Hägerström,* Inquiries s. 6—7.

[9] *Hägerström,* Inquiries s. 16.

[10] Ks. *Olivecrona,* joka Inquiries-teoksen esipuheessa katsoo Hägerströmin mainitussa artikkelissa pohtivan ongelmaa: "if there are no rights and duties, how can these "concepts" at all be used as tools in legislation and in legal practice". Olivecrona näyttäisi siten sulkevan pois analyysin soveltamisen oikeustieteen kieleen. Ks. Inquiries s. XXIV.

Puheena oleva artikkeli on perusteiltaan rinnasteinen paria vuosikymmentä aikaisemmin ilmestyneelle kirjoitukselle, jossa Hägerström pyrki osoittamaan, että voimassaolevaa oikeutta ei voida redusoida kenenkään tahtoon.[11] Tällä kertaa tehtävänä on osoittaa, että sama pätee myös yksityisautonomian alueella. Subjektiivisten oikeuksien synty ei perustu tahdonilmaisuun, vaan objektiiviseen oikeuteen, joka antaa po. deklaraatiolle merkityksen. Tahdonilmaukset eivät liioin ole lausujansa tahdontilaa koskevia väitteitä, vaan niiden oikea analyysi on aivan toinen.[12]

Hägerströmin kanta on, että tahdonilmaisut eivät ole lainkaan väitteitä. Oikeustoimen osapuolet eivät tahdonilmaisua antaessaan informoi toisiaan mistään. Kanta perustuu siihen, että tahdonilmaisujen tehtävänä — niin oikeustiede asian ymmärtää — on *synnyttää* oikeuksia ja velvollisuuksia. Tällöin ne eivät voi olla väitteitä, sillä ajatus, että väitteellä, so. tosiasiaa koskevalla informaatiolla voitaisiin synnyttää po. tosiasia, on mahdoton.[13]

Mikä siis olisi tahdonilmausten oikea analyysi? Hägerströmin mukaan tahdonilmaisuun sisältyy kuvitteellinen idea (fantasiföreställning) tietyn subjektiivisen oikeuden tai velvollisuuden olemassaolosta.[14] Se, että tahdonilmaisu saavuttaa käytännöllisen tarkoituksensa, riippuu osaltaan juuri sen kyvystä välittää kuvitteellisia ideoita asianosaisille.

Käsitykseni mukaan Hägerström tarkoittaa kuvitteellisella idealla samaa, josta *Ross* käyttää nimitystä ”idea”, jota *Hare* kutsuu frastiseksi elementiksi ja josta *Searle* käyttää nimitystä ”propositionaalinen sisältö”.[15] Kysymyksessä on toisin sanoen *lauseydin,* sen asiasisältö, johon lauseessa voidaan suhtautua eri tavoin.

Hägerströmin toteamus, että tahdonilmaisut eivät ole väitteitä, vaan ilmaisevat oikeuksia tai velvollisuuksia koskevan kuvitteellisen idean, voidaan tämän jälkeen ymmärtää seuraavasti: tahdonilmaisussa ei väitetä mitään oikeuksista tai velvollisuuksista, vaan suhtautuminen niihin on toinen. Saadaksemme selville suhtautumisen laadun meidän on Hägerströmin mukaan muistetta-

---

[11] *Hägerström,* Är gällande rätt uttryck av vilja?

[12] Sangen mutkikkaasta argumentaatiosta, jolla Hägerström perustelee käsitystään ks. Inquiries s. 300—301. Ks. myös *Pattaro,* The Concept of a Legal Transaction according to Axel Hägerström s. 1—3.

[13] *Hägerström,* Inquiries s. 302: ”An astronomer who made a statement about the position in which the planets would be at a certain moment, and then asserted that they will take up this position because of his statement, would at once show himself to be crazy.”

[14] *Hägerström,* Inquiries s. 302.

[15] Ks. *Ross,* Directives and Norms s. 10, *Hare,* The Language of Morals s. 17 ja *Searle,* Speech Acts s. 29—33.

va, että kielellä on muitakin tehtäviä kuin deskriptiivinen funktio. Sen avulla voidaan esimerkiksi ilmaista sanojan asenteita lauseen kuvitteellista ideaa kohtaan tai esittää po. idea kiellettynä tai käskettynä.[16]

Tahdonilmaisussa on Hägerströmin mukaan kysymys juuri viimeksimainitusta suhtautumisesta. Annettaessa tahdonilmaisu sanotaan itse asiassa, että tiettyjen oikeuksien ja velvollisuuksien *pitää* syntyä.[17] Tahdonilmaisun ''Tällä kauppakirjalla myyn minä Kaaperi Korpela . . . omistamani Anttilan tilan . . . rouva Vilhelmiina Aholle'' oikea analyysi on siten *''Vilhelmiina Aho omistaa nyt Anttilan tilan, niin pitää olla.*[18]

Kun tahdonilmaisu on annettu, sillä on Hägerströmin mukaan kahtalaisia vaikutuksia, nimittäin juridisia ja psykologisia.[19] Ensiksi mainitut perustuvat siihen, että tahdonilmaisu on tosiseikka, johon oikeusjärjestys saattaa liittää (tai olla liittämättä) oikeusvaikutuksia. Tahdonilmaisun *juridiset* vaikutukset eivät siten riipu siitä itsestään eivätkä sen taustalla ehkä olevasta tahdosta, vaan oikeusjärjestyksestä eli viime kädessä oikeuskoneiston säännönmukaisesta toiminnasta. Luontaisoikeudellinen ajatus, että voisimme tahdollamme muuttaa oikeuksiamme ja velvollisuuksiamme samalla tavoin kuin voimme sen avulla liikuttaa jäseniämme, on siten virheellinen.[20]

Tahdonilmaisun *psykologiset* vaikutukset perustuvat puolestaan siihen, että ihmiset kuvittelevat siinä mainittujen oikeuksien ja velvollisuuksien todella syntyneen sen kautta.[21] Tosiasiassa mitään ei ole syntynyt, sillä sanoilla ei voida luoda mitään muutoin kuin kausaalisesti. Tapa, jolla tahdonilmaisuun suhtaudutaan, ilmentää yhä säilynyttä uskoa magiaan. Ostaessamme kalan torilta osallistumme tietämättämme maagiseen rituaaliin.

Vaikka ajatus oikeuksien ja velvollisuuksien olemassaolosta ei kestä tieteellistä tarkastelua, sillä on kuitenkin yhteiskunnassa merkittävä funktio. Kuvitelma, että oikeustoimella todella luodaan oikeuksia, ohjaa ihmisten käyttäytymistä siten, että ''oikeuden haltija'' saa useimmiten de facto nauttia niistä tosiasiallisista etuuksista, jotka muodostavat oikeuksien todellisuusperustan ja joiden aikaansaaminen on todellinen motiivi oikeussääntöjen asettamiselle. Lauseella ''A omistaa esineen T'' on siten *direktiivinen funktio*. Sen avulla välite-

[16] *Hägerström,* Inquiries s. 303.

[17] *Hägerström,* Inquiries s. 304—305.

[18] Esimerkki on lainattu teoksesta *Caselius—Muukkonen,* Asiakirjakaavoja 2. p. s. 163.

[19] Ks. myös *Pattaro,* The Concept of a Legal Transaction according to Axel Hägerström s. 7.

[20] Ks. *Hägerström,* Inquiries s. 332—333.

[21] Ks. *Hägerström,* Inquiries s. 323.

tään yhteisön jäsenille käyttäytymismalleja siitä, miten pitää tai vastaavasti miten ei saa käyttäytyä.

Hägerström ei sano mitään siitä, soveltuuko esitetty analyysi myös *oikeustieteellisiin,* subjektiivisia oikeuksia koskeviin väittämiin. Tieteen kieli ei häntä tässä yhteydessä erityisesti kiinnostanut, vaan hän tarkasteli oikeuselämän käytäntöä. Jos tulkitaan vastauksen olevan myöntävä, ajatus oikeustieteen lauseiden epätieteellisyydestä tulee vahvistetuksi myös tätä kautta.[22] Tieteen lauseethan eivät skandinaavisen realismin mukaan voi olla direktiivejä. Käytännöllinen tiede on mahdotonta.

Kuten *Pattaro* on todennut, Hägerströmin suorittama 'tahdonilmaisun' analyysi muistuttaa läheisesti tapaa, jolla *J. L. Austin* paria vuosikymmentä myöhemmin analysoi performatiiveiksi nimittämiään ilmaisuja.[23] Molemmat torjuvat ''deskriptiivisen virhepäätelmän'', ajatuksen, että lauseella, joka ilmiasultaan on väite, pyrittäisiin aina väittämään jotakin. Kummankin analyysissä korostuvat kielen nonrepresentatiiviset funktiot. Toisaalta on huomattava heidän ajatustapojensa olennaiset erot. Austin pitää selvänä, että sanoilla voidaan ''tehdä asioita'' muutoinkin kuin kausaalisesti. Performatiivin esittäjä tekee teon illokutionaarisesti, so. riippumatta siitä, millaisia kausaalisia seurauksia performatiivin esittämisellä on.[24] Hägerströmistä tämä ajatus oli mahdoton. Sanoilla ei voida luoda oikeuksia, velvollisuuksia eikä muutakaan. Maagisen ajatusperinteemme vaikutuksesta niillä voidaan kuitenkin luoda oikeuksien ja velvollisuuksien olemassaoloa koskevia *kuvitelmia,* joiden seurauksena ''oikeuden haltija'' yleensä pääsee nauttimaan oikeudelle luonteenomaisista etuuksista. Teorioihin sisältyvät filosofiset sitoumukset poikkeavat siten olennaisesti toisistaan.

2.2. Lundstedt ja subjektiivisten oikeuksien naturalisointi

2.2.1. Oikeustieteen harjoittajista Hägerströmin analyysiin tarttui ensimmäisenä *Lundstedt.* Hän halusi edelleen terästää Hägerströmin negatiivista johtopäätöstä, ja antaa sille lisää kantavuutta. Kun Hägerström oli päätynyt tulok-

[22] Korostettakoon, että on epävarmaa, vastaako tämä tulkinta Hägerströmin ajatuksia. Voidaan ajatella myös niin, että tieteen kielen analyysi sisältyy teoksen ''Der Römische Obligationsbegriff -teoksen johdantoon ja että ''Begreppet viljeförklaring...'' koskisi ainoastaan sopimuskäytännön kieltä. Tämän mukaan tieteen lauseet olisivat metafyysisiä väitelauseita, ja käytännön lauseet puolestaan direktiivejä.

[23] *Pattaro,* The Concept of a Legal Transaction according to Axel Hägerström s. 9—10.

[24] Ks. *Austin,* Philosophical Papers s. 238.

siin analysoimalla oikeudellista kielenkäyttöä yhtenä kokonaisuutena, Lundstedt vei keskustelun tutkijakohtaiselle tasolle. Hän tahtoi osoittaa, että tulokset soveltuvat kaikkien tutkijoiden käyttämiin käsitteisiin suurimmatkin auktoriteetit mukaan lukien. Erityistä huomiota hän kiinnittää sellaisten tutkijoiden, kuten *Jheringin, Duguitin* ja *Undénin* terminologiaan, joiden käsitys oikeustieteen tehtävistä näytti olevan lähellä hänen omaansa.[1]

Subjektiivisten oikeuksien kritiikki käsitti Lundstedtin tuotannosta satoja sivuja. Sen perusajatus oli kuitenkin yksinkertainen, ja noudatteli pääpiirteissään Hägerströmin tarjoamaa mallia. Pyrkimyksenä oli osoittaa, että oikeustieteen harjoittajat käyttivät termejä ''oikeus'' ja ''velvollisuus'' ikäänkuin ne viittaisivat oikeuskoneiston toiminnasta käsitteellisesti riippumattomiin entiteetteihin *(riippumattomuusteesi)* ja että he siten kadottivat mahdollisuuden tavoittaa po. termeillä mitään ajassa ja paikassa ilmenevää *(metafyysisyysteesi).*

Lundstedtin ei ole vaikea löytää riippumattomuusteesiä tukevia argumentteja. Kirjoittajasta riippumatta oikeudet näyttävät juridisessa kirjallisuudessa olevan jotakin, johon tuomio perustuu, jonka olemassaolo prosessissa todetaan tai vahvistetaan tai jota oikeusjärjestyksen keinoin suojataan. Kaikki nämä ja lukuisat muut vakiintuneet sanonnat osoittavat, että oikeuksien katsotaan olevan olemassa ennen prosessia ja siitä riippumatta.[2] ''Omistusoikeus'' esimerkiksi ei kenenkään tutkijan terminologiassa tarkoita tosiasiallista prosessuaalista suojaa, vaan päin vastoin omistusoikeus on entiteetti, jota prosessuaalisin keinoin suojataan ja jonka olemassaolo on suojan saamisen edellytyksenä.

Millä tavoin Lundstedt katsoi metafyysisyysteesin seuraavan riippumattomuusteesistä, on vaikeammin eksplikoitavissa, sillä Lundstedt ei kirjoita näkyviin päättelyään. Piiloonjäävänä premissinä lienee ajatus, että termille ''oikeus'' voidaan antaa reaalisisältö ainoastaan tulkitsemalla sen viittaavan joko norminantajan ominaisuuksiin (tahtoon tai käyttäytymiseen) tai oikeussääntöjen soveltamisen kautta syntyneeseen tosiasialliseen tilaan. Ensiksi mainitun vaihtoehdon Hägerström oli lakipositivismin kritiikissään osoittanut epäonnistuneeksi, joten ainoa keino välttää metafysiikka oli omaksua jälkimmäinen vaihtoehto. Oikeustiede ei kuitenkaan näin menetellyt, joten se oli metafysiikkaa.

[1] Jheringin kritiikistä ks. *Lundstedt,* Obligationsbegreppet I s. 87—106, *sama,* Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft I s. 93—118 ja *sama,* Legal Thinking Revised s. 78—93. Duguitin osalta ks. *Lundstedt,* Har Duguits rättsteori något underlag i fakta s. 104 ss. ja Undénin osalta *Lundstedt,* Obligationsbegreppet II: 1 s. 109—149.

[2] Ks. esim. *Lundstedt,* Obligationsbegreppet I s. 79—81 ja 103.

2.2.2. Siirryn tarkastelemaan Lundstedtin rakentavia käsityksiä. Ulos umpikujasta voitaisiin hänen mukaansa päästä *muuttamalla* subjektiivisia oikeuksia nimeävien termien merkityssisältöä siten, että ne viittaisivat johonkin todelliseen. Uuden käsitemääritelmän suhde entiseen ei kuitenkaan saa olla mielivaltainen. Kuten muistetaan, metafysiikan synnyn syynä oli koulukunnan mukaan se, että eräät sinänsä täysin reaaliset ilmiöt oli eri tekijöiden vaikutuksesta tulkittu väärin. Mitä oikeudet todella ovat, saadaan selville suorittamalla rekonstruktio, jossa rationalisaatio puretaan. Edellä kuvattu kritiikki itse asiassa jo osoittaa, mistä kaivattuja realiteetteja on etsittävä. Ne ovat löydettävissä oikeuskoneiston toiminnasta ja sen kausaalisista seurauksista.

Subjektiiviset oikeudet ovat *Lundstedtin* mukaan ''suhteellisesti suojattuja positioita''' (relativt tryggade positioner), jotka aiheutuvat oikeuskoneiston säännönmukaisesta toiminnasta. Oikeuksia nimeävät termit, kun niille annetaan reaalisisältö, viittaavat puhtaasti faktisiin tilanteisiin.[3] Kun henkilö A esimerkiksi ostaa esineen B:ltä, hän saavuttaa tietyn riskittömän toimintavapauden esineeseen. Toimintavapaus on seurausta siitä, että oikeuskoneisto toimii tietyllä tavalla, nimittäin tuomitsee säännönmukaisesti rangaistuksen sille, joka luvatta käyttää tai vahingoittaa esinettä, ja määrää tämän korvaamaan vahingon. Toimintavapauden syntyyn vaikuttaa myös se, että ihmiset *kuvittelevat* A:n todella saaneen omistusoikeuden ja sen tähden velvollisuuden tunteesta pidättyvät reaktion ehtona olevasta käyttäytymisestä. Kuvitelma on luonnollisesti perusteeton, ja ilmentää metafyysistä ajatustapaa, mutta tästä huolimatta se on tekijä, joka tosiasiallisesti lisää A:n position suojaa.[4]

Lundstedt korostaa, että omistusoikeus ei reaalisena ilmiönä ole mitään muuta kuin sanotut faktiset toimintamahdollisuudet. Se on asiantila, jonka oikeuskoneiston toiminta ja kansalaisten käyttäytymisasenteet, jotka nekin viime kädessä ovat oikeuskoneiston aikaansaannosta, yhdessä kykenevät synnyttämään. Toimintamahdollisuuksien sisältö riippuu puolestaan oikeuskoneiston kulloinkin noudattamista säännöistä.[5] Tämä tarkoittaa sitä, että omistusoikeuden sisältö on aikojen mukana vaihteleva. Mitään muuttumatonta ydintä sillä ei ole.

Saamisoikeuksien reaalisisältö voidaan esittää saman mallin mukaan. Saamisoikeus on edullinen positio, tiettyä etuutta koskeva perusteltu odotus, joka nojaa siihen, että vahingonkorvausuhka ja velvollisuuden tunne yhdessä syn-

---

[3] Ks. *Lundstedt,* Obligationsbegreppet I s. 107 ss. ja Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft I s. 119.

[4] *Lundstedt,* Legal Thinking Revised s. 93—95.

[5] *Lundstedt,* Obligationsbegreppet I s. 113.

nyttävät velalliselle paineen käyttäytyä sopimuksen, tuomion yms. osoittamalla tavalla.[6]

Havainnollistaakseen väitetään, että oikeudet ovat puhtaasti empiirisiä toimintamahdollisuuksia, Lundstedt rinnastaa ne eläimen toimintamahdollisuuksiin viidakossa. ''A's 'authority' or 'title' to the possibilities of action is *absolutely as natural,* i.e. empirically to establish, as e.g. the 'authority' of the lion in the jungle to throw itself upon an antelope or a zebra and devour it'', hän kirjoittaa.[7] Tästä syystä puhe oikeuksista ja velvollisuuksista voitaisiin hänen mukaansa hyvin lopettaa. Lyhyyden ja yksinkertaisuuden vuoksi hän sanoo kuitenkin jatkavansa näiden termien käyttöä.[8]

2.2.3. Suoritetun rekonstruktion jälkeen käy ajankohtaiseksi kysymys, millä tavoin oikeuksien ja velvollisuuksien naturalisointi muuttaa oikeustieteen luonnetta, millaiseen käsitykseen oikeustieteen tehtävistä se johtaa. Koska oikeuskoneiston toiminta ratkaisee oikeuksien sisällön, vaikuttaisi luontevalta, että oikeustieteen tulisi tämän jälkeen keskittyä oikeuskoneiston toiminnan ja sen vaikutuksesta oikeussubjekteille syntyvien faktisten positioiden tarkasteluun. Edellisessä jaksossa todettiin, että *Lundstedtin* johtopäätös — yllättävää kyllä — ei ollut lainkaan tämän suuntainen. Hänen vastauksensa oikeustieteen kohdetta ja menetelmiä koskevaan ongelmaan oli yhteiskuntahyödyn menetelmä. Sen mukaan oikeustieteen tehtävänä ei ollut oikeuskoneiston toiminnan kuvaaminen, vaan oikeuskoneiston ohjaaminen (de lege lata ja de lege ferenda) siten, että sen toiminta edistäisi yleisesti hyväksyttyjä, yhteiskuntahyödyllisiä tavoitteita. Oikeustieteen suhde oikeuskäytäntöön oli Lundstedtin konseptiossa normatiivinen, ohjaava ja evaluoiva, joten tässä suhteessa ei traditionaalisen lainopin ja Lundstedtin tiedekäsityksissä ollut eroja. Mikäli oikeuksien naturalisointi jollakin tavoin vaikutti lainoppiin, vaikutuksen oli näyttäydyttävä lainopin normaalien työskentelytapojen sisällä, oikeusjärjestyksen kuvaamisessa, systematisoimisessa ja tulkintasuositusten argumentoinnissa.

Näillä sektoreilla naturalisoinnin seuraukset olivat huomattavat. Traditionaaliset käsitystavat kääntyivät päälaelleen.[9] Ilmiöiden, jotka aikaisemmin käsitettiin subjektiivisten oikeuksien seurauksiksi, nähtiin nyt olevan niiden kau-

[6] *Lundstedt,* Obligationsbegreppet I s. 119—121 ja *sama,* Legal Thinking Revised s. 114—118.

[7] Legal Thinking Revised s. 98 ks. myös Obligationsbegreppet II: 1 s. 115—116.

[8] Ks. Obligationsbegreppet I s. 3.

[9] Lundstedtin mukaan traditionaalinen näkemys oli päälaellaan, ja käännettiin hänen työssään oikeinpäin. Ks. esim. Obligationsbegreppet I s. 68 ss. Ks. myös *Makkonen,* Ilmaisusta ''subjektiivinen oikeus'' juridisessa kielessä s. 263.

saalisia syitä. Tämän käänteen myötä monet aiemmin hyväksyttäviltä vaikuttaneet argumentaatio-, kuvaus- ja systematisointitavat kävivät mahdottomiksi. Lundstedtin panos subjektiivisia oikeuksia koskevassa keskustelussa näyttäytyykin oikeimmassa valossaan, kun tarkastelemme sitä vallitsevien katsomusten kritiikkinä.

Tässä ei ole mahdollisuuksia tyhjentävästi syventyä tähän kritiikkiin. Näin tehtäessä jouduttaisiin tarpeettoman pitkälle puhtaasti siviilioikeudellisiin kysymyksiin. Tarkoituksena on ainoastaan esimerkein osoittaa, millaisesta suursiivouksesta juridiikan tarhassa oli kysymys.

Tarkasteltaessa rekonstruktion vaikutusta voimassaolevan oikeuden *kuvaamiseen* voidaan todeta, että useimmat kuvaustavat, joissa käytettiin subjektiivisiin oikeuksiin viittaavia termejä, kävivät mahdottomiksi. Joillekin kuvauksille, esimerkiksi subjektiivisten oikeuksien syntyä ja lakkaamista koskeville, voidaan tosin antaa uusi sisältö. Ne viittaavat tällöin faktisten positioiden syntyyn ja lakkaamiseen. Sitä vastoin esimerkiksi puhe saamisoikeuksien vastakkaisuudesta (kuittauksen edellytyksenä) tai oikeuksien siirtymisestä käy uuden käsitemääritelmän johdosta omituiseksi.

Kuvaustapa, jossa oikeuden todetaan siirtyneen, on Lundstedtin mukaan harhaanjohtava, koska omistajanvaihdoksen tai muun oikeussubjektin vaihdoksen yhteydessä ei välttämättä mikään siirry. Varsinkaan oikeus ei siirry mihinkään "allenstund dylik icke kan finnas".[10] Tapahtumassa on tosiasiallisesti kysymys vain siitä, että luovuttajan ja luovutuksensaajan tietynlainen käyttäytyminen saa oikeuskoneiston toimimaan siten, että luovutuksensaajalle syntyy suhteellisen turvattu positio. Oikeustieteen tulisi Lundstedtin mukaan keskittyä niiden faktojen selvittämiseen, joihin oikeuskoneiston reaktio tulisi oikeusturvan ja vaihdannan intressit huomioon ottaen kytkeä.[11] Lainoppi, joka keskittyy pohtimaan, onko oikeus siirtynyt vaiko ei, pääsee hänen mukaansa vain välillisesti pureutumaan varsinaiseen kysymykseen. Traditionaaliseen ajatustapaan sisältyvä metafyysinen kuva peittää yhteiskunnalliset näkökohdat tutkijan katseelta.

Kenties merkittävimpänä *systematisoinnissa* näyttäytyvänä seurauksena voidaan pitää sitä, että prosessioikeuden ja aineellisen oikeuden suhde joudutaan konstruoimaan uudella tavalla. Traditionaalisen näkemyksen mukaan materiaalinen oikeus määrää oikeussubjektien väliset oikeudet ja velvollisuudet, kun taas prosessioikeus määrää keinot, joilla oikeuksia voidaan suojata ja tarvit-

[10] Obligationsbegreppet I s. 166.

[11] Lundstedt luonnollisesti myöntää, että säännösmateriaali asettaa tehtävän suorittamiselle rajat, joita ei pidä rikkoa.

taessa pakolla toteuttaa. Oikeudet ja velvollisuudet ovat toisin sanoen olemassa prosessista riippumatta. Tuomiossa niiden olemassaolo todetaan ja täytäntöönpanossa realisoidaan.

On selvää, että jos termeille ''oikeus'' ja ''velvollisuus'' annetaan Lundstedtin ehdottama sisältö, traditionaalinen systematisointitapa ei enää ole puolustettavissa. Koska oikeudet ja velvollisuudet ovat viranomaistoiminnan kausaalisia seurauksia, on nurinkurista ajatella niiden olevan viranomaisreaktion edellytyksiä.[12] Materiaalisen ja formaalisen oikeuden välinen dualismi on siten poistettava, ja hahmotettava uudelleen oikeuden ja tuomion välinen suhde.[13]

Juridisessa *argumentaatiossa* Lundstedtin tulosten seuraukset olivat moninaiset. Esimerkkinä voidaan mainita takaukseen liittyvän tulkintakannanoton perustelu. Kun takaaja takaussitoumuksen perusteella maksaa velan, hänelle syntyy vakiintuneen kannan mukaan regressioikeus velallista vastaan, ja saamista mahdollisesti turvanneet vakuudet ovat tämän jälkeen voimassa hänen hyväkseen.[14] Kannanottoa on yleensä perusteltu toteamalla, että maksuhetkellä tapahtuu ns. cessio legis tai subrogaatio.[15] Lundstedtin mukaan kuvatunlainen argumentaatio on tyypillistä juridista skolastiikkaa. Reaalimaailmassa ei esiinny ilmiötä, johon ''subrogaatio'' tai ''cessio legis'' viittaisi. Reaalinen peruste regressille on löydettävissä takauksen tarkoituksesta. Takauksessa sitoudutaan maksamaan toisen velka, mutta tarkoituksena ei ole tehdä lahjoitusta velalliselle, vaan auttaa häntä saamaan luottoa. Jos takaajalle ei myönnettäisi regressiä, takaukset kävisivät harvinaisiksi, ja luotonanto vaikeutuisi. Regressin myöntäminen on siis välttämätöntä takauksen yhteiskunnallisen merkityksen tähden.[16] Tässä ilmenee jälleen Lundstedtin näkemys, jonka mukaan oikeustieteen ratkaisusuositukset on perusteltava yhteiskunnallisin eikä puhtaasti juridisin syin.

Kuvatunlaisia esimerkkejä voitaisiin luetella lukuisia. Useimmat niistä olivat kuitenkin vain sovellutuksia siitä, mitä voidaan pitää uuden käsitemääritelmän keskeisimpänä seurauksena. Tarkoitan argumentaatioteoreettista maksiimia, jonka mukaan tulkintasuosituksia ei voida perustella oikeuksiin tai vel-

[12] Ks. *Lundstedt,* Kritik av nordiska skadeståndsläror s. 66 ja Obligationsbegreppet II: 1 s. 137.

[13] Tähän kysymykseen paneutui erityisesti *Olivecrona,* jonka tuloksista ks. Rätt och dom, *passim.* Samasta teemasta ks. myös *Olivecrona,* Talerätt och materiell rätt, *passim.*

[14] Ks. esim. *Aurejärvi,* Luotto- ja maksuvälineet s. 313 ja siinä mainittua kirjallisuutta.

[15] Ks. tästä esim. *Ekström,* Om borgen s. 135 ja 156—159.

[16] *Lundstedt,* Obligationsbegreppet I s. 167—176.

vollisuuksin vetoamalla. Jos näet ''oikeus'' tarkoittaa pelkkiä tosiasiallisia käyttäytymismahdollisuuksia, kaikki argumentaatiot, jotka ovat muotoa ''koska A:lla on -oikeus,[17] hän voi käyttäytyä tavalla T'' muuttuvat kehäpäätelmiksi. Jos termille ''oikeus'' puolestaan annetaan muu sisältö, vajotaan metafysiikkaan. Tällöin ''oikeus'' on pelkkä tyhjä sana, johon vedoten ei voida argumentoida minkäänlaista johtopäätöstä.

Subjektiivisten oikeuksien analyysistä tehtävä metodinen johtopäätös oli siten itse asiassa sama, josta käytetään nimitystä *käsitteistä päättelyn kielto.* Lainopissa yleisesti käytetty menetelmä, jossa ensiksi keskityttiin selvittämään, onko henkilöllä jokin subjektiivinen oikeus, ja myönteisessä tapauksessa johdettiin siitä oikeuden luonteen mukaiset oikeusseuraamukset, ei suoritetun analyysin jälkeen ollut perusteltavissa.

Samasta syystä oikeuksien ja velvollisuuksien käyttö argumentteina menetti merkityksensä myös *oikeuspoliittisessa* keskustelussa. Koska oikeuksia ja velvollisuuksia ei ollut olemassa muutoin kuin tosiasiallisten positioiden merkityksessä, ei lainsäädännön muutoksia voitu relevantisti vastustaa väittämällä niiden loukkaavan esimerkiksi omistusoikeutta. Omistusoikeus on nimitys sille positiolle, jonka oikeuskoneiston toiminta kulloinkin luo. Sortumatta metafysiikkaan ei omistusoikeuden voitu väittää asettuvan uudistuksen esteeksi. Uudistuksen tarpeellisuus voitiin siten vapaasti harkita yhteiskunnallisten hyötynäkökohtien perusteella.[18]

Vaikka kannanoton perustelu oli puhtaasti ontologinen, lopputulos varmaankin miellytti Lundstedtia myös poliittisesti. Tässä näemme jälleen osoi-

---

[17] Termin ''-oikeus'' etuliitteeksi voidaan luonnollisesti sijoittaa mihin subjektiiviseen oikeuteen tahansa viittaava termi johtopäätöksen muuttumatta.

[18] Seuraava sitaatti kuvaa mielestäni hyvin sekä Lundstedtin ajatusta että hänen esitystapaansa:

''Under valrörelsen 1928 kritiserades den socialdemokratiska arvskattemotionen med sådana oförnuftiga synpunkter, som att den vore ett ''attentat mot äganderätten''... Gentemot denna kritik framhöll jag såsom socialdemokratisk riksmannakandidat offentligen, att det icke finns och aldrig har funnits någon äganderätt eller överhuvud några rättigheter. Jag tillade mycket energiskt, att detta dock icke finge missförstås, samt utvecklade ganska ingående med exempel, huru det enligt min mening förhölle sig. Jag underströk särskilt, att man icke fick taga ''äganderätten'' till utgångspunkt vid hithörande rättsreglers bedömande, att ''äganderätten'' tvärtom vore en konsekvens av uppehållandet av vissa rättsregler samt att det just gällde att utforma dessa regler så, att den position, som man kallar äganderätten, erhölle bästa överensstämmelse med vad som kräves för tillgodoseende av det samhälleliga behovet av produktiv verksamhet. Ur denna synpunkt hade man att bedöma det framlagda förslaget om utredning av en modifiering av arvsrätten.'' Obligationsbegreppet I s. 124—125.

tuksen siitä, miten Upsalan koulun teoreettiset katsomukset tukivat uudistusmielistä oikeuspolitiikkaa.

Lopuksi on vielä syytä huomauttaa Lundstedtin teorian seurauksista ''oikeustosiseikkojen teoriassa''.[19] Koska subjektiivinen oikeus on käsitteen traditionaalisessa merkityksessä metafysiikkaa, ei subjektiivisia oikeuksia nimeäviä termejä pidä Lundstedtin mielestä käyttää säännösten tosiseikastojen kuvauksissa. Sekaannusten välttämiseksi niitä ei pitäisi käyttää uusissakaan merkityksissä. Sitä paitsi uuden käsitemääritelmän mukainen merkitys on sen luonteinen, ettei siihen viittaamiseen tosiseikastoissa ole sanottavaa tarvetta. ''Suhteellisesti turvattu positio'' ei edes position sisältöä koskevin täsmennyksin ole sosiaaliteknisesti tarkoituksenmukainen oikeustosiseikka. Tästä seuraa johtopäätös, jonka mukaan tosiseikastojen kuvaukset on muotoiltava käyttämättä juridisia termejä. Ajatus oli yleisen pohjoismaisen tendenssin suuntainen. Hyvän sosiaalitekniikan edellytyksenä oli, ettei oikeusvaikutuksia kytketty muutamaan harvaan tosiseikastoon, mitä kytkentä traditionaaliseen subjektiivisten oikeuksien järjestelmään olisi merkinnyt. Jäljempänä kuitenkin havaitsemme, että Lundstedtin äärimmäinen kanta jäi koulukunnan piirissä vähemmistöön. Yleensä subjektiivisille oikeuksille rakentuvaa käsitejärjestelmää pidettiin tarpeellisena, jollei muista niin esitysteknisistä syistä.

2.3. Olivecrona ja oikeuskielen ei-esittävät funktiot

2.3.1. Lundstedtin tavoin voidaan myös *Olivecrona* lukea tutkijoihin, jotka sellaisenaan hyväksyivät Hägerströmin subjektiivisten oikeuksien kritiikin. Kirjassaan ''Om lagen och staten'' Olivecrona esikuvaansa mukaillen tutkii eri mahdollisuuksia redusoida oikeudet asiantiloihin, jotka normaalisti ovat käsillä oikeuksista puhuttaessa, ja päätyy kielteiseen tulokseen.[1]

Hägerströmin tutkimien hypoteesien ohella Olivecrona kokeilee myös muita vaihtoehtoja, joista kiintoisimpia ovat oikeuksien redusointi niihin *oikeustosiseikkoihin,* joihin oikeuksien sanotaan perustuvan, ja toisaalta niihin *oikeusseuraamuksiin,* joiden katsotaan johtuvan oikeuden olemassaolosta. Hän hylkää molemmat vaihtoehdot vedoten siihen, että 'oikeus' niiden mukaan viittaisi hyvin komplisoituihin asiantiloihin. Tämä ei hänen mukaansa ole mah-

[19] Ks. siitä edellä s. 117.

[1] Ks. *Olivecrona* m.t. s. 86—90 ks. myös *sama,* Några synpunkter på de juridiska begreppen s. 221 ss.

dollista, koska puhuessamme oikeudesta (rättighet) ajattelemme jotakin hyvin yksinkertaista.[2]

Olivecrona hylkää myös ajatuksen, että subjektiivisia oikeuksia nimeävät termit olisivat yhteisnimityksiä tietylle oikeussääntöjen joukolle, esimerkiksi ''omistusoikeus'' joukolle kauppaa, perintöä, vaihtamista, lahjaa, varastamista jne. koskevia sääntöjä. Mainittuja termejä käytetään oikeussäännöissä itsessään. Ei ole mahdollista ajatella, että ''oikeus'' säännöstekstissä esiintyessään viittaisi säännöskompleksiin, johon termiä kannattava säännös itsekin kuuluu.[3]

Lopputulokseksi muotoutuu siten, ettei ole löydettävissä realiteetteja, joihin subjektiivisia oikeuksia nimeävät termit viittaisivat. ''Omistusoikeus'', ''saamisoikeus'', ''panttioikeus'' ja kaikki niiden kaltaiset termit ovat pelkkiä tyhjiä sanoja, jotka eivät tarkoita mitään. Kuten metafyysinen sanasto yleensäkin, ne ovat vain sanamuodostelmia ''utan bakomliggande tanke''.[4]

Miten tieteen tulisi suhtautua tähän surulliseen havaintoon? Tähän kysymykseen ei Olivecronakaan voinut välttyä ottamasta kantaa. Ensimmäisenä mieleen tuleva vaihtoehto on vaatimus, että kyseiset termit tulisi kokonaan poistaa oikeudellisesta kielenkäytöstä ja pyrkiä tulemaan toimeen ilman niitä. Varhaisemmissa kirjoituksissaan Olivecrona näyttäisi pitävän ajatusta periaatteessa toteuttamiskelpoisena,[5] mutta myöhemmin hänen kantansa on vakiintunut sel-

---

[2] *Olivecrona,* Om lagen och staten s. 89. Argumentti kuvastaa sitä, että Olivecrona oli omaksunut Hägerströmin psykologisoivan merkityksen teorian. 'Mitä merkitsee' näyttää tarkoittavan samaa kuin 'Mitä meillä on mielessämme'.

[3] *Olivecrona,* Om lagen och staten s. 96.

[4] Olivecronan ajatuksen voi teoksen ''Om lagen och staten'' pohjalta tulkita niinkin, että oikeuksilla olisi subjektiivinen eksistenssi, ts. että ne kuuluisivat todellisuuteen ajatuksen sisältöinä. Hän toteaa s. 82 ''att rättigheterna likaväl som deras motstycke plikterna endast existera som innehåll i vissa föreställningar''. Sama ajatus näyttäytyy myös s. 84 ja s. 122. Toisaalta Olivecrona toteaa termiä ''oikeus'' tarkoittaen, että ''vad man har i tankarna är i första hand ordet och endast ordet. Den förmenta realiteten, som skulle finnas bakom ordet, uppfattas inte med någon som helst tydlighet''. Tämä näyttäisi tarkoittavan, että ''oikeus'' ei viittaa edes ajatuksen sisältöihin.

Olivecronan esityksen häilyvyyden havaitsi ensimmäisenä *Marc-Wogau,* jonka huomautusten johdosta Olivecrona myöhemmissä kirjoituksissaan selvensi kantaansa, ja omaksui yksiselitteisesti viimeksi mainitun näkemyksen. ''Oikeus'' on siten ''ett ord som ingenting betecknar''. *Olivecrona,* Rätt och dom s. 102. Ks. myös *sama,* Law as Fact s. 184.

Mainitusta keskustelusta ks. *Marc-Wogau,* Studier s. 153—156, jossa julkaistu essee on alunperin vuodelta 1941, ja *Olivecrona,* Zum Begriff des subjektiven Rechts. Bemerkungen zu Konrad *Marc-Wogaus* Kritik s. 46—52.

[5] Ks. Om lagen och staten s. 122, jossa hän toteaa: ''Det går aldrig upp för folk, att rättigheterna endast skulle finnas till i inbillningen. Själva existensen av en rättsordning tycks

keän kielteiseksi. Puheena olevat termit ovat niin tiukasti juurtuneet juridiseen esitystapaan, että yksinkertaisenkin oikeussuhteen esittäminen niitä käyttämättä vaikuttaa mahdottomalta.[6]

Vähemmän radikaalia muutosta merkitsisi tällöin vaihtoehto, jossa puheena oleva terminologia säilytettäisiin, mutta niiden merkitys määriteltäisiin uudelleen tavalla, joka antaisi niille empiirisen sisällön. Näin voitaisiin traditionaalinen juridinen esitystapa ainakin osaksi säilyttää. Tämä vaihtoehto, jonka Lundstedt ja eräät muut valitsivat, ei saanut Olivecronasta kannattajaa. Käsitemääritelmät, joita on ehdotettu, eivät hänen mukaansa johda oikeustieteen käytännöllisen tehtävän kannalta hyödyllisiin tuloksiin. Oikeustieteessä ei yksinkertaisesti ole mainittavaa tarvetta keskustella esimerkiksi sellaisista suojatuista positioista, joiksi Lundstedt oikeudet määrittelee.[7]

Sitä vastoin juuri traditionaalisessa hahmossaan po. termeillä on keskeinen sijansa oikeuselämässä. Niiden käyttäminen oikeuskielessä on tarpeellista, jopa välttämätöntä. Termien tyhjyydestä oikeusteorialle aiheutuva ongelma on siten toinen kuin Lundstedt ajatteli. On selvitettävä, miten kyseisiä termejä voidaan siitä huolimatta, että ne ovat vain tyhjiä kuoria, käyttää menestyksellä oikeuselämässä.[8]

Tehtävänasettelu on siten sama, jonka Hägerström esitti artikkelissaan ”Begreppet viljeförklaring på privaträttens område”, ja vastauskin perustuu samaan lähtökohtaan eli kielen ei-esittävien funktioiden tarkasteluun. Olivecronan mukaan on perusteetonta otaksua, että sanan täytyisi viitata johonkin, jotta sillä olisi kielessä perusteltua käyttöä.[9]

Olivecronan ymmärtämistä vaikeuttaa tuntuvasti, että hän ei missään yhteydessä selvitä lukijalleen, tarkasteleeko hän oikeuskieltä yleensä tieteen kieli mukaan luettuna vain keskittyykö hän ainoastaan sen joidenkin osa-alueiden funktioiden selvittelyyn. Viimeksi mainittu tulkinta vaikuttaa kuitenkin oikeammalta.[10]

---

otänkbar utan rättigheter. Man förstår inte, att en lika fast och trygg samhällsordning skulle kunna upprätthållas, även om ingen hade en tanke på några sådana ideella maktförhållanden som rättigheterna”. Ks. myös *sama,* Några synpunkter på de juridiska begreppen s. 227.

[6] Ks. *Olivecrona,* Rätt och dom s. 143 ja *sama,* Law as Fact s. 180.

[7] Olivecrona epäilee, ettei Lundstedt ole itsekään vakavasti yrittänyt käyttää juridisia termejä ehdottamallaan tavalla. Ks. Rätt och dom s. 134 ks. myös s. 143.

[8] Ks. *Olivecrona* esim. Rätt och dom s. 102.

[9] Ks. Rätt och dom s. 143.

[10] Ks. *Olivecrona,* Om lagen och staten s. 97, jossa Olivecrona asettaa tehtäväkseen ”göra klart för oss i vilka sammanhang rättighetsbegreppet förekommer och för vilka syften det användes”. Tosiasiassa hänen käyttämänsä esimerkit ovat kuitenkin ainoastaan säädöskielen ja tuomioistuinkielen piiristä. Myöhemmissä teoksissa jo otsikot, joiden alla po. ter-

2.3.2. Juridisten termien tehtävistä Olivecrona erottaa ensimmäisenä imperatiivisen, *käyttäytymistä ohjaavan* funktion. Etenkin lainsäädännössä termeillä ”oikeus” ja ”velvollisuus” on tyypillisesti tämä tehtävä.[11] Esimerkiksi säännös ”Kalastusoikeus vesialueella on alueen omistajalla” on vapaa imperatiivi, joka kieltää kalastamisen muilta kuin alueen omistajalta. Termi ”oikeus” toimii säännöksessä imperatiivitunnuksena.[12]

Myöhemmin Olivecrona on samaa tarkoittaen puhunut *merkkifunktiosta* (teckenfunktion). Nimitys korostaa sitä, että ”oikeus” toimii mainitun kaltaisissa säännöksissä luvan antavana merkkinä omistajalle ja kieltomerkkinä muille. Se voidaan rinnastaa vihreään ja punaiseen valoon liikenteessä. Niiden merkitys liikennevirtojen ohjailussa ei vähääkään kärsi siitä, etteivät ne ole merkitysrelaatiossa todellisuuteen.[13]

Saman mallin mukaan Olivecrona analysoi varhaistuotannossaan niitäkin säännöksiä, joissa todetaan, millä edellytyksillä jokin oikeus syntyy. Kuten tunnettua, lainsäädännössä esiintyy lukuisia sen kaltaisia säännöksiä kuin TekijäL 1 §: ”Sillä, joka on luonut kirjallisen tai taiteellisen teoksen, on tekijänoikeus teokseen.” Olivecronan, kuten Upsalan koulukunnan jäsenten yleensäkin, oli mahdotonta ymmärtää sanotunlaisia säännöksiä sanamuotonsa mukaisesti. Koska sanoilla ei voida muutoin kuin kausaalisesti luoda mitään, ei ole mahdollista ajatella, että tekijänoikeus säännöksen voimasta todella syntyy mainituilla edellytyksillä. Säännöksen funktion täytyy siis tässäkin yhteydessä perustua sen perlokutionaariseen vaikutukseen. Olivecronan ehdotus on seuraava. Säännös synnyttää kansalaisissa *kuvitelman* (idean), että tekijänoikeus todella on olemassa mainittujen edellytysten täytyttyä. Tämä kuvitelma puolestaan toimii vapaana imperatiivina, josta tehdään käyttäytymisen sallittavuutta koskevia johtopäätöksiä.[14]

---

mien funktioita selvitellään, viittaavat siihen, että analyysi ei koske oikeustieteen kieltä. Teoksessa ”Rätt och dom” kyseiset otsikot ovat ”Rättighetsidén i samfärdseln”, ”Rättighetsidén i lagstiftningen” ja ”Rättighetsidén i rättskipningen”.

[11] Ks. *Olivecrona,* Om lagen och staten s. 98—105 ja *sama,* Rätt och dom s. 103—110. Sama analyysi soveltuu hänen mukaansa myös tuomioistuimen päätöksiin, sillä ”domen är ett speciallag för det enskilda fallet” Om lagen och staten s. 114.

[12] Ajatus, että po. termit ovat imperatiivitunnuksia, näyttäisi olevan ristiriidassa Olivecronan toisaalla esittämän käsityksen kanssa, jonka mukaan lain säännösten imperatiivitunnuksen muodostaa lainsäädäntöakti. Ristiriita voidaan välttää omaksumalla tulkinta, jonka mukaan molemmat ovat imperatiivitunnuksen olennaisia osia. Jotta lause saisi käyttäytymistä ohjaavan funktion, vaaditaan tämän teorian mukaan lainsäädäntöaktin lisäksi, että käyttäytymismalli esitetään tietyllä tavalla.

[13] Ks. *Olivecrona,* Det rättsliga språket och verkligheten s. 36—38.

[14] Ks. *Olivecrona,* Om lagen och staten s. 102.

Ehdotus vaikuttaa kaikkea muuta kuin vakuuttavalta. Jos kuvattu säännös ei illokutionaarisesti synnytä oikeutta, vaan aiheuttaa ainoastaan sitä koskevan kuvitelman, eikö säännöksen käyttäytymistä ohjaavan funktion pitäisi kadota, kun joku Olivecronan tavoin paljastaa asian oikean laidan? Tähän kysymykseen Olivecrona ei havaitakseni vastaa.

1960-luvulla Olivecrona jossakin määrin muuttaa käsitystään. Filosofisena esikuvana ei tällöin ole enää yksinomaan Hägerström, vaan hänen rinnalleen nousee anglosaksinen kielifilosofia, joka toisen maailmansodan jälkeen kiinnitti lisääntyvää huomiota kielen ei-deskriptiivisiin käyttötapoihin. *J. L. Austinin* tutkimuksiin liittyen Olivecrona puhuu nyt performatiiveista, ei enää välillisistä vapaista imperatiiveista.[15] Performatiiveja ovat TekijäL 1 §:n kaltaisten säännösten ohella kaikki oikeuskielen fraasit, joilla pyritään synnyttämään, muuttamaan ja hävittämään oikeuksia, velvollisuuksia, toimivaltaa ja juridisia statuksia.

Käsityskannan muutos vaikuttaa radikaalilta, kun muistetaan, että Olivecrona oli aikaisemmin jyrkästi kieltänyt ajatuksen, että sanoilla voitaisiin luoda mitään muutoin kuin kausaalisesti.[16] Performatiivithan ovat esimerkkejä juuri kielletystä mahdollisuudesta. Niitä käyttäen voidaan tehdä tekoja, joiden luonne po. tekoina on täysin riippumaton lausuman perlokutionaarisista vaikutuksista.[17]

---

[15] Ks. *Olivecrona,* Det rättsliga språket och verkligheten s. 29—36.

[16] ”Orden kunna icke ändra verkligheten, de kunna icke framskapa något”. Om lagen och staten s. 102.

[17] Ks. *J. L. Austin,* How to Do Things with Words s. 100—131. Ks. myös *Graham,* J. L. Austin. A Critique of Ordinary Language Philosophy s. 87—94, jossa selostetaan Austinin erottelua locution, illocution, perlocution.

Kielen illokutionaarisen ja perlokutionaarisen funktion välinen erottelu on analyyttisessä filosofiassa hyvin tunnettu. Lyhyt esittely lienee silti paikallaan. Kielen *illokutionaarisella* funktiolla tarkoitetaan sitä, että kielellisten ilmaisujen avulla voidaan välittömästi tehdä monia asioita. Niiden avulla voidaan esimerkiksi väittää, käskeä, suosittaa, luvata, sitoutua jne. jne. Kielen illokutionaarinen funktio edellyttää, että on olemassa illokutionaarista vaikutusta vastaava sosiaalinen instituutio. Esimerkiksi lupautuminen ei olisi mahdollista, jollei olisi olemassa lupautumisen instituutiota. Se koostuu *konstitutiivisista säännöistä,* jotka kertovat, millainen (verbaalinen) käyttäytyminen merkitsee sitä, että lupaus on annettu. Kielen *perlokutionaarisella* funktiolla tarkoitetaan puolestaan sitä, että kielenkäytön avulla voidaan vaikuttaa ihmisten ajatuksiin, tunteisiin tai käyttäytymiseen. Esimerkiksi lupaus palkkiosta voi saada kuulijoissa aikaan toivotun käyttäytymisen. Ilmaisun luonne illokutionaarisena kielitekona, lupauksena, ei kuitenkaan riipu sen vaikutuksista, vaan pelkästään siitä, onko ilmaisu annettu lupauksen konstituoivien sääntöjen mukaisesti. Ks. tästä *Furberg,* Locutionary and Illocutionary Acts s. 208—211 ja erit. *Searle,* Speech Acts s. 4—72.

Tosiasiassa tällaista muutosta ei kuitenkaan tapahtunut, sillä Olivecrona ymmärsi performatiivit omalla erityisellä tavallaan. Sen sijaan, että olisi myöntänyt performatiivien oikeissa olosuhteissa esitettyinä todella voivan luoda tosiseikkoja, hän tulkitsee niiden esiintymisen kielessä osoitukseksi siitä, että kielenkäyttömme on säilyttänyt magiikan kulta-ajalta peräisin olevan rakenteensa.[18] Tosiasiassa niillä ei luoda mitään, vaan niiden merkitys löytyy tasolta, jota J. L. Austinin terminologiaa käyttäen voidaan sanoa lausuman perlokutionaariseksi efektiksi. Performatiivinen funktio piilee Olivecronan mukaan viime kädessä niiden *psykologisissa vaikutuksissa.*[19] Esim. vihkimisaktin merkitys perustuu siihen, että ihmiset vihkimisen tapahduttua *pitävät* miestä ja naista aviopuolisoina ts. reagoivat vihkimisaktiin yhdenmukaisella tavalla.

Olivecronan hyppäys anglosaksiseen kielifilosofiaan ei siten merkinnyt hänen perusasennoitumisensa muuttumista. Hägerströmiläinen näkemys, ettei kieli voi toimia illokutionaarisesti, säilyi ennallaan.

Ajatus, että sanoilla ei voida välittömästi muovata objektiivista todellisuutta, vaan ainoastaan voidaan vaikuttaa ihmisten asenteisiin, johti Olivecronan melko erikoisiin ajatusrakennelmiin. Kun laivanvarustamon toimitusjohtajan rouva alusta vesille laskettaessa rikkoo shamppanjapullon laivan kylkeen ja lausuu ''Kastan sinut Victoriaksi'', ajattelemme Olivecronan mukaan, ''att en ickefysisk relation kommer till stånd genom att man säger vissa ord''.[20] Tämä on kuitenkin pelkkää kuvitelmaa. *Objektiivisesti ottaen,* Olivecrona sanoo, *nimeä ei ole liitetty laivaan, vaikka kirjaimet, joista nimi koostuu, olisi maalattu laivan kylkeen.* Sama tuomio ilmeisesti koskee kaikkia tosiseikkoja, joiden olemassaolo perustuu konstitutiivisiin sääntöihin ja niistä tehtyihin johtopäätöksiin. Niinpä Olivecrona joutuisi nähdäkseni väittämään, että objektiivisesti ottaen mies ja nainen eivät ole avioliitossa, vaikka heidät olisikin siihen vihitty. Tällaisia institutionaalisia tosiseikkoja oikeustieteen maailma on täynnä. Olivecronan teorian hyväksyminen johtaa siten paljon suurempaan asioiden karsimiseen oikeudellisten ilmiöiden piiristä kuin Olivecrona uskoakseni osasi ajatellakaan.

2.3.3. Merkkifunktion ja performatiivisen funktion ohella termin ''oikeus'' käyttäminen toteuttaa Olivecronan mukaan myös *esitysteknistä* funktiota.[21] Se

[18] *Olivecrona,* Det rättsliga språket och verkligheten s. 31.

[19] *Olivecrona,* Det rättsliga språket och verkligheten s. 35. Uusimmassa tuotannossaan Olivecrona näyttää itsekin olevan tietoinen J. L. Austinin ja omien käsitystapojensa erosta. Ks. *Olivecrona,* Rättsordningen s. 248—249.

[20] *Olivecrona,* Det rättsliga språket och verkligheten s. 30.

[21] Olivecrona käyttää nimitystä ''teknisk funktion''. Ks. Det rättsliga språket och verkligheten s. 43 ja Rätt och dom s. 122.

toimii eräänlaisena välittävänä lenkkinä oikeuden saavuttamistapoja ja oikeuden sisältöä koskevien sääntöjen välillä. Näin se yksinkertaistaa säännösten ja siihen rinnastettavien direktiivien kirjoittamistapaa. Jos linkki poistettaisiin, säännökset jouduttaisiin kirjoittamaan kokonaan uudella tavalla. Esim. omistusoikeuteen kytketyt ''oikeusvaikutukset'' jouduttaisiin suoraan liittämään kaikkiin niihin saantotapoihin, joilla omistusoikeus on mahdollista saavuttaa. Tämä tekisi säännöstöstä äärimmäisen raskaan ja kankealiikkeisen. Jos esimerkiksi omistusoikeuden vaihtoehtoisiin saantotapoihin haluttaisiin tehdä jokin vähäinen muutos, jouduttaisiin muuttamaan kaikkia niitä sääntöjä, jotka antavat merkitystä sille, että jollakin on omistusoikeus. Kun oikeusseuraamuksia ei suoraan kytketä oikeustosiseikkoihin, vaan käytetään niiden välillä linkkinä sanaa 'omistusoikeus', vältytään säännösten laajalta muuttamiskierteeltä pienen säännösmuutoksen yhteydessä.

Olivecrona näyttää erottavan tämän funktion vasta myöhemmässä tuotannossaan. Tämä lienee tapahtunut *Undénin* ja *Rossin* vaikutuksesta. Teoksessa ''Om lagen och staten'' termin esitystekniset tehtävät eivät tule esiin, voidaanpa eräitä hänen lausumiaan tulkita niinkin, että hän olisi suhtautunut ajatukseen kielteisesti.[22]

Edellä mainituille funktioille on ominaista niiden nondeskriptiivisyys. Ne liittyvät tavalla tai toisella ihmisten käyttäytymisen ohjailuun. Olivecronan varhaisemmasta tuotannosta en ole löytänyt lausumia, jotka viittaisivat muiden funktioiden olemassaoloon. Sitä vastoin teoksessa ''Rätt och dom'' hän myöntää, ettei po. termejä käytetä yksinomaan käyttäytymisen ohjailuun, vaan niitä voidaan käyttää myös puhtaasti *tiedottamiseen*. Oikeuskielessä esiintyy lausumia, jotka selvästi näyttävät olevan tosiasioita koskevia väitteitä. Lauseet ''A omistaa kiinteistön X'', ''A:lla on saaminen B:ltä'' ja ''Hannu Salamalla on tekijänoikeus teokseen Kosti Herhiläisen perunkirjoitus'' näyttävät informatiivisilta samaan tapaan kuin väite ''Kirja on pöydällä''.

Kysymys, mistä po. lauseet antavat informaatiota, muodostuu kuitenkin pulmalliseksi. Ajatus, että ne viittaisivat tosiasioihin, törmää juuri samaan vaikeuteen, joka oli *Hägerströmin* kritiikin ydin. Tosiasiaväittämää, joka olisi ekvivalentti analysoitavan lauseen kanssa, ei näytä löytyvän.

Umpikuja vaikuttaa siten ilmeiseltä. Toisaalta on intuitiivisesti selvää, että kertoessamme A:n omistavan kiinteistön X, välitämme informaatiota. Toisaalta näyttää mahdottomalta saada selville, mistä oikein välitämme informaatiota.

Olivecronan ratkaisu, joka esitetään kritiikistä toistaiseksi pidättyen, on seuraava. Hänen mukaansa ongelman purkaminen on hyvä aloittaa kysymällä,

[22] Ks. m.t. s. 95—96, vrt. toisaalta s. 97.

mitä sanoja itse asiassa tietää, kun hän (perustellusti) väittää A:n omistavan kiinteistön.[23] Vastaus on ilmeinen: hän tietää saannon tapahtuneen. Hän tietää A:n ostaneen, vaihtaneen, perineen tai saaneen kiinteistön lahjaksi ja että A ei ole edelleen luovuttanut kiinteistöä. Tällä perusteella vaikuttaisi luonnolliselta ajatella, että lause viittaisi mainittuihin oikeustosiseikkoihin ja merkitsisi siis samaa kuin ''A on ostanut, vaihtanut, saanut tai perinyt kiinteistön eikä ole luovuttanut sitä''.

Olivecrona kuitenkin kiistää tulkinnan. ''Då jag säger, att A är ägare till huset, säger jag ingenting på det sätt på vilket han ''förvärvat'' det. Jag förutsätter att han har en rättstitel, men jag behöver inte ens veta vad slags denna är.''[24]

Mihin sanottujen lauseiden, oikeusväitteiden, kyky välittää informaatiota siis perustuu? Olivecrona vastaa toteamalla, että oikeusväitteistä voidaan tehdä käytännöllisesti tärkeitä *johtopäätöksiä*. Esimerkiksi lause ''A omistaa kiinteistön X'' antaa aiheen seuraavaan johtopäätökseen: jos sanojalla on perusteita väitteelleen, täytyy A:lla olla saanto kiinteistöön.[25]

''Ankarasti ottaen'', Olivecrona toteaa, ''väite että A omistaa talon, ei ole tosi eikä myöskään epätosi''. Sitä lausuttaessa toistetaan vain fraasi, joka näennäisesti toteaa tosiasian. Totuuskvaliteetin puuttumisesta huolimatta po. fraasien käyttö tulee kuitenkin informatiiviseksi sen tähden, että niitä käytetään säännönmukaisella tavalla. Näin käytettyinä ne helpottavat oikeudellisten tilanteiden esittämistä. Sen sijasta, että sanottaisiin oikeustosiseikkojen F1, F2..., Fn olevan käsillä, voidaan yksinkertaisesti puhua oikeudesta, jonka ajatellaan syntyneen oikeustosiseikaston toteuduttua. Näin saavutetaan esitystavassa suuri yksinkertaistus. Tässä mielessä termin esitystekninen funktio ja informatiivinen funktio liittyvät toisiinsa.

Sanotun jälkeen muuttuu sangen vaikeaksi ymmärtää, että po. fraaseilla ei ole totuusarvoa. Jos sanan '-oikeus' käyttäminen on vain yksinkertainen tapa ilmaista tiettyjen oikeusfaktojen olemassaolo, minkä tähden on väärin väittää, että '-oikeus' viittaa po. faktoihin ja että lause on tosi, mikäli väitetty oikeustosiseikasto vallitsee? Olivecrona vastaa tähän toteamalla, että on tärkeää erottaa toisistaan kysymykset väitteen totuudesta ja sen yhtäpitävyydes-

[23] *Olivecrona,* Det rättsliga språket och verkligheten s. 40.

[24] *Olivecrona,* Det rättsliga språket och verkligheten s. 40. Sitaatista käy ilmi, että Olivecronan merkityksen teoria on yhä mentaalianalyyttinen. Lauseen ''A omistaa kiinteistön X'' merkitys saadaan selville introspektion tietä pohtimalla, mitä lausuja ajattelee tai tietää lauseen esittäessään.

[25] *Olivecrona,* Rätt och dom s. 115 ja *sama,* Det rättsliga språket och verkligheten s. 40.

tä oikeussääntöjen ja sosiaalisten tapojen kanssa.[26] Väitteen totuus voidaan testata empiirisesti. Sitä vastoin kysymystä puheena olevien lauseiden totuudesta ei ole mielekästä asettaa, koska ne ainoastaan näennäisesti väittävät jotakin tosiasioista. Niiden osalta voidaan ainoastaan kysyä, käytetäänkö niitä yhdenmukaisesti em. sääntöjen kanssa vaiko ei.

Olivecrona ei mainitse minkälaiseen (tai kenen) totuusteoriaan ja merkityksen teoriaan hänen ajatuksensa perustuvat. Lukija jää kysymään, minkä tähden oikeuslausetta ei voida sanoa todeksi silloin, kun sitä on käytetty mainittujen kielenkäyttösääntöjen mukaisesti l. kun sääntöjen edellyttämä oikeustosiseikasto todella vallitsee. Perustuuhan ei-juridisten termien merkitys ja sitä kautta niiden totuus aivan yhtä lailla kielenkäyttösääntöihin, jotka ovat samalla tavalla konventionaalisia kuin termin 'omistusoikeus' käyttösäännötkin. Merkin ja tarkoitteen välillä ei ole välttämätöntä yhteyttä. Mikäli termin ''oikeus'' käyttösäännöt ovat sellaiset kuin Olivecrona esittää, ei siten näytä olevan mitään estettä pitää puheena olevia väitteitä verifioituvina.

Viimeistellymmän ja paremmin puolustettavissa olevan muodon Olivecronan ajatukset saivat teoksessa ''Law as Fact''. Siinä hän hyvin selkeästi torjuu ajatuksen, että subjektiivisia oikeuksia nimeävät termit viittaisivat mihinkään asiantilaan, esimerkiksi oikeustosiseikkoihin. Oikeusväitteiden informatiivinen funktio perustuu yksinomaan siihen, että niistä voidaan tehdä tosiasioita koskevia todennäköisiä johtopäätöksiä. Esimerkiksi lauseesta ''A omistaa tuon talon'' voidaan päätellä, että talo on A:n tosiasiallisessa valvonnassa, että A:lla on saanto taloon ja että sen, joka aikoo ostaa talon tai vuokrata siitä huoneiston, tulee kääntyä A:n puoleen. Kysymys ei ole loogisesta johtopäätöksestä, vaan yleiseen elämänkatsomukseen perustuvasta päätelmästä, joka voi osoittautua virheelliseksi. Tästä huolimatta mainitunkaltaisten lauseiden tarjoaman välillisen informaation merkitys on kiistaton, minkä osoittaa niiden päivittäinen käyttö miljoonissa eri asiayhteyksissä.[27]

Kuvattu esitys on paljolti vapaa niistä epäselvyyksistä, jotka leimasivat hänen aikaisempia lausumiaan oikeusväitteiden informatiivisesta funktiosta. Havainto, että oikeusväitteillä on käytännön oikeuselämässä kuvatunlainen funktio, on ilmeisen paikkansapitävä. Silti voidaan kysyä, onko Olivecronan esitys tyhjentävä kuvaus mainittujen väitteiden informatiivisesta funktiosta. Intuitiivisesti vaikuttaa selvältä, että oikeusväitteet tarjoavat välitöntä informaatiota eivätkä ainoastaan anna aihetta joihinkin epävarmoihin päätelmiin. Itse

[26] *Olivecrona,* Det rättsliga språket och verkligheten s. 41—42.

[27] Ks. *Olivecrona,* Law as Fact s. 193—197.

asiassa voidaan kysyä, onko informatiivinen funktio lainkaan mahdollinen, jos oikeusväitteet eivät viittaa mihinkään tosiasiaan.

Olivecrona saattaisi vastata tähän toteamalla, että on huomattava joukko lauseita, joista voidaan tehdä informatiivisia päätelmiä, vaikka lauseet eivät viittaakaan mihinkään tosiasiaan. Esimerkiksi huudahduksesta ''Voi minua!'' voidaan päätellä jotakin huudahtajan mielentilasta. Silti ''Voi minua!'' ei viittaa mihinkään tosiasiaan. Oikeusväite, esimerkiksi ''A omistaa tuon talon'' ei kuitenkaan ole analoginen huudahduksen kanssa. Seuraava esimerkki tarjoaa paremman vertailukohdan. Olettakaamme, että 'elaattinen' on käsite, jolta puuttuu konnotaatti. Voidaanko tässä tapauksessa lauseesta ''A on elaattinen'' tehdä A:ta koskevia johtopäätöksiä. Vastaus on nähdäkseni kieltävä.

Olivecronaa mukaillen voitaisiin ehkä huomauttaa, että termiä ''elaattinen'' käytetään tyhjyydestään huolimatta tietyllä säännönmukaisella tavalla, nimittäin silloin, kun A:lla on ominaisuus *a, b* tai *c*. Tästä syystä lauseesta ''A on elaattinen'' voidaan tehdä tosiasioita koskevia päätelmiä. Huomautus johtaa kuitenkin ristiriitaan lähtökohtaisolettaman kanssa. Mikäli näet termiä ''elaattinen'' käytetään kuvatuin tavoin, termillä on konnotaatio. Se viittaa niihin ominaisuuksiin, joita *a, b* ja *c* edustavat, eikä siis ole tyhjä termi.

Juuri sanottuun saatetaan ehkä huomauttaa, että siinä kritisoitu näkemys ei täysin vastaa ''Law as Fact'' -teoksessa esitettyä kantaa. Olivecronan näkemys voidaan näet ymmärtää myös seuraavasti: (1) subjektiivisia oikeuksia nimeävät termit eivät viittaa mihinkään kovaan tosiasiaan, (2) oikeusväitteet muodostetaan kuitenkin yleensä juridisia päättelysääntöjä tarkkaan noudattaen, (3) viimeksimainituissa tapauksissa tiedetään yleensä käytännön elämän tarpeita ajatellen riittävällä varmuudella, että fysikaalinen todellisuus on tietynkaltainen, (4) oikeusväitteet eivät toisin sanoen viittaa fysikaaliseen todellisuuteen, mutta niiden ja fysikaalisen todellisuuden välillä vallitsee tietty empiirinen säännönmukaisuus, (5) kohdassa (4) mainittuun seikkaan perustuu oikeusväitteiden informatiivinen funktio.

Tämä tulkinta kestää muita paremmin kritiikkiä, mutta synnyttää yhtä lailla kysymyksiä, joihin on vaikea antaa vastausta. Kielen ilmaukset saavat merkityksensä siitä, että niitä käytetään toistuvalla ja säännönmukaisella tavalla. Miten on ymmärrettävissä, että juridiset termit vastaavalla tavalla käytettyinä jäävät ilman merkitystä? Samoin voidaan kysyä, miten on selitettävissä, että fysikaalisesta todellisuudesta puhutaan oikeuselämässä näin kömpelöllä tavalla antamalla siitä epäsuoraa ja epävarmaa informaatiota. Jos oikeusväitteiden informatiivinen funktio on tyhjentävästi esitetty Olivecronan teoriassa, miten on ymmärrettävissä, että niitä ei ole korvattu väittämillä, jotka antavat suoraa ja luotettavampaa informaatiota empiirisestä todellisuudesta?

2.3.4. Olivecronan semanttiset käsitykset eivät ole ainoa seikka, joka hänen teoriassaan aiheuttaa hämmennystä. Koko ongelma, jonka Hägerströmin analyysin lopputulos synnytti, näyttää hänellä rajoittuvan kysymykseksi, kuinka termejä 'oikeus' ja 'velvollisuus' voidaan mielekkäästi käyttää, vaikka ne eivät tarkoita mitään. Tämä ei kuitenkaan ollut ainoa eikä edes tärkein kysymys. Tärkein Hägerströmin herättämistä ongelmista oli *tieteenteoreettinen.* Miten oikeustiede voi täyttää tieteelle todellisuuden kuvaajana kuuluvan tehtävän, jos sen keskeinen sanasto ei viittaa todellisuuteen, vaan koostuu pelkistä tyhjistä kuorista?

Tähän kysymykseen Olivecronan analyysi vastaa sangen huonosti. Mikäli hän tarkoittaa, että myös *oikeustieteen* kielen tärkein funktio on käyttäytymiseen vaikuttaminen, oikeustieteen tieteellisyys on heikoissa kantimissa. Jo suuntauksen perusajatuksen mukaan käytännöllinen tiede oli mahdotonta. Olivecronan ajatusta ei myöskään voitane tulkita niin, että oikeustieteen lauseilla olisi edellä kerrotun kaltainen informatiivinen funktio ts. että niistä voitaisiin päätellä esim. tiettyjen oikeustosiseikkojen vallitsevan. Ajatus voitaisiin helposti osoittaa vääräksi. Lainopissa keskustellaan näet normaalisti hypoteettisista tyyppitapauksista tuntematta sanottavaa kiinnostusta siihen, millaiset tosiseikastot käytännössä kulloinkin aktualisoituvat.

Todennäköisesti Olivecrona ei haluakaan väittää mitään sanotun kaltaista. Hänen huomautuksensa juridisten termien tyhjyyden vaikutuksista oikeustieteessä ovat erittäin niukat. Jotakin voidaan kuitenkin päätellä kritiikistä, jonka hän kohdistaa Lundstedtin, Ekelöfin ja Rossin käsityksiin sekä amerikkalaisten realistien ennusteteorioihin.[28]

Olivecronan tapa selviytyä ongelmasta perustuu nähdäkseni ajatukseen, että oikeustieteen tehtävänä ei lainkaan ole esittää oikeuksia tai velvollisuuksia koskevia väitteitä. Kysymystä, onko oikeus K olemassa hetkellä T ja edellytyksillä F, ei hänen mukaansa voida tieteen keinoin ratkaista.[29] Tässä muodossaan kysymys on väärin asetettu.

Sen asemesta on mahdollista selvittää, mitä oikeuksista on *ajateltu* ja *sanottu* laissa, oikeuskäytännössä ja oikeuskirjallisuudessa. Lauseet muotoa 'KKO:n käytännön mukaan takaajalla on regressioikeus velalliseen nähden', 'VanhA:n mukaan saamisoikeudet vanhenevat 10 vuodessa' ja 'Oikeuskirjallisuuden mukaan kuolinpesällä on oikeus saada lainhuuto' voidaan tieteen hy-

[28] Lundstedtin, Ekelöfin ja Rossin kritiikistä ks. Rätt och dom s. 133—143. Amerikkalaisen realismin kritiikistä ks. Om lagen och staten s. 52—55 ja Det rättsliga språket och verkligheten s. 11—15.

[29] Rätt och dom s. 144.

väksymin menetelmin verifioida tai falsifioida. Havaitsemme, että oikeustieteen lauseet ovat lainsäädännön, oikeuskäytännön ja tarkastelemansa oikeuskirjallisuuden kieleen nähden metakielen tasolla. Tämän johdosta ne voivat olla tosia riippumatta siitä, mitä funktiota objektikielen lause, josta oikeustiede jotakin väittää, kulloinkin toteuttaa.

Kuten jo aiemmin oikeustieteen tehtävistä puhuttaessa kävi ilmi, oikeustiede ei Olivecronan mukaan voi rajoittua pelkästään kuvaamaan, millaisia oikeus- ja velvollisuusideoita lainsäädännössä, oikeuskäytännössä ja -kirjallisuudessa esiintyy. Sen tulee myös *suosittaa* ratkaisuja oikeuskysymyksissä (de lege lata tai de lege ferenda). Siirryttäessä tälle tasolle ei juridisten termien tyhjyys aiheuta mitään ongelmia. Tarve käyttää niitä putoaa näet pois. Sen sijasta, että puhuttaisiin oikeuksista ja velvollisuuksista, voidaan yksinkertaisesti esittää ja argumentoida käyttäytymissuosituksia, jotka liittyvät tiettyihin tilanteisiin. Nämä tilanteet voidaan Olivecronan mukaan kuvata ''tyhjiä'' termejä käyttämättä,[30] ja näin vapautua menneiltä ajoilta peräisin olevasta metafyysisestä tavasta, jossa oikeusjärjestys esitetään ihmisten oikeuksien ja velvollisuuksien sääntelynä.

Tällä tavoin termien tyhjyyden aiheuttamat tieteenteoreettiset ongelmat ratkeavat Olivecronan mukaan ikäänkuin itsestään. Termeille ei ole tarpeen antaa uutta empiiristä merkityssisältöä. Niiden realistista rekonstruktiota ei kaivata. Tarvitaan vain sen verran itsereflektiota, että lainopin harjoittaja tietää, mistä hän kulloinkin puhuu, faktisista oikeus- ja velvollisuusideoista vaiko omista soveltamissuosituksista.

Havaitsemme jälleen, että Olivecrona selviää Hägerströmin herättämästä problematiikasta sangen vähällä. Hägerströmin tulokset eivät hänen mukaansa edellyttäneet oikeustieteessä perusteellista mullistusta. Niiden syvin merkitys piili siinä, että kysymyksenasetteluja voitiin termien tyhjyyden selvittyä parantaa niin, että niistä tuli korrekteja. Oli lakattava kysymästä, onko takaajalla regressioikeus velalliseen nähden, ja tyydyttävä kysymään, millaisia ideoita laki, oikeuskäytäntö ja oikeuskirjallisuus sisältävät takaajan regressioikeudesta. Sen ohella on luvallista esittää suosituksia siitä, miten tuomioistuimen tulisi suhtautua regressikanteeseen kuvatussa tilanteessa.

Kysymyksenasettelun ohella analyysin tulokset vaikuttivat myös Olivecronan argumentointi- ja systematisointitapaan. Koska 'oikeudet' ja 'velvollisuudet' olivat tyhjiä kuoria ei niihin vedoten voitu perustella ratkaisusuosituksia eikä myöskään systematisoinnissa käyttää oikeuksien ja velvollisuuksien ole-

[30] Rätt och dom s. 144. Ajatus, että tieteen luomien tai paljastamien oikeussääntöjen kuvauksissa ei tarvittaisi juridisia termejä, vaikuttaa mielestäni epäuskottavalta.

massaoloa edellyttäviä konstruktioita. Näitä ajatuksia kuvastaa etenkin teos ''Rätt och dom'', joka on suurisuuntainen yritys eräiden prosessioikeuden yleisten oppien uudelleenmuotoilemiseksi sanotulta pohjalta.[31] Tässä yhteydessä ei ole aihetta ryhtyä Olivecronan ajatusten arviointiin ja kritiikkiin. Mainittakoon kuitenkin, että Olivecronan tavalla selviytyä subjektiivisten oikeuksien kritiikistä mahdollisimman vähällä oli myös hintansa. Muutettaessa kysymyksen asettelua Olivecronan esittämin tavoin alue, josta oikeustiede saattaa esittää verifioituvia väitteitä, käy kovin suppeaksi. Olivecrona kieltää ajatuksen, että esim. oppikirjan lause ''Kiinteistön omistajalla on oikeus saada lainhuuto saannolleen'' voisi olla verifioituva väite. Näin väittäessään tiede ylittää rajansa. Se voi väittää ainoastaan, että laissa, oikeuskäytännössä ja juridisessa kirjallisuudessa asiaan on suhtauduttu sillä ja sillä tavoin. Yleensä oikeustieteessä on intuitiivisesti käsitetty tiedon alue laajemmaksi. Tähän käsitykseen on mielestäni hyvät perusteet. Asiaan palataan tutkimuksen lopuksi.

3. SUBJEKTIIVISTEN OIKEUKSIEN HAJOITTELU — SUBSTANSSIKÄSITTEISTÄ RELAATIOKÄSITTEIKSI

3.1. Undén ja juridiset fiktiot

Lundstedtin ja Olivecronan reaktio subjektiivisten oikeuksien fiktioluonteeseen noudatti melko tarkoin Hägerströmin viitoittamia linjoja. Eroavuudet johtuivat lähinnä siitä, että he valitsivat lähtökohtansa eri puolilta Hägerströmin ajattelua. Lundstedtin kiinnittäessä huomionsa subjektiivisia oikeuksia nimeävien termien merkityssisällön realistiseen rekonstruktioon Olivecrona puolestaan kehitteli Hägerströmin ajatusta, jonka mukaan kielellä on muitakin kuin deskriptiivisiä tehtäviä. Aivan toisentyyppistä reaktiota ilmensi sitä vastoin *Östen Undénin* käsitys. Sitä voidaan nimittää juridisten käsitteiden fiktioteoriaksi.

Undénin käsitys perustuu saksalaisen filosofin *Hans Vaihingerin* ajatusten luovaan soveltamiseen. Teoksessaan ''Die Philosophie des Als-Ob'' Vaihinger tarkastelee teoreettisia, käytännöllisiä ja uskonnollisia fiktioita.[1] Hänen mukaansa kaikki yleiskäsitteet, ajatuksen kautta luodut konstruktiot ja tieteelli-

[31] Olivecronan kritiikistä käsitelainopillista argumentaatiota kohtaan ks. Studier över begreppet juridisk person i romersk och modern rätt s. 39—41. Tämän nuoruudentyön kriittiset osat kuvastavat Lundstedtin selvää vaikutusta.

[1] Vaihingerin ajatuksia selostetaan tässä *Olivierin* teoksen ''Legal Fictions'' pohjalta.

set luokittelut ovat esimerkkejä fiktioista. Fiktioille on tunnusomaista, että ne sisältävät tietoisen erheen. Ne eivät väitäkään pitävänsä paikkaansa, mikä erottaa ne (vääristä) tieteellisistä hypoteeseista ja valheista.

Fiktioiden raison d'être on Vaihingerin mukaan niiden hyödyllisyydessä. Ne ovat eräänlaisia apuvälineitä, jotka yksinkertaistavat ajatuksen liikettä. Toisaalta ne ovat luonteeltaan alustavia ja väliaikaisia. Niiden palvelukset ovat tarpeen vain siihen saakka, kunnes ne kokemuksen karttuessa ja ajattelun välineiden hienostuessa voidaan korvata paremmilla. Hyödyttömäksi käynyt fiktio on hylättävä. Samoin on varottava, ettei hyödyllisestäkään fiktiosta tehdä dogmia ja ettei sitä, mitä fiktiosta on johdettu, pidetä todellisena.[2]

Vaihinger keskustelee myös juridisista fiktioista. Niitä voidaan hänen mukaansa karkeasti erottaa kahdentyyppisiä. Toinen ryhmä koostuu ns. analogisista fiktioista, joissa yksityistapaus subsumoidaan tapauskategoriaan, joka ei ole laadittu sitä ajatellen. Tapaukseen suhtaudutaan ts. *ikäänkuin* (als ob) se kuuluisi kategoriaan, johon se ei kuulu. Toisen ryhmän juridisia fiktioita muodostavat juridiset käsitteet, jotka muiden tieteellisten käsitteiden tavoin ovat fiktioita.[3]

Undén sovelsi näitä ajatuksia subjektiivisten oikeuksien analyysiin.[4] Hän myönsi, että *Hägerströmin* analyysi juridisten käsitteiden luonteesta oli sinänsä oikea. Sellaisia olioita, kuten oikeudet ja velvollisuudet, ei esiinny luonnossa.[5] Ajatus, että termejä "oikeus", "velvollisuus" ja "oikeushenkilö" vastaisi jokin olio tai ominaisuus, on pelkkä fiktio.

Tämä havainto ei Undénin mukaan kuitenkaan pakota oikeustieteilijöitä radikaalisti muuttamaan käsitteistöään tai työskentelytapaansa. "Den juridiska tekniken har sin begreppsvärld för sig och begreppen äro ej omöjliga för juridiskt-tekniskt bruk, därför att det äro "tanketing", som vi inte "träffa på" i den reala världen", hän kirjoittaa.[6] On riittävää, että oikea asiantila pidetään kirkkaana mielessä, ja kaihdetaan johtopäätöksiä, jotka perustuvat siihen olettamaan, että juridiset ajatusluomat käyttäytyvät fyysisten esineiden tavoin.

Juridisten käsitteiden hylkääminen olisi haitallista liioittelua, sillä fiktiivisestä luonteestaan huolimatta ne ovat sangen hyödyllisiä. Ne ovat eräänlaisia

[2] Ks. *Olivier,* Legal Fictions s. 38—41.

[3] Ks. *Olivier,* Legal Fictions s. 41—43.

[4] Vaihingerin vaikutus lienee ollut lähinnä siinä, että hänen fiktioteoriansa tarjosi Undénille muodon, johon tämä saattoi pukea ajatuksensa. Näkemys, että juridiset käsitteet ovat keinotekoisia ajatusluomuksia, oli näkyvissä jo teoksessa "Om panträtt i rättigheter", jolloin Undén otaksuttavasti ei tuntenut Vaihingerin ajatuksia.

[5] *Undén,* Några synpunkter på begreppsbildning s. 173.

[6] *Undén,* Om panträtt i rättigheter s. 16.

apukäsitteitä, jotka sisältävät tietoisen erheen, mutta siitä huolimatta auttavat meitä paremmin orientoitumaan oikeussääntöjen viidakossa. Niitä ei Undénin mukaan ole muodostettu vastaamaan luonnossa esiintyviä esineitä tai voimia eikä myöskään vastaamaan objektien ominaisuuksia, vaan ainoastaan helpottamaan säännösten sisällön käsittämistä. Kuvainnollinen ajattelutapa, jossa oikeudet rinnastetaan esineisiin (''yttre ting''), voi tarjota oikotien oikeuslauseiden ymmärtämiseksi ja olla siten juridisteknisesti täysin perusteltu. Käsitteiden arvo ei ole riippuvainen niiden todenmukaisuudesta vaan tarkoituksenmukaisuudesta.[7] Käsitteen valinnan tulee riippua siitä, mikä ehdotetuista vaihtoehdoista antaa parhaan käsityksen säännösmateriaalista.

Ajatusta voidaan selventää seuraavalla, alunperin *Julius Lassenilta* lainatulla esimerkillä. Oletetaan, että A, joka on velkaa B:lle, antaa tälle saamisen vakuudeksi C:n allekirjoittaman velkakirjan. Haluttaessa lyhyesti kuvata syntynyt oikeustila voidaan tapahtunutta nimittää saamisoikeuden rajoitetuksi siirroksi tai vaihtoehtoisesti panttioikeuden perustamiseksi velkakirjaan. Jälkimmäinen kuvaustapa on tarkoituksenmukaisempi, koska se synnyttää kuulijassa sikäli oikean mielikuvan, että tilanteeseen sovelletaan (ainakin eräitä) irtaimen panttia koskevia säännöksiä. Näin ollen jälkimmäinen vaihtoehto on suositeltava, mutta ensimmäisestäkään ei voida sanoa, että se olisi väärä.

Esimerkistä näkyy, että juridiset käsitteet ovat Undénin mukaan oikeussääntöjen sisältöä kuvaavia lyhennelmiä. Ne eivät anna täydellistä kuvaa säännösten sisällöstä, mutta johdattavat kuitenkin oikeille jäljille. Esimerkiksi juridisen henkilön käsite viittaa tiettyyn oikeustosiseikkojen ja oikeusvaikutusten väliseen relaatioon, jonka täsmällisen sisällön määrää lainsäädäntö.[8] Samoin ''omistusoikeus'' on lyhyt nimitys sille monimutkaiselle asiantilalle, että oikeusjärjestys tietyin edellytyksin tarjoaa jollekin esineen omistajana tietynlaista suojaa.[9] Samassa yhteydessä hieman myöhemmin hän toteaa, että omistusoikeus on ''det maximum av befogenheter över en sak som rättsordning medgiver''.[10] Se on eräänlainen oikeutuksista koottu suuri paketti.

---

[7] *Undén,* Om panträtt i rättigheter s. 16 ja *sama,* Några synpunkter på begreppsbildning s. 172—173.

[8] Ks. *Undén,* Några synpunkter på begreppsbildning s. 176. Vrt. *sama,* Juridiken som vetenskap s. 15, jossa todetaan, että juridinen henkilö on tietyn oikeusvaikutusten kokonaisuuden yhteisnimitys.

[9] *Undén,* Svensk sakrätt I s. 82—83.

[10] *Undén,* m.t. s. 92. Havaitsemme, että Undénilla on kaksi teoriaa, joiden välillä hänen kantansa näyttää horjuvan. Toisen mukaan juridinen käsite viittaa oikeustosiseikkojen ja oikeusvaikutusten väliseen relaatioon, toisen mukaan puolestaan oikeusvaikutusten kokonaisuuteen.

Viimeksi mainittua luonnehdintaa metaforisesti hyödyntäen Undén päätyy tärkeään metodiseen johtopäätökseen. Samalla tavoin kuin paketista ei voida ottaa ulos sellaista, mitä siihen ei ole pakattu, ei myöskään juridisista käsitteistä voida johtaa muita oikeuslauseita (normiväittämiä) kuin niitä, joiden hyväksyminen on ollut aiheena käsitteen muodostamiseen.[11] On helppoa havaita, että jälleen on vain hieman aiemmasta poikkeavin perustein päädytty metodisääntöön, joka kuuluu skandinaavisen oikeusrealismin selkärankaan: käsitteistä ei ole lupa tehdä johtopäätöksiä. Deduktiivinen luovuus on oikeustieteessä metodinen virhe. Kirjoituksessaan ''Juridiken som vetenskap'' Undén kärkevin sanoin arvosteleekin käsitelainopillisia tutkijoita, jotka tarkkailevat oikeuksia kuin zoologisti eläimiä ja tarkastelunsa tuloksena löytävät niistä uusia, ennennäkemättömiä ominaisuuksia.[12]

Arvioitaessa Undénin ajatustavan vaikutuksia on todettava, että hänen tapansa ymmärtää subjektiivisten oikeuksien luonne oli omiaan poistamaan esteitä oikeuspoliittisten uudistusten tieltä. Koska omistusoikeus ei ole apriorinen, ihmisistä riippumatta olemassaoleva substanssi, vaan ainoastaan tarkoituksenmukaisuusperusteilla luotu konstruktio, ei omistusoikeuteen voida vedota argumenttina keskusteltaessa lainsäädäntökysymyksistä, jotka kajoavat omistajan asemaan.[13] Tämä vastaa *Lundstedtin* aiemmin selostettua näkemystä.

Undén suhtautui kuitenkin Lundstedtia maltillisemmin oikeustieteen asemaan oikeusjärjestyksen kehittämisessä. Kun Lundstedt katsoi, että oikeustieteen oli yhteiskuntahyödyn periaatteineen asetuttava uudistusten kärkeen, Undén näki oikeustieteen tehtävän lähinnä toteavana. Juridinen omistusoikeuskäsite kelpaa yhtä huonosti kuin apriorinenkin yhteiskuntapoliittiseksi ohjelmaksi. Uudistusten tulee tapahtua muilla perusteilla. Jos lainsäädäntöteitse nähdään hyväksi joko laajentaa tai supistaa oikeuden sisältöä, juridisen käsitteenmuodostuksen on sopeuduttava muutokseen.[14] Tieteen ja politiikan raja on hänellä jyrkempi kuin Lundstedtilla.

Undén pitää edellä selostettuja käsityksiään myös tieteenteoreettisesti hyvin merkittävinä. Hän katsoo, ettei Hägerströmin kritiikki enää päde, jos oikeudelliset käsitteet tulkitaan fiktiivisiksi substanssikäsitteiksi eli *funktiokäsitteiksi,* mitä nimitystä hän mieluiten käyttää.[15] ''Kun oikeuden käsitettä pidetään

[11] *Undén,* Några synpunkter på begreppsbildning s. 172.
[12] *Undén,* m.k. s. 14.
[13] *Undén,* Svensk sakrätt I s. 83—84.
[14] *Undén,* Svensk sakrätt I s. 84.
[15] Undén ei lähemmin eksplikoi funktiokäsitteen käsitetunnusmerkkejä, vaan ainoas-

funktiokäsitteenä, jonka tehtävänä on helpottaa oikeudellisen sääntöjärjestelmän esittämistä, ei käsitettä luonnollisesti voida arvostella siitä, että ”oikeuksia” ei ole olemassa. Käsite ei nimittäin viittaa mihinkään todellisiin voimiin, joiden oletetaan eksistoivan luonnossa tai yliluonnollisissa sfääreissä, vaan se on konstruktiivinen käsite, jonka tehtävänä on ilmaista tiettyä asiantilaa. Se on funktiokäsite, joka pyrkii selventämään oikeudellisen sääntöjärjestelmän teoreettista sisältöä tai praktista soveltamista konkreettiseen tapaukseen. Käsitettä ei tule arvioida sen totuusarvon mukaan, koska se ei väitäkään heijastavansa todellisuutta (natursammanhang), vaan sen tarkoituksenmukaisuuden perusteella.”[16]

Näistä syistä hän ei nähnyt mitään aihetta Lundstedtin ja Olivecronan tavoin luopua käsitteiden 'oikeus' ja 'velvollisuus' käytöstä *systemaattisia* tarkoitusperiä palvelevissa konstruktioissa. Päin vastoin hänen teoriansa hyödyllisistä fiktioista nimenomaisesti korosti niiden arvoa tässä suhteessa. Jos po. käsitteistä luovutaan sekä päättelyssä että systematisoinnissa, tehdään subjektiivisten oikeuksien kritiikistä liiallisia johtopäätöksiä. Tästä syytä hän ei nähnyt mitään metafyysistä Lundstedtin ja Olivecronan ankarasti torjumassa mahdollisuudessa kuvata termillä 'oikeus' sitä tilannetta, joka vallitsee ennen prosessia. ”Ingenting hindrar, att begreppet rättighet användes om det läge, som föreligger t.ex. efter vissa rättshandlingars företagande och vilket läge bör enligt lag föranleda domaren att, om det bevisas, avkunna en dom i viss riktning. Att man har behov av ett begrepp, som täcker även den situation, vilken föreligger före processen och oavsett bevisningsmöjligheterna, är uppenbart. Det måste anses olämpligt att vid uppställandet av rättighetsbegreppet draga in i definitionen problemen om upprätthållandet av rättsordningen såsom en totalitet. ...Hur obestridligt det än är, att ”rättigheter”, som icke kunna framtvingas, icke heller innefatta något maktmoment, och att det beror på domaren, i vad mån statens garanti skall ges åt den förmente rättsinnehavaren eller icke, så är det dock fullt försvarligt att vid bestämmandet av rättighetsbegreppet

taan toteaa käyttävänsä sitä modernin logiikan sille antamassa merkityksessä. Hänen käyttämistään esimerkeistä voitaneen päätellä funktiokäsitteiden olevan käsitteitä, jotka eivät viittaa olioon tai ominaisuuteen, vaan asiantilaan tai niiden väliseen relaatioon. Undénilla lienee ollut mielessään ajatus, että 'oikeus' olisi näin meneteltäessä määritelty matemaattisten käsitteiden tavoin jonkin muun suureen funktiona. Hänen lausumansa asiasta ovat tosin melko epätäsmällisiä. Toisinaan hän näyttää tarkoittavan funktiokäsitteellä vain sitä, että käsite toteuttaa juridiikassa jotakin hyödyllistä funktiota. Ks. Juridiken som vetenskap s. 15. Erottelu, substanssikäsitteet ja funktiokäsitteet, lienee peräisin Ernst Cassirerin samannimisestä teoksesta, ja siirtynyt sieltä juridiikkaan etenkin Kelsenin välityksellä.

[16] *Undén,* Några synpunkter på begreppsbildning s. 173.

utgå från *tankeinnehållet i rättsreglerna* och lämna å sido problemet om de krafter, som upprätthålla rättsreglerna".[17]

Veikö substanssiajattelun hylkääminen todella Hägerströmin kritiikiltä kärjen. Undénin ajatustavan saavuttamasta suosiosta lienee lupa päätellä, että näin yleisesti ajateltiin. Tosiasiassa näin ei kuitenkaan tapahtunut, kuten seuraavassa yritän lyhyesti osoittaa.

Undénin oppi funktiokäsitteistä muutti ajatustapoja lähinnä kahdessa eri suhteessa. Ensinnäkin se merkitsi skolastisen merkitysopin ns. "unum nomen unum nominatum" -teorian hylkäämistä. Tämän ohella sen kautta tuotiin skandinaaviseen oikeustieteeseen *instrumentalismi,* teoria, jonka mukaan tieteelliset peruskäsitteet ovat nominaalimääritelmiä eikä niiden totuudesta siten kannata kiistellä. Kumpikin muutos oli ilmeisen hyödyllinen vapauttaessaan juridiikan tutkijat eräistä kahlitsevista ajatustottumuksista ja tarpeettomista ongelmista.[18] Sitä vastoin Undénin teoria ei nähdäkseni millään tavoin muuta oikeustieteen lauseiden semanttista statusta, missä juuri oli Hägerströmin kritiikin ydin. Tämä voidaan todeta seuraavan esimerkin avulla.

Lause 'A:lla on panttioikeus velkakirjaan' on Undénin teorian mukaan lyhennetyssä ja epätäsmällisessä muodossa annettu kuvaus A:n oikeusasemasta. Täsmällisemmässä muodossa sama ajatus voidaan ilmaista esimerkiksi seuraavasti: 'A:lla on sellainen oikeusasema, että jos A:n velallinen ei sovitulla tavalla maksa velkaansa, A:lla on oikeus tiettyjä menettelytapoja noudattaen realisoida pantiksi saamansa velkakirja ja käyttää kauppahinta saamisen suoritukseksi'. Mikä on tämän täsmennöksen semanttinen status? Kuten voidaan havaita, käsitteet 'oikeus' ja 'pantti' esiintyvät myös täsmennöksessä. Vastaus kysymykseen, ilmaiseeko lause jonkin kokemusmaailmamme tosiasian, riippuu siten ilmeisesti siitä mitä 'oikeus' ja 'pantti' tässä yhteydessä tarkoittavat. Näin on kierrytty takaisin Hägerströmin kysymykseen.[19]

Tästä ei luonnollisesti seuraa, että tapa, jolla Undén katsoo po. termejä voitavan käyttää, olisi välttämättä epäonnistunut. Toisin kuin yleisesti ajateltiin hänen kritiikkinsä ei kuitenkaan kumonnut Hägerströmin analyysiä.[20] Undénin teoria lienee syntynyt siitä syystä, että hän lainoppineena koki Hägerströmin ja tämän läheisimpien oppilaiden päätelmät intuitiivisesti mahdotto-

[17] *Undén,* Några synpunkter på begreppsbildning. s. 174. kurs. tässä.

[18] Instrumentalismiin liittyvästä problematiikasta ks. toisaalta *Aarnio,* Mitä lainoppi on? s. 85—87.

[19] Sen, joka epäilee esimerkin todistusarvoa, sopii yrittää esimerkkiväitteen korvaamista väitteellä, joka ei sisällä juridisia termejä.

[20] Jäljempänä havaitaan, että Undénin teoriaa pidettiin suomalaisessa tiedeyhteisössä pitkään esityksenä, johon viittaamalla voitiin torjua Upsalan koulun ajatukset.

miksi. Juridinen ajattelu, joka katsoo, että oikeudet voivat olla olemassa ennen tuomiota, ja vaatii, että tuomioiden tulee perustua niihin, ei voi olla metafysiikkaa. Undénin ehdottamaa analyysiä voidaan puolustaa, mikäli omaksutaan Hägerströmin ontologiaa sallivampi ontologia. Nähdäkseni voidaan väittää, että todellisuusilmiö, johon oikeusväittämät Undénin mukaan viittasivat, muodostui mm. direktiivien propositionaalisista sisällöistä. Tässä mielessä hän erosi Upsalan koulukunnasta, jonka ontologia oli ahtaampi. Esimerkiksi Lundstedtille ja Olivecronalle traditionaalinen juridinen kielenkäyttö oli mahdotonta, koska käsitteiden tieteellisyyden ehtona oli heidän mukaansa, että sen oli viitattava raakoihin empiirisiin tosiasioihin. Käsite, joka ei tätä ehtoa täyttänyt, ei itse asiassa heidän mukaansa ollut lainkaan teoreettinen käsite, vaan saattoi toteuttaa enintään ei-esittäviä funktioita.

3.2. Alf Ross ja subjektiivisten oikeuksien hajoittelu

3.2.1. Undénin teoria, jonka mukaan juridiset käsitteet ovat funktiokäsitteitä, lienee vaikuttanut *Alf Rossin* ajatuksiin hänen pohtiessaan subjektiivisten oikeuksien ja niitä nimeävien käsitteiden luonnetta. Ross toteaa, että oikeudet ja velvollisuudet voidaan esittää toistensa funktioina. Kumpi niistä valitaan muuttujaksi, riippuu siitä, kumman osapuolen kannalta — oikeutetun vaiko velvoitetun — asiaa halutaan tarkastella. Näistä näkökulmista velvollisuusnäkökulma on sikäli primäärisempi, että vain velvollisuuksien kautta voidaan ihmisten käyttäytymiseen vaikuttaa sillä tavoin, että syntyy käyttäytymisetuoikeuksia (Adfærdsexpansion, Adfærdspræference), joita voidaan nimittää subjektiivisiksi oikeuksiksi. Tällä perusteella Ross katsoo tarkoituksenmukaiseksi määritellä subjektiiviset oikeudet velvollisuuksien funktioina.[1]

Tutkiessaan tämän funktion luonnetta Ross tekee tärkeän havainnon: ei voida lainkaan puhua yhdestä funktiosta, vaan ilmiö hajoaa funktioiden moninaisuudeksi. Oikeus ei ole yhtenäiskäsite, kuten juridiikassa on perinteisesti ajateltu, vaan viittaa useampaan eri relaatioon. Näistä voidaan täydellisyyttä tavoittelematta mainita tässä seuraavat:

(1) *Oikeus etuutena.* Se on henkilö B:n käyttäytymisvapauden laajennos, joka saa sisältönsä siitä, että toisella henkilöllä, A:lla on velvollisuus käyttäytyä tavalla, jota tyypillisesti pidetään myönteisenä B:n intressien kannalta. Subjektia, joka on kuvatunlaisessa suhteessa velvoitettuun, Ross nimittää intressisubjektiksi.[2]

[1] *Ross,* Virkelighed og Gyldighed i Retslæren s. 182 ss.

[2] *Ross,* Virkelighed og Gyldighed i Retslæren s. 185—189.

(2) *Oikeus valtana.* Tällä Ross tarkoittaa kelpoisuutta nostaa kanne ja saada aikaan pakkotäytäntöönpano velvoitettua A:ta kohtaan. Sitä, joka on tässä relaatiossa A:han nähden, voidaan nimittää kannesubjektiksi. Kannesubjekti ja intressisubjekti ovat yleensä sama henkilö, mutta näin ei välttämättä ole asia.

(3) *Oikeus kompetenssina.* Edellä kuvatut relaatiot, joiden muodostamaa kokonaisuutta Ross sanoo primäärioikeudeksi, riittävät määrittämään velvollisuuksien ja oikeuksien väliset funktiot niin kauan kuin oikeusjärjestyksestä eliminoidaan dynamiikka. Yksityisoikeuden ja etenkin varallisuusoikeuksien piirissä (primääri)oikeuksien siirtokelpoisuus on kuitenkin sääntönä. Primäärioikeuden haltijalla B:llä on tavallisesti kompetenssi siirtää oikeutensa esimerkiksi C:lle, mikä täsmällisesti sanoen tarkoittaa, että B:n käyttäytyminen (tai B:tä koskettava tapahtuma, kuten kuolema) on ehtona sille, että B:n primäärioikeus sammuu ja C:lle syntyy sen kanssa analoginen oikeusasema.[3]

Ajatustaan, että subjektiiviset oikeudet de facto sisältävät useita eri elementtejä, Ross sovelsi myöhemmin omistusoikeuden ja omistajanvaihdosilmiön analyysiin. Omistusoikeus on hänen mukaansa *yhteisnimitys* hyvin suurelle joukolle funktioita.[4] Funktioistaan erotettuna omistusoikeus ei ole mitään. Tästä syystä on harhauttavaa nimittää po. funktioita omistusoikeuden oikeusvaikutuksiksi. Sanonta näet synnyttää mielikuvan, että omistusoikeus olisi olemassa funktioistaan riippumatta substanssina, joka aiheuttaa funktiot.

Käsitteellisesti ei ole välttämätöntä, että kaikki funktiot kuuluvat samalle subjektille. Oikeusjärjestys ei myöskään tosiasiassa ole rakennettu tällä tavoin. Esimerkiksi intressi- ja kannesubjekteina saattavat hyvinkin olla eri tahot.[5] Tällaisessa tilanteessa ei ole mitään mieltä kysyä, kenellä omistusoikeus varsinaisesti tai oikeastaan on, koska kysymys edellyttää ykseyttä siinä, missä mitään ykseyttä ei ole.

On helppoa havaita, että tässä kohtaamme jälleen *käsitteistä päättelyn kiellon.* Menettely, jossa ensin vahvistetaan, että A:lla on tiettyä tyyppiä oleva oikeus ja siitä päätellään, mitä A saa tehdä tai mihin hänellä on kompetenssi, ei ole puolustettavissa, koska näin tehtäessä eri funktiot jo ennalta kytketään yhteen. Ykseyden osoittauduttua harhaksi ei siitä, että A:lla on esim. irtaimen esineen panttioikeuteen liittyvistä oikeutuksista O_1—O_n oikeutukset O_1—O_3, seuraa, että hänellä olisivat myös oikeutukset O_4—O_n. Niiden olemassaolo on kunkin osalta tutkittava erikseen mm. reaalisten näkökohtien perusteella.

---

[3] Ks. tarkemmin *Ross,* Virkelighed og Gyldighed i Retslæren s. 190—192.

[4] *Ross,* Ejendomsret og Ejendomsovergang s. 13.

[5] Rossin mukaan intressisubjektina voi olla jopa eläin tai määrätarkoitus. Ks. Virkelighed og Gyldighed i Retslæren s. 197—200.

Rossin ajattelutavan emansipatorinen merkitys lainopille oli huomattava.[6] Traditionaalinen ajattelu, joka edellytti oikeuksien käyttäytyvän substanssien tavoin, toimi tyydyttävästi vain niissä tilanteissa, joissa kaikki funktiot kuuluivat samalle henkilölle. Mikäli tilanne oli toinen, jouduttiin vaikeuksiin voimassaolevan oikeuden kuvaamisessa. Funktionaalinen ajattelu merkitsi käsitevälineistön olennaista rikastumista. Sen puitteissa voitiin esittää sellaista, joka aikaisemmin oli loogisesti mahdotonta. Tämä mahdollisti atyyppisten tilanteiden analyysin, ''välitilailmiöiden'' selvittelyn, joissa eri funktiot kuuluivat eri subjekteille. Ajatus oikeuksien siirtymisestä vaiheittaisena tapahtumasarjana kävi mahdolliseksi.

Tässä kohden saatetaan kysyä, mitä yhteyksiä edellä sanotulla on skandinaaviseen realismiin, suuntaukseen, joka pyrki näkemään oikeuden metafysiikasta vapaana, empiirisenä ilmiönä. Vallitsiko analyyttisen oikeustieteen ja skandinaavisen realismin välillä ainoastaan personaaliunioni, jossa sama henkilö sattumalta tuli kehittäneeksi molempia?

Tämä käsitys, jonka joskus näkee esitettävän, on käsitykseni mukaan virheellinen. Skandinaavinen realismi oli alusta alkaen käsiteanalyyttinen suuntaus. Sen lähtökohtana oli ajatus, että metafyysiset käsitykset eivät enää entisessä määrin vaikuta meissä välittömästi, vaan elävät kivettyneinä käyttämissämme käsitteissä ja vaikuttavat niihin sisältyvien olettamien kautta.[7] Metafysiikan piilovaikutuksen eliminoimiseksi olettamat tuli kaivaa esiin ja alistaa kriittiseen tarkasteluun.

Subjektiivisten oikeuksien analyysi toteutti tätä tehtävää. Siinä tehdyt löydökset selitettiin metafysiikan vaikutuksiksi. Se, että subjektiivisia oikeuksia luonnehtivat käsitteet virheellisesti tulkittiin substanssikäsitteiksi, johtui Rossin mukaan siitä, että subjektiivisia oikeuksia pidettiin luontaisoikeuden tavoin praktisina kvaliteetteina, joiden välttämättä täytyi paikantua tiettyyn yksilöön.[8] Hän toteaa myös, että traditionaalinen oikeuden käsite on tyypillinen esimerkki *hypostaasista* so. ilmiöiden metafyysisestä kahdentamisesta. Tämä näkyy siinä, että mainittuja funktioita ei pidetä oikeutena sinänsä, vaan nii-

[6] Näin todettaessa on luonnollisesti muistettava, että subjektiivisten oikeuksien hajoittelu ei ollut yhden miehen työ. Ajatuksen kehittäjistä on jo edellä mainittu Undén. Hänen lisäkseen on syytä muistaa ainakin *Torp* ja *Vinding Kruse*. Kauempaa mahdollisesti tulleita vaikutteita etsittäessä on huomattava, että *Hohfeldin* suorittama juridisten peruskäsitteiden analyysi oli Skandinaviassa tuttu jo 1920-luvulla. Ks. *Undén,* Några synpunkter på begreppsbildning inom juridiken s. 174 av. 1.

[7] Ks. esim. *Ross,* Virkelighed og Gyldighed i Retslæren s. 231.

[8] *Ross,* Virkelighed og Gyldighed i Retslæren s. 178.

den taakse kuvitellaan yhtenäinen substanssi, eräänlainen mystinen valta, jonka oikeusseuraamuksiksi funktiot tulkitaan.[9]

Edellä sanotusta voidaan havaita, että analyysillä ja skandinaavisella realismilla oli tieteensisäinen yhteys. Metafysiikkaa vastaan voitiin taistella käsiteanalyysin keinoin.[10]

3.2.2. Käsiteanalyysi saattoi kuitenkin muodostaa vain realismin ohjelman ensimmäisen etapin. Kuten *Undénin* ajattelua tarkasteltaessa todettiin, substanssien hajoittaminen funktioiksi ei ole riittävä edellytys ohjelman toteuttamiselle. Uusi ajattelutapa merkitsi ainoastaan kielenkäytön täsmällisyyden lisääntymistä. Entiset hahmottomat oikeusväitteet voitiin korvata tarkemmilla. Sitä vastoin pelkkä analyysi ei muuttanut miksikään ongelmaa siitä, minkätyyppisiin tosiasioihin oikeustieteen lauseet viittasivat.

Toisin kuin Undén Ross näyttää selvästi oivaltaneen tämän. Jotta oikeustiedettä voitaisiin pitää tieteenä, sen tutkimuskohteen tuli koostua ilmiöistä, jotka koulukunnan ontologia tunnusti tosiasioiksi. Oikeustieteen käsitteille oli annettava realistinen tulkinta.

Seuraavassa tarkastelen lyhyesti tapaa, jolla Ross tehtävän suoritti. Jo ennalta on syytä todeta, että hänen menetelmänsä on hyvä esimerkki siitä, jota olen nimittänyt realistiseksi rekonstruktioksi. Traditionaalinen käsitteistö ja traditionaaliset erottelut pyritään mahdollisimman tarkoin säilyttämään. Vaikka käsitteet sellaisinaan ovatkin metafyysisiä, niiden edustama tapa hahmottaa oikeustodellisuutta on useimmiten reaalisten syiden synnyttämää. Tämän vuoksi realismin ohjelma ei vaadi käsitevallankumousta, vaan — Rossin sanoja käyttääkseni — on riittävää, että suoritetaan ”en Omtydning af de juridiske Grundbegreber i Retning af de Realiteter hvorimod de selv har Intention”.[11]

Ensimmäiseksi Ross tarkastelee realistien piirissä hyvin suosittua mahdollisuutta, jonka mukaan 'oikeus' viittaisi yhteiskunnallisen pakonkäyttökoneiston tosiasialliseen toimintaan. Skandinaavisista realisteista mm. Lundstedt omaksui tämän ratkaisun. Ross sitä vastoin hylkää ajatuksen. Määritelmä olisi liian laaja, koska oikeuksia ei sen perusteella voitaisi erottaa esim. gangsterikoplan toiminnan tai muun sen kaltaisen pakonkäytön synnyttämistä edullisista positioista. Jotta po. erottelut voitaisiin tehdä, on lähdettävä siitä, että

[9] Ks. *Ross,* Ejendomsret og Ejendomsovergang s. 15. Hägerströmin tavoin Ross harrasti varhaistöissään kirjoituspöytäpsykologiaa, jonka avulla hän pyrki osoittamaan hypostaasin syyt. Ks. siitä Virkelighed og Gyldighed i Retslæren s. 193—194.

[10] Toinen asia on, että uutta käsitejärjestelmää oli mahdollista hyödyntää riippumatta siitä, millainen ontologinen tulkinta oikeustieteen lauseille annettiin.

[11] *Ross,* Virkelighed og Gyldighed i Retslæren s. 229.

oikeuksia konstituoiva pakonkäyttö ei ole mitä tahansa pakkoa, vaan nimenomaan *oikeudellista* pakkoa. Koska viimeksimainittua ei voida erottaa muusta pakosta puhtaasti ulkonaisin tunnusmerkein, näyttää siltä, että oikeuden käsitettä ei voida määritellä realistisesti.[12] Näin on jälleen törmätty ilmiöön, jota Ross pitää ''Virkelighed og Gyldighed'' -teoksensa perusteesinä: pyrkimys määritellä oikeusilmiöt puhtaina realiteetteina tuo sitovuuden mukaan käsitemääritelmään ja päin vastoin.[13]

Saman vaikeuden kohtaa Rossin mukaan yritys määritellä *velvollisuudet* puhtaan realistisesti so. riskinä joutua viranomaisten pakkotoimien kohteeksi.[14] Näin määriteltynä velvollisuuden käsite muodostuisi liian laajaksi ja peittäisi alleen tärkeitä erotteluja. Määritelmän mukaan jouduttaisiin sanomaan, että ihmisillä on velvollisuus olla tulematta vaarallisesti mielisairaaksi, olla hankkimatta omaisuutta ja olla tuomatta maahan tavaroita. Näihin kaikkiin tilanteisiin liittyy näet riski joutua pakkotoimenpiteen (turvaamistoimen, verotuksen tai tullimaksun) kohteeksi. Jotta velvollisuuden vastainen käyttäytyminen voitaisiin erottaa muista pakkotoimen ehtona olevista tosiseikastoista, on vaadittava, että riskin muodostava pakkotoimenpide ei ole mikä tahansa pakkotoimi, vaan *sanktioluonteinen* pakkotoimi. Pakkotoimen kvalifiointi sanktioksi, turvaamistoimenpiteeksi tai fiskaaliseksi toimenpiteeksi ei kuitenkaan voi tapahtua puhtaasti ulkonaisten tunnusmerkkien perusteella. Ainoaksi erottavaksi kriteeriksi näyttää sanktion osalta jäävän se, että sanktio on asetettu *velvollisuuksien tehosteeksi.*[15] Edessämme on siten jälleen esimerkki juridisille käsitteille luonteenomaisesta ''ping-pong ilmiöstä''.

Johtopäätös, jonka Ross tekee näistä vaikeuksista, on sama, joka selostettiin objektiivisen oikeuden problematiikkaa tarkasteltaessa. Juridisiin käsitteisiin liittyvää sitovuuselementtiä ei saa poistaa, koska karsimisen jälkeen ne eivät enää tavoita niitä seikkoja, jotka ovat juridisissa ilmiöissä olennaisia. Sen asemesta sitovuuselementti on psykologisoitava ja ymmärrettävä sen viittaavan oikeusyhteisössä vallitsevaan epäitsekkääseen käyttäytymisasenteeseen. Se kehä tai ''ping-pong -ilmiö'', johon juridisten käsitteiden analyysi aina johtaa, purkautuu siten pakonkäytön, sen synnyttämien itsekkäiden käyttäytymisasenteiden ja epäitsekkäiden käyttäytymisasenteiden kausaaliseksi vuorovaikutukseksi.[16]

[12] *Ross,* Virkelighed og Gyldighed i Retslæren s. 179. Lundstedtin ehdottaman käsitemääritelmän kritiikistä ks. m.t. erit. s. 232.

[13] m.t. esim. s. 73 ja *Ross,* Towards a Realistic Jurisprudence s. 76.

[14] Itse asiassa tämä määritelmä ei ole puhtaasti realistinen, koska 'viranomainen' on juridinen käsite.

[15] *Ross,* Virkelighed og Gyldighed i Retslæren s. 179—180.

[16] *Ross,* Virkelighed og Gyldighed i Retslæren s. 178—179 ja s. 202.

Tämän teorian avulla Rossille tarjoutuu mahdollisuus osoittaa, missä piilee se virhe, joka rasittaa mm. Lundstedtin ja Duguitin käsitemääritelmiä. Koska oikeudelliset ilmiöt ovat kausaalisia kehiä, teoriat, joissa subjektiiviset oikeudet on tulkittu oikeuskoneiston toiminnan aiheuttamiksi edullisiksi positioiksi ja siis pakonkäytön seurauksiksi, ovat *yksipuolisia.* Oikeudet eivät ole pelkästään pakonkäytön seurauksia, vaan ne ovat myös pakonkäytön edellytyksiä. Tästä syystä ei ole metafysiikkaa sanoa oikeuksien olevan olemassa ennen prosessia. Lausumalla, jonka mukaan kantajan (subjektiivinen) oikeus asetetaan tuomion perusteeksi, on täysin realistinen sisältö. Se viittaa pyyteettömän käyttäytymisasenteen merkitykseen pakonkäytön edellytyksenä.[17]

3.2.3. Havaitsemme, että *Rossin* johtopäätös on lainopin kannalta sama, johon myös Undén päätyi. Lainopillinen esitystekniikka voi säilyä ennallaan. Sitä vastoin Rossin käyttämät perustelut olivat Undéniin verrattuna olennaisesti rikkaammat ja kiehtovammat.

Jo aikaisemmin on todettu, että Ross ei tehnyt metodisia johtopäätöksiä ”Virkelighed og Gyldighed” -teoksensa analyyseistä. Toteamus pitää paikkansa tässäkin yhteydessä. Tutkiessaan lainopillisissa kirjoituksissaan subjektiivisia oikeuksia hän ei tutkinut oikeusyhteisössä vallitsevaa asenneilmastoa. Hän ei myöskään käyttänyt hyväkseen tuomarintoiminnassa vaikuttavia kausaalisia säännönmukaisuuksia ennakoidessaan tuomioistuinten ratkaisuja. Päin vastoin hän käytti estottomasti hyväkseen subjektiivisten oikeuksien harjoittelun myötä tarjoutunutta mahdollisuutta tarkastella asioita tuoreesti vanhojen teoreettisten konstruktioiden estämättä.

Konstruktiivisen argumentoinnin Ross korvaa reaalisilla argumenteilla. Hänen päättelyssään on voimakkaasti teleologinen leima. Tuloksiin päädytään tarkastelemalla, mihin seurauksiin ratkaisuvaihtoehdot eri intressitahojen kannalta katsottuna johtaisivat. Aikaisemmasta poikkeavia tuloksia ei karteta, joskin niiden suhdetta traditioon tarkoin eritellään.

Näiden toteamusten havainnollistamiseksi on syytä lyhyesti tarkastella tapaa, jolla Ross käsittelee kysymystä, onko ostajalla myös ns. hankintakaupassa oikeus saada hyväkseen luontaistäytäntöönpano myyjän kieltäytyessä suorituksesta. Kysymykseen on Rossin mukaan traditionaalisesti vastattu kieltävästi sillä perusteella, että lajiesineen ostajan oikeus vaatia suoritusta on pelkästään velvoiteoikeudellinen erotukseksi yksilöidyn esineen ostajan esineoikeudellisesta vaateesta. Todettuaan myös Tanskan asiaa koskeneen säännöksen (Retspleje-

[17] Ks. tästä *Ross,* Virkelighed og Gyldighed i Retslæren s. 241. Duguitin ja Lundstedtin näkemysten kritiikistä yleisemmin ks. m.t. s. 223—243.

loven 45 §) valmistelutöiden ilmentävän tätä käsitystä Ross ei kuitenkaan tyydy siihen, vaan katsoo, että asia on otettava reaaliseen, kaikista dogmaattisista konstruktioista riippumattomaan tarkasteluun.[18] Hän avaa tarkastelun kysymällä, voidaanko lajiesineen ostajalla katsoa olevan intressiä luontaistäytäntöönpanoon, ja päätyy myöntävään vastaukseen etenkin niissä tapauksissa, joissa kateoston suorittaminen on hankalaa tai mahdotonta. Tämän jälkeen hän tarkastelee asian toista puolta, kysymystä onko olemassa niin huomattavia vastasyitä, että luontaistäytäntöönpano velkojan intressistä huolimatta olisi torjuttava. Tarkasteltuaan asiaa velallisen ja tertiuksen kannalta Ross toteaa, ettei vastasyitä ole, ja ilmaisee tutkimuksensa tuloksen seuraavin sanoin: ''Paa Grundlag af de anførte Betragtninger er jag mest tilbøjelig til at mene, at man principielt ikke bør nægte Køberen af ikke-individuelt bestemt Ting Adgang til Naturaleksekution''. Alaviitteessä hän mainitsee, että tuomioistuinkäytännössä ei asiaan näytä otetun kantaa.[19]

Myöhemmin samassa teoksessa Ross ikäänkuin ohimennen tarkastelee yleisesti lainopin tehtäviä. Sen tulee hänen mukaansa tarjota tukea käytännölle valaisemalla mahdollisimman objektiivisesti kaikkia seikkoja, joilla voidaan ajatella olevan käytännön kannalta merkitystä. Sitä vastoin sen tehtävänä ei ole propagoida tiettyä kantaa kaikin käytettävissä olevin keinoin. Tuomioistuimen on itse tehtävä valintansa. Teoria voi kuitenkin pyrkiä tuomaan esiin näkökohtia, jotka saattavat vaikuttaa motivoivasti valintaan. ''Først og fremmest gælder det om att utrede de reale Synspunkter.''[20]

Sanotun ohella lainopin tulee Rossin mukaan antaa objektiivinen selonteko olemassa olevista (foreliggande) säännöksistä ja oikeuskäytännön adekvaatti analyysi. Kaikki pyrkimykset pragmaattisiin konstruktioihin, jotta niiden avulla voitaisiin esittää voimassaolevana oikeutena praktisia toiveita, on torjuttava, koska konstruktiot ovat epätieteellisiä ja siten ''svækkende for Videnskabens Autoritet''.

Täsmentymättömyydestään huolimatta tämä ohjelmanjulistus on valaiseva sikäli, että siitä puuttuu täysin ennustenäkökohta. Jos Rossin hahmottamaa mallia halutaan lyhyesti karakterisoida, kiintyy huomio käsitelainopillisten konstruktioiden torjumiseen ja avoimen reaalisen argumentoinnin vaatimukseen. Kumpikin näistä kuuluu skandinaavisen realismin kaikille yhteisiin lähtökohtiin.

Osaselitys Rossin lainopillisten kirjoitusten ja ''Virkelighed og Gyldighed''

[18] *Ross,* Ejendomsret og Ejendomsovergang s. 44.
[19] *Ross,* Ejendomsret og Ejendomsovergang s. 49.
[20] *Ross,* Ejendomsret og Ejendomsovergang s. 127—128.

-teoksen tietynasteiseen yhteensopimattomuuteen on ilmeisesti siinä, että viimeksi mainitussa teoksessa tarkastellaan oikeustiedettä yksinomaan *teoreettisena* tieteenä olevaisesta. Ross katsoi jo tuolloin, että oikeustieteen tehtävät eivät olleet pelkästään teoreettisia, vaan oikeustieteellä oli myös käytännöllinen puolensa sanan kantilaisessa merkityksessä.[21] Käytännöllinen oikeustiede tuli esiin Rossin lainopillisissa kirjoituksissa, mutta sen teoria jäi hänen varhaistuotannossaan kehittämättä. Sitä vastoin teoksessa ''Om ret og retfærdighed'' asia otetaan käsittelyyn. Teoreettisen ja käytännöllisen oikeustieteen välistä erottelua vastaa siinä dikotomia oikeustiede/oikeuspolitiikka.

4. TIETOISEN SEMANTTISEN ANALYYSIN VAIHE

4.1. Hedenius ja epävarsinaiset oikeuslauseet

4.1.1. Subjektiivisten oikeuksien analyysia vaivasi 1920- ja 1930-luvuilla kysymyksenasettelun täsmentymättömyys. Pohdittaessa kysymystä, viittasivatko subjektiivisia oikeuksia nimeävät termit joihinkin realiteetteihin, ei aina tarkoin tiedetty, mihin oikeastaan etsittiin vastausta. Tämän havaitsi 1940-luvun alussa *Ingemar Hedenius.*

Hedenius suuntasi kritiikkinsä erityisesti Lundstedtin ja Olivecronan kirjoituksiin. Välillisesti siitä sai osansa myös Hägerström. Kritiikin ytimenä oli, että mainittujen kirjoittajien tulos, jonka mukaan subjektiivisia oikeuksia nimeävät termit eivät viittaa tosiasioihin, oli virheellinen. Virheellisyys perustui Hedeniuksen mukaan siihen, että kirjoittajat modifioimattoman arvonihilisminsä mukaisesti rinnastivat toisiinsa arvoarvostelmat ja oikeuslauseet,[1] toisin sanoen pitivät myös oikeuslauseita puhtaina painostuskeinoina. Tämä puo-

[21] *Ross,* Virkelighed og Gyldighed i Retslæren s. 13 ja erit. s. 22: ''Undersøgelsen indskraenkes dog i nærvarende Bind til den *teoretiske* Retsvidenskabs Grundbegreber. Hermed mener jag Retsvidenskaben, forsaavidt den ikke saetter sig anden Opgave end konstaterende at erkende en vis Retsordens Eksistens; i Modsaetning til den praktiske Retsvidenskab, d. v. s. Retsvidenskaben, forsaavidt den tillige fremtraeder som praktisk Kritik''.

[1] Oikeuslauseilla tarkoitetaan tässä kaikkia sen kaltaisia lauseita kuin ''Tämä on oikein'', ''Lain mukaan A:lla on tilanteessa T oikeus käyttäytyä tavalla V'', ''A:n velvollisuus on tehdä G'' jne. Hedenius ei määrittele käsitettään, vaan antaa ainoastaan esimerkkejä.

lestaan johtui siitä, että Upsalan koulukunnan omaksuma *merkityksen teoria* oli virheellinen tai ainakin jäsentymätön.[2]

Ennen tarkempaa syventymistä Hedeniuksen kriittisiin huomautuksiin on paikallaan esittää joitakin näkökohtia niiden heuristisista perusteista. Kritiikki näyttää saaneen alkunsa siitä, että Hedenius selkeästi näki Upsalan koulun ohjelmaan sisältyvän destruktiivisen piirteen. Se näytti karsivan aivan liiaksi asioita todellisuuden ja totuuden piiristä ja siten kohtuuttomasti kaventavan tiedon aluetta. Upsalan koulukunnan mukaan ei ollut olemassa sellaisia asioita kuin oikeusjärjestys tai valtio, koska termit ''oikeusjärjestys'' ja ''valtio'' sellaisina kuin niitä de facto käytettiin, eivät viitanneet tosiasioihin. Väite 'Saksassa oli vuonna 1941 oikeudenvastaista kuunnella Englannin radiolähetyksiä' ei koulukunnan mukaan liioin voinut olla tosi eikä myöskään epätosi.

Tällaisessa ajatustavassa täytyi Hedeniuksen mielestä olla jotakin vialla. Ei kertakaikkiaan voi olla niin, että oikeustieteen lauseet olisivat teoreettisesti yhtä mielettömiä kuin ''Huomio!'' tai ''Rukoilkaamme!''. Tavallinen kielenkäyttö näyttääkin osoittavan, ettei näin ole laita. Henkilö, joka toteaa, ettei ylitöistä ole velvollisuutta maksaa veroa, ei välttämättä kehota lähimmäisiään veropetokseen. On mahdollista, että hän esittää pelkästään väitteen — tosin erheellisen — oikeusjärjestyksen sisällöstä. Samoin virke ''Muuttaessasi huoneistosta sinulla on velvollisuus jättää jääkaappi paikoilleen'' ei välttämättä sisällä mitään painostusmomenttia. Se voi olla luonteeltaan täysin neutraali voimassaolevan oikeuden faktista sisältöä koskeva väite, jonka totuusarvo on mahdollista selvittää.[3]

Tämä osoittaa, että oikeuslauseet ainakin toisinaan voivat ilmaista faktisia asiantiloja koskevia väitteitä. Niiden funktio on siten kahtalainen. Niitä käytetään sekä painostuskeinoina taivuteltaessa ihmisiä haluttuun toimintaan (*varsinaiset oikeuslauseet*) että puhtaan deskriptiivisesti haluttaessa kuvata oikeusjärjestyksen sisältöä (*epävarsinaiset oikeuslauseet*). Koska epävarsinaiset oikeuslauseet ovat mahdollisia, siitä seuraa Hedeniuksen mukaan loogisesti, että niihin sisältyvät juridiset termit, kuten ''oikeus'' ja ''velvollisuus'' voivat viitata — ja de facto toisinaan viittaavat — todellisuuteen kuuluviin realiteetteihin.[4]

Se, että Upsalan koulukunnan edustajat eivät ole tätä havainneet, johtuu Hedeniuksen mukaan siitä, että he eivät ole tienneet, mitä sanan tai lauseen merkitys oikein on. Tietämättömyydessään he ovat sekoittaneet toisiinsa kolme kysymystä, nimittäin kysymykset (*i*) *'Mikä on termin T merkitys'*, (*ii*) *'Mitä*

[2] Ks. *Hedenius,* Om rätt och moral s. 60—85.

[3] Ks. *Hedenius,* Om rätt och moral s. 64.

[4] *Hedenius,* Om rätt och moral s. 63.

kielenkäyttäjillä on mielessään käyttäessään termiä T' ja (*iii*) *'Mitä kielenkäyttäjät ajattelevat termin T tarkoittavan'*. Etsiessään vastausta kysymykseen (*i*) he ovat käyttäneet argumentteja, jotka ovat vastauksia kysymyksiin (*ii*) ja (*iii*). Tällöin on sorruttu epäasiallisuuteen, sillä mainittujen kysymysten välillä ei vallitse riippuvuussuhdetta, joka tekisi käytetyt argumentit relevanteiksi kysymyksen (*i*) kannalta. Siitä, että kielenkäyttäjä ajattelee jotakin metafyysistä käyttäessään termiä T tai että hän ajattelee T:n tarkoittavan jotakin metafyysistä, ei seuraa että T viittaisi johonkin metafyysiseen ja olisi siten vailla teoreettista merkitystä.[5]

Lauseen merkitys tarkoittaa Hedeniuksen mukaan asiantilaa, jonka vallitseminen tekee lauseen todeksi.[6] Esimerkiksi lauseen ''Sataa.'' merkitys on 'Pilvistä putoaa vesipisaroita'. Lauseen semanttisen analyysin kannalta ei ole merkitystä sillä, mitä liikkuu sen tietoisuudessa, joka ajattelee tai sanoo, että sataa. Yhtä vähän relevanttia on, mitä sanoja ajattelee lauseen merkitsevän. Esim. antiikin kreikkalaiset saattoivat hyvinkin ajatella, että 'Sataa' merkitsi 'Zeus heittää vettä maahan'. Näin ajatellessaan he kuitenkin erehtyivät. Tosiasiassa he tarkoittivat vain 'vesipisaroita putoaa pilvistä'. Hedeniuksen mukaan on tavallista, että ihmiset erehtyvät sen suhteen, mitä he tarkoittavat käyttämillään lauseilla ja termeillä. 'Merkitys' ei ole psykologinen käsite.

Edellä sanottu koskee luonnollisesti myös juridisia termejä. Niiden käyttäjillä voi olla mitä taikauskoisimpia käsityksiä juridisten termien, kuten ''valtio'', ''omistusoikeus'' ja ''saaminen'' merkityksestä. Kuten *Hägerström* on osoittanut, vanhat roomalaiset näkivät velvoitteessa (obligatio) mystisen siteen, jolla velallinen oli sidottu velkojansa tahtoon. Tästä ei kuitenkaan seuraa, että ''obligatio'' merkitsisi yliluonnollista sidonnaisuutta. Jo se tosiseikka, että vanhassa Roomassa oli mahdollista olla velkaa tai omata saatavia, oli Hedeniuksen mukaan osoituksena siitä, että roomalaiset eivät tarkoittaneet po. termeillä mitään yliluonnollista. Sama soveltuu luonnollisesti myös nykyaikaan. Siitä, että ihmisillä on epätieteellisiä käsityksiä ''omistusoikeuden'' merkityssisällöstä ei seuraa, että he sanoessaan ''A omistaa esineen T'' tarkoittaisivat jotakin epätieteellistä. Näin väittäessään Hägerström, Lundstedt ja Olivecrona sekoittivat toisiinsa juridisten termien merkityksen ja niiden merkitystä koskevan todellisuudelle vieraan teorian.[7]

4.1.2. Avattuaan tällä tavoin kentän juridisten termien merkityssisältöä koskevan ongelman uudelle ratkaisulle Hedenius ryhtyy kehittämään omaa käsi-

[5] *Hedenius,* Om rätt och moral s. 67—85.
[6] *Hedenius,* Om rätt och moral s. 71.
[7] *Hedenius,* Om rätt och moral s. 81.

tystään. Se edustaa puhtaimmassa muodossaan ns. *tuomioistuinrealismia.* Asiantilat, jotka muodostavat juridisten termien merkityksen, koostuvat hänen mukaansa tuomioistuinten (ja muiden viranomaisten) käyttäytymisestä.

Jos tarkastelu kohdistetaan subjektiivisia oikeuksia nimeävien termien merkityssisältöön, havaitaan Hedeniuksen hyväksyvän ajatuksen, että mainitut termit saavat sisältönsä objektiivisestä eli voimassaolevasta oikeudesta. Semantiikan kielelle käännettynä tämä merkitsee, että subjektiivisia oikeuksia nimeävien termien merkitys riippuu siitä, mitä ''voimassaoleva oikeus'' tarkoittaa. Tarkastelu on siten ensiksi suunnattava tähän kysymykseen.

Mikä on se asiantila, joka tekee voimassaoloväitteen todeksi? Hedeniuksen vastaus on lyhyesti esitettynä seuraava. Voimassaolevan oikeuden sisältöä koskevalla väitteellä ei tarkoiteta pelkästään sitä, että on olemassa sanotunsisältöinen säännös (kielellinen ilmaisu). On olemassa säännöksiä, jotka ovat vanhentuneita ja voimattomia. Kun sanomme, että tietty oikeussääntö on voimassa, tarkoitamme juuri sitä ominaisuutta, joka voimattomalta säännökseltä puuttuu, mutta voimassa olevalla on. Tarkoitamme toisin sanoen sitä, että säännöstä faktisesti sovelletaan.[8] Tästä havainnosta lähtien Hedenius vastaa oikeudellisten käsitteiden merkitystä koskevaan kysymykseen. Vastaukset ovat lyhyesti esitettynä seuraavat:[9]

(a) *voimassaoleva oikeussääntö* on käyttäytymissääntö, jota faktisesti sovelletaan, malli, jota viranomaiset säännönmukaisesti noudattavat,

(b) *oikeudenvastaista* on käyttäytyminen, joka säännönmukaisesti aiheuttaa viranomaisreaktion,

(c) *oikeudellinen velvollisuus* on käyttäytymistä, jonka laiminlyöminen on oikeudenvastaista eli aiheuttaa säännönmukaisesti viranomaisreaktion.

(d) termin *''oikeus''* merkityssisältö voidaan esittää oikeudenvastaisuuden tai oikeudellisen velvollisuuden avulla. Esim. termi ''omistusoikeus'' viittaa mm. siihen asiantilaan, että muut käyttäytyvät oikeudenvastaisesti, jos estävät omistajaa käyttämästä omistuksensa kohdetta. ''Saamisoikeus'' puolestaan viittaa asiantilaan, että velallisella on oikeudellinen velvollisuus tehdä velkojalle sovittu suoritus.

Näin on saatu käsitehierarkia, jossa kukin käsite saa merkityksensä edellisten kautta. Redusoimalla voimassaoloväitteet yhteiskunnallisia tosiasioita koskeviksi väitteiksi on samalla myös subjektiiviset oikeudet redusoitu tosiasioiksi. Subjektiivisia oikeuksia koskevat väitteet viittaavat nekin viime kädessä viranomaisten säännönmukaiseen käyttäytymiseen. Puhe oikeustieteen metafyy-

[8] *Hedenius,* Om rätt och moral s. 87.

[9] *Hedenius,* Om rätt och moral s. 86—89.

sisyydestä voidaan siten Hedeniuksen mielestä unohtaa. Oikeustiede sellaisena kuin sitä käytännössä harjoitetaan, täyttää tieteellisyyden vaatimukset.

Myöhemmin samassa teoksessa Hedenius pyrki edelleen täsmentämään niiden faktojen luonnetta, joihin juridiset termit viittaavat. Aiheen täsmennökseen antoi tuomioistuinrealismiin liittyvä vaikeus, jota voitaisiin nimittää *harvoin sovellettavien oikeussääntöjen ongelmaksi.* Jos näet säännön voimassaolo merkitsee sen soveltamista, niin miten on suhtauduttava sellaisten oikeussääntöjen voimassaoloon, joita ei koskaan sovelleta esim. sen tähden, että oikeudenkäyntiin ei kannata ryhtyä, koska tulos on jo ennalta tiedossa? Johtaako voimassaolon kytkeminen viranomaiskäytäntöön siihen, että normin ei voida sanoa olevan voimassa ennen kuin sitä on ainakin kerran sovellettu?

Hedenius vastaa näihin kysymyksiin toteamalla, että voimassaolossa ei ole kyse aktuaalisesta vaan *hypoteettisesta* soveltamisesta. Säännön voimassaolo merkitsee sitä, että *jos* ilmaantuu säännön alaan kuuluva tapaus, sääntöä sovelletaan. Voimassaoloväitteet ja sitä kautta myös subjektiivisia oikeuksia koskevat väitteet viittaavat siten *hypoteettisiin faktoihin.*[10] Väite (*T*) *'A:lla on saaminen B:ltä'* on siten samansisältöinen kuin

(*T1*): 'Voimassaolevan oikeuden mukaan' *'B:llä on velvollisuus tehdä A:lle suoritus',* mikä puolestaan merkitsee samaa kuin

(*T2*): *'Jos B ei tee suoritusta ja jos A nostaa kanteen ja jos kanteen tosiseikat näytetään todeksi, seuraa viranomaisreaktio R'*

Hedenius korostaa sitä, että lause (*T2*) ei ole ennuste. Päin vastoin se viittaa tosiasiaan, joka vallitsee tässä ja nyt. Se ilmaisee vallitsevan, puhtaasti empiirisen asiantilan, ei pelkästään ajateltua tai ennustettua asiantilaa. Tästä syystä myöskään väite (*T*) ei ole pelkkä kuvaannollinen tai fiktiivinen ilmaisu, kuten Undén ajatteli, vaan se on normaali tosiasiaväite.

Hypoteettisten faktojen tunnustaminen merkitsi käsitykseni mukaan Hägerströmin ontologian laajentamista.[11] Näin menettelemällä Hedenius katsoi voivansa palauttaa oikeustieteen väitteet tosiasioita koskeviksi. Sen avulla hän sai myös häivytetyksi tuomioistuinrealismille tyypillisen ennusteaspektin. Tämä toi hänen teorialleen lisää uskottavuutta. Vaikuttaa näet intuitiivisesti selvältä, että mikäli oikeustieteen lauseet ovat väitteitä, ne koskevat jo olevia asiantiloja eivätkä ennusta tulevia.

---

[10] Hypoteettisista faktoista ks. *Hedenius,* Om rätt och moral s. 99.

[11] Hägerströmin ontologiaan hypoteettiset faktat lienevät kuuluneet ainoastaan käsitteen 'todellinen' laajimmassa mielessä s.o. ajateltavissa olevana mahdollisuutena. Hedenius toteaakin: ''Det förekommer sålunda fler olika typer av saker i erfarenhetens värld än vad mången filosof tänker sig''. Om rätt och moral s. 99—100.

Hedenius, joka oli sangen sofistikoitu oikeusrealisti, ei kuitenkaan tyytynyt tähän. Jotta teoriaa voitaisiin pitää tyydyttävänä, oli voitettava vielä kolmas tuomioistuinrealismiin liittyvä vaikeus, jota voidaan nimittää *virheellisten tuomioiden ongelmaksi.* Jos kerran soveltamiskäytäntö määrää sen, mikä on voimassaolevaa oikeutta, miten voidaan ymmärtää se asiantila, että virheellisiä tuomioita kuitenkin pidetään mahdollisina. Jos virheellisten tuomioiden mahdollisuus per definitionem karsiutuu pois, se on oire siitä, etteivät tuomioistuinrealismin antamat deskriptiiviset määritelmät juridisten termien merkityssisällöstä ole oikeita.

Hedenius pyrki vastaamaan tähän lisäämällä väitteeseen (*T2*) sisältyvien ehtolauseiden määrää. Ensiksi hän tarkasteli mahdollisuutta, että virheelliset tuomiot voitaisiin tunnistaa tuomarin oikeudenvastaisen käyttäytymisen perusteella. Väite *T* merkitsisi tällöin:

(*T3*) *'Jos B ei tee suoritusta ja jos A nostaa kanteen ja jos kanteen tosiseikat näytetään todeksi ja jos tuomari toimii voimassaolevan oikeuden mukaisesti, seuraa viranomaisreaktio R'*

(*T3*) ei kuitenkaan ole kelvollinen, koska siinä esiintyy käsite 'voimassaoleva oikeus'. Voimassaolevan oikeuden sisältöä koskevan väitteen analyysi lauseen avulla, johon sisältyy viittaus voimassaolevaan oikeuteen, johtaa näet kehään. Väitteeseen lisättyä ehtolausetta täytyy siten muuttaa. Hedenius päätyy seuraavaan tulokseen:[12]

(*T4*) *'Jos B ei tee suoritusta ja jos A nostaa kanteen ja jos kanteen tosiseikat näytetään todeksi ja jos tuomari soveltaa niitä säännöksiä,*[13] joita vallitsevan juridisen käsityksen mukaan pidetään sitovina, seuraa viranomaisreaktio R'

Tällä tavoin on subjektiivisia oikeuksia ja velvollisuuksia koskevat oikeustieteen väitteet voitu Hedeniuksen mukaan palauttaa empiirisiksi väitteiksi. Toisin kuin Olivecrona, joka ajatteli ''att vi...tänka oss något mycket *enkelt*, när vi tala om en rättighet',[14] Hedenius näki juridisten termien merkityksen koostuvan hyvin monimutkaisista hypoteettisista faktoista. Ainoastaan niiden merkitystä koskevat teoriat olivat virheellisyydessään synnyttäneet ajatuksen yksinkertaisuudesta.

[12] *Hedenius,* Om rätt och moral s. 102.

[13] Hedenius huomauttaa, että termi ''säännöksiä'' on ymmärrettävä hyvin laajassa merkityksessä. Se ei tarkoita ainoastaan lain säännöksiä, ''utan även sådana bestämmelser, som skulle kunna konstrueras utifrån förebildlig domspraxis och lagtolkning'' s. 103.

[14] *Olivecrona,* Om lagen och staten s. 89.

Lopulta ei kuitenkaan käy täysin selväksi, kumpaa tulkintoa (*T2*) vaiko (*T4*) Hedenius viime kädessä kannattaa. Viimeksimainittuun sisältyvä ehto ''jos tuomari soveltaa niitä säännöksiä, jòita vallitsevan juridisen käsityksen mukaan pidetään sitovina'' näyttää näet hänen myöhemmässä esityksessään jäävän sivuun.[15] Ei käy ilmi, perustuuko ehdon sivuuttaminen pelkästään tarpeeseen yksinkertaistaa esitystä täsmällisyyden kustannuksella vaiko vaivihkaiseen luopumiseen (T4):stä, joka (T2):een verrattuna edustaa selvää siirtymää behavioristisesta realismista ideologisen realismin suuntaan.[16]

4.1.3. Arvioitaessa Hedeniuksen tuloksia on todettava, että hänen kirjoituksensa merkitsi oikeusteoreettista edistysaskelta monessa suhteessa. Hänen kirjassaan kiinnittää erityistä huomiota sen eleganssi, analyyttisyys ja selkeys. Tapa, jolla hän erotti termin merkitystä koskevan ongelman (*i*) muista edellä mainituista kysymyksenasetteluista (*ii* ja *iii*) oli omiaan selkiyttämään kysymystä käsiteanalyysin luonteesta.[17] Niinikään varsinaisten ja epävarsinaisten oikeuslauseiden välinen erottelu oli ilmeisen hyödyllinen ja merkitsi silmien avautumista sille tosiseikalle, että samalla lauseella voi olla kielessä eri funktioita.[18]

Kokonaan toinen asia on sitä vastoin, osoittiko hänen kritiikkinsä Upsalan koulukunnan käsitykset virheellisiksi. On totta, että sen edustajien, erityisesti *Lundstedtin,* argumentaatiosta löytyy monia kohtia, joissa kritiikki osuu maaliinsa. Siitä, että oikeustieteen harjoittaja vaikkapa vain teoksensa johdannossa esitti hämäriä tai metafyysisiä käsityksiä oikeuksien luonteesta, Lundstedt suoraviivaisesti päätteli hänen tarkoittavan jotakin metafyysistä oikeuksista puhuessaan. Kuten Hedeniuksen kritiikki osoittaa, päätelmä ei ole sitova. Tutkija saattaa olla huono filosofi olematta silti välttämättä huono oikeus-

---

[15] Ks. *Hedenius,* Om rätt och moral esim. s. 104 ''Att jag har äganderätt till en sak innebär detsamma som att vissa reaktioner träffa den som tar saken ifrån mig eller skadar den''.

[16] *Ross,* Om ret og retfaerdighed s. 89 pitää Hedeniusta behavioristisena oikeusrealistina. Samoin *Stuer Lauridsen,* Studier i retspolitisk argumentation s. 130, jonka tulkinta Hedeniuksen teoriasta vastaa tulkintavaihtoehtoa (*T2*).

[17] Hägerström ymmärsi käsiteanalyysin aivan toisin kuin Hedenius. Kuten edellä s. 13 on todettu, käsiteanalyysi oli Hägerströmille mentaalianalyysiä. Ks. tästä myös *Petersson,* Axel Hägerströms värdeteori s. 36—37.

[18] Kuten edellä on havaittu, ajatus oikeuskielen eri funktioista oli sinänsä tuttu jo Hägerströmille ja Olivecronalle. On keskusteltu siitä, esiintyikö varsinaisten ja epävarsinaisten oikeuslauseiden välistä erottelua vastaava distinktio jo Hägerströmillä. Ks. *Marc-Wogau,* Studier s. 169—173. Varmaa on kuitenkin, että erottelu ei saanut osakseen huomiota Hägerströmin teoksissa.

tieteilijänä. Kamppailu oikeusdogmatiikan metafyysisyyttä vastaan on käytävä oikeusdogmatiikan ei filosofian kentällä.

Edellä sanottu soveltuu osittain myös *Olivecronaan*. Sillä, mitä ihmiset ajattelevat oikeuksista puhuessaan tai mitä ''det naturliga medvetandet föreställer sig vid uttrycket rättighet'', ei ole relevanssia vastattaessa kysymykseen, mitä ''oikeus'' merkitsee juridisessa tekstiyhteydessä.[19]

Hedenius näyttää kuitenkin arvioivan väärin mainittujen epäasiallisten argumenttien merkityksen Hägerströmin, Lundstedtin ja Olivecronan kirjoituksissa. Tulos, jonka mukaan oikeudet ja velvollisuudet ovat tyhjiä sanoja, ei lopultakaan ollut seurausta pelkästään käsiteanalyysissä tapahtuneista sekaannuksista. Päin vastoin sen perustan muodosti Hägerströmin havainto, jonka mukaan oikeustieteen väitteiden korvaaminen tosiasioihin viittaavilla väitteillä ei ole mahdollista. Hägerströmin käyttämää substituutiometodia ei Hedeniuksen merkityksen teorian valossa voida arvostella. Vaikka Upsalan koulun edustajat eivät ehkä tunteneet semantiikkaa, he argumentoivat tässä kohden täysin korrektisti.[20]

Miten Hedeniuksen teoria, jonka mukaan lause ''A omistaa E:n'' viittaa tuomioistuinten käyttäytymistä koskevaan hypoteettiseen faktaan, selviäisi Hägerströmin testistä? Voidaanko ''A omistaa E:n'' juridisessa asiayhteydessä todella korvata lauseella ''Jos F_1 ja F_2 ja... F_n, tuomioistuin toimii tavalla R''?

Näkymät eivät vaikuta lupaavilta. Täyttääkseen Hedeniuksen vaatimukset oikeustieteen tulisi kuvata viranomaiskoneiston toimintaa tiettyjen edellytysten vallitessa. Vain pieni osa juridiikan lauseista tähtää nimenomaisesti tähän. Lainopillinen tutkimusmetodi, oikeuslähteille perustuva argumentaatio, ei erityisen hyvin sovellu Hedeniuksen mallin mukaisten väitteiden tuottamiseen, jollei tehdä *Rossin* ehdottamia lisäoletuksia, joiden mukaan kysymys on tuomarien ratkaisutoiminnan simulointimetodista. Lainoppineet eivät myöskään koe tehtäväänsä Hedeniuksen esittämällä tavalla. Pikemminkin lainopin tehtäväksi ymmärretään — siltä osin kuin sen funktio nähdään teoreettisena — tiedon tarjoaminen viranomaisten käyttäytymisen perustaksi.

Edellä esitetyt näkökohdat ovat kuitenkin pelkkää indisiotodistelua. Lainopin harjoittajien tarkoituksista ei voida tehdä sitovia päätelmiä Hedeniuksen

[19] Ks. tästä myös *Marc-Wogau,* Studier s. 156—161.

[20] Ironista kyllä, Hedeniuksen havainto, jota hän käytti Upsalan koulua kritisoidakseen, soveltuu käytettäväksi myös häntä itseään vastaan. Siitä, että koulukunnan edustajat olivat huonoja merkityksen teoreetikkoja, ei välttämättä seuraa, että heidän käsiteanalyysinsä olisi johtopäätöksiltään virheellistä. De facto siitä aiheutui vain, että relevanttien argumenttien joukkoon sotkeutui irrelevantteja todistusperusteita.

teoriaan nähden. Ei ole loogisesti mahdotonta ajatella, että juridiset termit viittaavat viranomaiskäyttäytymiseen, mutta oikeustieteen harjoittajat eivät sitä tiedä ja tulevat sen tähden käyttäneeksi vähemmän onnistuneita menetelmiä oikeuksien ja velvollisuuksien sisältöä selvittäessään. Jotta Hedeniuksen tulos voitaisiin kumota, tulisi faktisesta juridisesta kielenkäytöstä löytää edustavia vastaesimerkkejä, jotka eivät hänen analyysiinsä sovellu.

Käsitykseni mukaan relevantin testausmahdollisuuden tarjoaa kysymys, miten Hedeniuksen ehdottama käsitemääritelmä suhtautuu ongelmaan oikeuksien olemassaolosta jo ennen viranomaisreaktiota. Normaali juridinen kielenkäyttö pitää niiden olemassaoloa riidatta mahdollisena. Oikeudet ja velvollisuudet ovat sen mukaan jotakin, johon viranomaisreaktio perustuu. Jotta Hedeniuksen teoria voisi olla tosiasiallisen juridisen kielenkäytön adekvaatti analyysi, sen on mahdutettava piiriinsä tämä ilmiö, ts. oikeuksien on voitava olla olemassa ennen viranomaisreaktiota. Käsitykseni mukaan Hedenius on havainnut tämän ja pyrkinyt ottamaan sen teoriassaan huomioon. Hänen monesti korostamansa seikka, että oikeustieteen lauseet viittaavat hypoteettisiin faktoihin eivätkä ole ennusteita, liittyy nähdäkseni tähän. Tällä tavoin hän varmistaa oikeuksien — esimerkiksi saamisoikeuksien — olemassaolon täysin riippumatta siitä, esiintyykö tuomioistuimissa velkomusjuttuja vaiko ei. Hypoteettisina faktoina oikeudet ovat tässä mielessä olemassa viranomaisreaktioista riippumatta.

Olemassaolo hypoteettisina faktoina ei kuitenkaan näytä tavallisen juridisen kielenkäytön kannalta riittävältä. Jos subjektiivisia oikeuksia ja velvollisuuksia nimeävät termit viittaisivat vain Hedeniuksen tarkoittamiin hypoteettisiin faktoihin, niillä ei voitaisi perustella viranomaisreaktioita, kuten juridiikassa tapahtuu. Perustelulause ''Annoin suoritustuomion, koska kantajalla oli saamisoikeus'' ei oikeudellisessa kielenkäytössä redusoidu väitteeksi ''Annoin suoritustuomion, koska tuomarit tällaisissa tapauksissa antavat suoritustuomion''. Jälkimmäinen väite ei ole ekvivalentti edellisen kanssa, ja sitä pidettäisiin puutteellisena ratkaisun perusteluna.

Sanotun perusteella näyttää ilmeiseltä, ettei Hedeniuksen teoria tekijänsä tarkoituksesta huolimatta sittenkään ole oikeudellisten käsitteiden deskriptiivinen käsitemääritelmä. Pikemminkin se on realistinen rekonstruktio, malli, joka osoittaa ne muutokset, jotka vähintään on tehtävä, jotta oikeusdogmatiikan voitaisiin Hedeniuksen empiristisen tieteenkuvan valossa sanoa olevan tieteellistä.[21] Realistisena rekonstruktiona se muistuttaa Hägerströmin ja

[21] Hedeniuksen suhteesta loogiseen positivismiin ja ns. Cambridgen filosofiaan (Russell, Moore ym.) ks. *Nordin,* Från Hägerström till Hedenius s. 147—154. — Todettakoon

Lundstedtin rekonstruktioita ollen tosin niitä huomattavasti subtiilimpi. Rekonstruktion tavoitetta ajatellen siihen liittyy sama ongelma kuin viimeksimainittuihin. Juridisia tosiasioita ei niissä ole kyetty redusoimaan raakoihin empiirisiin faktoihin, koska määritelmässä esiintyvät käsitteet 'tuomioistuin' ja 'viranomainen' ovat itse juridisia käsitteitä.[22] Myös määritelmien erottelukyky on melko huono. Mukaillen Rossin toisessa yhteydessä esittämää kritiikkiä voidaan sanoa, että Hedeniuksen mukaan on oikeudenvastaista tulla vakavasti mielisairaaksi, hankkia omaisuutta ja tuoda maahan tavaroita. Jos tämä kritiikki halutaan välttää, joudutaan määritelmiin ottamaan lisää käsitteitä, joiden behavioristinen tulkinta on mahdotonta.

4.2. Ekelöf ja subjektiiviset oikeudet

Hedeniuksen jälkeen rakentuivat subjektiivisten oikeuksien analyysit melko selkeästi semanttiselle pohjalle. Oikeustieteen piirissä keskustelun avasi *Ekelöf*. Hedeniuksen tavoin hänen tarkoituksenaan oli antaa subjektiivisia oikeuksia nimeäville termeille deskriptiivinen käsitemääritelmä.[1]

Analyysi noudatteli jo *Hägerströmiltä* tuttua substituutiomenetelmää. Pyrkimyksenä oli löytää ilmaisu, jolla termi ''oikeus'' voitaisiin eräissä tyypillisissä lauseyhteyksissä korvata lauseen menettämättä juridista funktiotaan.[2] Viimeksi sanotulla Ekelöf tarkoittanee ainakin sitä, että definiensin ja definiendumin tuli olla ekvivalentteja. Muutoin hän asetti substituutille sangen väljät vaatimukset todeten ainoastaan, että sen tuli olla oikeus-termiä spesifioidumpi ilmaisu. Juristina Ekelöfillä oli Hägerströmiä parempi tuntuma puheena olevien termien juridisiin käyttöyhteyksiin. Tästä ilmeisesti seurasi, että hän ohjautui etsimään substituuttia eri taholta kuin Hägerström.

Ekelöf kiinnitti huomionsa oikeudellisiin päättelytilanteisiin, joissa subjek-

---

tässä, että 40 vuotta myöhemmin Hedenius palasi kysymykseen ja pyrki kiistämään esittämäni kaltaisen argumentin pätevyyden. Ks. *Hedenius,* Ett argument mot den rättsfilosofiska domstolsrealismen. *passim.*

[22] Hedenius arvelee tämän vaikeuden olevan voitettavissa kertomatta kuitenkaan, miten se tapahtuu. Ks. *Hedenius,* Om den rättsfilosofiska domstolsrealismen s. 43. Uuden yrityksen on hiljattain tehnyt *Frändberg,* Om rättsordningars giltighet s. 327—333.

[1] Ks. *Ekelöf,* Juridisk slutledning och terminologi s. 269, josta tavoite käy epäsuorasti ilmi. Samalla tavoin on Ekelöfin käynnistämän keskustelun tavoitteen ymmärtänyt Ross, joka kuitenkin myöntää, että kysymyksessä on samalla ''omtydning''. Ks. *Ross,* Status i rettighedsdiskussionen s. 532.

[2] *Ekelöf,* Juridisk slutledning och terminologi s. 243.

tiivisten oikeuksien olemassaolo aktualisoituu. Näitä on karkeasti ottaen kahdentyyppisiä: (A) tiettyjen oikeustosiseikkojen perusteella päätellään oikeuksien tai oikeusaseman syntyneen ja (B) oikeuden olemassaolon perusteella päätellään, että tietyt oikeusseuraamukset liittyvät tapaukseen. Ensiksi mainittua tilannetta edustaa esim. seuraavanlainen päätelmä:

(A) (1) Jos on olemassa velaksianto eikä ole tapahtunut petosta, maksua jne., on olemassa saamisoikeus.
(2) On olemassa velaksianto eikä ole tapahtunut petosta, maksua jne.

On olemassa saamisoikeus

Kuten havaitsemme ''saamisoikeus'' esiintyy sekä ensimmäisessä premississä että johtopäätöksessä, joista se tulisi poistaa päätelmän funktion muuttumatta. Ekelöfin mukaan substituutio voidaan suorittaa sijoittamalla ''saatavan'' tilalle kaikkien niiden oikeusseuraamusten kuvaus, jotka voimassaolevan oikeuden mukaan liittyvät saamisoikeuteen. ''Saamisoikeus'' tarkoittaa tässä yhteydessä po. *oikeusvaikutusten muodostamaa kokonaisuutta.* Saamisoikeuteen liittyy monia hyvin erityyppisiä oikeusvaikutuksia, joten substituution täydellinen esiinkirjoittaminen on hankalaa. Tämän vuoksi seuraavassa rajoitutaan vain yhteen oikeusvaikutukseen, joka saatavista puhuttaessa yleensä on päällimmäisenä, nimittäin siihen, että maksun tulee tapahtua. Tällöin saadaan substituutio:

(A') (1') Jos on olemassa velaksianto eikä ole tapahtunut petosta, maksua jne., *maksun pitää tapahtua.*
(2') On olemassa velaksianto eikä ole tapahtunut petosta, maksua jne.

Maksun pitää tapahtua

Päätelmässä (A') on termi ''saamisoikeus'' voitu Ekelöfin mukaan korvata tietyllä oikeusvaikutusten kuvauksella ilman että päätelmän (A) juridinen funktio muuttuu. Päätelmä (A) ei kuitenkaan edusta subjektiivisia oikeuksia nimeävien termien kaikkia relevantteja käyttötilanteita. Kuten sanottua juridiikassa ei ainoastaan päätellä oikeuksien (oikeusasemien) syntyneen, vaan oikeuksien olemassaolosta tehdään päätelmiä oikeusseuraamusten suuntaan. Päättelyn kaavio on tällöin seuraava:

(B) (3) Jos on saamisoikeus, maksun pitää tapahtua.
(4) On saamisoikeus.

Maksun pitää tapahtua.

Tässä tapauksessa ''saamisoikeus'' ei voi viitata oikeusvaikutusten kokonaisuuteen, koska päätelmä (B) tällöin kadottaisi juridisen funktionsa.[3] Ekelöf katsookin, että ''saamisoikeus'' tarkoittaa tällöin monimutkaista *oikeustosiseikkojen kokonaisuutta.* Se viittaa siihen tosiseikkaan, että velaksianto, vahingonteko tms. oikeutta perustava fakta on käsillä ja että oikeuden syntyä estäviä tai oikeuksia lakkauttavia faktoja ei ole käsillä ts. ei esimerkiksi ole tapahtunut petosta, pakonkäyttöä, maksua tai saatavan vanhentumista. Kyse on siten hyvin monimutkaisesta asiantilasta. Jos kuitenkin samalla tavoin kuin kaavassa (A') yksinkertaistamme substituutiota, saamme kaavan:

(B') (3') Jos on olemassa velaksianto eikä ole tapahtunut petosta, maksua jne., maksun pitää tapahtua.
(4') On velaksianto eikä ole tapahtunut petosta, maksua jne.

Maksun pitää tapahtua.

Subjektiivisia oikeuksia nimeävät termit ovat siten Ekelöfin mukaan *kaksimerkityksisiä.* Toisissa asiayhteyksissä ne voidaan korvata kompleksisten oikeustosiseikkojen kuvauksella ja toisissa kompleksisten oikeusseuraamusten kuvauksella. Se, että oikeus juridisen kielenkäytön mukaan *perustuu* tiettyihin tosiseikkoihin ja että se toisaalta muodostaa *perusteen* tietyille oikeusseuraamuksille, tarkoittaa tosiasiassa vain sitä, että ''oikeus'' eräissä asiayhteyksissä *merkitsee* tiettyä oikeustosiseikkojen kompleksia ja eräissä toisissa puolestaan oikeusseuraamusten kompleksia. Se, ettei suhteiden *oikeustosiseikasto — oikeus* ja *oikeus — oikeusseuraamus* ymmärretty olevan käsitteellisiä, vaan kausaalisia, johtui Ekelöfin mukaan siitä, että virhekäsitys oikeudesta yliluonnollisena valtana on aiheuttanut virheen oikeuskielen rakenteeseen.[4]

Ekelöf katsoi siten päätyneensä toiseen tulokseen kuin Hägerström. Hänen analyysinsä tarjosi luontevan selityksen myös sille, missä Hägerström oli erehtynyt. Kuten muistamme Hägerström ajatteli juridisten käsitteiden monien muiden käsitteiden tavoin olevan luonteeltaan dialektisia ts. sisältävän keskenään ristiriitaisia määreitä. Tämä saattaa olla seurausta unum nomen unum nominatum -periaatteen mukaisesta virhekäsityksestä, jonka mukaan jokaisella termillä on vain yksi (oikea) merkitys. Jos Ekelöfin tavoin oivalletaan, että juridiset termit voivat olla *monimerkityksisiä,* voidaan keskenään ristiriitaisilta

---

[3] *Ekelöf* ei kerro, mitä juridisen funktion kadottaminen tarkkaan ottaen merkitsee. Ekelöfin johtopäätös vaikuttaa silti vakuuttavalta. Jos substituutio suoritetaan, premissi (3) saa muodon: ''Jos maksun pitää tapahtua, maksun pitää tapahtua''. On selvää, että juridisten päättelyjen normipremisseille ei voida antaa tällaista tulkintaa.

[4] *Ekelöf,* Juridisk slutledning och terminologi s. 248—250.

näyttävät määreet sisällyttää termin eri intensioihin, jolloin ristiriita katoaa. Juridiset käsitteet eivät ole dialektisia, ainoastaan juridiset termit ovat monimerkityksisiä. Monimerkityksisyydessä piilevät virhemahdollisuudet voidaan torjua analyyttisen otteen tehostamisella ts. pitämällä eri merkitysvaihtoehdot toisistaan erillään.[5]

4.3. Strahlin kritiikki

Ei kuitenkaan kestänyt kauan, kun kävi ilmeiseksi, etteivät juridiikan subjektiivisia oikeuksia nimeävät termit voineet olla kaksimerkityksisiä ainakaan Ekelöfin tarkoittamalla tavalla. Asiasta huomautti *Strahl,* joka aiheellisesti totesi Ekelöfin tarkastelevan edellä mainittuja päättelytilanteita (A) ja (B) liiaksi toisistaan riippumatta.

Oikeudellisessa päättelyssä päätelmät (A) ja (B) esiintyvät harvoin itsenäisinä. Kun oikeustosiseikkojen perusteella päätellään oikeuden syntyneen, kyseessä on tavallisesti vain esivaihe ratkaistaessa ongelmaa, mitkä oikeusseuraamukset tapaukseen liittyvät. Päättely noudattaa siten kaaviota: oikeustosiseikasto → oikeus → oikeusseuraamus. Jotta päättelyn looginen rakenne saataisiin kokonaisuudessaan esiin, kaavat (A) ja (B) tulee voida yhdistää seuraavasti:

(C) (1) Jos on olemassa velaksianto eikä ole tapahtunut petosta, maksua jne., on olemassa saamisoikeus
(3) Jos on saamisoikeus, maksun pitää tapahtua
(2) On olemassa velaksianto eikä ole tapahtunut petosta, maksua jne.

Maksun pitää tapahtua

Jotta päätelmä (C) olisi pätevä, tulee termin ”saamisoikeus” luonnollisesti tarkoittaa samaa premisseissä (1) ja (3). Ekelöfin analyysin mukaan näin ei kuitenkaan ole asia. Sehän tarkoittaa premississä (1) oikeusseuraamusten kokonaisuutta ja premississä (3) oikeustosiseikkojen kokonaisuutta. Mikäli Ekelöfin analyysi pitäisi paikkansa, normaali oikeudellinen päättely tosiseikoista oikeuden kautta oikeusseuraamuksiin kävisi mahdottomaksi. Tämä osoittaa Strahlin mukaan, että Ekelöf ei voi olla oikeassa. Termin tulee tarkoittaa kummassakin yhteydessä samaa.[1]

---

[5] Ks. tästä myös *Ekelöf,* Från en forskares verkstad s. 11—15.

[1] *Strahl,* Till frågan om rättighetsbegreppet s. 208 ja *sama,* Till frågan om rättighets-

Puntaroituaan Ekelöfin esittämiä merkitysvaihtoehtoja Strahl päätyi siihen, että subjektiivisia oikeuksia nimeävät termit viittaavat *oikeustosiseikkojen kompleksiin*. Oikeussäännöissä ja juridisissa päättelyissä ne voidaan korvata oikeustosiseikaston kuvauksella.[2] Strahlin valinta perustui siihen, että valittu tulkinto sopi hänen mielestään toista vaihtoehtoa paremmin vallitsevaan juridiseen kielenkäyttöön. Esimerkiksi sanontatavat, joissa puhutaan oikeuksien olemassaolosta ennen prosessia ja oikeusseuraamusten kytkeytymisestä oikeuteen, sopivat huonosti jos lainkaan tulkintoon, jossa oikeuksien nähdään viittaavan oikeusvaikutusten kokonaisuuteen.[3]

Ekelöf vastasi Strahlin huomautuksiin kirjoituksella, josta puuttuu kirjoittajalle yleensä ominainen selkeys. Hän näyttää siinä myöntävän Strahlin kritiikin oikeaksi hyväksymättä kuitenkaan Strahlin positiivista analyysia. Uutena kantanaan Ekelöf näyttää esittävän, että ”saamisoikeus” voidaan juridisessa päättelyssä korvata joko oikeustosiseikaston, oikeusseuraamusten tai molempien kuvauksella. Juridiset päätelmät säilyttävät pätevyytensä valinnasta riippumatta, kunhan vain päätelmän kaikissa kohdissa suoritetaan sama substituutio.[4]

Viimeksi sanottu pitää epäilemättä paikkansa. Looginen päättelyhän on luonteeltaan muodollista siinä mielessä, että päättelyn pätevyys ei riipu käytettyjen symbolien merkityksestä. Keskustelu, johon Ekelöf osallistui, koski kuitenkin juridisten termien merkitystä. Tähän yhteyteen sijoitettuna Ekelöfin tarjoama tulos on sangen onneton. Voidaksemme hyödyntää loogisen päättelyn johtopäätöksenä syntynyttä tulosta meidän on annettava siinä esiintyville symboleille jokin tulkinta. Emme voi tyytyä siihen, että saamisoikeus voi tarkoittaa mitä tahansa.

Ekelöfin ja Strahlin väliseen keskusteluun osallistui myös *Ahlander*. Hän korosti, että oikeustosiseikat ja oikeusvaikutukset eivät ole toisistaan käsitteellisesti riippumattomia. Oikeustosiseikka on oikeustosiseikka nimenomaan suhteessa tiettyihin oikeusvaikutuksiin. Kun sanomme, että subjektiivisia oikeuksia nimeävät termit viittaavat oikeustosiseikkoihin, on tästä syystä muistettava, että sanomme itse asiassa niiden viittaavan johonkin, joka tietyn oikeus-

---

begreppet II s. 488—489. Ekelöfin ja Strahlin välisestä keskustelusta ks. myös *Wirilander,* Rasitteesta maankäyttömääräyksenä s. 37—40.

[2] Ks. *Strahl,* Till frågan om rättighetsbegreppet s. 210. Sekä Ekelöf ja Strahl myönsivät luonnollisesti, että muissa yhteyksissä po. termit saattoivat tarkoittaa muutakin. Esimerkiksi oikeustieteellisen teoksen ”Svensk sakrätt” otsikossa ”sakrätt” viittaa tiettyjen oikeussääntöjen kokonaisuuteen.

[3] Ks. *Strahl,* Till frågan om rättighetsbegreppet II passim.

[4] Ks. *Ekelöf,* Om begagnandet av termen rättighet inom juridiken s. 155—169.

säännön mukaan on tietyn oikeusvaikutuksen edellytyksenä.[5] Tästä Ahlander — näin olen hänet ymmärtänyt — katsoo seuraavan, että kyseiset termit itse asiassa viittaavat oikeussääntöihin, joissa asianomainen fakta-seuraamus-relaatio on asetettu. Esimerkiksi ''saamisoikeus'' viittaa hänen mukaansa tiettyyn oikeussääntöjen joukkoon. Lause ''A:lla on saamisoikeus'' tarkoittaa samaa kuin ''A:ta koskevat oikeussäännöt RR1, RR2, RR3, . . ., RRn''. Juridinen terminologia toteuttaa siten esitysteknistä funktiota. Esimerkiksi termin ''saamisoikeus'' avulla voidaan yksinkertaisella tavalla niputtaa yhteen ne säännöt, jotka asianomaisessa tilanteessa koskevat tiettyä henkilöä (oikeuden subjektia).[6]

Ahlanderin ajatukset on keskustelussa paljolti sivuutettu. Tämä johtunee osittain hänen vaikeaselkoisesta argumentaatiostaan[7] ja osittain siitä, että analyysi näyttää lopullista tavoitettaan ajatellen jäävän keskeneräiseksi. Problemaattisen käsitteen määrittely toisen vähintään yhtä problemaattisen käsitteen avulla ei sanottavasti tuo lisävaloa juridisten käsitteiden ongelmaan. Ahlander ei myöskään näytä antavan selkeää ohjetta, jonka avulla käsitteen 'saamisoikeus' alaan kuuluvat oikeussäänöt voidaan erottaa muista oikeussäännöistä.

Intuitiivisesti Ahlanderin teoria vaikuttaa hämmentävältä. Kun sanomme ''A on B:lle velkaa 1.000 mk'', ajattelemme toteavamme tietyn tosiasian. Emme ajattele sanovamme mitään siitä, mitkä oikeussäännöt koskevat tapausta. Tämä ei luonnollisesti ole vahva argumentti Ahlanderin teoriaa vastaan. Kuten Hedenius on opettanut, sanan merkitys ei riipu siitä, mitä ajattelemme sen merkitsevän. Voidaan kuitenkin kysyä, onko mahdollista, että sanan merkitys ja käsityksemme sen merkityksestä poikkeavat näin olennaisesti toisistaan.

4.4. Alf Ross ja tû-tû

Muutamaa vuotta myöhemmin ongelmaan puuttui *Ross* kuuluisassa tutkielmassaan *''Tû-Tû''*. Tässä kirjoituksessa hän mestarillisesti sulautti Hedeniuksen, Ekelöfin ja Strahlin ajatuksia siihen subjektiivisia oikeuksia koskevaan problematiikkaan, jota hän itse pohdiskeli teoksessaan ''Virkelighed og Gyldighed''.

Ross hyväksyi Strahlin argumentin, jota tämä käytti Ekelöfiä vastaan, mutta

[5] Ks. *Ahlander,* Är juridiken en vetenskap? s. 144—146.

[6] *Ahlander,* Är juridiken en vetenskap s. 157.

[7] Ks. siitä myös *Wedbergin* käsitystä SvJT 1952 s. 117—126.

hylkäsi sitä vastoin Strahlin johtopäätöksen. Oikeudet eivät voi tarkoittaa oikeustosiseikkojen kompleksia, sillä jos ”saamisoikeus” korvataan oikeustosiseikaston kuvauksella, premissi (1) muuttuu analyyttiseksi,[1] mikä on luvatonta. Toisaalta myöskään substituutio, jossa ”saamisoikeus” korvataan oikeusseuraamusten kuvauksella, ei ole mahdollinen, sillä tällöin puolestaan premissi (3) muuttuu analyyttiseksi.[2] Ryhtymättä enemmälti pohtimaan muiden substituutiovaihtoehtojen mahdollisuutta Ross päättelee tästä, että ”saamisoikeus” on pelkkä tyhjä kuori, sana vailla merkitystä.[3] Syistä, jotka sosiaaliantropologinen tutkimus voisi selvittää, oikeuskielen rakenne ei tältä osin vastaa todellisuuden loogista struktuuria. Käytämme kieltä ikäänkuin oikeustosiseikaston ja oikeusseuraamusten väliin sijoittuisi jokin entiteetti, jonka oikeustosiseikasto synnyttää ja joka puolestaan aiheuttaa oikeusseuraamukset. Tällaista entiteettiä ei kuitenkaan ole olemassa. Subjektiivisia oikeuksia ja velvollisuuksia nimeävät termit ovat vailla semanttista referenssiä.

Rossin analyysi päätyi siten tulokseen, joka suuresti muistuttaa Hägerströmin käsitystä. Sitä vastoin Rossin suhtautuminen havaintoon poikkesi selvästi Upsalan koulun reaktiosta. Kun viimeksi mainittu — Lundstedt kärjessään — vaati, että subjektiivisiin oikeuksiin ja velvollisuuksiin viittaavien termien käytöstä oli mieluiten kokonaan luovuttava, Ross ei nähnyt niiden käytössä mitään tieteenteoreettisessa katsannossa virheellistä. Hän näet katsoi, että oikeus- ja velvollisuuslauseet voivat täydellisesti säilyttää niille ominaiset funktionsa, vaikka ”oikeus” ja ”velvollisuus” eivät tarkoitakaan mitään.

Hedeniusta mukaillen Ross erottaa oikeus- ja velvollisuuslauseilla kaksi funktiota, *käskyfunktion* (påbudsfunktion) ja *väitefunktion* (påståndsfunk-

---

[1] Premissi (1) saa tällöin muodon: $F_1 \rightarrow (F_1 \vee F_2 \vee F_3 \vee \ldots \vee F_n)$, jossa F_1—F_n viittaavat saamisoikeuden konstituoiviin tosiseikkoihin, kuten velaksiantoon, luottokauppaan, vahingontekoon jne. — Yksinkertaisuuden vuoksi on saamisoikeuden syntymisen estävät ja saamisen lakkauttavat tosiseikat jätetty kaavasta pois.

[2] *Ross,* Tû-Tû s. 472. Premissi (3) saa tällöin muodon: $(R_1 \vee R_2 \vee R_3 \vee \ldots \vee R_n) \rightarrow R_1$, jossa R_1—R_n viittaavat oikeusseuraamuksiin, mm. siihen että maksun pitää tapahtua. — On melko vaikeaa nähdä, mihin Rossin analyyttisyysväite lopulta suuntaa kärkensä. Päätelmä (C) säilyttää näet pätevyytensä siitä huolimatta, että jompikumpi premisseistä (1) tai (3) osoittautuu analyyttiseksi. Tavasta, jolla Ross yrittää perustella kantaansa, ks. Status i rettighedsdiskussionen s. 539. Vrt. *Sundby,* Legal Rights in Scandinavian Analyses s. 88, jonka mukaan premisseille (1) ja (3) on mahdollista antaa sellainen tulkinta, että Rossin väite ei pidä paikkaansa.

[3] *Ross,* Tû-Tû s. 475. Vrt. *Wedberg,* Some Problems in the Logical Analysis of Legal Science s. 261—275, jossa Rossin kirjoituksesta ilmeisesti riippumatta on päädytty siihen tulokseen, että juridisilta termeiltä ainakin tietyissä asiayhteyksissä puuttuu denotaatti.

tion).[4] Nähdäksemme, miten po. lauseella voi olla käskyfunktio, on syytä jälleen ottaa esille edellä mainittu looginen päättely.

(D) (1) Jos on olemassa velaksianto eikä ole tapahtunut petosta, maksua jne., on olemassa saamisoikeus
(3) Jos on saamisoikeus, maksun pitää tapahtua

(J) Jos on olemassa velaksianto eikä ole tapahtunut petosta, maksua jne., maksun pitää tapahtua.

Johtopäätös (J) on Rossin mukaan ''en fultud meningsfuld påbudsudsagn'', joka voi täyttää käyttäytymistä ohjaavan tehtävänsä täysin riippumatta siitä, mitä ''saamisoikeus'' merkitsee tai merkitseekö se ylipäätään yhtään mitään. (J):ssä ei näet esiinny koko termiä, vaan se on voitu poistaa normaaleja logiikan substituutiosääntöjä noudattaen: $[(x \rightarrow y) \& (y \rightarrow z)] \rightarrow (x \rightarrow z)$.[5]

Sen, että oikeuslauseet voivat juridisten termien semanttisesta tyhjyydestä huolimatta ilmaista myös väitteitä, Ross selittää viittaamalla siihen, että lauseella saattaa olla semanttinen referenssi, vaikka jokin sen jäsenistä olisi tyhjä termi. Ts. lauseella ''A:lla on saamisoikeus'' voi sinänsä olla referenssi, vaikka ei olisikaan olemassa kvaliteettia, johon ''saamisoikeus'' viittaisi.[6]

Oikeus- ja velvollisuuslauseiden referenssi muodostuu Rossin mukaan siten, että niitä ei suinkaan käytetä satunnaisesti, vaan tiettyjen vallitsevien kielenkäyttösääntöjen mukaan. Kielenkäyttösäännöt ovat sillä tavoin vakiintuneet, että melko täsmällisesti voidaan sanoa, millaiseen asiantilaan lause liittyy. Esimerkiksi väite ''A:lla on saamisoikeus'' liittyy kaksiosaiseen, hyvin monimutkaiseen tilanteeseen, jonka elementit ovat:

(i) *'On tapahtunut velaksianto, kauppa, vahingonteko jne., eikä ole tapahtunut petosta, maksua jne.'*
(ii) *'On voimassaoleva normi, jonka mukaan tilanteessa (i) maksun* tulee tapahtua',

mikä puolestaan merkitsee samaa kuin

(ii') *'Jollei A:n velallinen suorita maksua, häneen kaiken todennäköisyyden mukaan kohdistetaan viranomaisreaktio* (esim. suoritustuomio ja ulosmittaus)'

Kun tämä kaksiosainen asiantila ((i)&(ii')) vallitsee, pidetään väitettä ''A:lla

[4] Dikotomia on nähdäkseni sama, jota Hedenius tavoittelee käsiteparilla äkta/oäkta rättssatser.

[5] *Ross,* Tû-Tû s. 470.

[6] Tällainen erottelu oli, kuten havaitsimme, Hedeniukselle vieras. Sitä vastoin se vastaa tulkintaa, jonka Marc-Wogau Hedeniusta kritisoidessaan antoi Hägerströmin ajatuksille. Ks. *Marc-Wogau,* Studier s. 177.

on saamisoikeus'' Rossin mukaan totena. Keskustelu siitä, onko jollakin saamistai muu oikeus, on siten täysin rationaalista ja mielekästä toimintaa, vaikka ''saamisoikeus'' ei merkitsekään mitään. Keskustelussa on näet de facto kyse siitä, ovatko tosiseikat F1 v F2 v . . . v Fn käsillä ja soveltuvatko oikeusseuraamukset R1 & R2 & . . . & Rn niinmuodoin tilanteeseen.

Tämän jälkeen voidaan kysyä, tulisiko vakiintuneesta terminologiasta luopua ja ryhtyä puhumaan suoraan niistä asiantiloista, joihin lause ''A:lla on saamisoikeus'' ja sitä vastaavat lauseet viittaavat. Tämä on Rossin mukaan puhdas tarkoituksenmukaisuuskysymys. Asia ei tieteenteoreettisesti ole tärkeä, koska kumpikin kielenkäyttötapa täyttää siinä suhteessa vaatimukset. Ongelmaa pohtiessaan Ross päätyy kannattamaan vakiintunutta terminologiaa. Perusteet valinnalle ovat likimain samat, jotka Olivecrona mainitsee puhuessaan juridisten termien esitysteknisestä funktiosta. Oikeussääntöjen kirjoittaminen ja niiden systematisoiva esittäminen helpottuu huomattavasti, kun disjunktiiviset tosiseikastot ja niihin liittyvät konjunktiiviset oikeusseuraamukset niputetaan yhteen käyttämällä sopivaa termiä, kuten ''omistusoikeus'', ''saamisoikeus'', ''panttioikeus'' jne.[7]

Yksinkertaistukseen liittyy luonnollisesti riski siitä, että kieli alkaa johtaa käyttäjiään harhaan. Lause ''A:lla on saamisoikeus'' saattaa synnyttää sen harhakuvan, että ''saamisoikeus'' todella viittaa johonkin predikaattiin samalla tavoin kuin esim. ''punainen tukka'' viittaa siihen lauseessa ''A:lla on punainen tukka''. Tästä juridiselle argumentaatiolle aiheutuvat vaarat voidaan kuitenkin välttää pitämällä analyyttinen ote kirkkaana ts. muistamalla, mikä on oikeus- ja velvollisuuslauseiden oikea analyysi. Tässä tapaamme jälleen esimerkin ilmiöstä, jossa skandinaaviselle realismille tyypillisen metafyysisyysepäilyn pohjalta alkunsa saanut tarkastelu johti analyyttisen lähestymistavan tärkeyden korostamiseen.

5. KESKUSTELUN ARVIOINTIA

Subjektiivisia oikeuksia koskenut keskustelu on oikeustieteessä melko harvinainen esimerkki siitä, miten useat tutkijat pyrkivät intensiivisesti ratkaisemaan samaa ongelmaa. Näin saavutettiin tuloksia, joihin ei olisi voitu yltää yhden tutkijan voimin. Tämän jakson lopuksi pyrin lyhyesti arvioimaan käytyä keskustelua ja erityisesti nostamaan esille tuloksiin liittyviä ongelmakohtia.

[7] Ks. tarkemmin *Ross,* Tû-Tû s. 475—478.

Kuten jo edellä eri yhteyksissä on käynyt selväksi, ei *Ekelöfin* ja *Strahlin* analyysejä voitane kumpaakaan pitää vallitsevan juridisen kielenkäytön deskriptiivisinä määritelminä. Faktinen kielenkäyttö näet poikkeaa niistä monissa suhteissa. Ensinnäkin on syytä kiinnittää huomiota siihen jo *Rossin* havaitsemaan seikkaan, että jompikumpi seuraavista päättelyistä (*i*) *oikeustosiseikasto→oikeus* tai (*ii*) *oikeus→oikeusseuraamus* käy analyyttiseksi riippuen siitä, katsotaanko po. termien viittaavan oikeustosiseikkojen vaiko oikeusseuraamusten kokonaisuuteen. Juristi, joka päättelyä suorittaa, ei kuitenkaan katso esittävänsä triviaaleja totuuksia. Hän saattaa toki myöntää, että oikeuden syntyyn liittyy tavallisesti lukuisia tosiasiallisia tapahtumia. Tästä ei kuitenkaan seuraa, että oikeus merkitsisi po. tapahtumien kokonaisuutta. Mainitut tapahtumat näet synnyttävät oikeuden ainoastaan siinä tapauksessa, että on olemassa konstitutiivinen sääntö, jonka mukaan näin tapahtuu. Ilman tällaista tunnistamissääntöä ei minkäänlainen tosiseikkojen kokonaisuus oikeuttaisi päättelemään, että on olemassa subjektiivinen oikeus. Tässä mielessä *Olivecrona* näyttää olevan aivan oikeassa toteamuksessaan, jonka mukaan ”oikeus” ei viittaa oikeustosiseikkojen kokonaisuuteen, vaan oikeuden olemassaolosta voidaan ainoastaan *päätellä,* että tietyt tosiseikat ovat käsillä.[1]

Mainitut analyysit poikkeavat juridisesta yleiskielestä myös siinä, että ne eivät salli ajattelua, jonka mukaan oikeudet perustuvat oikeustosiseikkoihin ja oikeusseuraamukset puolestaan oikeuden olemassaoloon. Tämäkin osoittaa, että analyyseissa ei niinkään ole kyse deskriptiivisen määritelmän antamisesta vaan rationaalisesta rekonstruktiosta, jossa teoriaan sopimattomat ilmiöt työnnetään sivuun selittäen niiden olevan jäänteitä metafyysisestä irrationaalisesta ajattelusta. Rekonstruktion käyttökelpoisuuden kannalta muodostuu tällöin ongelmaksi, ovatko metafyysisyystuomion perustelut kestävät. Tähän ongelmaan en puutu tässä yhteydessä. Asiaan palataan teoksen viimeisessä jaksossa.

Mikäli Ekelöfin ja Strahlin analyysejä arvioidaan skandinaavisen realismin oman tieteenkäsityksen pohjalta ikäänkuin paradigman sisäisenä suorituksena, joudutaan toteamaan, että esitetyt substituutiovaihtoehdot eivät vastaa Hägerströmin asettamia vaatimuksia. Korvaamalla subjektiivisia oikeuksia nimeävät termit oikeustosiseikaston tai oikeusseuraamusten kuvauksella ei juridisia käsitteitä näet ole redusoitu puhtaasti empiirisiksi käsitteiksi. Tämä käy ilmi siitä, että oikeustosiseikkoja tai oikeusseuraamuksia kuvattaessa joudutaan käyttämään termejä, jotka ovat joko samoja tai ontologiselta statukseltaan vä-

[1] Sama sopii mutatis mutandis tulkintaan, joka katsoo, että oikeus viittaa oikeusseuraamusten kokonaisuuteen.

hintään yhtä problemaattisia kuin ne, jotka kuvausten avulla oli tarkoitus määritellä.

Mikäli esim. ”omistusoikeus” pyritään korvaamaan sen konstituoivien tosiseikkojen kuvauksella, lause (*j*) ”A omistaa E:n” muuntuu muotoon (*jj*) ”A on perinyt, saanut, ostanut, vaihtanut tai vallannut E:n”. On helppoa havaita, että lauseessa (*jj*) esiintyvät termit ”perinyt”, ”saanut” jne. eivät viittaa puhtaisiin empiirisiin tosiasioihin, vaan — *Wróblewskin* termiä käyttääkseni — relationaarisiin, oikeussäännön synnyttämiin tosiseikkoihin. Mitään ulkoista tapahtumaa ei sellaisenaan voida luonnehtia ostamiseksi, vaihtamiseksi tai perinnön saamiseksi ilman oikeussääntöä, joka tapahtuman sellaiseksi kvalifioi. Kuvaukseen sisältyvien termien suhde todellisuuteen on siten samalla tavalla mutkallinen kuin subjektiivisia oikeuksia nimeävien termien. Joissakin tapauksissa Ekelöfin ja Strahlin ehdottama substituutio näyttää päätyvän selkeään kehään. Jos esim. termiä ”perinyt” ryhdytään eksplikoimaan, päädytään tuota pikaa siihen, että se tarkoittaa samaa kuin ”saanut perintöoikeudellisten sääntöjen mukaan henkilöltä, joka oli aikaisemmin omistanut E:n”. ”Omistusoikeus”, jota substituution avulla yritettiin häivyttää, sukeltaa uudelleen esiin.

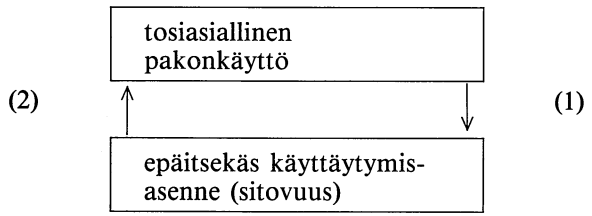
Sama ongelma tulee vastaan myös silloin, kun substituutiota yritetään oikeusseuraamusten avulla. Myöskään oikeusseuraamuksia luonnehtivat termit, kuten ”vindikaatio”, ”rangaistus”, ”vahingonkorvaus” tai ”pätemättömyys” eivät viittaa puhtaasti empiirisiin tosiseikkoihin. Ekelöfin ja Strahlin analyysit eivät siten ole adekvaatisti kyenneet torjumaan Hägerströmin esittämää kritiikkiä.[2] Onko tätä seikkaa pidettävä mainittujen analyysien puutteena, vai onko Hägerström päin vastoin asettanut analyysille mahdottomia vaatimuksia? Tähän kysymykseen palataan myöhemmin.

Alf Rossin analyysiin ei liity edellä selostettuja ongelmia. Jo varhaistuotannossaan Ross oli selkeästi tietoinen siitä, että juridisten käsitteiden analyysi helposti johtaa kehään. Oikeustieteessä vallitsi hänen mukaansa ”the tragic

[2] Ekelöfin ja Strahlin substituutioehdotusten kritiikistä ks. myös *Eckhoff,* Litt om det juridiske rettighetspråk s. 67 ss. Vrt. *Wedberg,* Some Problems in the Logical Analysis of Legal Science s. 267—268, jossa katsotaan, että substituution myötä syntyvä kehä voidaan eliminoida matematiikassa käytetyn rekursiivisen menettelyn avulla, ts. palauttamalla omistajan saanto edellisten omistajien saantoihin, kunnes päädytään alkuperäiseen omistusoikeuteen, jonka olemassaolo ei riipu kenenkään muun omistusoikeudesta. Tähän voidaan nähdäkseni vastata, että myöskään ensikäden omistusoikeus ei ole raaka fakta, joka palautuisi valtauksen konstituoiviin fysikaalisiin tapahtumiin. Kyseiset tapahtumat eivät konstituoi valtausta ilman konstitutiivista (oikeus)sääntöä, joten edelleen liikutaan relationaaristen tosiseikkojen tasolla. Wedbergin ajatuksen kritiikistä ks. myös *Eckhoff,* m.t. s. 69, joka katsoo oikeusjärjestyksen olevan *sisällöltään* sellainen, ettei Wedbergin ehdottama reduktio ole mahdollinen.

law of the inverse proportion of consistency and symbolical truth value".[3] Pyrkimys johdonmukaisesti ymmärtää oikeudelliset ilmiöt puhtaasti reaalimaailmaan kuuluvina ilmiöinä epäonnistuu sitovuus- l. pitämiselementin pujahtaessa vaivihkaa määritelmään mukaan. Jos esim. subjektiiviset oikeudet pyritään redusoimaan faktisen pakonkäyttöjärjestelmän toimintaan, joudutaan faktinen pakonkäyttöjärjestelmä määrittelemään juridisten käsitteiden avulla, jotta määritelmä olisi mielekäs.[4] Oikeustiede näyttää siten välttämättä ajautuvan dualismiin, kahden yhteensopimattoman kategorian — olemisen ja pitämisen — vuorovaikutuksen hyväksymiseen.

Kuten muistetaan, Ross teoksessaan "Virkelighed og Gyldighed i Retslæren" purkaa tämän kehän tosiasiallisen pakonkäytön ja epäitsekkään käyttäytymisasenteen väliseksi kausaaliseksi vuorovaikutukseksi, jossa molemmat vahvistavat toinen toisiaan. Kaavion avulla vuorovaikutus voidaan esittää seuraavasti:



Kehä, johon analyysi näyttää johtavan, ei siten ole looginen vaan kausaalinen kehä. Tämän johdosta oli Rossin mukaan yhtä luvallista sanoa realistien tavoin (*k*) "subjektiivinen oikeus on olemassa, *koska on olemassa reaalinen mahdollisuus suoritustuomioon*" kuin sanoa idealistien tavoin (*kk*) "*on olemassa mahdollisuus suoritustuomioon, koska on olemassa subjektiivinen oikeus*". Molemmat saattavat yhtäaikaisesti olla tosia, sillä lause (*k*) vastaa kausaaliyhteyttä (1) lauseen (*kk*) puolestaan vastatessa kausaaliyhteyttä (2). Ks. kuvio.

Kun Tû-Tû -kirjoituksen sanomaa tarkastellaan tätä vasten, voidaan Rossin havaita muuttaneen kantaansa puheena olevan kehäilmiön tulkinnasta. Lauseet (*k*) ja (*kk*) säilyivät toki edelleenkin oikeustieteessä mahdollisina ilmaisutapoina. Enää tämä ei kuitenkaan perustunut siihen, että kumpikin niistä il-

[3] *Ross,* Towards a Realistic Jurisprudence s. 12.

[4] Saman vaikeuden eteen joudutaan silloinkin, kun oikeudelliset ilmiöt idealistien tavoin pyritään ymmärtämään puhtaana sitovuutena. Tosiasiallinen pakonkäyttö täytyy jollakin tavoin ottaa määritelmään mukaan. Ks. tästä *Ross,* esim. Virkelighed og Gyldighed i Retslæren s. 178—179. Ks. myös aiemmin tässä teoksessa sanottua s. 220 ss.

maisi erään relevantin puolen po. kausaalisesta kehästä, vaan siihen, että ”subjektiivinen oikeus” oli tyhjä termi. Ajatusta voidaan havainnollistaa tarkastelemalla seuraavia lauseita:

(*j*) A:lla on saamisoikeus, koska hän on suorittanut velaksiannon,
(*k'*) A:lla on saamisoikeus, koska hän saa tarvittaessa hyväkseen suoritustuomion,
(*kk'*) A saa tarvittaessa hyväkseen suoritustuomion, koska hänellä on saamisoikeus

Näistä lauseista (*j*) näyttäisi olevan ristiriidassa (*k'*):n kanssa ja (*k'*) puolestaan ristiriidassa (*kk'*):n kanssa. Tämä on Rossin mukaan kuitenkin näennäistä. Koska ”saamisoikeus” ei viittaa yhtään mihinkään, sen ja suoritustuomion mahdollistavan normin soveltamisen välillä ei vallitse mitään relaatiota, ei kausaalista eikä loogista. Tosiasiassa kaikki mainitut lauseet pyrkivät eri tavoin ilmaisemaan vain sen, että tietty voimassaoleva normi soveltuu tiettyyn tilanteeseen.

Rossin analyysi menee siten Ekelöfin ja Strahlin tulkintoja lähemmäksi vallitsevaa juridista kielenkäyttöä. Se toisin sanoen karsii niitä vähemmän ilmiöitä oikeuskielen piiristä. Analyysin ansiona voidaan pitää myös sitä, että se antaa täsmällisen tulkinnan *Undénin* ja eräiden muiden näkemyksille, jonka mukaan subjektiiviset oikeudet ovat hyödyllisiä fiktioita tai esitysteknisiä apuneuvoja.

Toisaalta Rossin ajatteluun sisältyy myös ongelmia. Jos hänen laillaan hyväksytään ajatus, että subjektiivisia oikeuksia nimeävät termit ovat vailla semanttista referenssiä, joudutaan sama tuomio antamaan valtaisalle joukolle muita termejä. Esimerkiksi ”avioliitto”, ”ottolapsi”, ”vekseli”, ”takaus”, ”valtio”, ”vero”, ”kansalaisuus”, ”tuomioistuin” jne. ovat kaikki vailla semanttista referenssiä. Ne ovat Rossin ajattelun mukaan pelkkiä oikeustosiseikkojen ja oikeusvaikutusten väliin konstruoituja aputermejä, joilta puuttuu denotaatio. Itse asiassa kaikki ne entiteetit, joiden parissa oikeustiede tyypillisesti näyttää askaroivan, karsiutuvat pois todellisuuden piiristä.[5]

Rossin johtopäätöksen taustalla on käsitykseni mukaan kaksi premissiä, nimittäin (*1*) selkeä ja ajan mittaan yhä kirkastuva havainto, jonka mukaan juridiset käsitteet eivät viittaa raakoihin tosiseikkoihin ja (2) ontologinen näkemys, jonka mukaan todellisuus koostuu raaoista tosiseikoista.

[5] Vrt. *Ekelöf,* Är termen rättighet ett syntaktiskt hjälpmedel utan mening s. 550—553, jonka mukaan Ross ei ole tyydyttävästi perustellut teesiään juridisten termien referensittömyydestä. Rossin vastauksesta ks. Status i rettighedsdiskussionen s. 538—540. Rossin vastauksen tulkinnasta ks. *Sundby,* Legal Rights in Scandinavian Analyses s. 91.

Jos hänen johtopäätöksensä halutaan kiistää, on kyseenalaistettava vähintään toinen näistä premisseistä. Omasta puolestani pidän premissiä (*1*) pätevänä. *Kelsen* ja Ross itse ovat puolustaneet sitä vakuuttavalla tavalla. Kuten Ross toteaa, mikään tosiseikka ei sinänsä ole avioliitto, vekseli, takaus jne. ennenkuin sitä on tulkittu tietyn oikeussäännön valossa.[6] Näin sanoessaan Ross tulee itse asiassa hyvin lähelle ajatusta, jonka mukaan juridiset tosiasiat ovat sosiaalisia, tulkittuja tosiasioita. Premissi (2) estää häntä kuitenkaan hyväksymästä tätä johtopäätöstä.

Ongelmaksi muodostuu näin ollen, ovatko premissin (2) puolesta puhuvat seikat niin painavia, että ne pakottavat meidät näkemykseen, jonka mukaan oikeusilmiöitä — ja nähdäkseni kulttuuri-ilmiöitä koskeva keskustelu yleensäkin — on ''tû-tû -kieltä''. Käytettäessä tû-tû -kieltä keskustellaan denotaattia vailla olevin käsittein asioista, joiden looginen rakenne on täysin toinen kuin tû-tû -kielen rakenne, mistä puolestaan seuraa, että oikeuskielessä formuloidut ongelmat ovat usein näennäisongelmia ja oikeuskieltä käyttäen tehdyt päätelmät näennäispäätelmiä. Oma kantani tähän ongelmaan on kieltävä. Toisin kuin Ross ajatteli, termit ''avioliitto'', ''ottolapsi'', ''vekseli'' jne. viittaavat tosiasioihin. Kysymyksessä eivät ole raa'at tosiasiat, eivätkä myöskään säännöksen oikeustosiseikastossa kuvatut (raa'at tai institutionaaliset) tosiasiat, vaan konstitutiivisten sääntöjen luomat tosiasiat. Oikeuskielen rakenne vastaa tässä suhteessa todellisuuden rakennetta. Samalla tavoin kuin raakoja tosiasioita, myös institutionaalisia tosiasioita voidaan käyttää hyväksi oikeustosiseikastoissa, ja käytännössä näin usein tapahtuukin. Muutoinkin institutionaaliset tosiasiat ''käyttäytyvät'' siinä määrin raakojen tosiasioiden tavoin, että rinnastus on perusteltua. *Hedeniuksen* lausuma ''Det förekommer . . . fler olika saker i erfarenhetens värld än vad mången filosof tänker sig'' soveltuu myös Rossiin — ja kirjoittajaan itseensä.

[6] *Ross,* Status i rettighedsdiskussionen s. 536 ''Hvad vil det nu egentlig sige som led i en beskrivelse af en person at angive, at han er ''gift''? Påstanden synes at referere sig til den faktiske kendsgerning, at personen på et vist tidspunkt har indgået ægteskab, der ikke siden er blevet opløst. Men det ''at indgå ægteskab'' er ikke noget rent faktisk. Ligesom der ikke er nogen rumlig omplacering af en genstand der i sig selv er et skaktræk, således er der heller ikke nogen faktisk begivenhed der i sig selv er ''indgåelse af ægteskab''. Begge dele får først deres specifike mening derved, at et faktisk forhold tydes i relation til en gældende ideologi, skaknormerne respektive retsnormerne.''

V. SKANDINAAVISEN OIKEUSREALISMIN VAATIMUKSET LAINOPILLE

1. YLEISTÄ

Jotta skandinaavisen realismin vaikutus suomalaisessa lainopissa voitaisiin osoittaa, on syytä poimia edellä sanotusta esiin ne muutosvaatimukset, jotka skandinaavisen realismin tieteenkuvasta käsin suunnattiin lainoppiin. Tehtävä liittyy yleiseen kysymykseen teoreettisen tutkimuksen merkityksestä oikeusdogmatiikalle. Miten oikeusteoria voi yleensä vaikuttaa lainoppiin. Millaista vaikutusta siltä on kohtuullista odottaa, kun muistetaan lainopin olevan nimenomaisesti käytäntöä palvelevaa tutkimusta?

On selvää, että oikeusteorian ei ilman muuta voida olettaa edes pyrkivän vaikuttamaan lainoppiin. Oikeusteoriaa ei harjoiteta pelkästään käytännöllistä hyötyä tavoitellen. Osa oikeusteoriasta on tyypillistä, praktista intressiä vailla olevaa perustutkimusta, joka ei ole kiinnostunut tulostensa välittömistä sovellutuksista. Tällaisellakin tutkimuksella on tosin normaalisti käytännöllistä merkitystä. Vaikka suoranaisia sovellutuksia ei myöhemminkään ilmaantuisi, teoria saattaa lisätä tutkijoiden ymmärtämystä toimintansa perusteista ja vaikuttaa siten emansipatorisesti, vapauttavasti lainopilliseen tutkimuskäytäntöön.

Puhtaan oikeusteorian ohella esiintyy toisaalta runsaasti teoreettista harrastusta, jonka tavoitteet liittyvät läheisemmin lainopin tavoitteisiin. Oikeusteoria on merkittävältä osaltaan ollut metodologiaa, joka pyrkii tarjoamaan lainopille metodiohjeita tai sisältää ainakin metodisia implikaatioita. Metodisia implikaatioita sisältävän teorian ala on suurempi kuin usein tulemme ajatelleeksi.[1] Edellä on todettu, että monet lainopin tutkimuskohdetta koskevat teoriat ovat itse asiassa rationaalisia rekonstruktioita, joihin on piilotettu vaatimus tutkimuskohteen ja metodin osittaisesta muuttamisesta.

Skandinaaviset realistit näkivät ajatustensa käytännöllisen merkityksen hyvin

[1] Ks. *Aarnio,* Teoreettisen tutkimuksen merkityksestä oikeustieteelle erit. s. 49—50.

suureksi. Ääriesimerkkinä voidaan jälleen mainita *Lundstedt,* joka arveli, että hänen oikeusteoriansa olisi kansainväliseen oikeuteen sovellettuna saattanut estää ensimmäisen maailmansodan.[2] Vastaava paatos, joka itseasiassa oli sisäänrakennettuna jo Upsalan koulun taustafilosofiaan,[3] näkyy, tosin vaimennettuna, myös *Rossin* ja *Olivecronan* varhaisvaiheen kirjoituksissa.[4] Näkemys teorian käytäntöä muuttavasta luonteesta säilyi siinäkin vaiheessa, kun looginen empirismi syrjäytti Upsalan filosofian suuntauksen taustafilosofian asemasta. Rossin tunnettu lausuma "Ikke retsfilosofi men retsfilosofiske problemer" pyrki juuri korostamaan teorian merkitystä oikeustieteellisten ongelmien ratkaisemisessa.[5]

Seuraavaksi ryhdyn tarkastelemaan, missä määrin koulukunnan näkemyksellä oli todellisuuspohjaa. Sitä varten on syytä palauttaa mieleen *Kuhnin* esittämä tieteenkuvan (paradigman) analyysi, jonka mukaan tieteenkuva koostuu ontologisista, metodologisista, käsitteellisistä ja arvoja koskevista sitoumuksista. Ajatusta näyttää mahdolliselta hyödyntää myös skandinaavisen realismin tieteenkuvan tutkimisessa. Mainituista sitoumuksista johtuvat muutospaineet voivat luonnollisesti paikantua tutkimusprosessin eri vaiheisiin ja esiintyä esim. lainopin kohteen määrittelyä, kysymyksenasettelua, argumentaatiota ja siihen liittyen oikeustieteen lauseiden tuottamismenetelmää ja testaamista koskevina vaatimuksina. Muutosvaatimuksia tarkastellaan seuraavassa tähän jäsentelyyn liittyen.

2. TUTKIMUSKOHTEEN REKONSTRUKTIOSTA JOHTUVAT METODISET VAATIMUKSET

Tutkiessaan tapaa, jolla oikeustieteen harjoittajat ymmärsivät tutkimuskohteensa, skandinaaviset realistit päätyivät siihen, että se nähtiin tutkimussuun-

[2] *Lundstedt,* Superstition or Rationality in Action for Peace s. 206.

[3] Vrt. kuitenkin *Oxenstierna,* Vad är Uppsala-filosofien s. 7: "Några av Uppsala-filosofiens anhängare mena, att dess resultat kunna ha stor praktisk betydelse. Jag betvivlar själv att så är fallet. Jag vill tillägga, att jag anser detsamma om flera andra vetenskaper".

[4] "Det er en udbredt Mening, at Studier af den her foreliggende Art, om de overhovedet har nogen Værdi, ihvertfald er et rent "teoretisk" Anliggende uden Berøring med Livets praktiske Problemer. Intet kan vaere mere kortsynet end denne Opfattelse. Kan man virkelig tro, at en Videnskab, der umiddelbart er beskæftiget med vore vigtigste Socialanliggender, ustraffet er i Vildrede med sine egne Fundamentalbegreber og med sin egen videnskabelige Metode?" *Ross,* Virkelighed og Gyldighed i Retslæren s. 14. "Mitt syfte är att skära ned vår bild av rättsordningen, så att den kommer i överensstämmelse med den givna verkligheten." *Olivecrona,* Om lagen och staten s. 24.

[5] Ks. *Ross,* Om ret og retfærdighed s. 33—36.

tauksesta riippumatta yliempiirisenä ilmiönä. Sen ohella, että oikeusjärjestys oli yhteiskunnassa reaalisesti vallitseva järjestys, se oli samalla myös sitova ja pitämisen maailmaan kuuluva järjestys. Poikkeuksen näytti muodostavan lakipositivismi. Sen empiristisyys osoittautui kuitenkin harhaksi. Paljastui, että sen ehdottama tutkimuskohteen määrittely oli käsitteellisessä suhteessa sitovuuteen tai muussa tapauksessa oikeustieteen käytännöllisten päämäärien kannalta kestämätön. Metafyysisinä monisteina skandinaavisen realismin edustajat eivät voineet hyväksyä tehokkuuden ja sitovuuden välistä dualismia. Pitämisen maailmalle ei heidän ontologiassaan ollut sijaa. Tutkimuskohde oli siten määriteltävä uudelleen käsittein, jotka viittaavat raakoihin empiirisin faktoihin.

Tutkimuskohteen rekonstruktiossa oli keskeistä oikeusjärjestykseen liittyvän sitovuuselementin psykologisointi. Se saatettiin hyväksytyn ontologian piiriin redusoimalla se mentaaliseksi entiteetiksi, velvollisuuden tunteeksi tai — kuten *Ross* sitä nimitti — pyyteettömäksi käyttäytymisasenteeksi. Tällä tavoin vaatimus psykologisesta, ideologisesta tehokkuudesta tuli kuulumaan oikeustieteen tutkimuskohteen, voimassaolevan oikeuden käsitemääritelmään. Voimassaoleva oikeus oli paitsi käyttäytymisen tasolla tehokkaasti noudatettua myös asenteiden tasolla sitovaksi koettua oikeutta. Kaikki asiaa pohtineet koulukunnan jäsenet Lundstedtia mahdollisesti lukuunottamatta hyväksyivät tämän näkemyksen eri muodoissaan.

Lainopin kannalta keskeiseksi kysymykseksi muodostuu tällöin, mihin *metodisiin johtopäätöksiin* tutkimuskohteen rekonstruktio antaa aihetta. Hyvin lähellä näyttäisi olevan ajatus, että oikeusdogmatiikasta tulisi kokonaan luopua, ja ryhtyä yhteiskuntatieteen keinoin tutkimaan, millaisia käyttäytymismalleja de facto noudatettiin tahi koettiin sitoviksi. Tämä hypoteesi on edellä osoittautunut virheelliseksi. Kukaan skandinaavisen realismin johtohahmoista ei tehnyt mainittua johtopäätöstä. Päin vastoin ajatus juridiikan muuttamisesta sosiologiaksi oli kaikille vieras, ja monet — Alf Ross kärjessään — asettuivat sitä aktiivisesti vastustamaan.[6] Oikeuslähde- ja tulkintaoppi säilytti asemansa lainopin metodisena perustana. Lainoppi oli yhä oikeussääntöjen sisällön selvittämistä säännöstulkinnan ja -säännöksen puuttuessa — muun oikeuslähdemateriaalin avulla.

Miten tällainen metodinen ratkaisu saattoi tutkimuskohteen määrittelyn valossa olla mahdollinen? Eihän se seikka, että normi voidaan kehittää esiin oikeuslähteistöstä, ole mikään tae siitä, että normi on käyttäytymisen tai ideolo-

[6] Toinen asia on, että he juridiikan ohella pitivät tärkeinä myös muita oikeudellisten ilmiöiden tutkimistapoja.

gian tasolla tehokas. Tähän voidaan antaa kaksi vastausta, joista toinen edusti *Olivecronan* ja toinen puolestaan *Rossin* kantaa.

Olivecrona näyttää ajatelleen, ettei normaalisti ole tarpeen erikseen tutkia, mitä käyttäytymismalleja de facto noudatetaan ja koetaan sitoviksi. Vakiintuneissa laillisissa oloissamme voimme yksinkertaisesti lähteä siitä, että normiadressaatit suhteellisen tehokkaasti ovat sisäistäneet lainsäädäntöakteilla vahvistetut normit, ja noudattavat niitä. Heissä vallitsee näet *lainkuuliaisuusasenne,* yleinen valmius käyttäytyä laillisesti vahvistettujen mallien mukaisesti niiden sisällöstä riippumatta. Tämä asenne tekee oikeusdogmaattisen tutkimuksen käytännöllisesti mielekkääksi. Selvittämällä käyttäytymismallien sisältöä oikeusdogmatiikka antaa sisällön sitä vailla olevalle lainkuuliaisuusasenteelle, ja toteuttaa siten hyödyllistä tehtävää käyttäytymisen säätelyssä. Oikeusnormien tehokkuus on toisin sanoen lainopillisen tutkimuksen *praktinen ennakkoehto.* Eihän olisi mielekästä tutkia käyttäytymismalleja, joista kukaan ei piittaa. Sitä vastoin tehokkuusvaatimuksesta ei sinänsä seuraa mitään lainopin metodiin nähden. Lainopin harrastus saattoi jatkua entiseen tapaan oikeuslähteisiin perustuvana argumentaationa.

Alf Rossin käsitys on jossakin määrin komplisoidumpi, mutta pohjautuu samaan perusajatukseen. Kuten aiemmin olen todennut, lainopin lauseet — siltä osin kuin ne olivat tieteellisiä — olivat Rossin mukaan väitteitä tuomioistuinten tulevasta käyttäytymisestä. Tästä ei, Ross katsoo, kuitenkaan seuraa, että ainoa tai edes paras tapa tuottaa po. väitteitä olisi tuomioistuinten käyttäytymisen ulkokohtainen tarkkailu sosiologian keinoin. Päin vastoin parempaan tulokseen saatetaan päästä kiinnittämällä huomio tuomioistuinten ratkaisukäyttäytymisen keskeiseen motivaatiotekijään, tuomarinideologiaan. Tämän ideologian tärkein manifestaatio on oikeuslähde- ja tulkintaoppi. Tätä oppia soveltaen ja siten ikäänkuin tuomarin ajatusoperaatioita simuloiden voidaan oikeustieteessä päätyä ennalta todennäköisenä pidettävään ennusteeseen. Näin meneteltäessä on vain muistettava soveltaa *tuomarien* oikeuslähdeoppia, ja siirrettävä syrjään akateeminen oppineiden oikeus siltä osin kuin se ei vastaa elävässä elämässä vaikuttavia periaatteita.

Traditionaalinen lainopillinen tutkimusmetodi tuli siten Rossin konseptiossa pelastetuksi. Se säilytti edelleen paikkansa oikeustieteen tuloslauseitten *tuottamisyhteyden* (context of discovery) piirissä menettäen sen sitä vastoin osittain niiden testaamisprosessissa (context of justification). Muutosvaatimukset, joita tutkimuskohteen rekonstruktiosta suuntautui lainoppiin, rajoittuivat siten lainopillisen argumentaation puitteisiin. Siirryn nyt niiden tarkasteluun.

Jos lainopillista argumentointia tarkastellaan metatasolta, sen rakenteen voi-

daan sanoa koostuvan oikeuslähteiden identifiointia, tulkintaa ja käyttösääntöjä koskevista sitoumuksista. Tätä jaottelua käytettäessä näyttäytyvät skandinaavisen realismin vaikutuspyrkimykset pyrkimyksenä kyseisten sitoumusten muuttamiseen. Muutosvaatimuksia tarkastellaan seuraavassa käyttäen apuna oikeuslähteiden vakiintunutta luokittelua säädännäislähteisiin, prejudikaatteihin, säädännäislähteiden esitöihin ja reaalisiin argumentteihin.

Säädännäislähteiden asemaan ei kohdistunut erityisiä muutosvaatimuksia. Samalla tavoin kuin lakipositivismi myös oikeusrealismi tunnusti niiden aseman primäärisenä oikeuslähteenä. Vain tunnustamisen syy oli erilainen. Kun lakipositivismi perusti käsityksensä yhteiskuntafilosofisiin teorioihin, kuten vallan kolmijako-oppiin, skandinaaviselle realismille riitti perusteluksi, että lakeja de facto tehokkaasti noudatettiin ja että niiden asema tuomarinideologiassa oli vahva.

Jos säädännäislähteille skandinaavisen realismin tieteenkuvassa varattua paikkaa verrataan lakien asemaan käsitelainopillisessa tutkimuksessa, voidaan niiden merkityksen sanoa jossakin määrin *korostuneen*. Tämä johtui mainittujen ajatustraditioiden erilaisesta tavasta ymmärtää oikeusjärjestyksen luonne. Käsitelainopin mukaan oikeusjärjestys koostui oikeusperiaatteista, aksiomeista, joihin nähden oikeussäännöt olivat joko deduktiivisia erikoistapauksia tai poikkeuksia. Skandinaavinen realismi puolestaan näki oikeusjärjestyksen koostuvan oikeussäännöistä, jotka tulkittiin yhteiskunnallisia tavoitteita keinoina palveleviksi fakta-seuraamus -relaatioiksi. Tästä seurasi, että menettely, jossa lakeja tulkittiin käsitelainopillisten periaatteiden muodostamassa kontekstissa, joutui huonoon valoon. Vanhan teorian tarjoamat silmälasit oli unohdettava ja katsottava ikäänkuin entistä tarkemmin, mitä laissa sanotaan. Lain syrjäyttäminen systemaattisilla perusteilla (''teoreettisesti virheellisenä'') kävi kielletyksi.

Toisaalta skandinaavisella realismilla oli toki omat keinonsa vanuttaa lain kielellistä sisältöä. Eroavuus oli siinä, että kun käsitelainopillisen tieteenkuvan mukaan toimittaessa tulkintavaihtoehdon valinta oli justifioitava säännöksen taustalla olevien oikeusperiaatteiden avulla, realistinen asennoituminen edellytti vetoamista valinnan seurauksiin annetun tavoitteen kannalta. Ei liene yleisesti ratkaistavissa, kumpi johtaa suurempaan vapautumiseen säännöksen sanamuodosta.

Prejudikaattien asema muuttui säädännäislähteitä selvemmin. Niiden merkitys korostui huomattavasti.[7] Käsitelainopin mukaan prejudikaateilla ei ollut itsenäistä merkitystä pohdittaessa, mikä on voimassaolevan oikeuden kan-

[7] Näin myös *Nial,* Some Remarks on Legal Research and the Teaching of Law s. 94.

ta. Vastaus viimeksimainittuun ongelmaan oli deduktion avulla kehitettävä näkyville oikeusperiaatteista, joissa se lepäsi piilevänä. Sitä vastoin skandinaavisen realismin ja erityisesti Rossin mukaan ylin tuomioistuin ei voinut olla väärässä, jollei se itse erehdystään tunnustanut. Tässä kohden esiintyi tosin mielipiteiden hajontaa. Hieman vähäisemmän painon prejudikaateille antaa *Hedeniuksen* teoria, jota voidaan tulkita niin, että oikeus eläisi tuomarikuntaa laajemmassa yhteisössä,[8] ja erityisesti *Illum,* jonka mukaan oikeus on liian tärkeä asia jätettäväksi (yksin) tuomarien käsiin. Yleinen linja oli kuitenkin selvä. Oikeustapaukset, jos mitkä ovat vallitsevan tuomarinideologian manifestaatioita ja siten hyvänä oppaana niille, jotka pyrkivät esittämään tuloksinaan elävää oikeutta.

Lain esityöt sitä vastoin menettivät jossakin määrin merkitystään. Tahtoteorioiden kritiikistä seurasi, ettei niiden käyttö ollut tarpeen ainakaan lainsäätäjän tahdon selvittämiseksi. Sitä vastoin esitöistä saattoi kyllä löytää lain tulkinnassa huomionarvoisia reaalisia argumentteja.

Merkittävimmät muutosvaatimukset suuntautuivat oikeuslähteiden avoimeen luokkaan, substantiaalisiin l. *reaalisiin argumentteihin.* Vaatimus niiden painoarvon lisäämisestä lainopissa kumpuaa kahdesta eri lähteestä. Ensinnäkin voidaan vedota vallitsevaan tuomarinideologiaan, joka sallii erilaisten kohtuus-, oikeudenmukaisuus- ja tavoitenäkökohtien laajamittaisen huomioon ottamisen ratkaisua tehtäessä. Jos oikeustiede ei menettele samoin, se epäonnistuu simulaatioyrityksessään.

Sama vaatimus voidaan perustella myös skandinaavisen realismin omaksumasta social engineering -asennoitumisesta käsin. Koska oikeussäännöt ovat välineitä yhteiskunnallisten tavoitteiden toteuttamiseksi, säännön valinta on aukko- ja tulkintatilanteissa justifioitava sen soveltamisesta johtuvien seurausten avulla. Keskeisiksi kohoavat tällöin tavoiteargumentit, jotka koskevat sääntövaihtoehdon instrumentaalista hyvyyttä annetun tavoitteen kannalta.

Voidaankin sanoa, että skandinaavinen realismi — Lundstedt kärjesssään — asetti uudet vaatimukset reaalisten argumenttien hyväksyttävyydelle. Vetoaminen sellaisiin argumentteihin, kuten kohtuuteen, oikeudenmukaisuuteen ja intressipunnintaan, ei koulukunnan mielestä ollut monestakaan syystä ensiluokkaista argumentaatiota. Niiden avulla saatettiin salakuljettaa juridiikkaan vanhaa metafyysistä oikeusideologiaa ja siinä piileviä arvostuksia. Ne eivät

[8] Hedeniuksen mukaanhan ratkaisu on oikea, jos tuomari soveltaa niitä säännöksiä, joita vallitsevan juridisen käsityksen mukaan pidetään sitovina. Hedeniuksen käsitys ei yksilöi yhteisöä, jossa vallitsevasta käsityksestä on kysymys, mutta on mahdollista tulkita sen olevan tuomarikuntaa laajempi. Ks. edellä s. 279.

myöskään antaneet mitään varmuutta siitä, että oikeussääntö, johon niiden avulla päädyttiin, oli sosiaaliteknisesti edullinen. Nämä "oikeudenmukaisuusmetodille" ominaiset argumentit oli korvattava todellisilla l. sanan ontologisessa mielessä reaalisilla argumenteilla. Niitä olivat ennen muuta ihmisten yhteisölliset pyrkimykset, faktiset ja konkreettiset arvostukset.

Erottelu, jota Lundstedt tavoitteli, on nähdäkseni sama, joka sisältyy *Summersin* tunnettuun jaotteluun *rightness reasons / goal reasons.*[9] Summers luonnehtii ensiksi mainittuja (oikeudenmukaisuusperusteita) toteamalla niiden saavan justifikatorisen voimansa siitä, että niiden mukaan tehty ratkaisu on sopusoinnussa jonkin oikeudenmukaisuusnormin kanssa. Tällaista perustetta käytettäessä tähdätään oikeussuhteen osapuolten tekojen arviointiin sellaisen normin tai periaatteen valossa, jolla on käsitteellinen yhteys oikeudenmukaisuuteen. Koska arvio suuntautuu menneeseen, oikeudenmukaisuusperuste säilyttää voimansa, vaikka maailma huomenna tuhoutuisi.

Tavoiteperusteet (goal reasons) saavat puolestaan justifikatorisen voimansa siitä, että sen mukaisesti tehdyn ratkaisun voidaan ennakoida vaikuttavan yleisiä tavoitteita edistävästi. Arvostukset tulevat tällöin ongelman ratkaisuun mukaan aivan eri tavoin kuin oikeudenmukaisuusperusteita käytettäessä. Kysymys on tällöin niiden tavoitteiden arvostamisesta, joita ratkaisun avulla pyritään edistämään. Tapauksen arviointi on eteenpäin suuntautuvaa, eikä tavoiteperusteen justifikatorinen voima riipu lainkaan siitä, miten oikeussuhteen osapuolten käyttäytymistä olisi oikeudenmukaisuusnormien valossa arvioitava.

Summersin distinktio, joka on laadittu amerikkalaisen common law -järjestelmän pohjalta, eksplikoi mielestäni hyvin niitä ajatuksia, joita Lundstedtkin on tavoitellut oikeudenmukaisuusmetodia kritisoidessaan ja yhteiskuntahyödyn periaatetta kehittäessään. Se tekee myös ymmärrettäväksi Lundstedtin ajattelutavan tietynlaisen tylyyden yksilön kannalta. Muilla skandinaavisen realismin edustajilla ei puheenaolevaa erottelua esiinny yhtä selkeänä, mutta silti näyttäisi oikealta väittää, että heidän social engineering -ajattelunsa implikoi tavoiteargumenttien merkityksen kasvua. *Ekelöfin* teleologinen tulkintametodi rakentuu hyvin olennaisilta osin tavoiteperusteiden varaan.

Kysymykseen, millaisia tavoitteita oli lupa käyttää reaalisina argumentteina, annettiin tutkijasta riippuen erilaisia vastauksia. Myös yksittäisten tutkijain mielipiteissä tapahtui ajan kuluessa muutoksia. Varovaisinta kantaa edusti näkemys, jonka mukaan tavoiteargumenttien tuli olla sisällöltään yhteiskunnan jäsenten yleisesti hyväksymiä, mieluimmin jopa lainsäädännössä vahvis-

[9] Ks. *Summers,* Two Types of Reasons of Substance in Common Law Cases s. 218—226. Erottelua selostaa lyhyesti myös *Peczenik,* The Basis of Legal Justification s. 34—35.

tuksen saaneita arvoja. Vallitsevana käsityksenä voitaneen kuitenkin pitää ajatustapaa, joka piti sallittuna myös yhteisön arvostusten kritisointia ja korjaamista ts. tutkijan henkilökohtaisten arvostusten käyttöä tulkinnassa.

Teleologisen tulkintametodin käyttäminen edellyttää yhteiskunnallisten vaikutusmekanismien tuntemusta. Vain sen perusteella voidaan tietää, mihin seurauksiin tulkinnon omaksuminen johtaa. Tässä ilmeni skandinaavisen realismin *sosiologisuus*. Sosiologia oli tiede, joka saattoi varustaa tutkijan tarvittavalla tiedolla. Skandinaavinen realismi ei toisin sanoen vaatinut juridiikan muuttamista sosiologiaksi, vaan ainoastaan sosiologisen tiedon hyväksikäyttämistä oikeuslähteiden tulkinnassa. Lainoppi parhaimmillaan oli sosiologian tuloksille rakentuvaa sosiaalitekniikkaa.

Edellä sanottu osoittaa, että skandinaavinen realismi antoi yhteiskunnallisille arvostuksille lainopissa sangen suuren merkityksen. Tämä synnyttää kysymyksen, eikö tällöin jouduta ristiriitaan arvoteoreettisen nonkognitivismin kanssa. Koska arvoarvostelmilta puuttuu totuusarvo, puuttuu myös lainopin johtopäätöksiltä, jotka on saatu arvoarvostelmia premisseinä käyttäen, totuusarvo. Eikö tämä johda siihen, että skandinaavisen realismin edustama lainopillisen tutkimuksen malli osoittautuu sen oman tieteen määritelmän mukaan epätieteelliseksi? Erityisesti Alf Rossin ajatteluun liittyy toinenkin ongelma. Miten hän ylipäätään saattoi ehdottaa traditionaalisiin oikeuslähde- ja tulkintaoppeihin muutoksia, kun juuri edellä on todettu, että vallitsevan tuomarin ideologian ilmentämän päättelytavan huolellinen jäljittely parhaiten johtaa luotettavaan ennusteeseen tuomarin käyttäytymisestä?

Skandinaavisen realismin vastaus oli käytännössä harjoitetun lainopin jakaminen kahtia, toisaalta tieteeseen, toisaalta oikeuspolitiikkaan.[10] Tähän johti juridiikkaan suunnattu käytännöllisen hyödyllisyyden vaatimus, joka syrjäytti puhtaan tieteelliset näkökohdat. Skandinaavisen realismin piirissä ajateltiin yleisesti, että tiede, joka ainoastaan tyytyy tuomaan esille oikeuslähdeopin sallimat eri ratkaisuvaihtoehdot, tekemättä valintaa niiden välillä, tuottaa kovin kapeita tuloksia ja auttaa liian vähän lainkäyttäjää. Tutkijalla on normaalisti paremmat edellytykset analysoida eri ratkaisuvaihtoehtojen seuraukset ja tehdä valinta kuin tuomarilla, joka joutuu työskentelemään ajan ja usein tiedonkin puutteessa. Arvopremissien sisällyttäminen argumentaatioon

[10] Jaottelua käytti eksplisiittisesti vain Ross, mutta asiallisesti se näkyy myös Lundstedtin, Olivecronan ja Ekelöfin kirjoituksissa. — Osittain Ross selviää esittämästäni huomautuksesta jo sillä, että tavoiteargumenttien korostaminen itse asiassa merkitsee tieteen soveltamien oikeuslähdeperiaatteiden lähentämistä tuomarinideologiaan. Tieteen ja politiikan välistä erottelua tarvitaan vasta siinä vaiheessa, kun oikeustiede lakkaa myötäilemästä tuomarinideologiaa ja ”ohittaa” sen.

oli siten sallittava ja vaadittava ainoastaan, että tutkija tekee selväksi, missä vaiheessa hän lopettaa työnsä tiedemiehenä ja siirtyy oikeuspoliitikoksi ts. täydentämään oikeuslähdeopin sidottuja argumentteja vapailla arvopremisseillä. Arvoteoreettisen nonkognitivismin vaikutukset voidaan siten tiivistää sanomalla, että vaadittiin avointa argumentaatiota ja siihen liittyen tieteen ja politiikan rajan pitämistä mahdollisimman kirkkaana. Lainopin käytännön toimintana oli kuitenkin sallittua käyskennellä rajan molemmilla puolilla.

Alf Ross näki ehkä parhaiten tieteen ja politiikan välisen rajankäynnin problemaattisuuden. Hänen ajatuksensa voidaan kiteyttää sanomalla, että kyseinen raja on yhteiskuntatieteissä kuin juoksuhiekkaan piirretty viiva. Ennusteen ja suositteen välistä eroa ei aina voida tehdä sen paremmin tutkijan intention kuin myöskään lausuman pragmaattisten seurausten perusteella. Intentionaalisesti puhdas ennuste saattaa vaikuttaa täysin suositteen tavoin ja päin vastoin suosite osoittautua paikkansapitäväksi ennusteena. Tiede ja politiikka ovat juridiikassa välttämättä sidoksissa toisiinsa.

Ross ei kuitenkaan nähnyt aiheelliseksi tehdä sidonnaisuudesta erityisiä metodisia johtopäätöksiä. Avoin argumentointi oli hänenkin tavoitteensa. Vaikka tiedettä ja politiikkaa ei voida erottaa toisistaan, viimeksimainitun vaikutusta voidaan avointa argumentointia käyttävässä lainopissa kuitenkin valvoa, mikä asettaa sen kilpailevien metodien edelle.

3. SUBJEKTIIVISTEN OIKEUKSIEN ANALYYSISTÄ JOHTUVAT METODISET VAATIMUKSET

Tutkimuskohteen rekonstruktiosta aiheutuneet paineet lainopin muuttamiseen havaittiin edellä jokseenkin yhdensuuntaisiksi tutkijasta riippumatta. Subjektiivisten oikeuksien analyysistä tehdyissä johtopäätöksissä oli enemmän tutkijakohtaisia eroja. Mielipiteiden kirjon toiseen päähän sijoittuu nuori *Lundstedt,* jonka mukaan olisi mieluummin kokonaan lakattava käyttämästä subjektiivisia oikeuksia nimeäviä termejä. Oikeustieteen käsitejärjestelmä kokonaisuudessaan olisi hänen mielestään ollut pantava remonttiin. Toista päätä edustaa puolestaan *Alf Rossin* tû-tû -analyysi, joka sallii lainopin jatkumisen jokseenkin entisen kaltaisena. Mielipide-erot voidaan asettaa myös aikaperspektiiviin, jolloin koulukunnan sisäinen kehitys näyttää kulkevan kohden tosiasiallisen juridisen käsitteenkäytön lisääntyvää hyväksymistä.

Huolimatta tutkijakohtaisista eroista on skandinaavisen realismin suuri linja kuitenkin selvästi nähtävissä. Metodiset vaatimukset koskivat subjektiivisten

oikeuksien ja yleensäkin juridisten käsitteiden asemaa lainopillisessa päättelyssä ja systematisoinnissa. Vaadittiin niiden roolin olennaista heikentämistä.

On helppoa nähdä, millä tavoin vaatimus kumpusi subjektiivisten oikeuksien analyysistä. Kuten muistetaan, subjektiivisia oikeuksia nimeävät termit osoittautuivat *Hägerströmin* tarkastelussa tyhjiksi kuoriksi, termeiksi vailla denotaatiota ja konnotaatiota. Oikeuksia ja velvollisuuksia ei de facto ollut olemassa, joten juridisia ratkaisuja tai ratkaisusuosituksia ei voitu perustella oikeuksiin vetoamalla. Päättely, jossa ensiksi karakterisoidaan henkilön oikeusasema tietyksi subjektiiviseksi oikeudeksi ja sen jälkeen annetaan kysymykseen subjektiivisen oikeuden luonteen mukainen ratkaisu, ei ollut puolustettavissa, koska olemattomalla ei mitään voida perustella.

Tämä ei kuitenkaan ollut ainoa tapa puolustaa käsitteistä päättelyn kieltoa. Sama metodinen johtopäätös sisältyy myös niiden oikeusrealistien ajatteluun, jotka tietoisesti (*Lundstedt*) tai tietämättään (*Hedenius*) antoivat subjektiivisia oikeuksia nimeäville termeille uuden ''realistisen'' merkityksen. Heidän tulkintansa mukaan kyseiset termit viittasivat tuomioistuinten käyttäytymiseen. Esimerkiksi ''omistusoikeus'' viittasi muun ohessa siihen tosiseikkaan, että tuomioistuin tietyin edellytyksin antaa kieltotuomion sille, joka omistajan luvatta käyttää esinettä. Jos näin on, ei kieltotuomiota tai sen asettamista koskevaa tulkintasuositusta luonnollisestikaan voida perustella viittaamalla kantajan omistusoikeuteen. Käsitemääritelmä muuttaa näet perustelun kehäpäätelmäksi (petitio principii).

Kiintoisaa on havaita, että metodinen johtopäätös ei muutu silloinkaan, jos *Ekelöfin* ja *Undénin* tavoin katsotaan oikeuksien tarkoittavan laissa tai muissa oikeuslähteissä vahvistettua oikeusseuraamusten kokonaisuutta. Oikeusseuraamuksen justifiointi oikeuteen vedoten merkitsee tällöinkin ratkaisun perustelemistä sillä itsellään. Näin ollen näyttää oikeutetulta sanoa, että *käsitelainopillisen argumentaation hylkääminen oli looginen seuraus subjektiivisten oikeuksien analyysistä.*

Edellä sanottu koskee myös muiden juridisten käsitekonstruktioiden käyttämistä ratkaisusuosituksen perusteluna. Välttääkseen syytökset metafyysisyydestä po. käsitteiden oli mm. Lundstedtin mukaan referoitava tuomioistuinten ratkaisukäyttäytymiseen, jolloin niitä luonnollisestikaan ei enää voitu käyttää ratkaisukäyttäytymisen perusteluna. Huomattava osa Lundstedtin harjoittamasta kritiikistä, mm. vahingonkorvausteorioiden kritiikki ja hänen tapansa löytää kehäpäätelmiä juridisesta ajattelusta perustui tähän argumenttiin.

Sanotun ohella esitettiin käsitelainoppia vastaan muitakin argumentteja. Suurin merkitys tässä suhteessa oli *Undénin* ja *Rossin* kirjoituksilla. Kritiikin

perusteet muodostavat sangen mielenkiintoisen kokonaisuuden, jossa eri tahoilta tulevat ajatusaiheet punoutuvat toisiinsa vaikuttaen yhdensuuntaisesti.

Undénin ja Rossin käsitys nojautuu edellä sanotun lisäksi ajatukseen, että tieteelliset peruskäsitteet ovat sopimuksenvaraisia asioita, joiden totuudesta on hyödytöntä kiistellä. Tämän vuoksi ei ole mahdotonta eikä välttämättä moitittavaa, että samalla termillä eri asiayhteyksissä viitataan eri asioihin. Havainto vapautti heidät eräänlaisesta tyyppipakkoajattelusta, joka oli seurausta substantiaalisesta, essentialistisesta merkityksen teoriasta. Ei ollut käsitteellisesti välttämätöntä, että tiettyä juridista termiä käytettiin viittaamaan aina samaan oikeusseuraamusten kokonaisuuteen. Tämän vuoksi ei siitä, että jotakin oikeudellista ilmiötä luonnehdittiin tietyllä subjektiivista oikeutta nimeävällä termillä, seuraa, että käsitteellisen johdonmukaisuuden nimissä olisimme pakotetut liittämään kyseiseen ilmiöön kaikki po. subjektiiviseen oikeuteen määritelmän mukaan kuuluvat oikeusseuraamukset.

Tämän mukaisesti Undén myönsi juridisille käsitteille merkitystä ainoastaan *systematisoinnin* apuvälineenä. Tietyn ilmiön käsitteellistäminen valmiiseen juridiseen kategoriaan saattoi auttaa oikeusjärjestyksessä suunnistavaa henkilöä osoittamalla ikäänkuin viitteenomaisesti, miltä suunnalta tapaukseen soveltuvat normit ovat löydettävissä. Sitä vastoin hän kielsi johtamasta systematisoinnista oikeusseuraamuksia, joita nimenomaisesti ei ollut pidetty silmällä systematisointia suoritettaessa. Systematisointiin liittyvä luovuus, uusien oikeusseuraamusten johtaminen systematiikan pohjalta, joka historiallisen koulun ja käsitelainopin mukaan oli osoituksena juridiikan tieteellisyydestä,[11] oli Undénille pelkkää silmänkääntöä, kaniinin nostamista tyhjästä hatusta. Tämä puolestaan vähensi tarvetta systematisointeihin ja oikeusongelmien tarkasteluun systemaattisissa yhteyksissä.

Käsitelainopin kritiikki kohdistui itse asiassa kahteen erilaiseen päättelyyn. Ensinnäkin pidettiin kiellettynä päättelyä, jossa tietystä *oikeusseuraamusten kombinaatiosta* pääteltiin subjektiivisen oikeuden olemassaolo ja johdettiin siitä uusi, tuntematon oikeusseuraamus. Jos tiedämme oikeusseuraamusten R_1—R_4 liittyvän oikeusilmiöön F ja sillä perusteella sijoitamme ilmiön subjektiivisten oikeuksien tyyppiin T, ei tästä seuraa, että olisimme oikeutettuja ilman muuta liittämään po. ilmiöön kaikki tyyppiin T yleisten oppien mukaan liittyvät oikeusseuraamukset R_1—R_n. Päin vastoin on välttämätöntä, että tutkimme tilanteen uudestaan ja muun oikeuslähdemateriaalin osoittautuessa puutteelliseksi teemme ratkaisun reaalisten näkökohtien perusteella.[12]

[11] Ks. esim. *Hagerup,* Nogle Ord om den nyere Retsvidenskabs Karakter s. 21.

[12] Sanottu ei tarkoita, että skandinaavinen realismi olisi kieltänyt oikeuskysymysten

Aivan vastaavalla tavalla oli kiellettyä päättely *oikeustosiseikkojen kombinaatiosta* subjektiiviseen oikeuteen ja siitä oikeusseuraamuksiin. Menettely, jossa problemaattisen tosiseikaston F_1—F_n synnyttämää oikeustilaa analogian tms. perusteen nojalla luonnehditaan esim. omistusoikeudeksi ja tämän jälkeen liitetään po. tosiseikastoon kaikki omistusoikeuteen määritelmän mukaan liittyvät oikeusseuraamukset, oli luonteva ajatustraditiossa, joka oletti omistusoikeuden olevan praktinen kvaliteetti, oikeusseuraamuksia kannatteleva substanssi. Lähdettäessä sitä vastoin Rossin ja Undénin ajatuksesta, jonka mukaan subjektiivinen oikeus ei funktioistaan irroitettuna ole mitään, päättelyltä putoaa pohja.

Rossin ja Undénin näkemys implikoi myös ajatuksen mainittujen funktioiden irrallisuudesta. Oikeusvaikutuksia yhdistävän substanssin puuttuessa oli käsitteellisesti mahdollista, että vaikutukset, jotka aiempi näkemys niputti yhteen, saattoivat esiintyä irrallaan. Myös muut kuin subjektiivisten oikeuksien järjestelmän mukaiset täydelliset oikeusasemat olivat loogisesti mahdollisia. Tästä syystä kysymys, mitä oikeusseuraamuksia tosiseikastokombinaatioon F_1—F_n liittyy, oli ratkaistava systematisoivasta luonnehdinnasta riippumatta.

Tämä vapautti juridiikan harjoittajat uudenlaiseen luovuuteen. Sidonnaisuus traditionaaliseen systematiikkaan väheni, ja yleiset opit, jotka kytkivät vaikutuksia subjektiivisten oikeuksien järjestelmään, joutuivat kyseenalaisiksi. Reaaliseen argumentointiin ja tapausten omaleimaisten piirteiden huomioon ottamiseen avautui entistä enemmän tilaa.

Argumentaation ohella muutos vaikutti myös *kysymyksenasetteluihin*. Kun vanhaan järjestelmään liittyvät käsitteelliset välttämättömyydet purettiin, kysymyksenasettelut, jotka vanhassa järjestelmässä olivat loogisesti mahdottomia, tulivat mahdollisiksi. Kysymyksenasetteluun ja tutkimuksen jäsentelyyn vaikutti myös näkemys oikeuksista *henkilösuhteina,* jossa toisen käyttäytymisetuoikeutta vastaa toisen sidonnaisuus. Tutkittava ongelma voidaan tämän näkemyksen mukaan jäsentää siinä esiintyvien henkilötyyppien välisiksi relaatioiksi ja suorittaa tarkastelu relaatio kerrallaan.

Subjektiivisten oikeuksien analyysillä oli merkitystä myös sikäli, että monet oikeustieteen klassiset kiistakysymykset (anomaliat) näyttäytyivät sen valossa lähinnä näennäisongelmiksi. Tällainen oli esim. sopimusteorian ja tradi-

---

ratkaisemisen analogian perusteella. Kyse oli vain siitä, että systeeminsisäiseen analogiaan perustuvasta tutkittavan ilmiön kategorisoinnista ei seurannut pakkoa hyväksyä kaikki ne oikeusseuraamukset, jotka oikeustiede on kategoriaan liittänyt. Analogiapäättelyä voitiin käyttää, mutta sen käyttö ei sinänsä justifioinut ratkaisua, joka oli perusteltava reaalisin argumentein.

tioteorian välinen kiista siitä, siirtyikö omistusoikeus sopimuksen tekohetkellä vaiko vasta tradition tapahtuessa. Kiistan ilmentämä vastakkainasettelu oli ensinnäkin varomaton, koska oli mahdollista että osa "omistajanpakettiin" kuuluvista oikeutuksista siirtyi toisella, osa toisella hetkellä. Koska tieteelliset käsitteet ovat konventioita, voidaan sitä paitsi aivan systemaattisen tarpeen mukaan valita, kumpaa hetkeä halutaan nimittää omistuksen siirtymishetkeksi. Olennaista on, ettei valinnasta tehdä päätelmiä tuntemattomien oikeusseuraamusten, esim. vahingonvaaran siirtymisen suhteen.

Lopuksi voidaan todeta, että käsitteistä päättelyn kielto liittyi myös tutkimuskohteen määrittelystä kummunneeseen päävaatimukseen, nimittäin vaatimukseen avoimesta argumentoinnista. Skandinaaviset realistit eivät Lundstedtia mahdollisesti lukuunottamatta ajatelleet niin naivisti, etteivät yhteiskunnalliset arvostukset käsitelainopin systemaattisen argumentoinnin aikana olisi lainkaan vaikuttaneet oikeustieteen johtopäätöksiin. Päin vastoin ero oli lähinnä vain siinä, että käsitelainopillisessa metodissa arvopremissien vaikutus ei voinut olla julkista, vaan sen oli tapahduttava mahduttamalla ilmiö enemmän tai vähemmän keinotekoisin perustein sellaisen juridisen luonnehdinnan piiriin, johon toivotut seuraukset käsitteenmukaisesti liittyivät.[13] Käsitelainoppiin liittynyt systemaattisuusvaatimus ei siten riittänyt torjumaan arvostusten mukaantuloa, vaan saattoi ainoastaan naamioida niiden vaikutuksen. Avoin, reaalinen argumentaatio sopi siten tässäkin suhteessa käsitelainoppia paremmin tieteen pelisääntöihin.

4. KOKOAVIA HUOMIOITA

Skandinaavisen realismin metodisia implikaatioita voidaan tarkastella myös edellä tapahtunutta korkeammalla abstraktiotasolla. Näin meneteltäessä sen leimallisin piirre näyttäisi olevan siinä, että näkemys oikeustieteestä *rationaalisena tieteenä* syrjäytyy ja korvautuu näkemyksellä, jonka mukaan oikeustiede on empiiristä tiedettä ja sosiaalitekniikkaa.[14] Tutkija, joka toimii skandinaavisen realismin paradigman puitteissa, ei koe itseään vanhan oikeuskult-

[13] Mahdollista luonnollisesti oli, ettei käsitevarastosta löytynyt soveliasta luonnehdintaa, jolloin jouduttiin systemaattisuuden nimissä hyväksymään ei-toivottu seuraamus.

[14] Oikeustieteestä rationaalisena tieteenä ks. erit. *Simmonds,* Law as a Rational Science. passim. Ks. myös *sama,* The decline of juridical reason s. 17—36. Poikkeuksen skandinaavisen realismin yleisestä linjasta muodostaa nähdäkseni kuitenkin *Illum,* jonka teoriassa ajatus oikeustieteestä tradition kuunteluna säilyi.

tuurin perillisenä, jonka tehtävänä olisi hoitaa ja artikuloida perintöään sekä johtaa siitä vastauksia oikeuskysymyksiin. Pikemminkin hän näkee itsensä uudisraivaajana, jonka on Kiannon sanoja käyttääkseni ''uudesta luotava maa''. Säännöt, jotka hän esittää tuloksinaan, eivät ole deduktiivisessa suhteessa vanhan oikeuskulttuurin periaatteisiin, vaan instrumentaalisessa suhteessa elävän elämän tarpeisiin.

Skandinaavisen realismin suhde aikalaisjuridiikkaan Pohjolassa näyttää hyvin kaksijakoiselta. Skandinaavinen realismi oli jyrkässä oppositiossa käsitelainoppia vastaan, mutta suhteessa *Ørstedtin* ja *Schweigaardin* perintöön sen rooli oli pikemminkin legitimoiva kuin muuttava. Tähän perintöön tukeutuvaa pohjoismaista juridiikkaa — josta *Stig Jørgensen* on erotukseksi skandinaavisesta realismista käyttänyt nimitystä ''den nordiska realismen'' — voidaan realismin valossa arvostella lähinnä vain siitä, että se käytti oikeudenmukaisuusperusteita enemmän kuin sosiaaliteknisesti olisi ollut toivottavaa.

Pohjoismaisen realismin perinne säilyi tanskalais-norjalaisessa oikeusyhteisössä elävänä käsitelainopin kaudellakin.[15] Tämä luonnollisesti vähensi muutospaineita, jotka skandinaavisesta realismista suuntautuivat lainoppiin. Toisin oli asia Suomessa, jonka oikeuskulttuuri näyttää tämän vuosisadan alussa olleen voimakkaammin käsitelainopillisen ajattelun sävyttämää kuin läntisessä Skandinaviassa.

[15] Ks. esim. kritiikkiä, jonka *Carl Ussing* suuntasi Hagerupin esittämään konstruktiivisen juridiikan ohjelmaan kirjoituksessa ''Om Retsvidenskabens Methode''. Ks. tästä myös *Dalberg-Larsen,* Et gensyn med en klassiker s. 5—14.

VI. SKANDINAAVISEN OIKEUSREALISMIN TIETEENKUVAN VAIKUTUKSESTA SUOMEN SIVIILIOIKEUDEN TUTKIMUKSESSA

1. JOHDANTOA

Teorian ja käytännön välinen kuilu on oikeuselämän alueella tavanomainen ilmiö. Lainopillinen tutkimus on sangen huomattavalla sitkeydellä kyennyt vastustamaan siihen teorian taholta suunnattuja uudistumisvaatimuksia. Kuten *Dalberg-Larsen* huomauttaa, useimpien taistelukirjoitusten ja ohjelmanjulistusten kohtalona on ollut joutua unhoon sanottavia jälkiä jättämättä.[1] Selitystä tälle ilmiölle lienee haettava sekä oikeusteorian että lainopin taholta.

Lainoppi on paljolti nähnyt olemassaolonsa oikeutuksen käytännön oikeuselämälle tekemissään palveluksissa. Tämä näkemys, vaikka se sinällään onkin hyväksyttävä, on jossakin määrin elättänyt lainoppineiden keskuudessa antiintellektuaalisia asenteita. Niin kauan kuin käytännön juristien tarve saada toiminnalleen tukea on jossakin määrin voitu tyydyttää, ei ole yleisemmin vaivauduttu pohtimaan itse lainoppia koskevia metatason kysymyksiä. Käytännöllisyyteen vetoamalla on puolustettu asennetta, joka on haluton tuoreeseen ajatteluun eikä tunne huolta siitä, miten lainoppia olisi tieteellisen toiminnan mittapuilla arvioitava.

Jhering on tavoittanut asian ytimen tunnetussa lausumassaan: ''Kaikista laeista, joiden parissa juristit työskentelevät, he tuntevat huonoimmin oman tieteensä lait''. Lainoppia on harjoitettu taiteena tai käsityöläisammattiin rinnastuvana toimintana, jonka oppiminen tapahtuu mallioppimisen kautta, ei niinkään tieteenä, jossa sovellettaisiin tutkijan tiedostamia metodiperiaatteita.

Toisaalta oikeusteoria saa jossakin määrin lukea vastahankaisen asenteen omaksi syykseen. Sorvattaessa oikeustieteen metodia on toisinaan pidetty kiinni sellaisista tieteellisyyden vaatimuksista, jotka johdonmukaisesti noudatettui-

[1] *Dalberg-Larsen,* Et gensyn med en klassiker s. 4.

na tekisivät lainopin käytännöllisen funktion mahdottomaksi. On luonnollista, että tämänkaltaiset vaatimukset — esimerkiksi vaatimus lainopin muuttamisesta lainsäätäjän tai tuomarin käyttäytymisen selittämiseksi — saavat lainopin harjoittajat suhtautumaan entistä penseämmin teorian taholta tuleviin metodiohjeisiin.

Skandinaavinen oikeusrealismi vaikuttaa ensinäkemältä juuri tällaiselta, mahdottomia vaatimuksia lainopille asettavalta tutkimusohjelmalta. Lainoppihan on sen mukaan metafysiikkaa, joka tutkii olematonta tutkimuskohdetta ja argumentoi fantasiaperusteita käyttäen vastauksia normatiivisiin kysymyksiin, joita tiede ei voi ratkaista. Ei vaikuta uskottavalta, että lainoppinut, joka sisimmässään on vakuuttunut työnsä hyödyllisyydestä ja pitää annettua tuomiota epäoikeudenmukaisena, voisi omaksua vaikutteita tällaisesta teoriasta.

Upsalan koulun ajatusten destruktiivinen piirre, joka ilmeni selvänä etenkin *Lundstedtin* kirjoituksissa, on epäilemättä vaikeuttanut asiallista suhtautumista koulukunnan ohjelmaan. Kuten edellä todettiin, siitä kummunneet konkreettiset muutosvaatimukset eivät kuitenkaan olleet niin suuria kuin yleisen tason lausumat olivat antaneet olettaa. Kävi, kuten visionäärisille ajatuksille yleensä käy; ideat kutistuvat niitä konkretisoitaessa. Lainopin traditionaalinen metodi, oikeuslähteisiin tukeutuva argumentaatio, säilytti yhä asemansa. Muutosvaatimukset koskivat lähinnä oikeustieteen tutkimuskohteen tulkintaa, oikeuslähteiden käyttöperiaatteita ja kysymyksenasettelua. Koska skandinaavisen realismin tarjoama tutkimusmalli oli yhä *lainopillisen* tutkimuksen malli, aktuaalista lainoppia voidaan verrata siihen ja rekisteröidä sen suhteen havaittavia kehitystrendejä. Seuraavassa on tarkoituksena tutkia, miten suomalainen siviilioikeuden tutkimus suhtautuu tähän malliin. Tutkimuksen lähdemateriaalina on siviilioikeudellinen oikeuskirjallisuus 1920-luvun alusta 1960-luvun alkuun. Siviilioikeus on ymmärretty laajasti siten, että se käsittää myös kauppaoikeuden.

On selvää, että kaikkeen mainittuna ajanjaksona ilmestyneeseen materiaaliin perehtymisestä aiheutuva työ ei olisi missään suhteessa saavutettuihin tuloksiin. Sen tähden materiaalia on rajoitettu. Tärkeimpinä lähteinä pidetään väitöskirjoja ja muita korostetusti tieteellisiä tarkoituksia silmällä pitäen julkaistuja teoksia. Tällaisia ovat esimerkiksi tieteelliseen pätevöitymiseen tähtäävät julkaisut. Suurta huomiota kiinnitetään myös oikeustieteellisissä aikakausilehdissä julkaistuihin artikkeleihin. Artikkeli on monografiaa selvästi nopeampi ja joustavampi julkaisumuoto, minkä tähden artikkelien merkitys uuden tiedon ensi airueina on usein huomattava.

Vähemmälle huomiolle on sitä vastoin jätetty kommentaarimuotoiset teokset ja oppikirjat. Kommentaarimuoto ei normaalisti tarjoa tilaa sellaisille kysymyksenasetteluille ja ratkaisuille, että niistä voitaisiin tehdä johtopäätöksiä jonkin spesifisen teoreettisen ajattelutavan omaksumisesta.[2] Oppikirjat puolestaan ovat sikäli kiitollisia lähteitä, että niissä on tapana ottaa kantaa aiheeni kannalta merkittäviin kysymyksiin, kuten oikeuslähde- ja tulkintaoppeihin sekä oikeustieteen käsitteistöön ja systematiikkaan. Tässä työssä eivät päähuomion kohteena kuitenkaan ole nämä nimenomaiset kannanotot, jotka sitä paitsi ovat monesti sangen löyhiä ja vähän sanovia, vaan tarkoituksena on jäljittää skandinaavisen realismin vaikutuksia varsinaisessa tutkimustyössä.[3] Keskeisenä ei tällöin ole pidetty sitä, millaista tutkimuksen mallia lainoppineet sanovat kannattavansa, vaan tärkeämpänä on pidetty sen selvittämistä, millaista mallia heidän työsuorituksensa heijastavat. Tältä kannalta eivät oppikirjat, joissa juridista argumentaatiota esiintyy tavallisesti melko vähän, ole kovin antoisia.

Vaikeahkon ongelman on muodostanut tutkittavan ajanjakson periodisointi. Koko aikaväliä ei ole ollut mahdollista käsitellä yhtenä kokonaisuutena. Toisaalta aikavälin sisällä ei ole osoitettavissa selkeitä murroskohtia, joihin jaotus voitaisiin perustaa. Siviilioikeudellisen tutkimuksen pohjoismaistumiskehitys ei ole edennyt selkeinä etappeina, joissa oikeudenala toisensa jälkeen olisi vallattu uudelle metodille. Pikemminkin uusi ajattelutapa levisi tiedeyhteisöön hitaasti hivuttautumalla, syövän tavoin. Eri puolille siviilioikeuden kenttää muodostui vähitellen uutta ajattelua edustavia saarekkeita, jotka joutuivat pitkään elämään rinnakkain vanhan perinteen kanssa. Tiedeyhteisön kyky sietää ja suvaita hyvin erilaisista lähtökohdista kumpuavaa tutkimusta osoittautui yllättävän suureksi. Puhtaasti pohjoismaista ja puhtaasti käsitelainopillista traditiota edustavien tutkimusten ohella esiintyi runsaasti erilaisia välimuotoja, jotka sijoittuvat suhteellisen etäälle kummankin tradition ideaalista. Lopullisen voiton uusi tieteenkuva saavutti vasta 1950-luvun puolivälin tienoilla, jolloin käsitelainopillinen tutkimus näytti suhteellisen nopeasti käyvän vanhanaikaiseksi, ja alkoi realistis-analyyttisen normaalitieteen aika.

---

[2] Kommenttimuotoinen sananselitys on jokseenkin immuunia erilaisten oikeusteoreettisten näkemysten vaikutukselle. Se kuuluu siinä määrin lainopin yhteisesti hyväksyttyyn ytimeen, että se on saanut olla jokseenkin rauhassa teorian hyökkäyksiltä. Teorian kiinnostus on suuntautunut kunnianhimoisempaan lainopilliseen tutkimukseen. Tästä syystä ei skandinaavisen realismin vaikutusten etsiminen kommentaareista ole realistista.

[3] Tutkijan julkilausumien oikeusteoreettisten käsitysten ja hänen tutkimuksistaan heijastuvien oikeusteoreettisten käsitysten välillä on usein suuri ero. ”Vem har inte läst naturrättare som inte visste att de varit naturrättare, vem har inte erfarit begreppsjurisprudens som inte medvetet formulerats såsom en sådan”. *Peczenik,* Juridisk operationism s. 120.

Muutosprosessin luonteen vuoksi ei joidenkin yksittäisten tutkimusten valitseminen rajapyykeiksi vaikuta luontevalta. Tällainen periodisointi korostaisi liikaa rajapyykeiksi valittujen töiden asemaa, ja toisi kaaokseen järjestystä, joka ei vastaa tapahtuman luonnetta. Sissisotaa ei pidä kuvata sulkeisjärjestystä luonnehtivin termein.

Näistä syistä olen päätynyt jaotteluun, jossa tutkimus etenee kymmenen vuoden etappeina siten, että kukin ''kymmenluku'' muodostaa oman jaksonsa. Jaottelu on luonnollisesti täysin keinotekoinen. Tieteelliset muutokset eivät tapahdu kymmenen vuoden jaksoissa, eikä muutoksen alkukohta välttämättä osu vuosikymmenten taitteeseen. Tällaisessa jaottelussa ei siten varsinaisesti ole kysymys muutosprosessin vaiheiden jäsentämisestä, vaan ainoastaan ''kaaoksen'' kuvaamisesta pätkittäin.

Eräät aiheen kannalta merkittävät muutokset näyttävät kuitenkin osuvan vuosikymmenten vaihteisiin. Jos oikeuskulttuurimme tilaa tarkastellaan hyvin yleisellä tasolla, 1930-luku vaikuttaa jossakin määrin takatalvelta verrattuna 1920-lukuun, jonka lopulla pohjoismaistuminen pääsi hyvään vauhtiin. 1940-lukua leimaa puolestaan herääminen kymmenvuotisesta ruususenunesta ja palaaminen tilanteeseen, johon oli päädytty 1920-luvun lopulla.

Ilmiölle on otaksuttavasti olemassa tieteenulkoisia syitä. Saksan poliittisen aseman voimistuminen ja konservatiivisten arvojen korostuminen kotimaassa saattavat olla osasyinä siihen, että kaksi ehkä merkittävintä 1930-luvulla debytoinutta siviilioikeuden tutkijaa, *Hakulinen* ja *Heikonen* saivat käsitelainopillisen koulutuksen. Seuraavan vuosikymmenen tieteelliseen työhön on puolestaan epäilemättä vaikuttanut kulttuuriyhteyksien heikentyminen sotaa käyvään Saksaan[4] ja toisaalta halu tukeutua Pohjolaan ja sen kulttuuriperintöön tilanteessa, jossa sotien tulos oli Suomen kannalta epävarma.

Tämänkaltaisia tieteenulkoisia selityshypoteeseja ei jäljempänä systemaattisesti esitetä, eikä varsinkaan pyritä testaamaan. Tutkimus koostuu muutosprosessin kuvaamisesta, jossa pyritään melko suureen tarkkuuteen ja konkreettisuuteen. Sen ohella pyritään esittämään ne *tieteensisäiset* syyt, joilla muutoksen tarvetta perusteltiin. Näin saatava tieto on lainopin teorian kannalta olennaisesti kiintoisampaa kuin tieto, johon päädytään kytkemällä yleisellä tasolla havaittavat muutosilmiöt yhteiskunnallisiin yhteyksiinsä. Jälkimmäinen tieto

[4] Kuten *Kangas* on osoittanut, sodan aikana esiintyi pyrkimyksiä luoda oikeustieteellisiä yhteyksiä kansallissosialistien Saksaan. Pyrkimysten käytännölliset tulokset jäivät kuitenkin vähäisiksi. Kansallissosialistien oikeusihanteet poikkesivat lisäksi olennaisesti siitä kulttuuriperinteestä, jolle käsitelainoppi rakentui. Ks. *Kangas,* Kansallissosialistinen oikeusajattelu ja sen herättämät reaktiot Suomessa s. 70—80 ja 11—19.

olisi puolestaan tärkeää pyrittäessä luomaan teoriaa lainopin asemasta koko kulttuurin ja talouden kentässä. Sellaisen teorian esittäminen ei tässä ole tavoitteena.

Esitys jakautuu kolmeen eri lukuun. Ensimmäisessä tarkastellaan kysymystä, millä tavoin skandinaavisen realismin vaikutus näkyy lainoppineiden käsityksissä tieteensä tutkimuskohteesta ja heidän tavassaan kuvata sitä. Toisessa luvussa selvitetään juridista argumentaatiota ja siinä havaittavia muutoksia. Tämän luvun ensimmäisen alajakson muodostaa tarkastelu, jossa selvitetään ns. konstruktiivisten argumenttien käyttöä ja tiedeyhteisön suhtautumista ''käsitteistä päättelyyn''. Toisessa alajaksossa tutkitaan muiden oikeuslähteiden painoarvon vaihtelua argumentaatiossa. Kolmannen luvun aiheena on kysymyksenasettelun muuttuminen.

2. LAINOPIN TUTKIMUSKOHDE JA SEN KUVAAMINEN

2.1. Johdantoa

Kaikkinainen tieteenharjoitus vaatii taustakseen näkemyksen tieteen tutkimuskohteesta ja alustavan teorian siitä, millä tavoin tutkimuskohteen entiteetit käyttäytyvät.[1] Tässä luvussa tarkastellaan siviilioikeudellisen tutkimuksemme taustaoletuksia, jotka koskevat oikeuden ontologiaa, subjektiivisten oikeuksien järjestelmää ja subjektiivisten oikeuksien käyttäytymistä. Tarkastelun kohteeksi tulevat sekä julkilausutut että julkilausumattomat oletukset. Tämän ohella seurataan näiden oletusten vaikutusta oikeusjärjestyksen kuvaamisessa. Erityistä huomiota kiinnitetään tutkimuksiin, joissa skandinaavisen realismin näkemykset tulevat esille.

Skandinaavinen realismi omisti suuren huomion oikeustieteen tutkimuskohteen ongelmalle. Tämän kysymyksen voitaisiin ajatella olevan keskeinen myös lainopin harjoittajalle. Vasta, kun tutkimuskohde on selvillä, voidaan vastata sellaisiin kysymyksiin, kuten 'Mitä osaa todellisuudesta lainoppi tutkii?', 'Mistä lainopin väitteet väittävät jotakin?', 'Mitä on lainopillinen tieto?' ja 'Kun joku tietää oikeussäännön sisällön, mitä hän silloin tietää?'. Vastaus näihin kysymyksiin on puolestaan tarpeen lainopin metodin kannalta. Jos tutkija ei tiedä, mihin kysymykseen hän etsii vastausta, ei hän liioin voi tietää, mikä metodi vie perille.

[1] Ks. *Kuhn,* The Structure of Scientific Revolutions s. 109.

Sanotusta huolimatta lainoppineet ovat tavallisesti tyytyneet hyvin pinnalliseen käsitykseen tutkimuskohteestaan. Lainopin luonne taiteeseen rinnastuvana kulttuuritoimintana tulee tässä jälleen esiin. Samalla tavalla kuin taiteilijan ei tarvitse tietää, mitä taide on luodakseen merkittäviä teoksia, myöskään lainoppineen ei tarvitse tietää, mitä oikeus on menestyäkseen omalla sarallaan. En ole havainnut, että tätä argumenttia olisi oikeuskirjallisuudessa esitetty, mutta lainopissa havaittava teoriakielteisyys nojaa uskoakseni merkittävässä määrin siihen.

Myös lainopin kiistaton hyödyllisyys on ollut tuudittamassa tutkijoita tyytyväisyyteen, jossa edellä mainitut metatason kysymykset eivät ole saaneet elintilaa. Useinkaan ei ole tultu ajatelleeksi, että lainoppi voisi entistäkin paremmin tyydyttää käytännön tarpeita, jos tutkija tietäisi tarkemmin, mitä hän tutkii. Hoipertelu argumentaatiossa vähenisi.

Siirryn tarkastelemaan, miten lainopin tutkimuskohteen ja sen kuvaamisen ongelmat nähtiin lainopillisessa ja sitä tukevassa oikeusteoreettisessa kirjallisuudessa.

2.2. 1920-luku

a. Siviilioikeuden tutkija, joka 1920-luvulla kiinnostui tieteensä tutkimuskohteen ongelmasta, ei voinut saada mainittavaa apua kotimaisesta oikeusteoriasta. Vuonna 1924 ilmestyi tosin *Elieser Kailan* väitöskirja, ''Oikeuslogiikka I''. Kirjoittaja ei siinä kuitenkaan tarkastele ''oikeuden käsitettä ja olemusta'', vaan sanoo jättävänsä aiheen käsittelyn teoksensa toiseen osaan.[2] Kuten tunnettua, toista osaa ei milloinkaan ilmestynyt. Erinäisistä viitteistä voidaan kuitenkin päätellä hänen hyväksyneen jonkinlaisen tahtoteorian. ''Itseasiassa ei oikeutta ainakaan sanan tavallisessa merkityksessä voine ollakaan ilman jotakin korkeampaa yksilötahtojen yläpuolella olevaa yhteiskunnan tahtoa'', hän kirjoittaa.[3] Käsitystä oikeussäännöistä lainsäätäjän tahdon ilmauksena edellyttänee myös Kailan keskeisajatus, näkemys volitiivisen eli tahtologiikan välttämättömyydestä oikeustieteelle.[4]

[2] Ks. *Kaila,* Oikeuslogiikka s. 26.

[3] *Kaila,* Oikeuslogiikka s. 130.

[4] *Kaila,* Oikeuslogiikka s. 2 ''Jokapäiväinen elämä opettaa kuitenkin, että on olemassa toinenkin maksiimi: tahdo johdonmukaisesti eli paremmin ilmaistuna: järjestä tahtomisesi ajattelu ja ilmaus loogillisesti. Tämä seikka on erinomaisen tärkeä niinhyvin lainsäätäjälle kuin jokaiselle muullekin käskijälle, jotta hän välttyisi arvostelulta, etteihän käskijä itsekään tiedä, mitä hän tahtoo, kuinka voisi hän sitten vaatia muita noudattamaan tahtoaan.''

Kailan teoksesta voidaan löytää myös yleisluonteinen käsitys oikeuden ontologiasta. Hän kirjoittaa:

> ''Oikeus on pelkästään ajateltava, vaan ei havaittava ominaisuus, se ei siis ole esim. nähtävissä, kuten kauneus jms. Kuten ei ole olemassa ''kauneutta'', vaan ainoastaan kauniita esineitä, siten ei myöskään ole olemassa ''oikeutta'', vaan ainoastaan oikeita tekoja. ''Oikea'' on ainoastaan teon, ei tilan, esineen tms. kvaliteetti, se on siis muuttuilemisen, jonkin kineettisen, ajateltu attribuutti. Oikea on olemassa vain ihmisten suhteissa keskenään, ei sitä vastoin, kuten esim. luonnonkaunis, ulkopuolella ihmisen. Oikeus on siis kaksinkertainen abstraktsiooni: ensimmäinen, luvallinen on siinä, että oikea on vain ajateltavissa, on jotakin abstraktista, toinen, luvaton on siinä, että ''oikea'' kategorisoidaan, muunnetaan olio-, jos ei suorastaan esinekategoriaan: ''oikeudeksi'' (Rechtheit) ... Jotta emme enempää pitkittäisi näiden seikkojen pohtimista sanomme lyhyesti: kuten tosi on olevan mukaista, siten on *oikea ollapitävän mukaista*''.[5]

Sitaatista ilmenee, että oikeus oli Kailan mukaan jonkinlainen kulttuurientiteetti, joka oli olemassa pitämisen maailmassa tekojen attribuuttina. Kailan luonnehdinta ei anna selkeää kuvaa oikeuksien luonteesta entiteetteinä, mutta osoittaa, että hän näki niiden ontologisen problemaattisuuden. *Hägerströmin* ajatuksia seurattaessa jouduttaisiin toteamaan, että Kailan luonnehdinta oli puhdasta metafysiikkaa. Koska luonnossa ei ole ''pitämistä'', ei mikään voi myöskään olla ''ollapitävän mukaista''.

Kaila ei näytä vielä tuolloin tunteneen Hägerströmin ajatuksia. Hänen teoksensa oli 1920-luvulle tyypilliseen tapaan voimakkaasti saksalaisvaikutteinen. Kotimainenkaan lähdeaineisto ei kaikilta osin ollut kattava. Vastaväittäjän, professori *Erichin* huomautettua, että väittelijän olisi ollut syytä tutustua *Hermanssonin* tuotantoon, Kaila puolustautui vetoamalla käyttämiensä saksalaisten kirjastojen suhteelliseen yksipuolisuuteen.[5a] Tämä nyt jo anekdootiksi sopiva tarina kuvastanee osaltaan paitsi saksalaisvaikutuksen voimakkuutta myös sen luvallisuutta.

b. Siirryttäessä tarkastelemaan siviilioikeudellista kirjallisuutta voidaan havaita, että lainopin tutkimuskohteen ongelma ei sielläkään saanut 1920-luvun alussa osakseen mainittavaa huomiota. Oikeustieteen tutkimuskohde, oikeusjärjestys, määriteltiin yleensä lyhyesti voimassaolevien oikeussääntöjen muodosta-

---

[5] *Kaila,* Oikeuslogiikka s. 261. Kurs. Kailan.

[5a] Ks. Virallisen vastaväittäjän professori *R. Erichin* lausunto Elieser Kailan teoksesta Oikeuslogiikka I s. 174.

maksi kokonaisuudeksi.[6] Pitemmälle meneviin luonnehdintoihin ei näytä olleen tarvetta.[7] Upsalan koulun ajatuksia ei 1920-luvun alussa vielä tunnettu. Ensimmäinen tuntemani suomalainen viittaus Hägerströmiin on *Haatajan* väitöskirjassa vuodelta 1921, mutta se on asiallisesti mitäänsanomaton.[8]

Toisaalta myöskään saksalaista, objektiivista oikeutta koskevaa keskustelua ei paljonkaan esitelty. Eräiltä tutkijoilta, mm. *Caseliukselta* ja *Voipiolta,* tavataan kuitenkin käsitys, jonka mukaan objektiivinen oikeus on yleistahdon ilmausta.[9] Tämän toteamuksen asema ei heidän kirjoitustensa kokonaisuudessa ole kuitenkaan huomattava. Se ei myöskään näytä vaikuttaneen heidän käyttämiinsä tulkinta-argumentteihin siten, että sellaisiksi olisi hyväksytty vain po. tahdon sisällön selvittämisen kannalta relevantit argumentit. Historiallinen tulkintametodi, jolla pyrittäisiin selvittämään lainsäätäjän tahtoa, ei ole heidän argumentaatiotavalleen mitenkään leimallinen.

Sanotusta huolimatta Caselius oli tutkija, joka muodosti poikkeuksen 1920-luvun vaisusta yleislinjasta. Hänen panttioikeutta koskeneet tutkimuksensa johtivat hänet paneutumaan subjektiivisten oikeuksien ontologian ja rakenteen ongelmiin. Ei ole täysin varmaa, muodostavatko hänen kirjoituksissaan eri tahoilla olevat lausumat johdonmukaisen kokonaisuuden, mutta jos tällainen oletus tehdään, hänen ajatuksensa näyttää olevan seuraava.

Caselius tarkasteli tutkimuksissaan lähinnä *esineoikeuksien* rakennetta. Hänen tavalleen ymmärtää niiden luonne on keskeistä oikeuden ja oikeutusten välinen erottelu. Jokaiseen oikeuteen sisältyy hänen mukaansa joukko oikeutuksia. Tämä tarkoittaa, että jokaisen oikeuden subjektilla on useita eri mahdollisuuksia käyttää oikeuttaan. Omistusoikeudesta lähtevien oikeutusten lukumäärä on periaatteellisesti rajaton ja niiden laatu epämääräinen. Sitä vastoin rajoitettujen esineoikeuksien sisältämä oikeutusten lukumäärä on rajoitettu ja niiden laatu tunnettu.[10]

---

[6] Ks. esim. *Ekström,* Privaträttens allmänna läror s. 3 ja s. 159 ja *Caselius,* Omistajankiinnityksestä Suomen oikeuden mukaan s. 4.

[7] Ontologista kysymystä 'Mitä oikeus on?' jossakin määrin enemmän käsiteltiin epistemologista kysymystä, 'Miten oikeudesta voidaan saada tietoa?'. Oikeuslähde- ja tulkintaoppien voidaan näet katsoa vastaavan viimeksi mainittuun kysymykseen. Ensiksi mainittu kysymys on kuitenkin perustavampi, koska se osaltaan määrää epistemologiseen kysymykseen annettavan vastauksen. Syrjäyttämällä ensiksi mainitun kysymyksen lainoppi on siten eräässä mielessä edennyt latvasta puuhun.

[8] Ks. *Haataja,* Vuokran käsite s. 14 av. 2. Po. kohdassa ei lainkaan viitata Hägerströmin ajatuksiin, vaan häntä käytetään ns. toisen käden lähteenä selostettaessa historiallisen koulun tulkintaoppia.

[9] Ks. *Voipio,* Ilman ja virtaavan veden oikeusasema s. 238 ja *Caselius,* Omistajankiinnityksestä s. 14—16.

[10] *Caselius,* Omistajankiinnityksestä s. 36—37.

Oikeutusten olemassaolo perustuu oikeuden olemassaoloon. Voidaan sanoa, että oikeudet näyttäytyvät meille oikeutusten hahmossa. Oikeutusten summa ei kuitenkaan ole sama kuin oikeus, ”vaan se on vain yhtä kuin oikeuden näkyvät vaikutukset”.[11] Koska oikeudet paljastavat itsensä oikeutusten kautta, voidaan niiden avulla hankkia tietoa oikeuden sisällöstä. ”Jos joittenkin oikeuksien vaikutukset ovat aivan vastakkaiset toisten oikeuksien vaikutukselle, täytyy loogillisesti ajatellen tulla siihen tulokseen, että oikeuksien sisältö on erilainen ja että vaikutusten eroavaisuudelle perustuvalla jaolla on vastineensa oikeuksien sisällön vastaavassa erilaisuudessa”, hän kirjoittaa.[12]

Tästä kuvauksesta on helppo havaita, että oikeuden ja oikeusvaikutusten välinen suhde on sama kuin substanssin ja sen ominaisuuksien välinen suhde. Subjektiivista oikeutta nimeävä termi, esimerkiksi ”omistusoikeus”, ei ole tietyn oikeutusten kompleksin yhteisnimitys, vaan se on nimitys niiden takana olevalle entiteetille, josta oikeutukset kumpuavat, jonka oikeus*vaikutuksia* ne ovat. Tästä puolestaan johtuu, että oikeutukset eivät voi esiintyä oikeudesta eivätkä liioin toisistaan irrallaan. Ilmiö ei näet voi olla olemassa ilman syytään.[13] Lainsäätäjä voi kuitenkin katkaista tämän sidonnaisuuden. ”Laki voi ... määrätä, että joissakuissa tapauksissa on jotakin oikeutusta käsiteltävä itsenäisenä ts. ikäänkuin se olisi oikeus. Se on silloin korotettu oikeudeksi sikäli kuin sitä laissa käsitellään itsenäisenä.”[14]

Lainsäätäjän mahti rikkoa järjestelmä näyttää Caseliuksen konseptiossa perustuvan siihen, että oikeudet ovat lopulta pelkkiä ajatustoiminnan tuloksia, joilla ei ole fyysistä vastinetta ulkomaailmassa.[15] ”Oikeuksiin ei päästä käsiksi, niitä ei voida töytäistä eikä niihin käsin tarttua, jonka vuoksi sellaisia ajatusluomia ei voida aistillisesti eikä myöskään epäaistillisella tavalla hallita”.[16] Oikeutusten takana piilevä substanssi olisi tämän mukaan pelkkä ajatuskonstruktio.

Oikeuksien abstraktisesta ja konstruktiivisesta luonteesta Caselius löytää

---

[11] *Caselius,* Omistajankiinnityksestä s. 26. Näine ajatuksineen Caselius liittyy läheisesti edeltäjiensä näkemyksiin. Ks. *Serlachius,* Sakrätten s. 112 ss. ja *Wrede,* Grunddragen av sakrätten s. 135 ja 257.

[12] *Caselius,* Panttioikeuden käsitteestä s. 115.

[13] Mainittakoon kuitenkin, että subjektiivisten oikeuksien rakennetta koskeva olettama ei ollut ainoa syy ”oikeutusten niputtamiseen”. Samaan tulokseen joudutaan myös esineoikeudellisesta numerus clausus -periaatteesta. Toisinaan Caselius vetoaakin siihen oikeutusten epäitsenäisyyttä perustellessaan. Ks. Omistajankiinnityksestä s. 131.

[14] *Caselius,* Omistajankiinnityksestä s. 26.

[15] *Caselius,* Panttioikeuden käsitteestä s. 3.

[16] *Caselius,* Panttioikeuden käsitteestä s. 102.

selityksen oikeustieteessä vallitsevalle käsitteelliselle hämäryydelle ja kirjavuudelle. Kukaan ei hänen mukaansa kykene näkemään oikeuden käsitettä sellaisenaan, ''ilman häiritseviä sivuseikkoja, vaan ainoastaan yhteydessä epäoleellisten ominaisuuksien kanssa, jotka peittävät käsitteen varsinaisen olemuksen''.[17]

c. Toisaalta Caselius — jokseenkin ristiriitaisesti edellä sanotun kanssa — hyväksyi *Vaihingerin* opin hyödyllisistä fiktioista.[18] Sen mukaanhan juridiset käsitteet olivat fiktioluonteestaan huolimatta tarpeellisia esitysteknisinä apuneuvoina. Eräässä kohden Caselius jopa käyttää tätä oppia hyvin samaan tapaan kuin *Undén*. Hän toteaa, että ''lainopillisille käsitteille ei voida asettaa epäjuridisia, esim. fysikalisia vaatimuksia ja sitten sillä perusteella, etteivät ne niitä täytä, kieltää niitten juridista olemassaoloa. Sanotunlainen käsite muodostetaan, jotta sitä voitaisiin käyttää osana määrätyissä oikeuslauseissa. Sen vuoksi ne täydellä syyllä voidaan konkretisoida. Mainitun toimituksen avulla helpotetaan oikeuslauseitten ymmärtämistä. Jo sen vuoksi niillä on oikeutuksensa''.[19]

Erotukseksi *Undénista* Caselius ei jatkanut tämän ajatuksen kehittelyä pitemmälle. Käsitys, että oikeustieteen käsitteet olisivat konventionaalisia ja epätarkkoja lyhennelmiä oikeussääntöjen sisällöstä, jäi hänelle vieraaksi. Vaikka Caselius aikansa suomalaista (ja saksalaista) käsitystapaa seuraten esittääkin varauksia käsitelainopin suhteen,[20] varaumien merkitys lainopin tutkimusprosessissa ei ulottunut erityisen syvälle. Klassinen kysymys siitä, onko saatavan luovuttaminen vakuudeksi todellista panttausta vaiko pelkkää cessiota, oli hänelle edelleen aito juridinen ongelma eikä pelkkä makuasia, kuten Undén ajatteli.[21]

d. Aivan päinvastaista käsitystä juridisten fiktioiden hyödyllisyydestä edusti *Viljo Sainio*. *Adolf Merkelin* ajatuksia myötäillen Sainio katsoo fiktioiden olevan suorastaan totuudellisen käsityksen esteitä, jotka pitävät todelliselle oivallukselle tarkoitettua paikkaa ajatuksissamme varattuna.[22] ''...jos kerran tieteen tarkoituksena on pyrkiä totuuteen, niin eikö oikeampi menettelytapa ole, että tiede luopuu käyttämästä hyväkseen fiktioita ... ja koettaa selittää tut-

[17] Ks. *Caselius,* Panttioikeuden käsitteestä s. 5.
[18] Ks. *Caselius,* Panttioikeuden käsitteestä s. 3.
[19] Ks. *Caselius,* Panttioikeuden käsitteestä s. 103.
[20] Ks. *Caselius,* Panttioikeuden käsitteestä s. 8—9.
[21] Ks. *Caselius,* Panttioikeuden käsitteestä s. 76.
[22] Ks. *Sainio,* Eräitä oikeuden olemusta käsitteleviä teorioja s. 113.

kittavanaan olevat ilmiöt totuuden valossa silläkin uhalla, että totunnaiset käsityksemme sen johdosta muuttuvat", hän kirjoittaa.[23]

Sainion edellä lainattua kirjoitusta "Eräitä oikeuden olemusta käsitteleviä teorioja" voidaan skandinaavisen oikeusrealismin vaikutusta ajateltaessa pitää 1920-luvun oikeustieteen yhtenä merkkitapauksena. Kirjoituksen tavoite ei sinänsä ollut kovin vaatelias. Tarkoituksena oli lähinnä esitellä kritiikkiä, jonka *Hägerström* suuntasi tahtoteorioihin. Tämän mukaisesti Hägerströmin ajatukset saavat siinä osakseen suppean, mutta perusajatuksiltaan oikean kuvauksen. Kirjoituksen päämerkityksen voitaneen sanoa olevan siinä, että se mursi julkisuusvallin, jonka taakse Upsalan koulun ajatukset olivat meillä siihen asti jääneet.[24] Hägerströmin analyysin tavoin Sainion kirjoituksen tulos oli selkeästi negatiivinen: käsitys objektiivisesta oikeudesta tahdon ilmauksena oli haitallinen fiktio ja oikeudelliset johtopäätökset, jotka sen nojalla oli tehty, virheellisiä.

e. Sainion rakentavat ajatukset tulivat esiin hänen vuonna 1929 ilmestyneessä väitöskirjassaan. Ne liittyvät lähinnä *Lundstedtin* tapaan tulkita ja kehittää Hägerströmin ajatuksia. Lundstedtin ja *Olivecronan* argumentein hän hyökkää dualistista ajatustapaa vastaan, joka katsoo, että yksityisoikeudellisen oikeusjärjestyksen (subjektiivisten oikeuksien) rinnalla on toinen oikeusjärjestys, joka turvaa ensiksi mainittua siinä tapauksessa, että yksityistä subjektiivista oikeutta loukataan. Tämä käsitys on Sainion mukaan virheellinen. Niin sanotun oikeuden olemassaolo ei ole oikeussuojan saamisen välttämätön edellytys. Saattaahan tapahtua, että sellainenkin vaatimus tulee tuomioistuimessa hyväksytyksi, jolla ei ole ollut laillista perustaa. Subjektiivisen oikeuden olemassa-

[23] *Sainio,* Eräitä oikeuden olemusta käsitteleviä teorioja s. 113.

[24] Kivimäki ja Alanen eivät lainopin uusia virtauksia koskevissa kirjoituksissaan käsittele Upsalan koulun ajatuksia, vaan molempien esittelyn kohteena on ns. Freirechtschule. Sitä ei myöskään tee Carlson, jonka kirjoitusten aiheet olisivat tarjonneet niiden käsittelylle hyvät mahdollisuudet. Alanen tosin mainitsee ohimennen Hägerströmin ja käsittelee laajahkosti Hoelin käsitenihilistisiä ajatuksia, jotka eivät ole kaukana skandinaavisten realistien ajatuksista. Ks. *Kivimäki,* Uusia virtauksia siviililainopin alalla s. 367—388, *Alanen,* Eräitä laintulkintaopillisia näkökohtia s. 97—113 ja *Carlson,* Lag och plikt. s. 4—20 ja *sama,* Några anmärkningar om rättsvetenskap och sociologi s. 280—293.

Todettakoon tässä, että puhe Upsalan koulusta 1920-luvun tapahtumien yhteydessä on jossakin määrin anakronistista, sillä nimitys ei vielä tuolloin ollut vakiintunut. Lyhyytensä vuoksi olen sitä kuitenkin tässä käyttänyt. Sen käytöstä ei aiheutune haittaa, kun muistetaan, ettei sillä tässä vaiheessa suinkaan tarkoiteta valmista oppirakennelmaa, vaan ainoastaan eräitä koko ajan muotoutuvia ajatusaiheita, jotka selvästi erottuivat aikansa normaalitieteestä.

olo ei myöskään ole oikeussuojan saamisen riittävä edellytys. Jollei kantaja voi näyttää oikeuttaan toteen, ei hänellä ole mitään apua siitä tietoisuudesta, että aineellinen oikeus on hänen takanaan.

Tästä Sainio päättelee, että prosessioikeudesta riippumatonta aineellista oikeutta ei ole olemassa.[25] Käsitys, jonka mukaan oikeussuojan antaminen perustuu subjektiiviseen oikeuteen, on siten päälaellaan. Tosiasiassa oikeus ja oikeussuoja merkitsevät samaa asiaa. ''Objektiivinen oikeus on järjestelmä toimintasääntöjä, jotka ilmenevät juuri niitä sovellutettaessa'', hän kirjoittaa.[26] Oikeusnormin voimassaolo on sitä, että viranomaiset normia soveltavat. Subjektiiviset oikeudet puolestaan ovat ''etuja, joita henkilö nauttii todella voimassapidettyjen oikeussääntöjen nojalla''.[27] Sainion käsitys oikeustieteen tutkimuskohteesta edustaa siten väljää tuomioistuinrealismia.

Tarkasteltaessa metodisia johtopäätöksiä, jotka Sainio teki oikeustieteen tutkimuskohdetta koskevista näkemyksistään, havaitaan niiden olevan jokseenkin samoja, jotka *Ross* myöhemmin esitteli realistisen lainopin ohjelmassaan. Lainoppi ei Sainion työssä ole muuttunut oikeuskäytännön ulkokohtaiseksi tarkasteluksi. Säännöt, jotka hän esittää voimassaolevana oikeutena, eivät ole yksinomaan eivätkä edes pääasiallisesti viranomaiskäytännöstä poimittuja, vaan niihin on päädytty moniin erilaisiin oikeuslähteisiin tukeutuvan argumentaation kautta.

Sainion tavassa tulkita toimintansa luonnetta on nähdäkseni kuitenkin selvä ero Rossin teoriaan verrattuna. Argumentteja käytellessään Sainio ei varmaankaan ole ajatellut jäljittelevänsä tuomarinideologiaa, kuten Rossin teoria edellyttäisi. Ajatukselle, että Sainio olisi pitänyt tuloksiaan pelkkinä oikeuskäytännön vahvistusta kaipaavina normihypoteeseina, ei löydy tukea. Oikeustieteestä puuttui tuolloin — kuten puuttuu nykyäänkin — systemaattinen jälkiseuranta, jossa tarkasteltaisiin esitettyjen normihypoteesien kohtaloa. Jälkiseurannan puuttumisen syy — näin uskallan väittää — on siinä, että lainopin tulokset eivät vallitsevan näkemyksen mukaan sitä kaipaa. Voimassaoleva oikeus ei tämän näkemyksen mukaan ole empiirinen ilmiö skandinaavisen tuomioistuinrealismin tarkoittamassa mielessä, vaan se on eräänlainen faktinen rationaliteetti, jonka suhde oikeuskäytäntöön on normatiivinen. Juridinen argumentaatio ei tällaisen paradigman mukaan toimittaessa ole ensisijaisesti keino oikeussääntöhypoteesien löytämiseksi — kuten Rossin teoria edellyttää — vaan se on keino niiden justifioimiseksi. Sainion edustama lainoppi liittyy nähdäk-

[25] Ks. *Sainio,* Elinkeinotoiminnan harjoittamisesta s. 6—10.
[26] *Sainio,* Elinkeinotoiminnan harjoittamisesta s. 12.
[27] *Sainio,* Elinkeinotoiminnan harjoittamisesta s. 16.

seni tähän perinteeseen. Hänen ohjelmalliset, realismia korostavat lausumansa eivät siten ole täysin sopusoinnussa sen näkemyksen kanssa, joka hänen konkreettisesta työstään heijastuu.[28]

Sainion realistisen perusasenteen vaikutus näkyy sitä vastoin hänen tavassaan käytellä juridisia argumentteja. Osittain se ilmenee ns. käsitteistä päättelyn kritiikkinä, osittain puolestaan lakipositivistisen asenteen vahvistumisena. Skandinaavisen realismin iskulause ”Ei oikeutta ilman oikeussuojaa” muuntui hänen ajatuksissaan siten, että oikeussuoja ei enää tarkoittanutkaan viranomaisten toimintaa, vaan *laissa* todettua oikeussuojan mahdollisuutta. Tämän, hyvin mielenkiintoisen ajatusliukuman kautta realismi sai *lakipositivistisia* painotuksia. Sainio ei voinut hyväksyä perinteistä tapaa, jossa oikeusilmiöitä tarkasteltiin doktrinäärisistä korkeuksista ja johdettiin yleisistä periaatteista oikeuksia ilman lainsäädännöllistä tukea.[29] Oikeusjärjestys ei Sainiolle ollut säännösten taustalla olevien periaatteiden järjestelmä, vaan lähinnä lainsäännösten järjestelmä.[30] Tässä suhteessa hän edusti katsomuksia, jotka myöhem-

[28] Tätä ei ole tarkoitettu negatiiviseksi arvioksi Sainion työstä. Pikemminkin havaittu ristiriita paljastaa heikkouden Rossin teoriassa. Voidaan väittää, että juridinen argumentaatio saa siinä virheellisen tulkinnan. Toisaalta voidaan ajatella niinkin, että Rossin teoria ei tältä osin ole lainkaan teoria, vaan ohjelma, joka sisältää vaatimuksen lainopin muuttamisesta.

[29] Ks. *Sainio,* Elinkeinotoiminnan harjoittamisesta s. 28, jossa hän toteaa, että omistusoikeus sisältää vain ne oikeutukset, jotka positiivisen oikeuden mukaan kuuluvat omistajalle. Kysymys omistusoikeuden sisällöstä on siten laintulkintakysymys. Päinvastainen menettely, jossa lakia tulkitaan lähtien apriorisesta omistuksen käsitteestä on virheellinen.

[30] Ensiksi mainittu näkemys heijastuu esimerkiksi seuraavassa *Wreden* lausumassa, jossa kohteliain sanakääntein moititaan *Chydeniusta* siitä, että tämä on perheoikeutta koskevassa teoksessaan rajoittunut vain positiivisen oikeuden sisällön selvittämiseen:

”Förf. har icke ansett sig böra giva de av honom behandlade ämnena en systematiskt ordnad uppställning eller närmare betona deras samband med rättsvetenskapens allmänna system, utan framställt dem i den ordning, som av andra, väl främst pedagogiska, skäl synts honom lämpligast. Även detta förhållande, vilket återfinnes i förf:s stora arbete över kontraktsrätten, sammanhänger utan tvivel med hans stora anspråkslöshet. Förf. har, tyckes det, ansett att den systematiska behandlingen av ett lands rätt bör föregås av en utredning av rättssatsernas positiva innehåll, samt närmast velat giva en sådan utredning. Detta betraktelsesätt saknar icke skäl — så visst som analys alltid bör föregå syntes. Men utom att båda torde helst böra gå hand i hand, åtminstone inom rättsvetenskapen, där bland lagtolkningsmedlen även de systematiska intaga ett viktigt rum, hava både familje- och arvsrätten redan förut så ingående behandlats av vetenskapen, att en strängare genomförd systematisk framställning kunnat vara på sin plats. I synnerhet för nybörjaren är det av vikt att vid snart sagt varje steg erinras om det förnuftiga sammanhang, som äger rum mellan rättens olika delar och förbinder dem till ett helt”. *Wrede,* Finländsk familje- och arvsrätt s. 151—152.

min tulivat olemaan hyvin suosittuja suomalaisessa tiedeyhteisössä. Hänet voidaan lukea oikeustieteessä myöhemmin tapahtuneen kulttuurivallankumouksen pioneereihin.

f. Sainion ajatusten vaikutus muihin yksityisoikeuden tutkijoihin ei kuitenkaan ollut kovin voimakas eikä nopea. Hänen väitöskirjansa välitön merkitys tässä katsannossa rajoittui siihen, että Lundstedtin ja Hägerströmin ajatukset tulivat tutkijoiden keskuudessa yleisemmin tunnetuiksi. Jo samana vuonna kuin Sainion väitöskirja ilmestyi, julkaisi teoreettisen lainopin virtauksia valppaasti seuraileva *Caselius* oman käsityksensä ''Hägerströmiläis-Lundstedtilaisen koulun'' merkityksestä.

Caseliuksen arvio oli kielteinen. Sen perustelu koostui jokseenkin erikoislaatuisesta sekoituksesta poliittisia, positiivisoikeudellisia ja filosofisia argumentteja. Caselius arvelee, että koulukunnan oikeusfilosofiset ajatukset pohjautuvat marxilaiseen, materialistiseen historiankäsitykseen, jolle on tunnusomaista käsitys ''eri yhteiskuntaluokkien etujen jyrkästä vastakkaisuudesta ja materialististen seikkojen yliarvioiminen''.[31] Tätä käsitystä vastaan Caselius hyökkää positiivisoikeudellisin argumentein!: ''Ei meidän, eikä muidenkaan maiden, positiivinen oikeus ole tällaista yksipuolista katsantokantaa hyväksynyt''.[32]

Myös *Lundstedtin* kehittämä yhteiskuntahyödyn periaate saa Caseliukselta tuomion. Hän tulkitsee yhteiskuntahyödyn periaatteen prinsiipiksi, jonka Lundstedt tahtoo asettaa yleistahdon sijaan oikeustieteen tutkimuskohteena, ja pitää sitä soveltumattomana tarkoitukseensa. Caseliuksen mukaan se näet vaatii materiaalisten hyötynäkökohtien ja luokkaintressien yksipuolista huomioon ottamista henkisten arvojen ja yleisen oikeustajunnan kustannuksella. Lisäksi yhteiskuntahyöty on hänen mukaansa vähintään yhtä metafyysinen harhakuva kuin yleistahtokin, ''ty knappast finnes det något, som är underkastat så divergerande och snabbt varierande uppfattningar som den allmänna nyttan''.[33]

Yhteiskuntahyödyn periaate johtaa Caseliuksen mukaan myös virheelliseen käsitykseen oikeustieteen tehtävistä: ''Ellei oikeustieteelle anneta sen parempaa tehtävää kuin selvittely, missä määrin yhteiskunnan hyöty sellaisena kuin miksi sen kulloinkin vallassa oleva puolue haluaa todeta, suo yksityiselle oi-

---

[31] Ks. *Caselius,* Lausunto s. 333 ja *sama,* Den Hägerström-Lundstedtska skolan i Finland s. 181.

[32] *Caselius,* Lausunto s. 333.

[33] *Caselius,* Den Hägerström-Lundstedtska skolan i Finland s. 180.

keusturvaa kussakin yksityistapauksessa huomioon ottaen lainsäätäjän, tuomarien y.m. erehdykset, s.o. jos siitä jätetään pois selvittely, mikä on oikein, muuttuu koko oikeustiede sosiologiseksi tieteeksi. Mutta niin kauan kuin lainkäyttäjä on sidottu lakiin, ei voida jättää syrjään kysymystä, mikä on oikein, eikä myöskään oikeustiede voi eliminoida tätä kysymystä pois tutkimuksensa piiristä''.[34]

Upsalan koulun oikeuksien olemassaoloa vastaan suuntaaman kritiikin Caselius torjuu vetoamalla oppiin *hyödyllisistä fiktioista.* Vallitsevan juridiikan tuomitseminen metafyysiseksi sillä perusteella, että se katsoo oikeuden olemassaolon olevan oikeusseuraamuksen tuomitsemisen edellytys, ei Caseliuksen mukaan ole paikallaan, sillä oikeustieteessä tunnustetaan yleisesti, että oikeus on ainoastaan apukäsite, joka ei esiinny todellisuudessa, mutta helpottaa ajatustyötämme.[35] Fiktioteoria tarjosi tässä ajatukselle levon tilanteessa, jossa lepo ei olisi ollut paikallaan. Mainittu argumentti ei ollut riittävä Sainion ja Upsalan koulun kritiikin torjumiseksi. Sen lisäksi Caseliuksen olisi tullut osoittaa, miten oikeuksien olemassaoloon vedoten — joka hänen mukaansa oli pelkkä fiktio — kuitenkin voitiin perustella oikeusseuraamuksen vahvistamista.[36]

Kritiikissään Caselius epäilemättä osuu joihinkin Upsalan filosofian ongelmakohtiin. Hänen väitteessään oikeustieteen tehtävien vääristymisestä Upsalan koulun mallia seurattaessa on nupullaan monia kysymyksiä, joista on syystä keskusteltu oikeusteoreettisessa kirjallisuudessa. Päällimmäiseksi jää kuitenkin vaikutelma, ettei Caselius, jonka tuotanto muutoin todistaa kunnioitettavaa henkistä liikkuvuutta, ole tässä kohdin jaksanut paneutua asiaan, vaan menee pahasti vikaan. Koulukunnan argumenttien asiallisen tarkastelun sijasta hän politisoi kysymyksen ja antaa suuntauksesta näin jokseenkin virheellisen kuvan. Upsalan koulua koskevan tieteellisen arvioinnin olisi tullut tapahtua sen tieteellisten implikaatioiden eikä poliittisten implikaatioiden perusteella.

Positiivisen oikeuden käyttäminen argumenttina historiallista materialismia ja oikeustieteen (luuloteltua) tutkimuskohteen määritelmää vastaan oli sekin puutteellisesti harkittua. Lain säännöksillä ei tällaisia kysymyksiä luonnollisesti voida ratkaista.

Epäasiallisuudestaan huolimatta Caseliuksen kritiikillä näyttää julkaisuajankohtansa yhteiskunnallisessa ilmapiirissä olleen huomattava vaikutus.

[34] *Caselius,* Lausunto s. 334.

[35] *Caselius,* Den Hägerström-Lundstedtska skolan i Finland s. 183.

[36] Toinen vaihtoehto olisi ollut lakata perustelemasta oikeusseuraamuksia koskevia normikannanottoja oikeuksien olemassaoloon vetoamalla, mikä olisi merkinnyt siirtymistä skandinaaviseen realismiin Undénin edustamassa muodossa. Kuten juridista argumentaatiota koskevasta jaksosta havaitaan, Caselius ei omaksunut tätä vaihtoehtoa.

Marxilainen leima, jonka Caselius painoi *Hägerströmin* ja *Lundstedtin* ajatuksiin, lienee ollut merkittävimpiä syitä siihen, ettei *Sainion* ajatuksille syntynyt jatkajia vaan syntyi hiljaisuus. 1930-luvun Suomessa niitä ei nähty — tai voitu nähdä — vakavan keskustelun arvoisiksi.

2.3. 1930-luku

a. Tarkasteltaessa tapaa, jolla 1930-luvun siviilioikeudellinen tutkimus ymmärsi kohteensa ja kuvasi sitä, voidaan havaita kaksi leimallista piirrettä, pitäytyminen perinteeseen ja Upsalan koulukuntaa vastaan suunnattu neulanpistopolitiikka. Ristiriita suomalaisen lainopin ja Upsalan koulun käsitysten välillä havaittiin tuolloin jo yleisesti. Lainoppineilla ei kuitenkaan riittänyt vireyttä asialliseen keskusteluun sen ajatuksista. Niiden torjumiseen näytti yleensä riittävän muutama lyhyt, ivallinen tai kauhisteleva toteamus.[1]

Tavanomaista pitemmän puheenvuoron käytti *af Hällström,* joka väitöstilaisuutensa lectio praecursoriassa näki aiheelliseksi tehdä pesäeroa *Lundstedtin* käsityksiin. Hänen kritiikkinsä suuntautui erityisesti käsitenihilistiseen tendenssiin, jonka hän oli näkevinään Upsalan koulun ajattelussa. Hän katsoi Lundstedtin sanoman kiteytyvän vaatimukseen, jonka mukaan juridisista käsitteistä on kokonaan luovuttava ja korvattava ne opilla yhteiskunnasta, yhteiskuntahyödystä, elävästä elämästä, faktisesti vallitsevasta tilanteesta, tarpeista ja niiden tyydyttämisestä.[2]

Näitä vaatimuksia af Hällström piti mahdottomina. Juridiset käsitteet viittaavat hänen mukaansa objektiiviseen oikeuteen, joka on yhteiskuntahyödystä käsitteellisesti riippumaton asia.[3] Yhteiskuntahyödyn periaatteen soveltaminen ei sitä paitsi ole mahdollista ilman käsitteitä, hän sanoo. Päin vastoin yhteiskuntahyödyn periaate, mikäli sen sisältö halutaan täsmentää, itsekin muuttuu käsitteeksi. af Hällström päättää kritiikkinsä loppuhuipennukseen: ”Gentemot de fantasterier, vilka kännetecknа läran om samhällsnyttan såsom juristens enda fasta punkt, måste framhållas, att jurisprudensen är någonting

[1] Lainoppimme suhtautumisesta Upsalan koulun ajatuksiin ks. esim. *Hernberg,* Strövtåg på lösöresakrättens område s. 270—271, *Heikonen,* Perinnönyhteydestä Suomen oikeudessa I s. 99, *Sipilä,* Deliktiperusteisen vahingonvastuun teoreettinen rakenne, s. 2 av. 2 ja *Rekola,* Saamisoikeuden vanhentuminen I s. 3—4.

[2] *af Hällström,* Något om juridiska begrepp, deras uppgift och berättigande s. 364.

[3] Ks. *af Hällström,* Något om juridiska begrepp, deras uppgift och berättigande s. 365. Kirjoittajan argumentaatiosta käy ilmi, että hän tarkoitti objektiivisella oikeudella lähinnä positiivista oikeutta.

annat än nationalekonomi, sosiologi och socialism. Rättsvetenskapen är en självständig vetenskap med egna uppgifter, och såsom sådan är den både berättigad och förpliktad att utarbeta begrepp, *klara* begrepp. Utan begrepp är intet vetenskapligt tänkande möjligt".[3a]

Jos lection poliittiset vihjaukset sivuutetaan ja tarkastellaan sitä tieteellisenä suorituksena, joudutaan toteamaan, että arvostelu menee melko pahoin harhaan. Upsalan koulu oli käsiteanalyyttinen suuntaus, joka ei suinkaan vaatinut juridiikan vapauttamista käsitteistä. Päin vastoin oli juristien käsitetaivaassa pidetyn suursiivouksen tarkoituksena käsitteiden selkiinnyttäminen pyrkimällä uudelleentulkintaan, joka hälventäisi niiden ontologisen problemaattisuuden. Vain metafyysisistä käsitteistä haluttiin päästä eroon. Toisin sanoen oikeustieteen toivottiin kehittyvän jokseenkin *af Hällströmin* mainitsemaan suuntaan. Kritiikin harhaanjohtavuus on oire siitä, ettei af Hällström ollut havainnut Upsalan koulun käsitekritiikin ontologisia perusteita.[4]

Juuri ontologisen tajun puuttuminen näyttääkin olleen pääsyy siihen, että Upsalan koulun ajatukset jäivät lainoppineillemme käsittämättömiksi. Kysymys "mitä oikeus on?", joka oli skandinaavisen realismin traditiossa keskeinen ja löi leiman koko suuntaukseen, ei lainopissamme vakavassa mielessä edes herännyt.[5] Tästä syystä realistien ajatukset ymmärrettiin helposti väärin. Kuvaavan esimerkin kategoriaerehdyksestä tarjoaa *Rekola.* Hän tulkitsi *Lundstedtin* subjektiivisten oikeuksien eksistenssin kiistävän kannanoton *lainopilliseksi* väittämäksi, jonka mukaan yksilöillä ei voi olla oikeuksia. *Tämän* väit-

[3a] *af Hällström,* Något om juridiska begrepp, deras uppgift och berättigande s. 367.

[4] Kirjoituksen sävy vaikuttaa oudon jyrkältä, kun muistetaan, että *af Hällström* oli voimakkaan pohjoismaisesti suuntautunut tutkija, joka argumentaatiossaan määrätietoisesti noudatti mm. Lundstedtin suorittamaa mallia. Kirjoitus tuo mieleen Pietarin, joka pakon edessä kieltää mestarinsa. Saattaakin olla, että sen yhtenä pontimena oli halu välttyä leimalta, jonka *Caselius* vähän aikaisemmin oli lyönyt Upsalan koulun juridiikkaan.

Kirjoituksen sävyyn on saattanut vaikuttaa myös käsitys, jonka mukaan Lundstedtin harjoittama aikalaistensa kritiikki oli yliampuvaa ja kohtuutonta, kun sitä verrataan hänen rakentaviin käsityksiinsä, jotka Lundstedtin toisensuuntaisista väitteistä huolimatta olivat sangen lähellä uudemman pohjoismaisen juridiikan yleisiä katsomustapoja. Ks. myös *af Hällström,* arvostelu Lundstedtin teoksesta "Grundlinjer i skadeståndsrätten" s. 250—251.

[5] Jos eräät *B. C. Carlsonin* ja Kailan huomautukset jätetään tässä lukuunottamatta, olen ainoan muuta osoittavan lausuman tavannut *Haatajalta.* Hän toteaa: "Samalla siis kuin esim. kengälle, jota suutari valmistaa, ... sairaudelle, jonka parantaminen kuuluu lääkärin tehtäviin, j.n.e. ovat määritelmänsä ja kukin tällaisilla aloilla toimiva henkilö on tilaisuudessa yleispäteväksi katsottavalla tavalla esittämään sen työn, jota hän tekee, on lakimiehen asema toinen — hän ei voi täsmällisesti sanoa, mitä se on, jota hän käsittelee". Ks. *Haataja,* Näkökohtia lain ja oikeuden erosta ja sen merkityksestä nykyisessä yhteiskunnassa s. 263.

teen torjumiseksi riitti luonnollisesti viittaus lainsäädäntöön, jossa oikeuksien olemassaolo tunnustetaan.[5a]

b. Ainoan asiasisällöltään merkittävän puheenvuoron Lundstedtia vastaan käytti *B. C. Carlson*. Kelsenin ajatuksiin perehtyneenä hän kykeni muita paremmin ymmärtämään, mistä ongelmista Lundstedt keskusteli.

Carlsonin kritiikki kohdistui niihin johtopäätöksiin, jotka *Lundstedt* teki oikeuksien ineksistenssiteoriasta. Hän myönsi havainnon olevan sinänsä oikea. Oikeuksia ja velvollisuuksia ei ole olemassa muutoin kuin käsitteen subjektiivisessa merkityksessä, so. tunneilmiöinä. Sitä vastoin hän katsoi, että oli olemassa toinen, Lundstedtin reaktiota parempi tapa reagoida tähän havaintoon. Oikeuksien ja velvollisuuksien voidaan kelseniläisittäin sanoa kuuluvan pitämisen maailmaan. *Vaihingerin* tavoin niiden voidaan myös sanoa olevan hyödyllisiä fiktioita tai muodollisia ajatuskategorioita.[6] Oikeustiede voi Carlsonin mukaan jatkua entiseen tapaansa, mikäli edellytämme fiktiivisen normin, jonka mukaan voimassaolevan oikeuden määräyksiä pitää noudattaa. Kun tämän ylin velvoite oletetaan annetuksi, voidaan siitä oikeustieteen keinoin, oikeuslähteiden tulkinnan avulla, johtaa alemmantasoisia velvollisuuksia.[7]

B. C. Carlson näyttää muutoinkin olleen tutkija, jolla oli oikeustieteen tutkimuskohteesta ja sen tutkimisesta eniten sanottavaa. Hän korosti erityisesti oikeusjärjestyksen systemaattista ja sisäisesti johdonmukaista luonnetta. Tätä väitettään hän ei esitä empiirisenä totuutena, vaan kysymyksessä on kantilainen, apriorinen postulaatti, edellyttämys, joka tekee oikeustieteen mahdolliseksi.[8] Tähän edellyttämykseen puolestaan liittyy näkemys oikeustieteestä rationaalisena, deduktiivisena tieteenä, jonka tulokset ovat oikeuksien järjestelmästä tehtyjä johtopäätöksiä.

[5a] Ks. *Rekola,* Saamisoikeuden vanhentuminen I s. 4. "Muuttuvat valtiolliset ajatustavat vaikuttavat tosin kyllä monien oikeussuhteitten, kuten mm. omistusoikeuden sisältöön ja luonteeseen, niin että yksityiset subjektiiviset oikeudet eivät ole laajuudeltaan alituisesti samanlaisina pysyviä käsitteitä. Mutta tämä ei merkitse sitä, ettei niitä siitä huolimatta aina olisi olemassa."

[6] Ks. *B. C. Carlson,* Lundstedts kritik s. 390—406 s. 392. Ks. myös *sama,* Rättsvärlden och verkligheten s. 454.

[7] Ks. *B. C. Carlson,* Lundstedts kritik s. 396.

[8] *B. C. Carlson,* Lundstedts kritik s. 401—403. Carlsonin eräänlainen vastakohta oli Brusiin, jonka käsitys oikeuden voimassaolosta edusti väljää ideologista realismia. Vallitsevan oikeusvakaumuksen suhtautuminen ratkaisi normin voimassaolon. Brusiinin hyvin yleisluonteisilla ajatuksilla ei näytä olevan suoria yhteyksiä skandinaavisen realismin piirissä käytyyn keskusteluun. Ks. *Brusiin,* Tuomarin harkinta normin puuttuessa s. 5—8.

c. Ei ole luultavaa, että monikaan tuon ajan siviilioikeuden tutkijoista olisi tietoisesti käyttänyt Carlsonin näkemyksiä metodinaan. Silti Carlsonin teoria tuo onnistuneesti esiin oletuksia, jotka — useinkin tiedostamattomina — olivat tuon ajan tutkimuksen taustalla. Tämä koskee mm. lainopin tuloslauseitten tulkintaa. Tuloslauseet voidaan usein ymmärtää Carlsonin esittämin tavoin. Skandinaaviselle realismille ominainen ajatus lainopin tulosten jakautumisesta väitteisiin ja suosituksiin, tieteeseen ja politiikkaan, oli 1930-luvun lainopille jokseenkin vieras. Suosittaminen näytti tulevan kysymykseen ainoastaan de lege ferenda, lainlaatijalle, ei lainkäyttäjälle suunnattuna. Vain *af Hällström* näytti ajattelevan toisin. Väitteen ja suosituksen välinen ero, samoinkuin käsitys, että lainoppi voi antaa suosituksia myös lainkäyttäjälle, tulee hänellä — tosin vasta nupullaan olevana — esiin.[9]

Johtopäätöksenä edellä sanotusta voidaan todeta, että lainoppi nähtiin oikeuksia ja velvollisuuksia tutkivana sekä niitä koskevista periaatteista johtopäätöksiä tekevänä tieteenä. Oikeudet ja velvollisuudet olivat ”hyödyllisiä fiktioita”, ”abstraktioita”, ”muodollisia ajatuskategorioita” tai jäivät kokonaan vaille ontologista tulkintaa.

Tarkasteltaessa näiden hämmentävien entiteettien *rakennetta* havaitaan, että *Sainion* näkemys, jonka mukaan oikeussuoja kuuluu subjektiivisen oikeuden sisältöön, jäi vaille vastakaikua. Oikeusjärjestys nähtiin traditionaaliseen tapaan dualistisena rakennelmana, joka koostuu aineellisesta oikeudesta ja sitä suojaavasta prosessioikeudesta. Oikeuden ja sen suojan välillä ei ollut käsitteellistä riippuvuutta.[10]

Tuon ajan lainoppineemme eivät näytä ymmärtäneen niitä ontologisia perusteita, joiden pakottamina Upsalan koulun edustajat kehittivät monistisen konstruktionsa. Esimerkiksi *Granfelt* hylkää Olivecronan rekonstruktion toteamalla lyhyesti, että aineellisen oikeuden ja prosessioikeuden suhdetta esitettäessä on otettava lähtökohdaksi se käsitys, joka laista heijastuu. Tällöin päädytään hänen mukaansa dualismiin.[11] Granfeltin argumenttia ei Upsalan

[9] Ks. *af Hällström,* Till frågan om köpares rätt till prisavdrag s. 66—67. Tavasta, jolla *Hakulinen* kritisoi af Hällströmin ajatusta, ks. Actio quanti minoris s. 187—198.

[10] Ks. esim. *Noponen,* Oikeudesta ryhtyä liikennettä ja voimansiirtoa tarkoittaviin rakennustoimiin naapurin maalla s. 78, *Hakulinen,* Kiinteistön luovutuksen muodosta s. 15 av. 20, *Caselius,* Sopimukseen perustuvat irroittamisoikeudet s. 258—260, *Rekola,* Saamisoikeuden vanhentuminen I s. 15—16, *sama,* Saamisoikeuden vanhentuminen II s. 356—360 ja *Gunnar Palmgren,* Till frågan om fordringspreskriptionens rättsverkan s. 233—235. Etenkin vanhentumisen vaikutuksia koskevassa oikeuskirjallisuudessa tämä teoreettinen kannanotto pääsi jokseenkin suoraan vaikuttamaan tutkimuksen tuloksiin.

[11] *O. Hj. Granfelt,* Arvostelu Olivecronan teoksesta ”Bevisskyldigheten och den materiella rätten” s. 244—248.

koulun näkökulmasta voida pitää relevanttina kritiikkinä. Samalla tavalla kuin tutkija, myös lainsäätäjä oli metafyysisen käsitteistönsä vanki, eikä hänen käsitteenkäyttötapansa kelvannut esimerkiksi pyrittäessä lähestymään oikeudellisia ilmiöitä metafysiikasta vapaana.

d. Jos puolestaan tarkastellaan tapaa, jolla lainoppi oletti oikeuksien ja velvollisuuksien ''*käyttäytyvän*'', niiden havaitaan olleen sangen kiintoisia olioita. Ne eivät noudattaneet ajallispaikallisille entiteeteille ominaisia lakeja, vaan saattoivat esimerkiksi syntyä ja sammua takautuvasti. Ns. pendenssi- eli kollisiotilanteiden kuvauksessa tämä oletus oli yleinen. Pendenssin ratkaisevan tosiseikaston toteutuessa oikeus saattoi takautuvasti siirtyä pois siltä, jolla se oli siihen saakka ollut. Sen, jolle oikeus oli siirtynyt, katsottiin tämän jälkeen ''alusta alkaen'' olleen oikeuden haltija.[12]

Oikeuksien epäluonnollinen käyttäytyminen legitimoitiin viittaamalla fiktioteoriaan, joka jo edellisellä vuosikymmenellä oli saanut vankan sijan eräänlaisena patenttivastauksena hankaliin kysymyksiin.[13] Kun kerran oikeudet ovat ajatustoiminnan tuloksia, joilla ei ole fyysillistä vastiketta ulkomaailmassa, ei ole ihmettelemistä siinä, että ne myös saattavat käyttäytyä ei-fysikaalisin tavoin. *Hakulinen* toteaa tämän suoraan. Hän sanoo pendenssin olettamisen olevan ristiriitaista ainoastaan ''edellytyksellä, että oikeuksia, vaikka ne ovat ajatussuureita, käsitellään tosiasioina''.[14]

---

[12] Esimerkiksi voidaan ottaa tapa, jolla *Hakulinen* selostaa perillisten kesken syntyvän pendenssin ratkeamista ja ns. perinnön valvomisen merkitystä siinä. Hänen mukaansa perintö siirtyy perilliselle välittömästi perittävän kuollessa. Perinnön valvomisella on siten puhtaasti deklaratiivinen merkitys. Sen avulla perillinen varmentaa itselleen jo saamansa edun. Valvonnan laiminlyöminen aiheuttaa kuitenkin takautuvan perinnön menetyksen. ''Perinnön katsotaan silloin välittömästi kuolemantapauksen jälkeen langenneen lähimmälle perilliselle''. Siten ensisaajan oikeus sammuu ja sijaantulijan oikeus syntyy takautuvasti. Ks. *Hakulinen,* Kuolinpesän velkojain oikeus jäämistöön s. 115—116. Oikeuksien takautuva häivyttäminen ja synnyttäminen oli tuohon aikaan sangen yleistä. Siihen jouduttiin helposti käytettäessä kysymyksenasettelussa tuolloin suosittuja erotteluja ''ex tunc vaiko ex nunc?'' ja ''konstitutiivinen vaiko deklaratiivinen?''. Ks. esim. *Hakulinen,* Kiinteistön luovutuksen muodosta s. 17—20, *sama,* Perusteettoman edun palautus s. 159—162 ja *Heikonen,* Testamentin valvomisesta s. 392—394.

[13] 1930-luvulla esitetyistä käsityksistä ks. *Raninen,* FOB-lauseke s. 50 ja *Kaila,* Viralisen vastaväittäjän lausunto Ranisen po. teoksesta s. 294. Duguitin ja ilmeisesti myös Upsalan koulun suuntaan Kaila toteaa, ettei subjektiivisten oikeuksien fiktiivisyyden tunnustaminen merkitse niiden olemassaolon täydellistä kiistämistä. Subjektiivisia oikeuksia tarkoittavat käsitteet eivät ole ''käsitteitä olemattomasta vaan olevasta''. ''...niidenkin takana on siis jotakin todellisuutta, vaikka tämä todellisuus on jollakin tavalla toisenlaista kuin konkreettinen todellisuus.''

[14] *Hakulinen,* Perusteettoman edun palautus s. 162 av. 46.

Ristiriitaista kyllä, oikeuksien nonfysikaalista luonnetta koskevassa oletuksessa ei kuitenkaan pysyttäydytty johdonmukaisesti. Päin vastoin useimmissa tapauksissa juridisten entiteettien oletettiin käyttäytyvän luonnonilmiöiden tavoin. *Esineiden* käyttäytyminen antoi metaforisen mallin oikeuksien käyttäytymistä koskeville oletuksille. Metaforan vaikutusta ilmentävät mm. käsitykset, joiden mukaan (*i*) oikeus siirtyy subjektilta toiselle määrätyllä hetkellä,[15] (*ii*) kerran sammunut oikeus ei enää *samana* oikeutena voi syntyä uudelleen,[16] (*iii*) kukaan ei voi uudelleen luovuttaa oikeutta, jonka on jo luovuttanut[17] ja (*iv*) kukaan ei voi luovuttaa parempaa oikeutta kuin hänellä itsellään on. Kaikki nämä oletukset saivat huomattavaa merkitystä oikeuksien siirtymistä, vanhentumista ja vaihdantasuojaa koskevissa lainopillisissa kannanotoissa.

e. Oikeuksien ontologisen statuksen hämäryys — vaikka jäikin yleensä tiedostamatta — oli omiaan vaikeuttamaan tutkimusta. Se, että oikeudet olivat osin fysikaalisesti osin ei-fysikaalisesti käyttäytyviä ajatussuureita, näytti ehkäisevän niiden suoraa tarkastelua, joten jouduttiin välillisten, epäsuorien keinojen käyttöön. Tässä mielessä ovat kuvaavia *Ranisen* ja *Rekolan* argumentaatiotavat. *Raninen* pyrki saamaan selvyyden omistusoikeuden kohtalosta tekemällä päätelmiä vahingonvaaran siirtymisen perusteella.[18] *Rekola* puolestaan yritti vanhentumisvaikutusten perusteella jäljittää "sen sisäisen prosessin luonnetta, mikä subjektiivisessa oikeudessa ... vanhentumisen johdosta tapahtuu".[19] Menettely on tyypillinen esimerkki *Alf Rossin* mainitsemasta metafyysisestä kahdentamisesta, jossa havaituille vaikutuksille annetaan vastine itse olemuksessa, vaikutusten oletetussa lähteessä.

f. Vaikka tutkimuskohteen ontologinen reflektio jäi puutteelliseksi, alkoi siviilioikeutemme tavassa hahmottaa tutkimuskohdettaan kuitenkin näkyä orastavia muutoksen merkkejä. Traditionaalinen subjektiivisten oikeuksien jaottelu alkoi vaikuttaa suppealta ja riittämättömältä kaikkien oikeusilmiöiden tyydyttävään esittämiseen. Syntyi tarvetta lisätä subjektiivisten oikeuksien mää-

[15] Ks. esim. *Caselius,* Irroittamisoikeudet s. 51 ja *Heikonen,* Perinnönyhteydestä I s. 26—37.

[16] *Rekola,* Saamisoikeuden vanhentuminen II s. 425—426.

[17] Ks. esim. *Kivimäki,* Tekijänoikeuden luovutuksesta s. 424.

[18] Ks. *Raninen,* FOB-lauseke s. 193.

[19] *Rekola,* Saamisoikeuden vanhentuminen II s. 427. Vastauksena kysymykseensä *Rekola* toteaa subjektiivisen oikeuden menettävän vanhentumisessa kyvyn kehittää subjektiivista oikeutta vastaavan kanneoikeuden aineellisia edellytyksiä. Ks. mt. s. 429. Aineellisen ja prosessioikeuden välinen dualismi näkyy tässä kirkkaana.

rää korottamalla aiemmin pelkkinä oikeutuksina pidettyjä ilmiöitä itsenäisten subjektiivisten oikeuksien joukkoon.

Merkittävin hahmo tässä suhteessa oli *Caselius.*[20] Hänen teoksensa aihe, sopimukseen perustuvat irroittamisoikeudet, vaati pureutumista oikeuksien dynamiikkaan liittyviin välitilailmiöihin, joihin vallitseva ''täysien'' ja ''eheiden'' subjektiivisten oikeuksien järjestelmä sopi sangen huonosti. Mikäli oikeussuhteen osapuolista toinen selitettiin välitilan aikana täyden oikeuden haltijaksi, annettiin asiasta sangen epätarkka kuva ja johduttiin oikeuksien takautuvaan häivyttämiseen silloin, kun pendenssitila ratkesikin toisin kuin selityksessä oli ennakoitu. Käsitejärjestelmää oli siten Caseliuksen mukaan parannettava. Oli tunnustettava, että saattoi olla olemassa myös *epätäydellisiä oikeuksia.* Caseliuksen sanoissa voidaan nähdä analyyttisen lainopin kalpeaa sarastusta, kun hän toteaa: ''ei ole syytä asettua kielteiselle kannalle ja torjua kaikkia uusia jaotteluja siitä syystä, että ne vain muka sekoittavat selviä ja vakiintuneita käsitteitä''.[21]

Tässä valintatilanteessa, josta olisi voinut muodostua avaus pohjoismaiseen suuntaan, Caselius kääntyi kuitenkin Saksaan. Saksalainen käsitteistö, jonka hän reseptoi, poikkesi selvästi pohjoismaisesta tavasta jäsentää välitilailmiöitä. Oikeuksien ja oikeutusten välinen periaatteellinen ero säilyi edelleen ja niiden väliin tuli kolmanneksi kategoriaksi epätäydellisten, tarkoitusperäisten oikeuksien luokka välitilailmiöiden esittämistä varten.[22] Tämä käsitteistö oli selvästi raskaampi kuin pohjoismainen, oikeuksien ja oikeutusten välisen eron hävittävä, henkilösuhteiden erotteluun perustuva jäsentämistapa. Epätäydelliset oikeudet, kuten irroittamisoikeus, eivät Caseliuksen järjestelmässä olleet pelkkiä yhteisnimityksiä tietyille (varhaisessa vaiheessa siirtyville) omistusoikeuden komponenteille, vaan itsenäisiä entiteettejä, jotka edelsivät omistusoikeuden syntyä ja lakkasivat sen syntyessä.[23]

Tapa, jolla Caselius ratkaisi lainopin käsitejärjestelmästä johtuvan ongelman, ei siten lopulta ollut kovinkaan analyyttinen. Ratkaisu ei perustunut van-

[20] Muista tutkijoista, jotka toivat esiin uusien subjektiivisten oikeuksien tunnustamisen tarpeellisuuden, mainittakoon *Kaila,* Näkökohtia subjektillisesta oikeudesta s. 445—448 ja *Rekola,* Saamisoikeuden vanhentuminen II s. 363.

[21] *Caselius,* Irroittamisoikeudet s. 9.

[22] Tarkoitusperäiset oikeudet ovat *Caseliuksen* antaman määritelmän mukaan epätäydellisiä oikeuksia, jotka pyrkivät täydellistymään eli muuttumaan olotilallisiksi oikeuksiksi. Tarkoitusperäiselle oikeudelle oli tunnusomaista, että oikeuden käyttäminen hävittää sen. Pelkistä oikeutuksista tarkoitusperäiset oikeudet puolestaan erosivat siinä, että ne olivat oikeudellisesti itsenäisiä ''varallisuusoikeudessa esim. cessioon ja ulosmittaukseen nähden täydellisiin oikeuksiin verrattavissa, vaikka ne ovatkin sisällöltään rajoitetumpia ja heikompia kuin täydelliset oikeudet''. Ks. *Caselius,* Irroittamisoikeudet s. 9—11.

[23] Ks. *Caselius,* Irroittamisoikeudet s. 51—52.

hojen jaottelujen analyysiin ja purkamiseen, vaan uuden käsitekerrostuman sijoittamiseen vanhan päälle. Epätäydellisten oikeuksien mahdollisuuden tunnustaminen oli kuitenkin kannanotto, jossa — kuten myöhempi kehitys osoitti — piili menestyksen lupaus.

Caseliuksen uuteen tähtäävien pyrkimysten vastapainona esiintyi 1930-luvulla toisaalta tiukkaa pitäytymistä traditionaalisissa käsitteissä. Niitä saatettiin pitää jopa lakeja sitovampina, jolloin käsitteistön rajoja rikkova lainsäädäntö sai moitteet ”teoreettisesti virheellisistä” ratkaisuista. Tässä suhteessa kuvaava on *Hakulisen* artikkeli ”Avio-oikeus ja puolison perintöoikeus”.[24] Se on mainio esimerkki vaikeuksista, joita kohdataan, kun avioliittolakia, leimallisesti pohjoismaista säädöstä yritetään ymmärtää pandektioikeudellisen käsitteistön valossa.

Lakeihin systemaattisilla perusteilla suunnattu kritiikki on osoitus siitä jo edellä mainitusta seikasta, ettei lakien asema lainopin tutkimuskohteena ollut samalla tavoin keskeinen kuin myöhemmin. Säännöstö ei vielä tuolloin ollut se ”luonto”, johon systematiikan oli mukauduttava, vaan keskeistä oli itse systeemi, johon lainsäätäjänkin olisi mieluiten tullut alistua. Pohjoismainen suhtautuminen juridisiin käsitteisiin, jonka *Julius Lassen* 1920-luvun alussa oli klassiseksi luonnehdittavalla tavalla esittänyt kirjoituksessaan ”Nogle bemærkninger om definitioner i retsliteraturen”, ei Suomessa vielä 1930-luvulla saavuttanut vastakaikua.[25]

---

[24] Ks. m.k. erit. s. 283—292. Hakulisen kritiikki koski mm. ajatusta, että leskelle myönnettävän perintöoikeuden avulla voitaisiin estää se kohtuuttomuus, että leski joutuu luovuttamaan omaisuuttaan tasinkona kuolleen puolisonsa (kaukaisille) perillisille. Ajateltu keino ei Hakulisen mukaan johda tavoitteeseensa. Jotta tasingon luovuttamisvelvollisuus lakkaisi, lesken tulisi periä puolisonsa avio-oikeus. Avio-oikeus ei Hakulisen mukaan kuitenkaan voi periytyä, koska se ei avioliiton kestäessä ole itsenäinen subjektiivinen oikeus, vaan pelkkä objektiivinen tila. — Hakulisen epäilykset olisivat hälvenneet, jos hän avio-oikeuden luonteen asemesta olisi tutkinut avioliittolain IV osan säännöksiä.

Myös *Hernberg* löytää avioliittolaista muistuttamista teoreettiselta kannalta. Hän moittii lakia siitä, että puolison sanotaan yksin omistavan kiinteän omaisuuden, vaikka hänellä ei ole luovutus- ja panttausoikeutta. ”Näyttää siltä kuin tämä lainsäädäntötekniikka olisi ottanut vaikutteita houkuttavasta opista, joka materialistisen koulun vaikutteiden alaisena kieltää omistusoikeudelta substanssikäsitteen luonteen alentaen sen pelkäksi funktiokäsitteeksi, jonka sisältöä voidaan muuttaa lainsäätäjän mielen mukaan”, hän jatkaa. Ks. *Hernberg,* Äktenskapslagen i doktrinens ljus s. 35—36. (suom. tässä). — Vastaavantyyppistä, työsopimuslakiin kohdistuvaa kritiikkiä esittää *Kivimäki*: ”olisi varmaankin ollut eduksi, jos lainsäädäntöön työsuhteesta ryhdyttäessä, olisi lähtökohdaksi otettu se, mitä työsopimuksella sen käsitteen mukaisesti on ymmärrettävä”. Ks. *Kivimäki,* Työsopimuslain 1 § s. 166. Ks. myös *Caselius,* Irroittamisoikeudet s. 33.

[25] Poikkeuksena voidaan lähinnä mainita *af Hällström*. Ks. esim. kirjoitusta Något om

2.4. 1940-luku

a. 1940-luku aloitti siviilioikeustieteessämme voimakkaan pohjoismaistumisen kauden. Muutosprosessin myötä monet mm. skandinaavisen realismin korostamat ajatukset saivat meillä jalansijaa. Muutos perustui kuitenkin vain osittain skandinaavisen realismin tarjoamiin argumentteihin. Ne ontologiset perusteet, joista etenkin Upsalan koulu imi voimansa, jäivät Suomessa vaille ymmärtämystä. Jälleen vain *B. C. Carlson* näytti olevan selvillä, mistä oli kysymys.[1] Oikeustieteen tutkimuskohdetta koskevan reflektion puuttuminen näkyy jopa tutkijoistamme skandinaavisimman, *af Hällströmin* töissä. Jonkinlainen oikeustodellisuus toki edellytettiin, mutta sen luonne jäi eksplikoimatta.[2]

Oikeustieteemme pohjoismaistuminen ei myöskään ulottunut Upsalan koulun radikaaleimpien käsitysten hyväksymiseen. Suhtautuminen niihin oli vaivautunutta ja niiden hylkääminen tapahtui ilman kunnollista argumentaatiota.[3]

Sanotusta huolimatta tapahtui lainopin tavassa ymmärtää tutkimuskohteensa selviä muutoksia. Vaatimus tieteen *empiirisyydestä* sai lisääntyvää kannatusta oikeustieteenkin piirissä. Tiennäyttäjänä toimi suomenruotsalainen juridiikka edustajinaan mm. *af Hällström, Ek, Taxell* ja *Godenhielm*. Muiden tieteiden tavoin myös lainopin oli heidän mukaansa luovuttava metafyysisestä spekulaatiosta, otettava oppia luonnontieteestä ja sen induktiivisesta metodista.[4]

---

juridiska begrepp, deras uppgift och berättigande s. 355—362. Hänen käsityksistään tulee lähemmin puhetta juridista argumentaatiota koskevassa jaksossa.

[1] Ks. *B. C. Carlson,* Rättigheten s. 78—95. Upsalan koulun ontologisten peruskatsomusten ymmärtäminen teki hänelle mahdolliseksi niiden avoimen hylkäämisen ja sitoutumisen kelseniläisyyteen. Ks. erit. mk. s. 95, jossa hän subjektiivisten oikeuksien yliempiirisyyttä korostaen toteaa: ”Dessa begrepp bibehålla sin giltighet, vilka omvälvningar än må i den empiriska världen försiggå”.

[2] Ks. esim. *af Hällström,* Verkan av ägareförbehåll s. 142, jossa kirjoittaja arvostelee deduktiivista, konstruktiivista metodia mm. siitä, että metodi on *epäluotettava.* Valittu ontologinen sanontatapa näyttäisi edellyttävän, että on olemassa oikeustodellisuus, josta deduktiivisen metodin avulla muodostetut normiväitteet saattavat antaa virheellisen kuvan. Sitä, mikä tämä todellisuus on, ei kirjoittaja kuitenkaan kerro.

[3] Ks. *Tirkkosen* arvosteluja Olivecronan teoksista ”Domen i Tvistemål” ja ”Utsökning”. Ks. myös *Hakulisen* arvostelua Lundstedtin teoksesta ”Grundlinjer i skadeståndsrätten. Senare delen: Strikt ansvar I”. Sitä vastoin oikeusteoriassa oli enemmän vastaanottavaisuutta. *Lehtisen* ”Mitä oikeus on?” sisältää hyväksyvään sävyyn laaditun esityksen eräistä Upsalan koulun ajatuksista.

[4] Ks. *af Hällström* esim. Verkan av ägareförbehåll s. 13—14, *Taxell* esim. Aktiebo-

b. Luonnontieteen valinta esikuvaksi ei kuitenkaan johtanut siihen, että olisi alettu etsiä vastausta ontologiseen kysymykseen, mitä osaa luonnosta oikeustiede tutkii. Vaatimus oikeustieteen empiirisyydestä muuntui ajatusta kehitettäessä vaatimukseksi sen *käytännöllisyydestä.*

Ne ajatusliukumat, joiden kautta tämä tapahtui, ovat selkeimmin näkyvissä *Ek*'in väitöskirjassa.[5] Empiiriseen tieteeseen kuuluu hänen mukaansa vaatimus, että ajatukset on sopeutettava todellisuuden mukaisiksi. Vaatimuksen toteuttaminen tarkoittaa luonnontieteessä hypoteesien sovittamista havaintojen mukaan luontoa vastaaviksi. Juridiikkaan siirrettynä ajatus merkitsisi hänen mielestään oikeussäännösten sovittamista mahdollisimman tarkoin ratkaistavana olevan yksittäistapauksen mukaiseksi. Tämä ei hänen mukaansa kuitenkaan ole rajoituksitta mahdollista, sillä liiallinen kasuistisuus johtaisi itse asiassa säännöttömyyteen. Sen asemesta oikeussäännöt on sopeutettava yhteiskunnan sosiaaliseen kehitykseen ja sen ilmentämiin tarpeisiin. Tällä tavoin voidaan ottaa huomioon todellisen elämän ilmiöt, päästä eroon käsitelainopille tyypillisestä elämänvieraudesta ja päätyä tuloksiin, jotka kestävät konfrontaation todellisuuden kanssa.

Näiden heurististen analogioiden kautta empiirisyyden vaatimus muotoutui argumentiksi, jolla voitiin tukea käytännöllisluonteista pohjoismaista juridiikkaa. On kiintoisaa havaita analogioiden huomattava löyhyys. Silta, jota myöten Ek päätyi empiirisyysvaatimuksesta social engineering -juridiikkaan, oli lähes puhtaasti verbaalinen. Tästä seurasi, että tavoiteltu empirismi oli jokseenkin mietoa. Sen ei esimerkiksi katsottu edellyttävän, että juridiikan tuloslauseitten tulisi olla kokemusperäisesti verifioitavissa. Kokemusperäisyys vesittyi vaatimukseksi, jonka mukaan oikeuden tutkijan on tunnettava sitä käytäntöä, johon kohdistuvia oikeussääntöjä hän tutkii, varallisuusoikeudessa lähinnä liike-elämää. Hypoteesien havaintojen avulla tapahtuvan korjaamisen nähtiin puolestaan rinnastuvan toimintaan, jossa oikeussääntöä juridisen tulkinnan keinoin ''korjataan'' käytännön tarpeiden mukaiseksi. Näin sai teleologinen tulkintakin ylleen empiirisyyden hohdetta.

c. Käytännöllistymisen myötä lainopillisen ongelman luonne muuttui merkittävästi. Aikaisempi käsitelainopillinen paradigma oli nähnyt tutkimuksen keskeiseksi tehtäväksi problemaattisten oikeusilmiöiden sijoittamisen siviilioikeuden järjestelmään ja vastauksien etsimisen järjestelmästä käsin. Tämä järjes-

---

lagstyrelsens kompetens att rättshandla s. 6—10, *Ek,* Bidrag till läran om utomobligatoriskt skadeståndsansvar s. 3—4 ja *Godenhielm,* Några ord om juridiken som vetenskap s. 12—17.

[5] Ks. *Ek,* Bidrag till läran om utomobligatoriskt skadeståndsansvar s. 6—7.

telmä, oikeuskulttuuri, oli konteksti, joka määräsi kysymyksiä ja vastauksia. Käytännöllisyysvaatimuksen korostuminen johti sitä vastoin kokonaan toisentyyppiseen juridiikkaan, jossa oikeusjärjestelmän tilalle tutkimuskohteeksi tulivat konkreettiset oikeusongelmat sinänsä. Uusi ajattelutapa näkyy selvästi etenkin *af Hällströmin* ja *Taxellin* teoksissa. Muutaman ''suuren'' luokitteluongelman asemesta niissä käsitellään satoja käytännöllisiä kysymyksiä.[6]

Siirtymä käytännölliseen juridiikkaan ei kuitenkaan ollut totaalinen, vaan rajoittui lähinnä ruotsinkielisiin nuoremman polven tutkijoihin.[7] Vanhaa traditiota jatkoi 1940-luvulla laajamuotoisesti *Hannikainen* saaden tukea varttuneemman polven edustajilta.[8] Näiden, tieteellisen taustansa selkeästi paljastavien tutkimusten ohella ilmestyi luonnollisesti myös eräänlaista murrosvaiheen lainoppia, jota ei ilmeisesti voitaisi arvostaa kovin korkealle kummankaan paradigman mittapuita käyttäen.

d. Käytännöllisyyden vaatimus toi lainoppiin *sääntöskeptisistisiä* piirteitä. Abstraktisia ja kaavamaisia sääntöjä, joihin aiempi lainoppi pandektistisen oikeuskulttuurin ohjauksessa paljolti oli pyrkinyt, alettiin vieroksua sen tähden, että ne eivät kylliksi voineet ottaa huomioon elävän elämän monimuotoisuutta ja jäivät siten todellisuudelle vieraiksi. Syntyi painetta sääntöjen eriyttämiseen elämän kasuistiikkaa paremmin myötäileviksi. Haluttiin myös suosia yleislausekkeita, jotka mahdollistivat in casu -ratkaisut.[8a] Asenteella ei kuitenkaan ollut kovin suoraa yhteyttä skandinaavisen realismin sääntöskeptisismiin, joka nojasi ontologisiin perusteisiin. Yhteistä oli lähinnä instrumentalistinen asennoituminen oikeussääntöjen tehtäviin. Sitä vastoin in casu -juridiikka,

---

[6] Ks. tarkemmin jäljempänä kysymyksenasettelua koskevassa jaksossa esitettyä.

[7] Suhtautuminen pohjoismaiseen juridiikkaan noudatti 1940-luvulla melko tarkoin kielirajaa. Tämä näkyy myös juridisissa aikakauskirjoissa. JFT:n sivuja sävyttää voimakas pohjoismaisuuden, pohjoismaisten yhteyksien ja oikeusjärjestyksen pohjoismaisten juurien korostaminen. Lakimies-lehden kirjoituksista ei sitä vastoin näytä voitavan pelkistää esiin yleisiä ja yhteisiä pyrkimyksiä.

[8] *Hannikainen,* Pidätysoikeuden rakenteesta. Ks. myös esim. *Heikonen* Yhteisomistajan oikeudesta luovuttaa tietty osa osuudestaan määrätarkoitukseen ostetusta kiinteistöstä, *Hakulinen,* Sovintojako ja perintöosuuden luovutus ja *Caselius,* Tontin osan lunastamisesta.

[8a] Yleislausekkeita ja in casu -ratkaisuja koskevasta tuon ajan keskustelusta ks. *Alanen,* Kohtuusnäkökohtien merkitys lainsäädännössä ja -käytössä, *af Hällström,* Borde lagarna vara uttömmande och detaljerade eller kortfattade och allmänt hållna?, *Ek,* Bidrag till läran om utomobligatoriskt skadeståndsansvar s. 44, 91, 119, 183—185, 194 ja 246, *Taxell,* Aktiebolagstyrelsens kompetens esim. s. 9, 192, 202 ja 303 ja *Taxell,* Panträtt i skuldebrev s. 49—50.

jota kohden kurssi käännettiin, oli vierasta etenkin *Lundstedtille,* jolle ratkaisujen ennakoitavuus oli tärkeä arvo.[9]

e. Jos huomio kiinnitetään siihen, mitä 1940-luvulla tapahtui subjektiivisille oikeuksille, voidaan todeta, että tältäkin osin lainopissamme elettiin murroskautta. Tutkijat, jotka edellisinä vuosikymmeninä olivat omaksuneet käsityksen subjektiivisten oikeuksien jakamattomuudesta ja fysikaalisesta mutta ajan kahleista vapautuneesta käyttäytymisestä, säilyttivät yhä entisen näkemyksensä. *Hannikaisen* väitöskirja ''Pidätysoikeuden rakenteesta'' jatkoi tätä traditiota. Suhtautuminen juridisiin käsitteisiin on siinä käsitelainopille tyypillistä. Subjektiivisten oikeuksien sisältö nähdään apriorisena, lainsäädännöstä ja muista oikeuslähteistä periaatteessa riippumattomana asiana. *Hannikainen* toki myönsi, että lainsäätäjä saattoi rikkoa systeemiä poistamalla oikeuden olemuksesta johtuvia oikeusvaikutuksia tai liittämällä subjektiiviseen oikeuteen vaikutuksia, jotka eivät kuuluneet sen olemukseen. Mikäli näin ei nimenomaisesti tapahtunut, kysymys oli sitä vastoin ratkaistava oikeuden olemuksesta lähtien. Tätä kautta sai lainopissa välitöntä merkitystä se oikeuskulttuuri, jonka tuotetta kyseinen käsitejärjestelmä oli.[10]

Uusi induktiiviseksi nimitetty metodi, jonka piirteet lienevät parhaiten muotoilleet *Lassen* ja *Undén,* alkoi kuitenkin saada lisää jalansijaa. Tämän ajatustavan mukaan lainopillisia kysymyksiä ei tule pyrkiä ratkaisemaan subjektiivisten oikeuksien käsitteistä lähtien. Päinvastoin ne on ratkaistava lain ja muiden oikeuslähteiden perusteella edellyttämättä ennalta, että ne oikeutukset, joista tietty subjektiivinen oikeus vanhan teorian mukaan koostuu, välttämättä liittyvät yhteen. Oikeutusten olemassaolo ei ole heijastusta sen taustalla olevasta subjektiivisesta oikeudesta, vaan perustuu oikeustosiseikastoon, jonka laki tai muut oikeuslähteet ilmaisevat. Käsitelainopillinen metodi pyrkii näin ollen kiipeämään latvasta puuhun. Subjektiivisten oikeuksien sisältö, mistä käsitelainopillinen tutkimus aloittaa, voidaan esittää vasta konkreettisen, oikeuslähtei-

[9] Toisaalta on todettava, että suomalaisten, uutta pohjoismaista juridiikkaa esikuvanaan pitävien tutkijoiden suhtautumisessa in casu -juridiikkaan oli eroja. *Taxellin* kannattaessa sitä lähes varauksetta *af Hällströmin* asenne meni hyvin lähelle Lundstedtin kantaa. Ks. *af Hällström,* Verkan av ägareförbehåll s. 14, jossa kirjoittaja Lundstedtin tavoin erottaa toisistaan reaaliset näkökohdat ja kohtuusnäkökohdat. ''De förra (so. reaaliset näkökohdat) gå alltid ut på någonting objektivt, som kan bära upp en rättsprincip, medan billighetskänslan oftast avslöja någonting subjektivt. Att stöda sig på billighetsgrunder utvisar vanligen, att man saknar verkliga sakskäl''.

[10] Systeemin merkityksestä lainsäädännön merkitykseen verrattuna ks. *Hannikainen,* Pidätysoikeuden rakenteesta esim. s. 29 ja s. 38—39.

siin perustuvan tutkimuksen jälkeen, sen eräänlaisena yhteenvetona. Toisin sanoen subjektiivisilla oikeuksilla ei ole ylipositiivista olemusta, vaan niiden sisältö on se, minkä laki ja muut oikeuslähteet niille kulloinkin antavat.

Kuvattua näkemystä edustavista, uraa uurtavista tutkimuksista on syytä mainita etenkin *af Hällströmin* ''Verkan av ägareförbehåll'' ja *Taxellin* ''Panträtt i skuldebrev''. Kummassakin työssä oikeutukset murtautuivat kuorestaan itsenäisiksi tutkimuskohteiksi. Käsitys, että subjektiiviset oikeudet saattoivat haljeta ja jakautua eri subjekteille kuuluviin osiin, avasi mahdollisuudet oikeussuhteen eri osapuolten oikeusasemien entistä yksityiskohtaisempaan tarkasteluun suhteen kehitysprosessin eri vaiheissa. Molemmissa tutkimuksissa mahdollisuutta käytettiin hyväksi. Näin voitiin tyydyttää tarvetta vanhojen kaavamaisten sääntöjen eriyttämiseen oikeuselämän vaatimuksia paremmin vastaaviksi.

Uuden käsitystavan seurauksena subjektiivisten oikeuksien asema juridiikassa alkoi heikentyä.[11] Ne eivät enää entiseen tapaan olleet oikeutusten lähteitä, vaan korvautuivat oikeustosiseikastoilla.[12] Skandinaavisen realismin vaatimus, jonka mukaan oikeusseuraamukset on metafyysisten oikeuksien asemesta kytkettävä reaalisiin tosiseikastoihin, alkoi näin toteutua. Vaikka muutos sopi erinomaisesti skandinaavisen oikeusrealismin tieteenkuvaan, sen perusteet näyttävät pikemminkin käytännöllisiltä kuin filosofisilta. Oikeuksien problemaattiseen ontologiaan ei vedottu muutoksen perustelemiseksi.

f. Sitä seikkaa, että muutoksen syyt eivät voittopuolisesti olleet filosofisia, ilmentää sekin, että *tieteen ja arvostusten suhdetta* koskeva problematiikka jäi keskustelussa jokseenkin täysin syrjään. Kuten muistetaan, skandinaavisen realismin tapa reagoida arvoteoreettiseen nonkognitivismiin oli väitteiden ja suositusten erottaminen toisistaan. Arvostukset voitiin tuoda lainoppiin, mutta hintana oli tulosten muuttuminen suosituksiksi. 1940-luvun siviilioikeustieteessämme ei väitteiden ja suositusten väliselle erottelulle juuri annettu merkitystä. Arvostuksia, joita reaalisen argumentoinnin yleistyminen toi lisääntyvässä määrin juridiikkaan, ei mitenkään pyritty eristämään tosiasioista, vaan ne kutoutuivat entistä olennaisemmaksi osaksi lainopin tuloslauseitten argumenttitaustaa.

Oikeusteoreettisessa keskustelussa probleemi tuli sitä vastoin esille. Paina-

[11] Suhtautumisesta subjektiivisten oikeuksien merkitykseen ks. esim. *Ek,* Bidrag till läran om utomobligatoriskt skadeståndsansvar s. 145—148 ja s. 169—172 ja *af Hällström,* Verkan av ägareförbehåll s. 86, 90 ja 129. Kehitystendenssiä vastaan puhui B. C. Carlson, Rättigheten, *passim.*

[12] Ks. *Taxell,* Panträtt i skuldebrev s. 84.

vimman puheenvuoron käytti *B. C. Carlson.* Hän vastusti reaalisen argumentaation puolustajien tapaa kytkeä arvostukset tieteeseen. Väittäessään johtavansa argumenttinsa elävästä elämästä uuden pohjoismaisen metodin edustajat syyllistyvät Carlsonin mukaan ajatusvirheeseen. Tosiasioista ei näet voida johtaa normeja. De facto — Carlson toteaa — kyseiset tutkijat johtavatkin argumenttinsa omista moraalisista ja lainsäädäntöpoliittisista katsomuksistaan. Tulokset, joihin he tällöin päätyvät, eivät siten ole tieteen tuloksia vaan oikeuspolitiikkaa.[13] Kyseistä menettelyä tulisi Carlsonin mukaan pyrkiä välttämään. Mikäli näin ei tehdä, on muistettava, että saadut tulokset eivät ole tieteen tuloksia, vaan pelkkiä lainkäyttäjille suunnattuja ehdotuksia tai suosituksia.[14]

Kuten havaitaan, Carlsonin kirjoituksessa on idullaan ajatus oikeustieteen tulosten jakautumisesta tieteeseen ja politiikkaan. Samoin siihen sisältyy vaatimus siitä, että nämä puolet on pidettävä toisistaan erillään ja vältettävä esittämästä arvostuksia tieteen kaavussa. Hieman samaan tapaan näyttää ajatelleen *Brusiin,* joka kuitenkin suhtautui Carlsonia olennaisesti suopeammin arvostusten mukanaoloon käytännön lainopissa.[15]

Reaalisen argumentaation puolustajat eivät juuri vastanneet Carlsonin esittämään kritiikkiin. Ainoa tuntemani kirjoitus, joka kenties voidaan tulkita vastaukseksi, on *Godenhielmin* ”Några ord om juridiken som vetenskap”. Sen mukaan reaalisten argumenttien käyttäminen sääntelemättömien tilanteiden ratkaisemisessa ei merkitse sitä, että tulokset olisi ymmärrettävä pelkästään suosituksiksi. Mikäli reaalisille argumenteille myönnetään oikeuslähteen asema, voivat tutkimustulokset näissäkin tapauksissa olla oikeita tai tosia, eivät pelkästään ”fromma önskningar av enbart subjektiv karaktär”.[16] Godenhielmin näkemys eroaa tässä kohden selvästi *Alf Rossin* ajatuksista. Lainopin tulos, joka perustui reaalisiin argumentteihin, saattoi Rossin mukaan samanaikaisesti olla sääntöhypoteesi ja toisaalta sääntösuositus. Sitä vastoin se seikka, että tulos seurasi reaalisista argumenteista, ei yksinään riittänyt osoittamaan, että tulos oli paikkansapitävä kuvaus voimassaolevasta oikeudesta. Godenhielmin kirjoituksesta ei selviä, millaisiin argumentteihin hänen näkemyksensä perustuu. Jos näkemyksen taustalle halutaan konstruoida jokin teoria, voidaan sanoa, että näkemys sopii ajatukseen, jonka mukaan voimassaoleva oikeus on käy-

[13] *B. C. Carlson,* Reella övervägande s. 320—325.

[14] *B. C. Carlson,* Reella övervägande s. 327—329.

[15] Ks. *Brusiinin* alustusta Lainopillisen yhdistyksen keskustelukysymykseen: ”Under vilka förutsättningar kan rättsvetenskapen främja den praktiska juristens arbete” s. 285.

[16] Några ord om juridiken som vetenskap s. 16.

tännöllisen oikeuselämän ideaalimalli, oikeusyhteisössä omaksuttu rationaliteetti, jonka reaalinen argumentaatio tuo nähtäville. On mahdollista, että tämä tulkinta saattaisi vastata tuon ajan pohjoismaista juridiikkaa esikuvanaan pitävien tutkijoiden implisiittisiä käsityksiä tieteensä tutkimuskohteesta.[17]

2.5. 1950-luku

a. 1950-lukua voidaan pitää saumattomana jatkona edellisellä vuosikymmenellä vauhdittuneelle oikeustieteen pohjoismaistumiskehitykselle. ''Empiirisinduktiivinen'' asennoituminen yleistyi ja saavutti enenevässä määrin myös suomenkieliset tutkijat. Se ei kuitenkaan päässyt monopoliasemaan. Sen ohella esiintyi yhä käsitelainopillisesta tieteenkuvasta lähtevää tutkimusta, josta voidaan selkeimpänä esimerkkinä mainita *Nikupaavolan* ''Yhteiskiinnityksestä I''. Käsitelainopille tunnusomaiseen tapaan on tosiseikkojen ja oikeusseuraamusten väliset relaatiot ymmärretty siinä vain ''pintailmiöiksi'', joiden merkitys tieteen kannalta on lähinnä siinä, että niiden avulla voidaan tehdä päätelmiä pintailmiöiden takana olevasta syvemmästä oikeustodellisuudesta, joka oli tieteellisen juridiikan varsinainen tutkimuskohde.[1]

[17] Näkemys, jonka mukaan lainopin tulosten tulee olla rationaalisia tutkittavan oikeusinstituutin yhteiskunnallisten tavoitteiden kannalta, oli uuden pohjoismaisen ajattelutavan keskeisiä korostuksia. Ks. esim. *Taxell,* Panträtt i skuldebrev s. 28—30.

[1] Ks. *Nikupaavola,* Yhteiskiinnityksestä esim. s. 178—179, jossa kirjoittaja pohtii kysymystä, millainen on olemukseltaan saamisoikeuden ja kiinteistöpanttioikeuden suhde. Voitaisiin ehkä olettaa, että kirjoittaja tosiasiassa pohtii niihin tilanteisiin liittyviä käytännöllisiä kysymyksiä, joissa jollakulla on kiinteistöpanttioikeus saatavaansa turvaamassa, ja että hän vain ilmaisee itsensä ''vanhakantaisesti''. Näin ei kuitenkaan ole, vaan hän todella pyrkii löytämään po. suhteen olemuksen. Käytännön kysymyksiä koskevat oikeussäännöt antavat informaatiota ongelman ratkaisemiseksi, mutta niillä ei ole teoksessa itsenäistä merkitystä.

Nikupaavola kirjoittaa: ''Sen seikan, että velkoja saa toteuttaa oikeutensa ainoastaan kerran vaikka hänellä on kaksi eri oikeutta kumpikin omine toteuttamisvaltoineen, täytyy olla *seuraus* (kurs. tässä) molempien oikeuksien välisestä yhteenkuuluvaisuudesta eikä syynä siihen. Yhteenkuuluvaisuus on taas löydettävissä vain siitä oikeuksien aineosasta, mikä on samanlainen kummassakin oikeudessa, siis saamisoikeutuksesta. Kun saamisoikeus ja panttioikeus perustetaan samanaikaisesti siten, että persoonallinen velallinen panttaa kiinteistönsä, niin niillä oikeusfaktoilla, joilla velkojalle luodaan saamisoikeutus velallista vastaan persoonallisena velallisena ja saamisoikeutus häntä vastaan kiinteistön omistajana, asianosaiset kytkevät nämä kaksi saamisoikeutusta toisiinsa siten, että ne tulevat koskemaan yhden ja saman kertakaikkisen rahamäärän siirtymistä oikeutetun subjektin oikeuspiiriin. Ei voida sanoa, että kysymyksessä olisi yksi ainoa saamisoikeutus, sillä toinen sisältää oi-

Käsitelainopillinen tapa ymmärtää oikeustieteen tutkimuskohde oli kuitenkin väistymässä. Vallitsevaan asemaan kohosi suomenruotsalaisesta juridiikasta jo edellisiltä vuosikymmeniltä tuttu näkemys, jonka mukaan lainopin tulee olla empiiristä ja käytännöllistä.[2] Jos tarkastelemme, miten tällaisen lainopin tutkimuskohde erosi käsitelainopin kohteesta, näyttäisi ratkaiseva ero olevan siinä, että empiirisyyttä korostava tutkimussuuntaus luopui syvemmän oikeustodellisuuden olettamisesta. Sen mukaan eivät fakta-seuraamus -relaatiot olleet minkään syvemmän oikeustodellisuuden manifestaatioita, vaan ne olivat juuri se oikeustodellisuus, jonka tutkiminen oli oikeustieteen tehtävä.[3] Lainoppi oli käytännöllistä ja empiiristä silloin, kun se keskittyi po. relaatioiden sisällön selvittämiseen pyrkimättä enää niiden taakse. Tutkimuksen kohteena saattoivat olla joko tunnettuun tosiseikastoon liittyvät oikeusvaikutukset tai tunnetun oikeusvaikutuksen edellytyksenä olevat oikeustosiseikat. Tällä perusteella voidaan sanoa, että kysymys pohjoismaista mallia seuraavan lainopin tutkimuskohteesta pelkistyy itse asiassa kysymykseksi siitä, millaisen *ontologisen tulkinnan kyseinen lainoppi antoi po. relaatiolle.* Tätä kysymystä tarkas-

keuden saada yksilöllisesti määrätyltä henkilöltä ja toinen määrätyn kiinteistön omistajalta. Kysymys on siten kahdesta eri saamisoikeutuksesta, jotka kumpikin omalta taholtaan ja omia toteutumiskeinojaan käyttäen pyrkivät saman kertakaikkisen saamismäärän siirtämiseen velkojan oikeuspiiriin. Mikä oikeushyvän siirtymisessä tapahtuu aktiivisen subjektin oikeuspiirin ulkopuolella toisen oikeuden mukaisesti, ei koske toista oikeutta, mutta mikä tapahtuu sen sisäpuolella, so. saamisoikeutuksen toteutuminen tulokseen nähden, on samalla myös toiseen oikeuteen sisältyvän saamisoikeutuksen samanlaista toteutumista. Samanlainen on riippuvaisuussuhde silloinkin, kun oikeudet syntyvät perättäisesti, sillä myöhemmän oikeuden syntymisperusteissa täytyy olla sen määräävän seikan, mikä kytkee saamisoikeutukset sanotulla tavalla toisiinsa. Saamisoikeus ja panttioikeus ovat siten tasapuolisesti toisistaan riippuvaisia. Kummankin oikeuden toteuttamiskeinot, erityisesti persoonallinen vastuu ja esinevastuu, ovat omaa saamisoikeutustaan varten, mutta saamisoikeutusten välinen suhde aiheuttaa sen, että kummankin oikeuden toteuttamiskeinot palvelevat ei vain omaa, vaan samalla myös toista oikeutta".

Sitaatista on helppo havaita, ettei kirjoittaja pyri kuvaamaan oikeussääntöjä, vaan oikeussäännöt nähdään syvemmän oikeustodellisuuden aiheuttamina seurauksina, joiden perusteella voidaan jäljittää niiden syyn l. syvemmän oikeustodellisuuden piirteitä.

[2] Ks. esim. *Zitting,* Omistajanvaihdoksesta s. 84, *Godenhielm,* Om säljarens bundenhet under ändrade förhållanden s. VII, *Vuorio,* Oikeustoimesta funktio- ja substanssikäsitteenä s. 444 ja *Taxell,* Om förutsättningarna för säljarens skadeansvar när godset har fel s. 81.

[3] Oikeustosiseikka-oikeusseuraamus -erottelun käytöstä ks. esim. *Godenhielm,* Om säljarens bundenhet s. 66—68 ja s. 182—190, *Vuorio,* Työsuhteen ehtojen määrääminen s. 42—46, s. 109 ja s. 161, *sama,* Oikeustoimesta funktio- ja substanssikäsitteenä s. 455, *Ylöstalo,* Testamentinmoitteesta s. 178, *Zitting,* Arvopaperin luovutuksensaajan oikeussuojasta s. 34—36, *Muukkonen,* Muotosäännökset s. 28—30 ja *Bonsdorff,* Om rättsfaktum och rättsverkan vid tvungen kvittning esim. s. 226.

tellaan seuraavassa käyttäen ensiksi lähtökohtana tutkijoiden nimenomaisia lausumia asiasta. Sen jälkeen pyritään suoraan tutkimussuorituksia analysoimalla selvittämään, millainen kuva tutkimuskohteesta niistä heijastuu.

b. Edellisten vuosikymmenien tapaan oli jokseenkin harvinaista, että siviilioikeuden tutkija katsoi asiakseen kertoa, miten hän ymmärtää tutkimuskohteensa. Jossakin määrin esiintyi tosin kirjoittelua, jossa kärjekkäin sanakäänteinen arvosteltiin Upsalan koulun, erityisesti *Lundstedtin,* tapaa ymmärtää oikeustieteen tutkimuskohde ja tehtävät.[4] Kuten ennenkin kritiikki oli yleensä löyhää ja heikkotasoista. Upsalan koulun argumentit jäivät usein lähes koskemattomiksi. Esitetyt vasta-argumentit olivat toisaalta sen luonteisia, ettei niiden perusteella voida muodostaa jäsenneltyä kuvaa kriitikon rakentavista ajatuksista.[5]

---

[4] Ks. esim. *Hakulinen,* Oikeudentunto s. 225—229, *Kivimäki,* Oikeudellisen ajattelun kehityksestä viime vuosikymmenien kuluessa s. 124, *Vuorio,* Työsuhteen ehtojen määrääminen s. 51—52 ja *Nikupaavola,* Yhteiskiinnityksestä s. 27—28.

[5] Ks. esim. Kivimäen argumentteja em. kirjoituksessa: s. 124. ”Dogmaattista oikeusteoriaa vastaan on kuitenkin tehty pitemmällekin meneviä muistutuksia kuin edellä on esitetty. Skandinaavisissa maissa on syntynyt koulukunta, joka kiistää objektiivisten oikeusnormien olemassaolon ja hylkää subjektiivisen oikeuden, oikeudenvastaisuuden ja eräät muutkin oikeustieteen työvälineinään käyttämät käsitteet ”maagillismystillisinä”. Sitä seuraten meilläkin toisinaan esitetään, että oikeussuojaa olisi olemassa vain sikäli kuin sitä oikeudenkäynnissä myönnetään ja mainittuja käsitteitä ainoastaan, mikäli niistä voidaan tehdä havaintoja konkreettisissa oikeuskonfliktien ratkaisuissa. Koulukunnan mukaan olisi oikeustieteessäkin luotava normeja vain sitä silmällä pitäen, hyödyttävätkö ne yhteiskuntaa (samhällsnytta) vai ei. Uusi suuntakin operoi siis käsitteellä, joka, nimittäin yhteiskunnan hyöty, ei ole vähemmän ”maagillinen” kuin sen kiistämät käsitteet. Esim. bruttohintajärjestelmän yhteiskuntaa hyödyttävä tai vahingoittava vaikutus on ylen kiistanalainen. Subjektiivisen oikeuden käsite on oikeusoppineelle tarpeen, paitsi muusta, siitä syystä, että sen avulla oikeusilmiöt voidaan systematisoida selkeäksi järjestelmäksi, mutta maallikolle, esim. esineen omistajalle se on realiteetti. Oikeudenmukaisuus on taas kuten sattuvasti on huomautettu, ihmisen elämyspiiriin kuuluva välttämätön elementti, jota ei voida sivuuttaa; vääryys, jonka joku tuntee kärsineensä, voi myrkyttää hänen elämänsä. Mikael Kohlhaas, joka ei saanut oikeutta, sanoikin, mennessään kuolemantuomiolle, kuolevansa todella mieluummin kuin elävänsä koiran elämää. Sen vuoksi oikeudenmukaisuuden käsite, joka perustuu oikeusjärjestelmän ylipositiivisiin normeihin, on sen kulmakiviä”.

Toisaalta *Lundstedt* sai myös kiitosta ajatustensa stimuloivasta ja hedelmöittävästä vaikutuksesta juridiikkaan. *Gunnar Nybergh* näyttää muita selvemmin havainneen, miten huomattavasti suomalainenkin oikeustiede oli — samalla kun se kritisoi *Lundstedtin* ajatuksia — tosiasiassa kääntynyt tämän edustaman tieteenkuvan suuntaan. Ks. *Nyberghin* arviointia *Lundstedtin* teoksesta ”Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtwissenschaft” s. 208. Ks. myös P. E. von Bonsdorffin lausumaa JFT 1957 s. 338.

Tuon ajan kotimaisessa *oikeusteoriassa* kysymys oikeustieteen tutkimuskohteesta sai hieman enemmän huomiota. Jo edellä on tullut mainituksi *Lehtisen* teos, jossa hyväksyttiin Upsalan koulun käsitykset. Puheena olevassa relaatiossa oli sen mukaan kyse oikeusfaktoiksi nimitettyjen tosiasioiden ja oikeusseuraamuksiksi sanottujen tosiasioiden välisestä empiirisestä säännönmukaisuudesta. Samassa empiirisessä hengessä asiaa tarkastelivat *Brusiin* ja *Lahtinen*. Kummankin mukaan oikeusnormin voimassaolo merkitsi normin tehokkuutta ts. sitä, että oikeusseuraamus tietyllä säännönmukaisuudella liittyi tiettyyn tosiseikastoon.[6] *Carlson* puolestaan pysyi aikaisemmalla normativistisella kannallaan. Oikeustieteen tutkimuskohteen muodostavat hänen mukaansa annetut säännöt. Ne ovat ajateltuja ilmiöitä (''ideella företeelser''), eivät empiirisiä tosiasioita.[7] Tästä syystä ei oikeustieteen tuloksia voida hänen mukaansa kontrolloida vertaamalla niitä empiiriseen todellisuuteen. Kontrollimahdollisuuksien puuttumisesta johtuu, että oikeustieteen tulokset eivät voi olla objektiivisesti päteviä, vaan voidaan puhua ainoastaan järjestelmän sisäisestä (''inomrättslig'') pätevyydestä. Tällainen pätevyys säännöllä on nähdäkseni silloin, kun se on oikein johdettu järjestelmään kuuluviksi tiedetyistä muista säännöistä.[8]

Oikeustieteen tutkimuskohteen ongelmaan puuttui lyhyesti myös *Makkonen*. Hän ei esittänyt asiasta omaa teoriaa, mutta esitti tulkinnan ''modernin oikeusteorian'' käsityksestä. Makkosen mukaan moderni oikeusteoria pyrkii ymmärtämään oikeustieteelliset väitteet väitteiksi normisysteemin sisällöstä, joka siis muodostaa oikeustieteen tutkimuskohteen.[9] Makkosen tulkinta on kuitenkin itse avoin monille eri tulkinnoille. Hän ei kerro, millaiseksi ilmiöksi normisysteemin sisältö olisi tulkittava. Luonnehdinnan avoimuus käy ymmärrettäväksi, kun otetaan huomioon, että Makkonen suhtautui ylipäätään varauksellisesti ontologisten kysymyksenasettelujen mielekkyyteen. Hän näyttää ajattelevan, että ontologiset kysymykset voidaan häivyttää muuttamalla ne semanttisiksi.

Makkosen mukaan olisi suotavaa antaa reaalitiedon luonnetta koskevan pohdiskelun väistyä semanttisten kysymysten tieltä. Hän toteaa: ''Kun reaalikäsite edellä tarkoitetussa mielessä todellisuuteen ankkuroituna osoittaa tosi-

---

[6] *Brusiinin* käsityksestä ks. Über die Objektivität der Rechtsprechung s. 15—16. Ks. myös *Kangas,* Piirteitä Otto Brusiinin ajatusmaailmasta s. 86—89. *Lahtisen* käsityksestä ks. Zum Aufbau der rechtlichen Grundlagen s. 183—186.

[7] Ks. *Carlson,* Rätten s. 162. Ks. myös *Carlson,* Giltigheten s. 166—180.

[8] Vrt. *Jansson Jan-Magnus,* En inhemsk rättsteoretiker s. 194.

[9] *Makkonen,* Ajatuksia juridisen kielen loogisesta analyysista s. 55.

asiaa esineellisesti (bezeichnen), on kysyttävä esim. ''mikä on juriidinen henkilö?''. Tällöin syntyy helposti ajatusharha ikäänkuin kysymyksessä olisi jokin jo olemassa oleva, joka vain on löydettävä, kaivettava esiin niinkuin kätketty aarre. Tämä vältetään, jos kysymys asetetaan semanttisesti: ''Mitä merkitsee (bedeuten), kun sanomme, että joku on juriidinen henkilö?'' ... On otettava huomioon, että juridiikassa on paljon termejä esim. ''hyvä kauppiastapa'', joille tuskin voidaan reaalisisältöä antaakaan, mutta joiden merkityksestä silti on voitava keskustella, koska ne tosiasiallisesti kuuluvat juridiseen kielenkäyttöön. Semanttinen asennoituminen on tällöin ainoa ratkaisu. Parempi kuin modernin filosofian asein karkoittaa mainitunlaiset termit tieteen piiristä, on koettaa samoin asein selvittää niiden merkitystä ja käyttöedellytyksiä.''[10]

Makkosen kanta näyttää asiallisesti olevan jokseenkin sama, jonka *Unden* esitti kirjoituksessaan ''Några synpunkter på begreppsbildning inom juridiken''. Molemmat ovat epäilemättä oikeassa siinä, että kysymyksenasettelun muuttaminen semanttiseksi on edistysaskel entiseen verrattuna. Kun kysymykseen sisältyvää olettamaa tällä tavoin heikennetään, avautuu vastaukselle enemmän tilaa. Kysymykseen 'mitä tarkoittaa' voidaan vastata useammalla tavalla kuin kysymykseen 'mitä on'. Ajatus, että ontologinen ongelma näin tulkittuna katoaisi, ei kuitenkaan pidä paikkaansa. Se ainoastaan muuttaa muotoaan.

Palaan *siviilioikeuden* tutkijoiden käsityksiin. Useimmat tutkijat sivuuttivat tutkimuskohteensa ongelman täysin. Joitakin lyhyehköjä mainintoja voidaan silti löytää. Ne olivat joko avoimesti normatiivisia, oikeusilmiöt pitämisen maailmaan sijoittavia, taikka sellaisia, joissa empiristisistä lähtökohdista liu'uttiin mielenkiintoisella tavalla normativistiseen suuntaan.

Puhtaan normativistisen käsityksen esitti *Telaranta*. Hänen mukaansa oikeustieteen tutkimuskohteena ovat velvoittavat säännöt, käskyt ja kiellot. Hän toteaa: ''Tästä säännösten normin luonteesta aiheutuu, ettei oikeuden määräyksiä, vaikka ne kirjoitettuun muotoon laadittuina ilmenevätkin tosiasioiden luontoisina, kuitenkaan voida pitää olemukseltaan ilmiömaailmaan kuuluvina. Tosiasioista ei näet voi johtaa muuta kuin tosiasioita, ei koskaan velvollisuutta''.[11] Telarannan lähtökohta on, kuten sanotusta havaitaan, hyvin kelseniläinen.

Empiristisestä lähtökohdasta ponnistavasta tutkijasta tarjoaa puolestaan hyvän esimerkin *Vuorio*. Modernille tutkimukselle tyypilliseen tapaan hän korosti eri yhteyksissä oikeustieteen empiirisyyttä. Toisaalta hän hyväksyi *Kel-*

[10] *Makkonen,* em. kirjoitus s. 55.

[11] *Telaranta,* Varallisuusoikeudellinen tahdonilmaisu s. 15.

senin teesin oikeustieteen puhtaudesta ts. ajatuksen, että oikeustieteellä on oma, poliittisideologisista, luonnontieteellisistä ja sosiaalitieteellisistä aineksista puhdistettu tutkimuskohteensa. Vuorio toteaa, että oikeussäännön voimassaolo merkitsee oikeusdogmaattiselta kannalta katsottuna pakkokeinojen mahdollisuutta *normien mukaan*. Tämä ei ole sama kuin pakkokeinojen esiintymisen tosiasiallinen mahdollisuus. Jos kysytään tosiasiallista mahdollisuutta, siirrytään sosiologiseen tarkasteluun. Jos puolestaan kysytään velvollisuuden tunteen tms. käyttäytymisasenteen olemassaoloa siirrytään psykologiaan.[12] Kuten havaitaan, empiristisyys ei näyttänyt edellyttävän sitä, että fakta-seuraamus -relaatiolle olisi tullut antaa empiirinen tulkinta. Samalla tavoin kuin aikaisemmin *Ek*'in teoksessa näyttää empiirisyysvaatimus lieventyneen vaatimukseksi käytännöllisen, sääntötasolla pysyvän tutkimusasenteen suosimisesta ''syntyjä syviä'' mietiskelevän asemesta.

Tulkinta, joka tässä on esitetty *Vuorion* ajatuksista, vastaa käsitykseni mukaan monen muunkin empiirisyyttä korostaneen lainoppineen ajatuksia. Esimerkiksi *Zittingiä* — Vuorion esikuvaa — voidaan samassa mielessä pitää kelseniläisenä.[13]

Hieman toisella tavoin näkyy ''olemisen'' ja ''pitämisen'' välinen jännite niiden tutkijoiden ajattelussa, jotka nimenomaisesti ilmoittivat lähtökohdakseen oikeusrealismin. Heitä olivat *Olsson* ja *Godenhielm*. Kummankin julkituoma käsitys voimassaolevan oikeuden käsitesisällöstä oli sama, jonka *Ross* oli esittänyt teoksessaan ''Om Ret og Retfærdighed''; voimassaoleva oikeus koostuu säännöistä, joita tuomioistuinten voidaan olettaa soveltavan tulevia oikeusriitoja ratkaistessaan.[14] Puheena oleva relaatio tulkitaan siis tässä ennusteeksi siitä, että tuomioistuimet tietyn tosiseikaston ollessa käsillä käyttäytyvät tietyllä, säännönmukaisella tavalla. *Olsson* pitää tätä ''modernin pohjoismaisen doktriinin käsitystä'' teoreettisesti paljon tyydyttävämpänä kuin *Kelsenin* näkemystä.[15] Hän selvittää myös, millä tavoin tuomioistuimen käyttäytymistä koskeva ennuste voidaan eri tapauksissa laatia. Jos kirjoitettu laki on selvä, voidaan hänen mukaansa yleensä olettaa, että lakia tullaan noudattamaan. On kuitenkin tutkittava myös muita olosuhteita, esimerkiksi oikeuskäy-

[12] Ks. *Vuorio,* Oikeustoimesta funktio- ja substanssikäsitteenä s. 454. Ks. myös *Vuorio,* Työsuhteen ehtojen määrääminen s. 171.

[13] Zittingin ajatuksista tulee tarkemmin puhetta jäljempänä tarkasteltaessa sitä käsitteistöä, jota käyttäen oikeustodellisuutta kuvattiin.

[14] Ks. *Olssonin* arviota *Janssonin* teoksesta ''Hans Kelsens statsteori'' JFT 1951 s. 313—314 ja *Olsson,* Om köpares borgenärsskydd s. 114 sekä *Godenhielm,* Om säljarens bundenhet under ändrade förhållanden s. 7.

[15] *Olsson,* JFT 1951 s. 313.

täntöä. Tällöin saattaa paljastua, että tuomioistuimet ovat jo kauan sitten luopuneet soveltamasta lakia. Ennuste on tässä tapauksessa laadittava toiselta pohjalta. Vaikka säännösten desuetudota ei voitaisikaan osoittaa — mikä etenkin harvoin aktualisoituvan säännöksen osalta voi olla vaikeaa — saattaa silti käydä ilmeiseksi, ettei säännöksen voida katsoa ilmaisevan voimassaolevaa oikeutta. Se on näet voimaantulonsa jälkeen saattanut sillä tavoin vanhentua, ettei tuomioistuimen voida enää olettaa soveltavan sitä.

Viimeksi mainituissa tapauksissa, samoin kuin muissa tapauksissa, joissa laki on puutteellinen tai epäselvä, on oikeustieteen *Olssonin* mukaan tuotava esiin ne argumentit, joita tuomioistuinten voidaan ajatella ottavan huomioon asiaa ratkaistessaan. Näitä ovat mm. oikeuskäytäntö, lähialueen kirjoitettu lainsäädäntö, lainsäätäjän tarkoitus ja yleiset tarkoituksenmukaisuusnäkökohdat. Myös oikeuskirjallisuudella on tällöin oma merkityksensä. Jos doktriini on yhtenäinen ja eri vaihtoehtojen puolesta puhuvat argumentit jokseenkin tasapainossa, on Olssonin mukaan todennäköistä, että tuomioistuimet tulevat seuraamaan doktriinia.

Olsson ottaa kantaa myös vastaväitteeseen, joka usein esitetään prognoositeorian horjuttamiseksi. Sen mukaan prognoositeoria on virheellinen kuvaus siitä, mitä lainoppineet voimassaolevalla oikeudella tosiasiassa tarkoittavat. Tämä käy vastaväitteen mukaan ilmi siitä, että lainopin harjoittajat eivät tosiasiassa suinkaan kaihda väittämästä tuomioistuinten ratkaisuja voimassaolevan oikeuden vastaisiksi. Voimassaoleva oikeus ei siten voi redusoitua tuomioistuinkäytäntöön.

Olsson ei pidä tätä argumenttia ratkaisevana. Hän toteaa, että sellainenkin tutkija, joka omaksuu ennusteteorian, voi aivan hyvin kritisoida oikeuskäytäntöä. Voidaan näet ajatella, että annetaan tuomioita, jotka perustuvat ”på en missuppfattning eller ett förbiseende av någon viktig synpunkt — t.ex. skriven lag”. Jos tapahtunut virhe tulee tuomioistuimen tietoon esimerkiksi oikeuskirjallisuudessa esitetyn kritiikin välityksellä, on todennäköistä, että tuomioistuin seuraavalla kerralla valitsee toisen ratkaisuvaihtoehdon. Sääntö, joka on ristiriidassa tuomioistuimen antaman ratkaisun kanssa, voi siis olla voimassaolevan oikeuden mukainen.

Ennusteteorian omaksuminen ei Olssonin mukaan estä vakiintuneenkaan oikeuskäytännön kritiikkiä. Vaikka tietty kanta olisi niin pitkään ja yksimielisesti ollut omaksuttuna tuomioistuinkäytännössä, että sitä olisi pidettävä voimassaolevana oikeutena, voi tutkija tästä huolimatta arvostella oikeuskehitystä ja ”förklara regeln oriktig” esim. osoittamalla puutteita argumentaatiossa, johon tuomiot perustuvat.

Havaitsemme, että lainopin tuloslause, jonka sisältö on ristiriidassa aikaisemman oikeuskäytännön kanssa, voi Olssonin mukaan silti ilmaista paikkansa pitävän väitteen voimassaolevan oikeuden sisällöstä. Edelleen voimme päätellä, että myöskään uusi prejudikaatti ei välttämättä riitä falsifioimaan tulosväitettä. Onhan mahdollista, että prejudikaatti perustuu sellaiseen erehdykseen, josta edellä oli puhetta.

Nämä varaumat, jotka Olsson teki mainitun vastaväitteen torjumiseksi, muuttavat ennusteteoriaa huomattavasti normatiiviseen suuntaan. Sanotusta ilmenee, että yhdenmukaisuus oikeuskäytännön kanssa ei suinkaan kaikissa tapauksissa ole voimassaoloa koskevan väitteen paikkansapitävyyden riittävä tai välttämätön ehto. Voimassaolo ei puheena olevan käsityksen mukaan itse asiassa redusoidu tuomarikunnan tosiasialliseen ratkaisukäyttäytymiseen, vaan se redusoituu *rationaalisen* tuomarin käyttäytymiseen, toisin sanoen sellaiseen käyttäytymiseen, joka ei perustu ''på en missuppfattning eller ett förbiseende av någon viktig synpunkt''. Lisäämällä rationaalisuusvaatimus etäännytään alkuperäisestä behavioristisesta lähtökohdasta. Tuomarin käyttäytyminen voidaan tällöin itse asiassa kokonaan häivyttää voimassaolon kriteerien joukosta ja todeta, että voimassaolevan oikeuden mukainen on sääntö, joka saadaan esiin oikeuslähde- ja tulkintaopin sääntöjä oikein käyttämällä. Oikeussäännön tehokkuudelle jää tosin edelleen merkitystä säännön voimassaolon kannalta, mutta sen merkitys on rajallinen. Ainoastaan yhtenäinen ja pitkäaikainen käytäntö voi korottaa voimassaolevan oikeuden piiriin säännön, joka ei täytä oikeuslähde- ja tulkintaopin vaatimuksia.

'Voimassaoleva oikeus' näyttää siten myös Olssonin kannan mukaan olevan eräänlainen faktinen rationaliteetti, jolla ei ole välttämätöntä yhteyttä tuomioistuinten tosiasialliseen ratkaisukäyttäytymiseen. Varmaa johtopäätöstä asiasta ei kuitenkaan voida tehdä, sillä Olssonin näkemykset eri kirjoituksissa poikkeavat hieman toisistaan. Kirjoituksessaan ''Rättsvetenskapens mål och medel'' Olsson aivan *Alf Rossin* tapaan toteaa tarkoittavansa voimassaolevalla oikeudella sääntöjä, joita tuomioistuimet todennäköisesti soveltaisivat ratkaistavaan tapaukseen. Tutkija, joka näkee tehtäväkseen esittää, miten hän itse tuomarina ratkaisisi asian, ei hänen mukaansa tuota tuloksinaan voimassaolevaa oikeutta koskevia väitteitä, vaan tarjoaa neuvoja tahi kehotuksia.[16] Tämän mukaisesti 'voimassaoleva oikeus' olisi empiirinen ilmiö Rossin esittämään tapaan.

c. Edellä on tarkasteltu siviilioikeuden tutkijoiden nimenomaisia lausumia tutkimuskohteestaan. Toinen, periaatteessa luotettavampi tapa selvittää asiaa on

[16] *Olsson,* Rättsvetenskapens mål och medel s. 83.

tutkia suoraan konkreettista lainopillista tutkimustyötä ja pyrkiä tavoittamaan työstä heijastuva näkemys lainopin tutkimuskohteesta. Näin vältytään virheiltä, jotka aiheutuvat tutkijoiden puutteellisesta itsereflektiosta ts. siitä, että tutkijoiden teoria oman toimintansa luonteesta on virheellinen.

Toisaalta tutkintavaikeudet kasvavat näin meneteltäessä huomattaviksi. Kuten edellä on useasti todettu, tutkija ei monestikaan tiedä, mitä hän tutkii voimassaolevaa oikeutta tutkiessaan. Aina — mikä tässä yhteydessä on tärkeämpää — hänellä ei ole edes käsityöläisen ”vaistomaista” varmuutta asiasta. Tämä puute näkyy selvästi argumentaatiossa. Argumentin ja johtopäätöksen suhde jää monesti ongelmaksi. Aina ei ole helppoa päätellä, esitetäänkö tietty kirjoituksessa esiintuotu tosiseikka argumenttina jonkin voimassaolevaa oikeutta koskevan tuloksen puolesta, vaiko ”muuten vain” eräänlaisena yleisenä informaationa. Lisäksi on sangen tavallista, että ratkaisevia argumentteja jätetään piiloon.

Seuraavassa on lainopin tutkimuskohdetta pyritty valaisemaan ottamalla tarkasteluun muutama juridinen päättely, jossa argumentaatio on kyllin korkealuokkaista mahdollistamaan johtopäätökset. Lähinnä on tarkoitus selvittää, miten hyvin esiinsaatava kuva vastaa realistista voimassaoloteoriaa sellaisena kuin *Ross* ja häntä seuraten meillä *Olsson* ovat sen esittäneet. Kysymys on toisin sanoen siitä, miten hyvin juridinen argumentaatio voidaan ymmärtää ennusteen laatimisena tuomioistuimen tulevasta ratkaisukäyttäytymisestä.

Tarkastelen ensiksi kahta *Olssonin* suorittamaa päättelyä (esimerkit 1 ja 2). Sen jälkeen tarkastelen yhden esimerkin valossa *Ylöstalon* (esimerkki 3) ja *Zittingin* (esimerkki 4) argumentaatiota. Esimerkit esitetään peräjälkeen jättäen johtopäätösten teko tuonnemmaksi.

> *Esimerkki 1.* Tässä kuvattava argumentaatio liittyy *Olssonin* teoksen ”Om köpares borgenärsskydd” keskeisimpään oikeusongelmaan, kysymykseen, onko ostaja irtaimen kaupassa suojattu myyjän velkojia vastaan jo pelkällä sopimuksella (sopimussääntö), vai tarvitaanko lisäksi esineen luovuttaminen (traditiosääntö). Kirjoittaja päätyy tulokseen, jonka mukaan sopimussääntö ”utan tvekan” on katsottava voimassaolevaksi oikeudeksi Suomessa.[17] Argumentaatio, jonka hän esittää sen tueksi, on rakenteeltaan seuraava:
>
> (1) Lainsäädäntö ei anna kysymykseen vastausta.
> (2) Reaaliset näkökohdat (joita kirjoittaja laajasti tutkii) eivät ratkaisevasti aseta kumpaakaan vaihtoehtoa toisen edelle.
> (3) Oikeuskirjallisuus on yksimielinen sopimussäännön vallitsemisesta.
> (4) Oikeuskäytäntö on omaksunut sopimussäännön. Vain yksi ratkaisu käy mahdollisesti toiseen suuntaan.

[17] *Olsson,* Om köpares borgenärsskydd s. 114.

Esimerkki 2. Tutkimuksen kohteena on tapaus, jossa konkurssivelallinen luovuttaa kolmannelle konkurssipesään kuuluvia irtaimia esineitä. Ongelmana on, voidaanko omaisuus saada takaisin luovutuksensaajalta, joka on vilpittömässä mielessä? *Olssonin* mukaan vastaus on de lege lata selvä. Vilpittömän mielen suojaa ei myönnetä. Argumentaatio, jolla voimassa olevan oikeuden kanta saadaan selville, on rakenteeltaan seuraava:[18]

(1) Vuodelta 1936 olevassa ehdotuksessa velkakirjalaiksi on kielteistä kantaa pidetty voimassaolevan oikeuden mukaisena.

(2) Korkein oikeus on ehdotuksesta antamassaan lausunnossa ottanut kielteisen kannan ajatukseen, että vilpittömän mielen suojaa voitaisiin myöntää, kun konkurssivelallinen luovuttaa juoksevan velkakirjan. Tässä yhteydessä korkein oikeus on lausunut mm. ”denna i propositionsförslaget omfattade anordning *avviker från* såväl *gällande rätt* som...”. Korkeimman oikeuden lausunto oli yksimielinen.

(3) Oikeuskäytännöstä ei löydy varmaa tukea kumpaankaan suuntaan.

Esimerkki 3. Tämä esimerkki on otettu *Ylöstalon* tutkimuksesta. Oikeusongelma, jota pohditaan, kuuluu: voidanko kysymys kantajan sukuoikeudellisesta asemasta käsitellä testamentin moitejutun yhteydessä epäitsenäisenä ennakkokysymyksenä testamentinsaajan kiistäessä kantajan perillisaseman. *Ylöstalon* vastaus on myöntävä. Hän käyttää seuraavia argumentteja:[19]

(1) Intressitilanteen erittely näyttäisi puoltavan kieltävää vastausta. Perillisen sukuasemasta saattavat testamentinsaajan ohella olla kiinnostuneita monet muutkin tahot, joiden mukanaolo prosessissa olisi sen vuoksi tärkeää.

(2) Argumentin (1) painavuutta heikentää kuitenkin olennaisesti se, että ennakkokysymyksestä annettu ratkaisu ei tule oikeusvoimaiseksi eikä siten vaikuta muiden intresenttien asemaan.

(3) Myöntävää vastausta puoltaa se, että ratkaisun saaminen joutuisasti on moitejutuissa tärkeää.

(4) Myöntävän vastauksen puolesta puhuu myös oikeuskirjallisuus, jossa on katsottu, ettei riita-asioissa ole lupa osoittaa asianosaisia erikseen riitelemään kanteen ennakkokysymyksistä.

(5) Helsingin raastuvanoikeudessa on kysymys kantajan sukuasemasta yleensä ratkaistu moiteriidan esikysymyksenä.

(6) Korkeimman oikeuden julkaistut ratkaisut edustavat toisaalta kantaa, että sukuasemaa ei voitaisi ratkaista ennakkokysymyksenä.

Esimerkki 4. Tämä esimerkki on muodostettu *Zittingin* kirjoituksen ”Kiinteistön osto omassa nimessä toisen lukuun” perusteella. Siinä kirjoittaja tarkastelee mm. päämiehen asemaa oston synnyttämän välitilan

[18] *Olsson,* Om köpares borgenärsskydd s. 151—154.

[19] *Ylöstalo,* Testamentinmoitteesta s. 125—126.

aikana, ts. tilannetta, joka vallitsee ennen kuin välikätenä toiminut luovuttaa päämiehelle saantokirjan ja kiinteistön hallinnan.[20] Ongelmakompleksiin kuuluvat mm. seuraavat kysymykset: (a) Ketä on välitilan aikana pidettävä omistajana yleiseen sivullistahoon nähden, (b) Korvaako oikeuden päätös kauppakirjan, jos välikäsi ei suostu sitä antamaan, (c) Voiko päämies pakottaa vastahakoisen välimiehen luopumaan kiinteistöstä vai onko hänen tyydyttävä pelkästään vahingonkorvaukseen ja (d) Kenellä on oikeus kiinteistön taloudelliseen arvoon välitilan aikana.

Näihin kysymyksiin *Zitting* vastaa argumentaatiolla, joka on pääpiirteittäin seuraava:

ad (*a*) Omistajana yleiseen sivullistahoon nähden on pidettävä sitä, joka saantoon perustuen omistajana hallitsee esinettä.

Tässä tapauksessa siis välikäsi on omistaja yleiseen sivullistahoon nähden. (Tässä kohden vastaus siis annetaan soveltamalla uuteen tapaukseen tulosta, jonka tutkija aikaisemmin on saavuttanut. Vastaus nojaa tällöin viime kädessä samoihin argumentteihin, jotka ovat po. yleisen tuloksen perustana. Niihin ei tässä yhteydessä ole syytä puuttua.)

ad (b) — (d) Toimeksiantosopimuksen ja sen perusteella suoritetun oston yhteisvaikutuksena päämies saa sekundäärisen oikeuden kiinteistöön. *Zitting* korostaa, että kysymys on sekundäärisestä oikeudesta ja sitä vastaavasta välimiehen sidonnaisuudesta päämiehen kompetenssinkäyttöön.[21] Kyse ei siis ole siitä, että välikädellä olisi päämieheen nähden velvollisuuksia, joita hän voisi noudattaa tai rikkoa. Välikäden suhtautumisella ei ole merkitystä, vaan oikeusaseman kehitys riippuu päämiehen toimenpiteistä. Tilanne rinnastuu näin ollen saannonmoitetilanteeseen, jossa oikean omistajan moitevalta tarkoittaa vastaavantyyppistä sekundääristä oikeutta muutoksen aikaansaamiseen. Tämä rinnastus antaa perusteen saannonmoitetilannetta koskevien oikeusohjeiden analogiseen soveltamiseen puheena olevaan tapaukseen. Näin päädytään vastauksiin: (b) oikeuden päätös korvaa kauppakirjan (UL 3: 4.2), (c) päämies voi pakottaa välikäden luopumaan kiinteistön hallinnasta ja (d) kiinteistön edustama taloudellinen arvo kuuluu päämiehelle jo välitilan aikana.

Millaista käsitystä lainopin tutkimuskohteesta esimerkiksi valitut päättelyt heijastavat? Mikä on se voimassaoleva oikeus, joka argumentaation avulla on kaivettu esiin? Kun tarkastelemme esimerkeiksi valittuja päättelyitä, voimme havaita, että ne muodostavat eräänlaisen kirjon, jossa empiristisestä, tuomio-

[20] *Zitting,* Kiinteistön osto omassa nimessä toisen lukuun s. 555—571.

[21] *Zitting,* em. kirjoitus s. 563—567. Sidonnaisuuden ja velvollisuuden erosta ks. myös *Zitting,* Omistajan oikeuksista ja velvollisuuksista s. 510.

istuinrealismia muistuttavasta näkemyksestä etäännytään normativistiseen suuntaan.

Esimerkissä *1.* tavattava argumentaatio sopii melko hyvin tieteenkuvaan, jossa tähdätään ennusteisiin. Tuloksen, johon siinä on päädytty, voisi hyväksyä sekin joka samastaa (tähänastisen) oikeuskäytännön kannan ja voimassaolevan oikeuden. Todennäköisyys, että ennuste pitää paikkansa, on ilmeisen korkea. Esimerkissä *2.* on ennusteen todennäköisyys jo heikompi. Ennuste — jos siitä on kysymys — perustuu jossakin määrin epävarmaan otaksumaan, jonka mukaan tuomioistuimet yleensä noudattavat oikeuslähdeopin sääntöjä ja tulkitsevat ne samalla tavoin kuin tutkija on tehnyt.

Esimerkeissä *3.* ja *4.* on ennusteteorian lähtökohdista etäännytty jo sangen kauaksi. Ymmärtäisimme ilmeisesti väärin tutkijan tarkoituksen, jos väittäisimme hänen näissä tilanteissa pyrkineen ennusteeseen. Ensiksi mainitussa tapauksessa olisi jokseenkin rohkeaa olettaa, että tuomioistuimet ratkaisun joutuisuustavoitteen innoittamina luopuisivat KKO:n julkaistujen ratkaisujen osoittamasta linjasta. Jälkimmäistä tapausta on vielä vaikeampi ymmärtää ennusteteorian pohjalta. Siinä käytetyt argumentit perustuvat omistamisen käsitteen hajoitteluun ja niiden analogioiden hyväksikäyttöön, jotka omistamisen uusi jäsentämistapa loi tai teki mahdolliseksi havaita. Tämä jäsentämistapa oli tuolloin tieteellinen uutuus, jota tuomioistuimet eivät vielä tunteneet. Sen käyttäminen ratkaisujen ennakoinnin pohjana olisi täten ollut täysin perusteetonta.

Nämä esimerkit, jotka mielestäni ovat edustavia näytteitä aikansa hyvästä juridisesta argumentaatiosta, osoittavat ettei ennusteteorian avulla voida ymmärtää lainopillisesta argumentaatiosta kuin korkeintaan vähäistä osaa. Muissa tapauksissa on tuomarin käyttäytymisen asemesta ''ennustettu'' taitavan tuomarin ratkaisukäyttäytymistä. Tällöin ei kuitenkaan ole enää kysymys ennustamisesta. Jos lainopin lauseet tulkitaan ennusteiksi taitavan tuomarin käyttäytymisestä, ne muuttuvat synteettisistä väitteistä analyyttisiksi. On näet ilmeistä, että tuomarin taitavuus riippuu käsitteellisesti siitä, miten hän ratkaisee pohdinnan kohteena olleen tapauksen. Taitava tuomari on se, joka ratkaisee tapauksen ''ennustetulla'' tavalla.

Juridisesta argumentaatiosta saatu kuva voitaisiin kuitenkin saattaa sopusointuun skandinaavisen realismin tieteenkuvan kanssa tulkitsemalla *suosituksiksi* ne tuloslauseet, jotka eivät ole ennusteita. Merkittävä osa — uskoakseni ylivoimainen valtaosa — lainopin tuloslauseista joudutaan tällöin ymmärtämään suositteiksi. Tällainen tulkinta ei nähdäkseni kuitenkaan vastaa 1950-luvulla tutkimustyötään tehneiden lainoppineiden itseymmärrystä. Arvo-

tietoiseen tutkimusmetodiin sisältyvä vaatimus väitteiden ja suositusten erottamisesta toisistaan ei käytännössä juurikaan toteutunut.[22] Esitystapaa, jossa tutkija olisi selvästi ilmoittanut, onko hänen tuloksensa ymmärrettävä normiväitteeksi vaiko -suositukseksi, ei käytetty. Tavallisinta oli, että tuloslauseitten illokutionaarisen luonteen tulkinta jätettiin kokonaan vastaanottajalle.

Tämän johdosta on vaikea sanoa, miten tuon ajan tutkijat itse ymmärsivät tulostensa luonteen. Vaikutelmaksi kuitenkin muodostuu, että niiden nähtiin huomattavasti useammin olevan väitteitä kuin skandinaavisen realismin teoria olisi edellyttänyt. Tämä sopii hyvin ajatukseen voimassaolevasta oikeudesta faktisena rationaliteettina, jonka suhde oikeuskäytäntöön on normatiivinen.

d. Siirryn tarkastelemaan käsitteistöä, jolla lainopin tutkimuskohdetta kuvattiin ja jäsennettiin. Tässä suhteessa siviilioikeuden tutkimus muistuttaa huomattavasti äskeistä paremmin skandinaavisen realismin mallia. Voidaan jopa sanoa, että se omaksui kaikessa olennaisessa ne näkemykset, jotka subjektiivisia oikeuksia koskeva pohjoismainen keskustelu oli tuonut esiin.

Kuten edellä havaittiin, alkoi olettama annetusta subjektiivisten oikeuksien järjestelmästä, johon oikeusilmiöt tuli palauttaa, horjua jo *Caseliuksen* ”Irroittamisoikeudet” -teoksen ilmestyessä 1930-luvulla. Uudempi 1950-luvun tutkimus hylkäsi tämän olettaman kokonaan. Uuden näkemyksen mukaan oikeustodellisuutta ei voitu luotettavasti kuvata jäsentämällä sitä subjektiivisten oikeuksien järjestelmän avulla tai traditionaalisten käsitteiden avulla yleensäkään.[23]

[22] Erottelu sinänsä oli kyllä tunnettu. Sen mainitsevat ainakin *Olsson* JFT 1951 s. 311—313, *sama,* Rättsvetenskapens mål och medel s. 83, *Godenhielm,* En förlagsrättslig avhandling s. 144, *Carlson,* En bevisbördelära s. 302—303 ja 311, *sama,* Rätten s. 162 ja *Muukkonen,* Muotosäännökset s. 49.

[23] Ks. tästä esim. Zitting, Omistajanvaihdoksesta s. 21—22, *sama,* Omistusoikeudesta systemaattisena käsitteenä s. 590—593, *sama,* Kiinteistön osto omassa nimessä toisen lukuun s. 555 (vrt. Caselius, Kiinteistöjen omistussuhteita koskevista fidusiaarisista sopimuksista s. 277—289), *sama,* Arvopaperin luovutuksensaajan oikeussuojasta s. XVIII, *Olsson,* Om köpares borgenärsskydd s. 13—17, *sama,* Den oåterkalleliga fullmakten s. 236—254, *Lahtinen,* Om rättskraften s. 216—223, *Godenhielm,* Om säljarens bundenhet s. 240—241 ja *sama,* Piirteitä myyjän pysäyttämisoikeudesta s. 97—99.

Vanhemmassa tutkijapolvessa uusi näkemys herätti ymmärrettävää ärtymystä. Sen ilmauksena voidaan pitää *Caseliuksen* kirjoitusta ”Ns. Gründer-säännöstön kehittämisestä”. Kirjoituksessa *Caselius* katsoo, että omistusoikeuden siirtymistä koskeva uusi käsitystapa oli vaikuttanut erääseen lakiehdotukseen, jota *Caselius* piti epäonnistuneena. Hän tulittaa: ”Myönnettävä on, että vallitsevat teoriat, hylkäämällä pandektioikeudelliset selitykset — joilla sentään on etunaan selvyys — puhuvat omistusoikeuden jakautumisesta, halkomisesta, pilkkomisesta ja pirstoutumisesta, ylä- ja alaomistusoikeudesta jne. Kaikilla on yhteise-

Subjektiivisten oikeuksien olemassaolo vaikutuksiensa takana piilevinä entiteetteinä ts. sellaisina kuin käsitelainoppi oli ne ymmärtänyt, kiistettiin kokonaan. Oikeustodellisuus ei uuden näkemyksen mukaan sijainnut oikeusvaikutusten ''takana'', vaan se koostui oikeustosiseikkojen ja oikeusvaikutusten välisistä relaatioista.[24]

Oikeustodellisuuden ''realistinen'' kuvaaminen tarkoitti oikeusjärjestykseen sisältyvien fakta-seuraamus -relaatioiden esittämistä. Tämä ei tiedeyhteisössä vallitsevaksi kohoavan näkemyksen mukaan voinut kunnolla onnistua subjektiivisia oikeuksia nimeäviä termejä käyttäen. Subjektiivisten oikeuksien tasolla tapahtuvaa kuvaamista pidettiin aivan liian epätarkkana lainopin tavoitteen kannalta. Näin meneteltäessä annettiin oikeusseuraamuksista helposti puutteellinen tai virheellinen kuva. Subjektiivisten oikeuksien tasolta oli laskeuduttava täsmällisempien alakäsitteiden käyttöön.[25]

nä piirteenä se, että selitetään omistusoikeuden siirtymisen tapahtuvan portaittain (asteittain) ... Minulla ei ole sitä vastaan, että omistusoikeus paloitellaan sillä tavoin kuin tahdotaan, ja sanottakoon kernaasti, että omistusoikeus on taikauskoa. Siltähän se usein tuntuukin nykyisessä yhteiskunnassamme. Mutta juristin ei pitäisi lähteä repimään taloudellisia sopimuksia, jotka perustuvat realiteetteihin ja sopijapuolten yksimielisyyteen (reella överväganden och fakta).'' s. 275. — Tällä Caselius viittaa ehdotukseen sisältyvään ajatukseen, jonka mukaan asunnon ostajalle annettaisiin ns. gründer-tyyppisessä rakentamisessa ääni-oikeus yhtiökokouksessa heti kaupanteosta alkaen riippumatta siitä, mitä kaupassa oli sovittu omistusoikeuden siirtymisestä.

[24] *Vuorio,* Työsuhteen ehtojen määrääminen s. 161: ''Jos oikeusilmiöt analysoidaan, niissä on vaikea havaita muita kuin kaksi ryhmää: faktat ja oikeusseuraamukset.''

Subjektiivisten oikeuksien demystifikaatiota muistuttavan uudelleenarvioinnin ja hajoittelun kohteeksi joutuivat eräät muutkin juridiikan vakiintuneet käsitteet, kuten 'sopimusvapaus', 'oikeushenkilö' ja 'kuolinpesä'. Ks. *Muukkonen,* Sopimusvapauden käsitteestä, *Lahtinen,* Kuolinpesä-konstruktiosta ja *sama,* Till läran om juridiska personer. Ks. myös Lahtisen kirjoitusta ''Om rättskraften'', jossa kirjoittaja hieman lundstedtilaiseen tapaan arvostelee oikeusvoiman ja lainvoiman käsitteisiin sisältyvää metafysiikkaa ja pyrkii luomaan uuden käsitteen niiden tilalle. — Tirkkonen vastasi ''vallitsevan suunnan'' saamaan arvosteluun. Vastauksen ydin on tuttuudessaan kiinnostava. Tirkkonen näet katsoi arvostelun menevän harhaan sen tähden, että prosessioikeuden käsitteet oli siinä ymmärretty fysikaalisina, vaikka ne olivat pelkkiä funktiokäsitteitä. Hän jatkaa: ''Sellaisten juridisten funktiokäsitteiden yksinomaisena tehtävänä on helpottaa oikeusjärjestelmän sisällyksen ymmärtämistä, ja ne ovat siinäkin mielessä vapaasti keksittyjä, että vain niitten käytännöllinen tarkoituksenmukaisuus ratkaisee niitten arvon''. *Tirkkonen,* Käsitteistä lainvoima ja oikeusvoima s. 258. Oppi funktiokäsitteistä oli siis jälleen pelastusrengas, johon turvauduttiin. Sen käyttö sai eräänlaisen liturgian luonteen sikäli, että sen sisältö ilmaistiin aina samoin, jo Undénin käyttämin sanoin. Undén, joka oli maltillisen realismin kärkihahmoja, joutui siten käsikassaraksi realistisia pyrkimyksiä vastaan.

[25] Tätä korosti etenkin Zitting monissa eri yhteyksissä. Ks. esim. Omistajanvaihdoksesta s. 99—102 ja Arvopaperin luovutuksensaajan oikeussuojasta s. XVIII. Ks. myös *Ols-*

Parhaana tapana kuvata oikeusseuraamuksia pidettiin niiden tulkitsemista tietyissä henkilösuhteissa ilmeneviksi juridisten positioiden muutoksiksi. Täydellinen kuvaus edellytti, että esiteltiin tutkittava henkilösuhde ja kuvattiin se juridisten positioiden muutos, joka kytkeytyi annettuun tosiseikastoon.[26] Tämä muutos voitiin — ainakin *Zittingin* mukaan — tarkimmin kuvata *Hohfeldin* esittämiä käsitepareja, juridisia korrelaatteja, hyväksi käyttäen.[27] Ne ilmaisivat niin sanoakseni oikeusasemien atomaarisen rakenteen ja tekivät siten mahdolliseksi nähdä sen samuuden ja invarianssin, joka näennäisesti hyvin erilaisiin oikeusilmiöihin sisältyi.

Normaalisti ei kuitenkaan pidetty tarpeellisena palata *Hohfeldin* käsitteiden tasolle, vaan kuvaaminen voitiin suorittaa siviilioikeudellista tutkimusta varten erikseen luoduin käsittein. Näitä olivat esimerkiksi 'omistajan hallintaoikeus'[28] 'saantosuoja'[29] 'vaihdantasuoja'[30] Olssonin käyttämä 'borgenärsskydd'[31] ja Lahtisen 'omaisuuslaji 59,78'.[32] Tarvittaessa ne voitiin kuitenkin redusoida *Hohfeldin* käsitekielelle. Esimerkiksi saantosuojan saaminen merkitsee luovutuksensaajan kannalta sitä, että hänen sidonnaisuutensa ns. oikean omistajan kompetenssinkäyttöön lakkaa. Viimeksimainitun kannalta on puolestaan kyse siitä, että hänen kompetenssinsa saada aikaan esineen oikeustilan muutos vaihtuu inkompetenssiksi.

Ongelmaan, millä perusteella kuvaamiseen tarvittavat, subjektiivisia oikeuksia korvaavat käsitteet oli muodostettava, ei näyttänyt kiteytyvän yhtä ainoaa vastausta. Yhteistä oli kuitenkin *konventionalismi,* ajatus, että juridiset käsitteet ovat esitysteknisiä apuneuvoja, joita voidaan arvostella ainoastaan niiden esityksellisen tarkoituksenmukaisuuden kannalta.[33] Monien tutkijoiden kirjoi-

son, Om köpares borgenärsskydd s. 19—24 ja *Vuorio,* Työsuhteen ehtojen määrääminen s. 60—64.

[26] Henkilösuhde-erottelun käytöstä ks. esim. *Zitting,* Omistajanvaihdoksesta s. 47—51 ja 111—113, *sama,* Saantosuoja s. 25—28 ja s. 116—117, *Olsson,* Om köpares borgenärsskydd s. 32—35, *Ylöstalo,* Testamentinmoitteesta s. 47 ja 63, *sama,* Takauksesta s. 21 ja *Lahtinen,* Asialegitimatiokysymyksen tarkastelua lähinnä erään oikeustapauksen puitteissa, *passim.*

[27] Ks. *Zitting,* Omistajan oikeuksista ja velvollisuuksista, *passim.*

[28] *Zitting,* Omistajanvaihdoksesta s. 25—29.

[29] *Zitting,* Saantosuoja s. 3—6 ja *Hakulinen,* Velkakirjalaki s. 146—147.

[30] *Zitting,* Arvopaperin luovutuksensaajan oikeussuojasta s. 10—11.

[31] *Olsson,* Om köpares borgenärsskydd s. 34—35. Oikeusaseman kuvaamisesta ja siihen tarvittavien käsitteiden luomisesta ks. myös *Ylöstalo,* Testamentinmoitteesta s. 179—184.

[32] Lahtinen, Avioliittolain kolme omaisuuslajia s. 125.

[33] Ks. *Zitting,* Omistajanvaihdoksesta s. 3, *Ylöstalo,* Testamentinmoitteesta s. 178 ja 222, *Olsson,* Om köpares borgenärsskydd s. 35, *Vuorio,* Oikeustoimesta funktio- ja substanssikäsitteenä s. 446, vrt. *Vuorio,* Työsuhteen ehtojen määrääminen s. 55. Ks. myös Muukkonen, Sopimusvapauden käsitteestä s. 607—608.

tuksissa korostettiin funktionaalista ajatustapaa ja juridisten käsitteiden roolia funktiokäsitteinä. Tavallisesti ei kuitenkaan kerrottu, mitä näin sanottaessa täsmällisesti tarkoitetaan. Ei silti erehdyttäne, jos tulkitaan sillä lähinnä tarkoitetun ajatustapaa, joka pyrkii kuvaamaan suoraan oikeuden vaikutuksia (funktioita) oikeuden olemusta (substanssia) koskevan tarkastelun asemesta.[34]

Funktionaalisuuden ohella kohosi toiseksi iskusanaksi oikeudellisten käsitteiden *puhtaus*. Vaatimalla puhtaita oikeuskäsitteitä korostettiin sitä, että käsitteistä oli karsittava kaikki ideologinen ja muu juridisesti vieras aines.[35] Toisin sanoen käsitteen avulla ei ollut lupa salakuljettaa mitään lisää siihen oikeustosiseikka-oikeusseuraamus -relaatioon, joka oikeuslähdeopin sääntöjä käyttämällä saatiin esiin. Kuten jäljempänä juridista argumentointia koskevassa jaksossa käy ilmi, oikeuslähdeopin säännöissä torjuttiin ajatus, että traditionaalinen oikeusjärjestelmä sisältäisi sellaista apriorista ainesta, joka ilman muu-

[34] *Vuorio* puhuu funktionaalisesta, vaikutuksia silmällä pitävästä ajattelutavasta. Toisaalta hän liittää funktioajatteluun myös konventionalismin, näkemyksen, jonka mukaan ''käsitteet'' keksitään vapaasti ja niiden arvon ratkaisee sitten se, kuinka hyvin ne vastaavat tarkoitustaan''. Ks. Oikeustoimesta funktio- ja substanssikäsitteenä s. 446—447 ja s. 478. *Carlson* näyttää ajattelevan, että oikeuskäsite on funktiokäsite, mikäli se viittaa oikeustosiseikkojen ja oikeusvaikutusten väliseen suhteeseen tai ainakin palvelee po. suhteen ''puhdasta'' kuvaamista. Ks. Suhde- ja olemuskäsitteistä lainopissa s. 22—24. *Zitting* puolestaan näyttää ymmärtävän oikeusfunktionaalisella tarkastelulla oikeusasemien kuvaamista Hohfeldin juridisten korrelaattien avulla. Ks. *Zitting,* Esine- ja velvoiteoikeuden erosta varallisuusoikeuden järjestelmän perustana s. 613—614. Zitting ei ilmoita ''oikeusfunktionaalisen'' käsitesisältöä, vaan viittaa Alf *Rossin* antamaan luonnehdintaan. Ks. siitä *Ross,* Om ret og retfærdighed s. 233—237. Funktionaalisen ja substantiaalisen käsitteenmäärittelytavan eroista vrt. myös *Mautner,* Om bestämning av begrepp inom rättsvetenskapen, erit. s. 160—161.

[35] Kysymykset oikeuskäsitteiden funktioluonteesta ja toisaalta niiden puhtaudesta näyttävät liittyneen läheisesti yhteen. Funktiokäsitteiden katsottiin samalla olevan puhtaita oikeuskäsitteitä. Käyttämällä juridisia käsitteitä funktiokäsitteinä ne saadaan puhdistetuiksi ideologisista, sosiologisista yms. juridiikalle vieraista aineksista. Ks. *Carlson,* Suhde- ja olemuskäsitteistä lainopissa s. 25—30. *Zittingin* mukaan käsitteen puhtaus näyttää edellyttävän ainakin sitä, että siinä ei sekoiteta toisiinsa oikeusfunktionaalista ja reaalitaloudellista tarkastelua. Ks. Esine- ja velvoiteoikeuden erosta varallisuusoikeuden järjestelmän perustana s. 613. Vrt. *Muukkonen,* Muotosäännökset s. 28—30, jossa käsitteiden puhtaus näyttää ymmärretyn vaatimukseksi, jonka mukaan samaan käsitteeseen ei tule sisällyttää oikeusvaikutuksia ja oikeustosiasioita. Vrt. myös *Zitting,* ''Puhtaan'' oikeudellisen ajattelun vaatimuksesta käytännössä. Siinä mainitaan esimerkkinä menettelystä, joka ei täytä puhtaan oikeudellisen ajattelun vaatimuksia, systematisointi, jossa käsitteet 'oikeus' ja 'esine' rinnastetaan toisiinsa s. 285. ''Puhdas käsite'' oli siten tyypillinen, positiivisesti arvoladattu ilmaus, jolla tarkoitettiin monenlaisia asioita.

ta olisi otettava huomioon oikeussääntöjen sisältöä vahvistettaessa. Vaatimus puhtaitten oikeuskäsitteiden käyttämisestä muistutti paljolti *Kelsenin* ajatuksia, mutta se sopi hyvin myös skandinaaviseen sosiaaliteknokraattiseen asennoitumiseen.

Siviilioikeuden tutkijoiden keskuudessa ei näyttänyt kiteytyvän yksimielisyyttä siitä, tulisiko juridisten käsitteiden viitata oikeusseuraamuksiin, oikeustosiseikkoihin vaiko ehkä niiden muodostamaan relaatioon kokonaisuudessaan. *Vuorio* näytti pitävän esikuvallisena käsitteenmuodostustapaa, jossa käsitteet viittaavat oikeusseuraamusten kokonaisuuteen.[36] *Muukkonen* puolestaan näyttäisi pitävän ainakin lähtökohtana, että juridiset käsitteet muodostetaan oikeustosiseikkojen pohjalta.[37] *Zitting* sallii käsitteenmuodostuksen sekä oikeusseuraamuksia, oikeustosiasioita että niiden välistä relaatiota silmällä pitäen.[38] Kaikki vaihtoehdot, jotka olivat esillä subjektiivisia oikeuksia koskeneessa pohjoismaisessa keskustelussa, tulivat siten esille 1950-luvun lainopissamme. Useimmat siviilioikeuteen tuolloin juurtuneet keskeiskäsitteet näyttävät kuitenkin viittaavan oikeusseuraamusten kokonaisuuteen. Tällaisia ovat esimerkiksi 'saantosuoja', 'vaihdantasuoja', 'maksusuoja', 'borgenärsskydd' ja 'vaihdantapaperi'. Samalla tavoin on rakennettu muotosäännösten luokittelu varsinaisiin, epävarsinaisiin ja ohjeluontoisiin säännöksiin sekä tehottomuuden luokittelu ns. analyyttisessä pätemättömyysopissa. Esimerkkinä oikeustosiasioihin viittaavasta käsitteestä mainittakoon *Ylöstalon* muodostama moiteoikeuden käsite ja *Telarannan* kehittämä oikeustoimen käsite.[39]

e. Käsitteiden muodostamiseen kiinnitetty suuri huomio oli kohtalokas subjektiivisille oikeuksille, jotka aiemmin olivat muodostaneet siviilioikeuden rungon. Niiden merkitys väheni jokseenkin siihen tapaan, jota *Lundstedt* oli kirjoituksissaan vaatinut. Subjektiivisia oikeuksia nimeäviä termejä ei toki lakat-

---

[36] *Vuorio*; Oikeustoimesta funktio- ja substanssikäsitteenä s. 447. *Vihma* puolestaan pitää näin muodostettua käsitettä "teoreettisesti huonona". Ks. Suorituksen mahdottomuus varallisuusoikeudellisessa sopimussuhteessa s. 302. Ks. myös *Aaltonen,* Tavaran virheistä s. 148, jossa todetaan, ettei oikeusseuraamuksia voida ottaa huomioon virheen käsitettä määriteltäessä.

[37] Ks. *Muukkonen,* Muotosäännökset s. 28—30 vrt. toisaalta s. 79.

[38] Ks. *Zitting,* Arvopaperin luovutuksensaajan oikeussuojasta s. 34—36. Käsitteiden muodostamiseen liittyvästä problematiikasta ks. myös mitä *Godenhielm* toteaa sopimuksen purkamisen käsitteen osalta. Om säljarens bundenhet under ändrade förhållanden s. 181—184.

[39] Moiteoikeuden käsitesisällöstä ks. *Ylöstalo,* Testamentin moitteesta s. 178 ss. Oikeustoimen (tahdonilmaisun) käsitemääritelmästä ks. *Telaranta,* Varallisuusoikeudellinen tahdonilmaisu s. 164.

tu käyttämästä, mutta niiden operatiivinen merkitys kävi vähäiseksi.[40] Niille jäi relevanssia lähinnä vain yleiskäsitteinä, joita voitiin käyttää systemaattisessa tarkoituksessa haluttaessa yleiskatsauksellisesti luonnehtia jotakin oikeusasemaa. Lisäksi niiden käsitemerkitys ei välttämättä säilynyt entisenä. Kuten suppeampien alakäsitteiden, myös subjektiivisten oikeuksien tasolla olevien käsitteiden sisältö oli sopimuksenvarainen asia. Esitystekninen tarkoituksenmukaisuus ratkaisi, mitä käsitteen alaan oli syytä sisällyttää. Tältä pohjalta on ymmärrettävä mm. *Zittingin* kirjoitus ''Omistajan oikeuksista ja velvollisuuksista''. Kyseessä ei ole analyysi siitä, mitä omistusoikeuden käsitteeseen sellaisena kuin sitä lainopissa käytetään, implisiittisesti sisältyy, vaan siinä tähdätään uuteen stipulaatioon, ts. annetaan ehdotus siitä, mitä seikkoja omistuksen käsitteeseen on tarkoituksenmukaista sisällyttää.[41]

f. Uusi tapa nähdä subjektiiviset oikeudet vaikutti monin tavoin käytännöllisen lainopin sisältöön. Ensinnäkin se toi lisäväriä lain säännösten tulkintaan. Koska subjektiivisia oikeuksia nimeävien termien kuvausvoima oli puutteellinen, siitä aiheutui epätarkkuutta säännöksiin, joiden tosiseikasto- tai seuraamuskuvaus käytti po. termejä. Epätarkkuuden hälventämiseksi oli kussakin tapauksessa erikseen tutkittava, mitä asianomaisella termillä kyseisessä yhteydessä oli syytä ymmärtää. Ei ollut perusteita olettaa, että termi eri säännösyhteyksissä välttämättä tarkoitti samaa.[42] On helppo havaita, että tutkijan vapaus tulkinnassa tällöin lisääntyi.

Kenties radikaaleimmin laskeutuminen subjektiivisten oikeuksien tasolta alakäsitteiden tasolle vaikutti lainopin tapaan kuvata ns. epätäydellisiä oikeus-

[40] Ks. esim. *Zitting*; ''Se kysymys, kumpi on omistaja, on usein paras jättää ratkaisematta ryhdyttäessä selvittämään konkreettista riitakysymystä''. Kiinteistön osto omassa nimessä toisen lukuun s. 555. *Olsson* puolestaan toteaa: ''Lösningen av de olika problemen kommer under dessa omständigheter att bliva helt oberoende av äganderättsbegreppet: tvesalukonflikter löses enligt särskilda tvesaluregler och icke enligt några allmänna äganderättsregler, borgenärsskyddsfrågornas lösning är beroende av de speciella borgenärsskyddsreglerna etc.''. Om köpares borgenärsskydd s. 15. Ks. myös *Portin,* Om reklamation vid köp av lös egendom s. 204 ja *Zitting,* Näkökohtia pohjoismaisesta kehityksestä kirjaamisoikeuden alalla s. 515.

[41] Ks. m.k. s. 387—390.

[42] Ks. *Zitting,* Omistajanvaihdoksesta s. 169 ss. ja *Olsson,* Om köpares borgenärsskydd s. 95—98. *Zitting* ei ilmeisesti lopulta mennyt yhtä pitkälle kuin *Olsson.* Kirjoituksessaan ''Kysymys omistusoikeuden siirtymishetken määräämisestä'' hän pyrkii perustelemaan käsitystä, että doktriinin kehittämää omistuksen käsitettä voidaan käyttää useammin apuna tulkittaessa säännöksiä, joiden osalta omistamisella on operatiivista merkitystä, kuin *Olsson* (ja ennen häntä *Ross*) ovat ajatelleet. Ks. m.k. s. 646—655 ja s. 667—671.

asemia, ts. tilanteita, joissa kummallakaan (kenelläkään) osapuolella ei ollut täydellistä subjektiivista oikeutta sanan traditionaalisessa merkityksessä. Työskenneltäessä vanhaan tapaan subjektiivisten oikeuksien tasolla jouduttiin oikeusaseman puutteellisuudesta huolimatta ''katsomaan'', että subjektiivinen oikeus kokonaisuutena oli jommallakummalla osapuolella. Oikeusaseman puutteellisuus ilmaistiin esim. puhumalla *pendenssistä.* Pendenssin katsottiin voivan ratketa joko niin, että oikeus säilyi sen subjektilla tai niin, että se siirtyi taannehtivasti toiselle puolelle. Viimeksi mainitun vaihtoehdon toteutuessa oikeus ei siis itse asiassa milloinkaan ollut kuulunut sille osapuolelle, jolle sen kuvauksessa sanottiin kuuluvan. Uusi ajattelutapa katsoi, että tämä kuvaus ei vastannut ''tosiasiallista tapahtumainkulkua''. Tosiasiallinen tapahtumainkulku oletettiin sellaiseksi, että oikeusasemat kehittyvät ja täydentyvät ikään kuin vähitellen ja asteettaisesti. Välitilan kehittyminen on oikeusjärjestyksessä tavallisesti asetettu riippumaan monista erilaisista tosiseikoista. Oikeustosiasiat eivät välttämättä toteudu samanaikaisesti, mistä johtuu, että myös niihin kytkeytyvien oikeusvaikutusten ilmaantumisessa on ajallista hajontaa. Juuri tämän takia on välttämätöntä, että kuvaaminen suoritetaan sellaisia alakäsitteitä käyttäen, joiden avulla tapahtumasarjan kuhunkin vaiheeseen liittyvät oikeusvaikutukset on mahdollista esittää. Edellä sanottu voidaan ilmaista myös toteamalla, että oikeudellisen muutoksen malliksi omaksuttiin eräänlainen *evoluutioteoria. Zitting* perusteleekin kuvaustapaansa evoluution tarjoamaan malliin viittaamalla: ''Samoin kuin kehityskulussa yleensä uusi kehitysvaihe perustuu aikaisemman kehitysvaiheen pohjalle, samoin tapahtuu oikeuksien dynamiikassa asteettaista kehitystä. Oikeudellisia konstruktioita muodostettaessa olisi pyrittävä siihen, että niillä voitaisiin mahdollisimman luontevasti kuvata jatkuvaa asteettaista kehitystä kullakin hetkellä vallitsevan tilanteen pohjalta lähtien tarvitsematta pyyhkäistä edelliset kehitysvaiheet olemattomiin ja palata alkukohtaan.''[43]

Ajatusleikkinä vaikuttaa kiintoisalta pohtia, millaiset ovat tämän mallin yhteydet reformistisen työväenliikkeen ideologiaan, jonka asema Skandinaviassa oli tuolloin vahva. Miksi juuri evoluution katsottiin vastaavan oikeudellisen kehityksen luonnollista kulkua? Miksi ''revoluutiomalli'', jossa edelliset kehitysvaiheet pyyhkäistiin olemattomiin, oli luonnoton? Nämä kysymykset jäänevät vaille vastausta. Varmalta vaikuttaa kuitenkin, ettei kuvaustavan suosion välitön syy löydy ideologian tasolta. Välitön syy lienee ollut juridistekninen; uuden tavan avulla voitiin entistä paremmin kuvata välitilan aikana ilmeneviä fakta-seuraamus -relaatioita ja siten antaa täsmällisiä vastauksia

[43] Ks. *Zitting,* Omistajanvaihdoksesta s. 282—283.

konkreettisiin käytännön kysymyksiin, mikä oli social engineering -lainopin tehtävä.

g. Uuden kuvaustavan merkitystä ja suhdetta entiseen on syytä havainnollistaa siviilioikeudellista esimerkkiä käyttäen. Edustavimmat näytteet tuon ajan doktriinista liittyvät epäilemättä omistajanvaihdosproblematiikkaan. Ne eivät kuitenkaan suhteellisen monimutkaisuutensa johdosta ole erityisen havainnollisia. Seuraavassa on sen johdosta käytetty esimerkkinä yksinkertaisen kuittaustilanteen kuvaamista. Esimerkki on melko vapaasti muodosteltu *P. E. von Bonsdorffin* kirjoituksen ''Om rättsfaktum och rättsverkan vid tvungen kvittning'' pohjalta.

> *Esimerkki.* Oletetaan, että tutkijan tehtävä on kuvata, miten saamisen kuittaus tapahtuu. Oletetaan edelleen, että oikeusjärjestyksen mukaan merkittäviä tosiseikkoja on kaksi, nimittäin saamisten vastakkaisuuden toteutuminen ja kuittausilmoituksen tekeminen. Kun kumpikin tosiseikka on toteutunut, kuittaus on tapahtunut ja saamisoikeus sammunut. Mutta millainen oikeustila vallitsee silloin, kun vain ensiksimainittu tosiseikka on toteutunut? Kysymykseen on vastattu ainakin kolmella eri tavalla, joista (1) ja (2) ovat kilpailevia käsitelainopillisia kuvauksia ja (3) ''tosiasiallista tapahtumainkulkua'' vastaava realistinen kuvaus.
>
> (1) Kuittaus tapahtuu ipso iure saamisten vastakkaisuusedellytyksen täyttyessä. Ilmoituksella tapahtuva kuittauksen toteaminen on tosin välttämätöntä, mutta sillä on vain deklaratiivinen merkitys.
>
> (2) Kuittaus tapahtuu vasta kuittausilmoituksella, jolla siis on konstitutiivinen merkitys. Kuittausilmoituksen vaikutukset alkavat kuitenkin taannehtivasti jo vastakkaisuusedellytyksen täyttymisestä.
>
> (3) On virheellinen yksinkertaistus sanoa kuittauksen tapahtuvan tietyllä hetkellä. Kumpaankin tapahtumasarjan vaiheeseen liittyy oikeusvaikutuksia, jotka on kerrottava. Saamisten vastakkaisuuden toteutuessa kummallekin osapuolelle syntyy kelpoisuus saada velka lakkaamaan. Kelpoisuutta vastaa toisen osapuolen sidonnaisuus. Jommankumman osapuolen käytettyä kelpoisuuttaan ja tehtyä kuittausilmoituksen lakkaavat ne oikeudet ja velvollisuudet, jotka ovat ominaisia velkasuhteelle, siltä osin kuin saatavat peittävät toisensa.

Jos tarkastellaan eri kuvaustapojen eroja, voidaan havaita, että kuvausten (1) ja (2) antama informaatio tilanteesta, joka vallitsee molempien relevanttien tosiseikkojen toteuduttua, on sama: kuittaus on tapahtunut ja kuittausvaikutukset syntyneet jo vastakkaisuusedellytyksen täyttyessä. Sitä vastoin ''välitilasta'', jossa vain ensimmäinen vaadituista tosiseikoista on toteutunut, ne antavat päinvastaisen kuvan. Kuvaus (1) toteaa kuittauksen tapahtuneen ja saamisoikeuden sammuneen. Kuvauksen (2) mukaan saamisoikeus on puolestaan

yhä olemassa. Riippuen siitä, kumpi kuvaustapa valitaan, saatetaan päätyä päinvastaisiin tuloksiin oikeuskysymyksissä, joiden vastaus riippuu saatavan olemassaolosta. Tämä seikka oli eräs keskeinen syy siihen, että johtopäätösten teko luonnehdinnasta (= kuvauksesta) kiellettiin skandinaavisessa lainopissa. Konkreettisen oikeuskysymyksen ratkaiseminen kuvaustavan valintaa määräävän teoreettisen syyn nojalla oli asian ratkaisemista ilman kunnollista perustelua.

Kielto tehdä päätelmiä kuvauksesta voi luonnollisesti olla vain eräänlainen ensiapu. Pitkällä tähtäyksellä on parempi pyrkiä muuttamaan kuvaustapaa sillä tavoin, ettei virheellisten päätelmien vaaraa ole tarjolla. Tätä voitaneen pitää uuden kuvaustavan kehittäjien etäistavoitteena. Jos vertaamme kuvausta (3) muihin kuvauksiin, voimme havaita, että se ilmaisee muita tarkemmin, mikä on osapuolten oikeussuhde toisiinsa välitilan aikana. Siihen ei liioin liity oletamaa, jonka mukaan kuittauksen vaikutukset ilmenevät kaikki samanaikaisesti. Tällä on merkitystä ratkaistaessa kuittaukseen liittyviä detaljikysymyksiä, esimerkiksi kysymystä, milloin velvollisuus maksaa saataville korkoa lakkaa. Kuvaukset (1) ja (2) viittaavat jokseenkin yksiselitteisesti siihen, ettei korkoa olisi maksettava enää vastakkaisuusedellytyksen toteutumisen jälkeiseltä ajalta. Sitä vastoin kuvaus (3) ei tarjoa eväitä kysymykseen vastaamiseen, vaan jättää asian ratkaistavaksi muilla argumenteilla. Se toisin sanoen antaa informaatiota vähemmästä kuin käsitelainopilliset kuvaukset.[44]

h. Edellä suoritettu, lainopin uutta kuvaamistapaa koskenut tarkastelu tarjoaa uuden näkökulman lähestyä lainopin tutkimuskohteen l. oikeustodellisuuden ongelmaa. Kuten edellä havaittiin, 1950-luvun siviilioikeustieteen merkittäviin uudistuksiin kuului oikeusasemien kuvaamiseen tarvittavien *alakäsit-*

[44] Tuoreena esimerkkinä siitä, miten kuvaustavan valinta saattaa ratkaisevasti vaikuttaa tulkinnan tulokseen, mainittakoon ns. kihlalasten asemaa koskeva oikeusongelma: onko isyyslain tultua voimaan mahdollista vahvistaa, että sitä ennen syntynyt lapsi on ns. kihlalapsi.

Korkein oikeus perusti ratkaisunsa kihlalapsen aseman saavuttamista koskevaan kuvaukseen, joka oli täysin analoginen edellisessä esimerkissä mainitun kuvauksen (1) kanssa, ja päätyi myöntävään vastaukseen. Jos kysymystä olisi tarkasteltu kuvauksen (2) pohjalta tai kuvauksen (3) osoittamalla tavalla oikeustosiseikka/oikeusseuraamus -erottelua käyttäen, ratkaisu olisi ollut päinvastainen. Tapaus on oire siitä, että käsitelainopillisen tradition jälkivaikutus jatkuu yhä oikeusyhteisössä.

Ks. tästä KKO 1979 II 89 ja KKO 1984 II 41 sekä ratkaisujen aiheuttamaa keskustelua: *Savolainen,* Kihlalapsen asema ennen, nyt ja korkeimman oikeuden mukaan, *Hiidensalo,* Kihlalapsen asema korkeimman oikeuden viimeaikaisessa käytännössä, *Helin,* Kihlalapsen asemasta ja *sama,* Oikeustapauskommentti KKO 1984 II 41.

teiden kehittäminen. Subjektiivisten oikeuksien järjestelmä pyrittiin korvaamaan paremmalla ja tarkoituksenmukaisemmalla ilmaisukeinolla.

Koska alakäsitteet niille asetettujen vaatimusten mukaan ovat subjektiivisiin oikeuksiin viittaavia käsitteitä yksinkertaisempia ja tarkempia, voidaan ajatella, että tutkimalla, mihin ne viittaavat, saadaan entistä parempi käsitys siitä, miten oikeustodellisuus de facto ymmärrettiin. Seuraavassa pyritään soveltamaan tätä ajatusta. Koska käytännössä ei ole mahdollisuuksia selvittää kaikkien tuolloin kehitettyjen alakäsitteiden merkitystä, tarkastellaan seuraavassa vain niitä käsitteitä, joita *Zitting* käytti tutkiessaan omistajan oikeusasemaa. Kuten tunnettua, kyseiset käsitteet ovat ”omistajan hallintaoikeus l. primäärioikeus”, ”omistajan kompetenssi” ja ”dynaaminen suoja”. Lähtökohtana käsitteiden sisällön selvittämisessä käytetään Zittingin omia luonnehdintoja teoksessa ”Omistajanvaihdoksesta”.

Tutkittaessa tapaa, jolla Zitting luonnehtii omistajan hallintaoikeutta, voidaan havaita skandinaaviselle realismille hyvin tyypillinen piirre, oikeuden ja oikeussuojan samastaminen. *Lundstedtin, Olivecronan* ja *Rossin* ajatuksiin liittyen Zitting toteaa, että primäärioikeutta ja staattista oikeussuojaa ei voida erottaa toisistaan. Ne tarkoittavat samaa asiaa.[45] Primäärioikeuden voitaisiin siten ajatella olevan samanlainen puhtaasti empiiriseen todellisuuteen kuuluva asia kuin leijonan oikeus nauttia saaliinsa viidakossa — käyttääkseni *Lundstedtin* rinnastusta. Pian käy kuitenkin ilmi, että asia on Zittingin mukaan näin vain osittain. Hän erottaa näet primäärioikeuden muodostavassa staattisessa suojassa kaksi puolta, preventiivisen ja repressiivisen. Vain preventiivisen suojan osalta hän hyväksyy *Rossin* ajatuksen, jonka mukaan staattinen suoja merkitsee ”Graden af Sandsynlighed for at B:s (= omistajan) reale Position faktisk ikke vil blive forstyrret”. Sitä vastoin repressiivisessä suojassa ei ole Zittingin mukaan kyse suuremmasta tai pienemmästä todennäköisyydestä, vaan ”ennalleenpalautuksen tai sen vastikkeen taikka rikosoikeudellisen rangaistuksen mahdollisuudesta”.[46] Oikeusseuraamuksen mahdollisuudella Zitting ei ilmeisestikään tarkoita sen tilastollista mahdollisuutta, vaan mahdollisuutta oikeussääntöjen mukaan.

Primäärioikeudeksi nimitettyyn momenttiin sisältyy näin ollen — mikäli

[45] Omistajanvaihdoksesta s. 27 ja 39.

[46] Omistajanvaihdoksesta s. 40. Samassa yhteydessä *Zitting* arvostelee *Rossia* mainitun eroavuuden huomiotta jättämisestä. *Rossin* lähtökohdista käsin olisi sen huomioon ottamista kuitenkin pidettävä epäjohdonmukaisuutena. Mikäli näet halutaan johdonmukaisesti viedä lävitse hänen käsityksensä oikeusjärjestyksestä fysikaalismentaaliseen todellisuuteen kuuluvana ilmiönä, on myös häirinnän tapahduttua saatava suoja palautettava ”todennäköisyydeksi”.

lähtökohtana pidetään Zittingin omia lausumia sen luonteesta — kahdenlaisia aineksia. Preventiivisen funktion osalta Zittingin ajatus vastaa *Lundstedtin* ja nuoren *Rossin* tapaa ymmärtää subjektiivisten oikeuksien sisältö luonnonilmiönä. Sitä vastoin repressiivinen funktio näyttää kuuluvan sääntötodellisuuteen, jonka ontologista asemaa ei lähemmin pohdita.

Kun tarkastelu suunnataan oikeusaseman muita momentteja nimeäviin termeihin, muuttuvat tulkinnat, jotka Zitting niiden sisällöstä esittää, vaikeaselkoisemmiksi. Omistajan *kompetenssi* ilmaisee hänen mukaansa ''kelpoisuutta, toimivaltaa, kykyä, voimista aikaansaada esineen siirtyminen omistuspiiristä toiseen. Se on verrattavissa oikeustoimikelpoisuuteen, mutta se ei tarkoita abstraktista ominaisuutta, kuten tämä, vaan määrätyn henkilön konkreettista suhdetta esineeseen kohdistuvaan primäärioikeuteen''.[47] Kyseessä näyttää siten olevan sääntöjen synnyttämä, oikeustodellisuuteen kuuluva kvaliteetti. Kompetenssi ei ole kykyä saada aikaan tietyt kausaaliset seuraukset, vaan se on juridista kykyä. Kompetenssinkäytön seuraukset eivät ole kausaalisia seurauksia, vaan oikeusseuraamuksia, jotka saadaan aikaan ''maagisesti'', esimerkiksi lausumalla sopivissa olosuhteissa sopivat sanat.

Dynaaminen suoja liittyy puolestaan hänen mukaansa kysymykseen oikeusperusteen sitovuudesta. ''Se ei tarkoita omistajan staattista eli varsinaista oikeussuojaa, vaan oikeusperusteen sitovuutta kollisiotilanteissa, jollaisia syntyy toisaalta asianosaissuhteessa ja toisaalta etenevässä ja takautuvassa sivullisrelaatiossa.''[48] Zitting katsoo, että asiayhteys ei suo hänelle mahdollisuutta ryhtyä muutamaa huomautusta laveammin selvittämään kysymystä, mitä on sitovuus. Huomautuksissaan hän kuitenkin siteeraa — käsittääkseni hyväksyen — *Olivecronan* ajatusta, jonka mukaan sitovuus ei ole muuta kuin ''en objektivering av känslan av bundenhet inför lagen''.[49]

Kun nämä ontologiset huomautukset kootaan yhteen, näyttäisi omistusoikeus olevan sangen erikoislaatuinen ontologinen ilmiö. Primäärioikeuden preventiivinen funktio näyttäisi kuuluvan käyttäytymisen tasolle, repressiivinen funktio puolestaan sääntötodellisuuteen. Myös kompetenssi on sääntötodellisuuteen kuuluva, oikeussääntöjen synnyttämä entiteetti, kun taas dynaaminen suoja puolestaan olisi mentaalisen tason ilmiö.

Ei luonnollisestikaan ole käsitteellinen mahdottomuus, että omistusoikeus olisi yhteisnimitys mainitunkaltaiselle ilmiöjoukolle. Käsitykseni mukaan voidaan kuitenkin osoittaa, ettei Zitting de facto käytä primäärioikeuden ja dynaamisen suojan käsitteitä esittämässään merkityksessä. Kun hän esimerkiksi

[47] Omistajanvaihdoksesta s. 30.
[48] Omistajanvaihdoksesta s. 67.
[49] ibid.

toteaa omistajan kompetenssin henkilövaihdoksen olevan normaali seuraus hallintaoikeuden subjektin vaihdoksesta,[50] on varmaa, ettei hän tarkoita kompetenssin kuuluvan sille, joka tavalla tai toisella on saavuttanut esineeseen nähden aseman, jossa on todennäköistä, että tämä positio ''faktisk ikke vil blive forstyrret''. Tosiasiassa näyttää primäärioikeuskin olevan entiteetti, joka syntyy tiettyjen oikeustosiseikkojen ja oikeussääntöjen yhteisvaikutuksesta ja on siis sääntötodellisuuteen kuuluva ilmiö. Sama koskee dynaamista suojaa. Sekin on oikeussääntöjen synnyttämä asiantila. Sen olemassaoloa selvitettäessä ei ole tarpeen kiinnittää huomiota siihen, millaisia sitovuuden tunteita oikeussubjektien keskuudessa esiintyy. Zitting ei myöskään näin menettele.

Se, etteivät Zittingin nimenomaiset luonnehdinnat kaikilta osin vastanneet tapaa, jolla hän tosiasiassa käyttää po. käsitteitä, lienee tulkittava seuraukseksi jo aiemmin monesti todetusta ilmiöstä. Kysymys oikeustieteen tutkimuskohteesta oli lainopissa niin täydellisesti syrjäytynyt muiden, pragmaattisempien kysymysten tieltä, ettei painetta johdonmukaisuuteen ja tarkkuuteen tutkimuskohdetta koskevissa yleisluonnehdinnoissa juuri esiintynyt. Todettakoon, että Zitting on myöhemmissä kirjoituksissaan jossakin määrin selventänyt käsityksiään. Ajatus, että omistaminen on sääntötodellisuuden ilmiö, tulee niissä aiempaa paremmin esille.[51]

Zittingin näkemys näyttäisi tässä kohden läheisesti rinnastuvan *Sainion* ajatuksiin. Sainion tavoin Zitting muuntaa pohjoismaisen oikeusteorian empiristisiä lähtökohtia siten, että ''raaka'' todellisuus oikeustieteen tutkimusmaastona korvautuu sääntötodellisuudella, jonka ontologista statusta ei kuitenkaan lähemmin pohdita.

Tämän transformaation kautta empiristinen asennoituminen saa lakipositivistisia painotuksia. Empirismiin liittyvä vaatimus todellisuuden tarkasta havainnoimisesta muuntuu vaatimukseksi oikeussäännösten entistä huolellisemmasta tutkimisesta ja juridisten käsitteiden muovaamisesta sellaisiksi, että niiden avulla voidaan entistä paremmin ja taloudellisemmin kuvata säännösten sisältöä eri tilanteissa. Pandektioikeudellisten käsitteiden kritiikki voidaan ymmärtää tätä taustaa vasten. Suhteessa Suomen positiiviseen oikeuteen pandektioikeuden käsitteistö oli rationalistisesti ts. ''epäempiirisesti'' luotu systeemi, ja tarjosi sen vuoksi väärät silmälasit sen tutkimiselle.

---

[50] Omistajanvaihdoksesta s. 33.

[51] Ks. esim. *Zitting,* Esine- ja velvoiteoikeuden erosta varallisuusoikeuden järjestelmän perustana s. 613—614, jossa todetaan, että omistajalla normaalisti oleva käyttövapaus ei kuulu omistamisen käsitteen piiriin, vaan se on reaalitaloudellinen seuraus siitä juridisesta tosiseikasta, että kaikkiin sivullisiin on kohdistettu esineen käyttöä koskevia kieltonormeja.

Sanotun perusteella vaikuttaa oikeutetulta todeta, että siirtymä analyyttis-realistiseen juridiikkaan merkitsi tosiasiassa siirtymää lakipositivistiseen, kelseniläiseen suuntan. Tämä ei kuitenkaan ole koko totuus. Kun säännöstöä tulkittiin ilman pandektioikeudellisten käsitteiden ja oikeusperiaatteiden tukea, havaittiin entistä selvemmin säännösten tarjoaman informaation suhteellinen vähäisyys ja aukollisuus. Reaalisten argumenttien käytölle tarjoutui entistä enemmän tilaa. Kuvatuin tavoin empiristinen asennoituminen, lakipositivismi ja reella övervägande lomittuivat saman kokonaisuuden toisiaan täydentäviksi osasiksi. Olisi ilmeisen virheellistä nähdä ne toisilleen vastakkaisina, ristiriitaisina ilmiöinä.

3. JURIDINEN ARGUMENTAATIO

Edellä on todettu, että skandinaavinen realismi salli lainopin säilyttää luonteensa oikeuslähteisiin perustuvana argumentaationa. Sitä vastoin argumentointitapaa vaadittiin olennaisesti muutettavaksi. Muutosvaatimukset koskivat sekä argumenttien valintaa että osin myös argumentaation asemaa tutkimusprosessissa.

Tässä jaksossa tarkastellaan, missä määrin suomalaisessa siviilioikeuden tutkimuksessa tavattava juridinen argumentaatio muuttui realistisen mallin mukaiseksi. Esitys on jaettu kahteen osaan. Ensimmäisessä luvussa tutkitaan konstruktiivisten argumenttien käyttöä ja tiedeyhteisön suhtautumista ''käsitteistä päättelyyn''. Toisessa luvussa tutkitaan muiden oikeuslähteiden, lähinnä prejudikaattien, reaalisten argumenttien ja lain esitöiden painoarvon vaihtelua argumentaatiossa. Tarkoituksena on selvittää, tapahtuiko niiden keskinäisessä ominaispainossa muutoksia skandinaavisen realismin tahtomaan suuntaan.

3.1. Konstruktiivinen argumentaatio

3.1.1. 1920-luku

a. Tutkimusperiodimme alussa 1920-luvulla oli käsitelainopin kulta-aika oikeusteoreettisesti riidattomana suuntauksena jo Saksassa ohitse. Intressilainoppi ja ns. vapaaoikeuskoulu olivat jyrkästi arvostelleet sen tapaa korostaa lain-

opin systemaattisuutta muiden näkökohtien kustannuksella ja saavuttaneet tiettyä menestystä.[1] Kriitikkojen mukaan ei ollut ajateltavissa, että elämä voitaisiin puristaa käsitteiden luomaan muottiin ja että maailmaa voitaisiin hallita käsitteillä ja määritelmillä.

Käsitelainopin kritiikki ei voinut jäädä huomiotta tuon ajan suomalaisilta tutkijoilta, joiden yhteydet Saksaan olivat läheiset. Jos heidän suhtautumistaan käsitelainoppiin tarkastellaan heidän julkilausuttujen mielipiteittensä valossa, sitä voidaankin pitää melko varauksellisena. Heidän keskuudessaan ei ollut suinkaan tuntematon näkemys, jonka mukaan käsitteellisiä pohdintoja koskeva mielipiteiden vaihto on usein ollut turhaa sanakiistaa, jolla ei ole käytännöllistä merkitystä.[2] Myös konstruktiivista päättelyä, käsitelainopillisen tutkimuksen seuraavaa vaihetta kohtaan esitettiin kritiikkiä.

Painavimman tätä koskevan puheenvuoron lienee käyttänyt *Kivimäki.* Hän sanoutuu selvästi irti sellaisesta käsitelainopista, joka pyrkii johtamaan oikeusseuraamuksia juridisesta käsiterakennelmasta piittaamatta siitä, miten lopputulos vastaa taloudellisia, sosiaalisia tai moraalisia tarpeita, ja antaa vapaaoikeuskoululle tunnustusta siitä, että se on noussut tällaista ”käsitealgebraa” vastaan. Vapaaoikeuskoulun merkitys on hänen mukaansa ”varsinkin siinä oikeutetussa arvostelussa, jolla se on osoittanut skolastisen lainopin eittämättömät virheet: elämää vierovan konstruktionismin ja yksityistapauksen liioitellun yleistämisen... Se on myöskin kiinnittänyt oikeustieteen huomion uusiin perusteisiin, joita tuomittaessa on varteenotettava, ja täydellä syyllä korostanut nykyajan tarpeiden merkitystä.”[3]

Näistä sanoistaan huolimatta Kivimäki ei silti kokonaan hylkää käsitelainoppia, vaan katsoo, ettei rakentava vaihtoehto, jota vapaaoikeudellinen suunta tarjoaa käsitelainopin tilalle, riitä korvaamaan tämän kieltämättömiä etuja. ”Lainoppi on ja se tulee etupäässä olla käsitelainoppia, sillä tarkkojen oikeuskäsitteiden katoaminen merkitsisi ei vain lainopin, vaan koko oikeuselämän kuolemaa.”[4] *Alanen* näyttää ajattelevan samaan tapaan. Hänkin tunnustaa vapaaoikeuskoulun kritiikin oikeutuksen, mutta pyrkii kuitenkin löy-

[1] Ks. tästä esim. *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft s. 42—62.

[2] Näin toteaa esim. *Chydenius* Viljo Voipion väitöskirjasta antamassaan vastaväittäjän lausunnossa. Samassa yhteydessä hän pahoittelee sitä, ettei kirjoittaja ole ottanut huomioon v. Jheringin teosta ”Schertz und Ernst” eikä myöskään Lassenin kirjoitusta ”Definitioner i Retsliteraturen”. — Ajan henkeä kuvaa, että Lakimies-lehdessä julkaistussa nekrologissa v. 1926 Chydeniusta kiitettiin siitä, että hän ”ei suinkaan ollut ahtaan sanajurisierian, henkeä kuolettavan ”käsitelainopin” kannattaja”. Ks. LM 1926 s. 181.

[3] *Kivimäki,* Uusia virtauksia siviililainopin alalla s. 386.

[4] *Kivimäki,* Uusia virtauksia siviililainopin alalla s. 385.

tämään keskitien, joka ottaisi huomioon myös konstruktiivisen metodin vahvat puolet.[5] Uusien kriittisten ajatusten vastaanotto oli siten jokseenkin suopea. Kirjoituksia, joissa yleisellä tasolla olisi käyty puolustamaan käsitelainoppia ja arvostelemaan uudempia saksalaisia virtauksia, en ole tavannut.[6]

Käsitelainopin kritiikin varovainen herääminen eräänlaisen yleisasennoitumisen tasolla ei kuitenkaan johtanut siihen, että samalla olisi hylätty ne teoreettiset taustaoletukset, joille käsitelainoppi rakentuu. Päinvastoin käsitelainopin perusedellytys, usko oikeiden juridisten käsitemääritelmien mahdollisuuteen eli yhä voimakkaana. Tämä ilmenee selkeimmin tutkimusten kysymyksen asetteluissa. Juridisten luokitteluongelmien osuus niistä oli 1920-luvun yksityisoikeudellisessa tutkimuksessa huomattava. Tehtävänasettelun perustana oli ajatus, että juridisen ilmiön, kuten ennakkoturvaamismenettelyn, saatavan vakuusluovutuksen tahi asunto-osakkeiden haltijan oikeuden juridinen luonne voitiin tutkimuksella selvittää.[7] Toisin sanoen ajateltiin, että kysymykseen, mihin laajempaan kategoriaan po. ilmiö kuuluu, voidaan antaa oikea, juridisen todellisuuden mukainen vastaus. Kategorisointia voitiin tämän jälkeen käyttää joko uusien oikeusseuraamusten johtamiseen tai pelkästään systemaattisiin tarkoituksiin. Ajatus, että kategorisointi olisi konventionaalinen ja esitystekninen kysymys, johon ei kannata tuhlata tutkimuksellisia voimavaroja, oli selvästi vieras.[8]

Käsitelainopista esim. *Savignyn* ja *Puchtan* tarkoittamassa mielessä 1920-luvun suomalainen konstruktiivinen lainoppi eroaa kuitenkin siinä, ettei juridisten käsitteiden katsottu olevan apriorisia, lainsäätäjän ulottumattomissa olevia entiteettejä. Päinvastoin korostettiin, että käsitteiden sisältö on positiivisoikeudellinen asia. ”Käsite on ... haettava esille positiivisesta oikeudesta, eikä päin vastoin positiivista oikeutta ole yritettävä pusertaa käsitesysteemin ahtaisiin rajoihin”.[9] Tämänkaltainen induktiivinen metodi on Caseliuksen mukaan lainopillisten käsiteselvitysten mielekkyyden ehtona. Vain näin muodos-

[5] *Alanen,* Eräitä laintulkintaopillisia näkökohtia s. 102—107.

[6] Ks. kuit. *Hernberg,* Förbudsdomen s. 2, jossa Hernberg ilmeisen hyväksyen mainitsee kirjallisuudessa esitetyn käsityksen, jonka mukaan vapaaoikeuskoulu on epidemianluontoinen dekadenssi-ilmiö. Ks. myös *Ekström,* Privaträttens allmänna läror s. 70, jonka mukaan Suomessa ei ole tarvetta vapaaoikeuskoulun kaltaiselle reaktiolle.

[7] Ks. *Kaila,* Ennakkoturvaamismenettelyn käsitteestä, *Voipio,* Onko asunto-osakeoikeuden tuottama asumisoikeus vuokraoikeutta ja *Caselius,* Panttioikeuden käsitteestä s. 76.

[8] Ks. esim. *Caselius,* Omistajankiinnityksestä s. 113. ”Jokin oikeus on joko panttioikeus, jolloin sillä on panttioikeuden sisältöön kuuluvat oleelliset ominaisuudet ... tai nämä luonteenomaiset piirteet siltä puuttuvat, jolloin kysymyksessä oleva oikeus ei ole mikään panttioikeus.”

[9] *Caselius,* Panttioikeuden käsitteestä s. 9. Ks. myös *sama,* Omistajankiinnityksestä s. 177.

tetuilla käsitteillä on merkitystä oikeudellisen yleiskuvan antajana ja tulkinnan apuvälineenä.[10]

Täsmällisemmin ilmaistuna Caselius tarkoittanee, että juridisia käsitemääritelmiä on ''ohennettava'' vähentämällä olennaisten käsitetunnusmerkkien määrää. Käsitemääritelmien on sallittava sellaiset *synteettiset* (ei-analyyttiset) väitteet, kuten ''Saksan oikeuden mukaan omistajalla on oikeutus O_X, mutta Suomen oikeuden mukaan hänellä ei sitä ole''. Positiivisen oikeuden ''pusertamista käsitesysteemin ahtaisiin rajoihin'' on näin tulkittuna menettely, jossa oikeutus O_X korotetaan omistusoikeuden (olennaiseksi) käsitetunnusmerkiksi, jolloin lause ''Suomen oikeuden mukaan omistajalla ei ole oikeutusta O_X'' käy analyyttisesti epätodeksi. Tämän välttämiseksi joudutaan O_X systemaattisuuden nimissä vastoin positiivista oikeutta hyväksymään omistajalle kuuluvien oikeutusten joukkoon.

Kun Caseliuksen lausumalle annetaan kuvattu täsmentävä tulkinta, havaitaan sen sisältävän selvästi käsitelainopin vastaisen vaatimuksen: käsitteiden sisältöä on ohennettava siten, ettei niistä käy mahdolliseksi johtaa positiivisen oikeuden vastaisia seuraamuksia. 1920-luvun oikeuskirjallisuutta tarkasteltaessa syntyykin vaikutelma, että juridiset käsitemääritelmät olisivat muokkautuneet Caseliuksen tarkoittamaan suuntaan. Edes omistusoikeutta koskevissa esityksissä, joissa apriorisen omistuksen käsitteen olettaisi vaikuttavan, en ole tavannut katsomuksia, joissa kiellettäisiin omistuksen sisällön kaventaminen käsitteen vastaisena so. loogisesti mahdottomana.[11]

Kuvattua asennoitumista voitaneen parhaiten luonnehtia sanomalla sen edustavan positiivista oikeutta kunnioittavaa käsitelainoppia. Systemaattisin argumentein ei ollut lupa päätyä lain vastaisiin tuloksiin, mutta lain vaietessa vastaus oli ensisijaisesti pyrittävä etsimään systeemistä. Koska oikeustiede yleensä kiinnitti huomionsa laissa ratkaisematta jääneisiin ''vaikeisiin'' ja haastaviin ongelmiin, käsitelainopillinen metodi säilyi sanotuista varaumista huolimatta käyttökelpoisena.

---

[10] Näin myös *Haataja,* Vuokran käsite s. 25.

[11] Ks. esim. *Ekström,* Privaträttens allmänna läror s. 179—183 ja *Caselius,* Omistajankiinnityksestä s. 27—50, jotka tunnustavat tässä kysymyksessä lainsäätäjän vallan. Apriorinen omistuksen käsite vaikutti kuitenkin tapaan, jolla lainsäätäjän asiaan puuttuminen ymmärrettiin. Se, että lainsäätäjän työn tulokset konstruoitiin omistusoikeuden (tai sen käytön) rajoituksiksi, osoittaa, että systematisoinnissa käytettiin lähtökohtana apriorista, rajoittamatonta omistusoikeutta, jota (tai jonka käyttöä) laki rajoittaa. Tästä systematisointitavasta luopui *Sainio,* joka Lundstedtin ajatusten mukaisesti korosti, että kysymys oli omistuksen sisällön muotoamisesta eikä apriorisen omistusoikeuden rajoittamisesta. Ks. *Sainio,* Elinkeinotoiminnan harjoittamisesta s. 24.

b. Tarkasteltaessa käsitelainopillisen metodin käyttöä 1920-luvun oikeuskirjallisuudessa sen voidaankin sanoa olevan melko runsasta. Lähes kaikissa väitöskirjoissa ja lukuisissa artikkeleissa esiintyy käsitelainopillisia ongelmanasetteluja. Varsinainen konstruktiivinen päättely, oikeusseuraamusten johtaminen luokitteluongelmaan annetusta ratkaisusta, oli kuitenkin paljon harvinaisempaa. Hyvin usein tutkimus päättyi jo siihen, että tutkittava ilmiö systematisoitiin johonkin kategoriaan. Kysymys, mitä oikeusseuraamuksia koskevia johtopäätöksiä luokittelusta voitiin tehdä, jätettiin lukijan harkintaan. Menettely sopii itse asiassa sangen hyvin käsitelainopin tieteenkuvaan. Sivistynyt, yleiset opit tunteva lukija saattoi näet jo ilmiön kategorisoinnista päätellä, mitkä oikeusvaikutukset siihen liittyivät. Oikeuskulttuuri puhui sille, joka osasi kuunnella.

Syvällistä, sääntötason tuloksiin asti ulottuvaa konstruktiivista argumentointia esiintyy lähinnä vain *Caseliuksella.*[12] Nähdäksemme, millaista tämä argumentointi oli luonteeltaan, on syytä tarkastella sitä konkreettisen oikeusongelman avulla. Se voidaan muotoilla seuraavasti: mikä on omistajankiinnityksen luonne ja mitkä ovat siitä johtuvat sääntötason johtopäätökset. Tämän kysymyksen käsittely muodostaa Caseliuksen väitöskirjan pääsisällön, joten argumentaatiota voidaan tässä tarkastella vain melko skemaattisesti.

Ongelmaan voitaisiin mahdollisesti vastata konstruoimalla omistajankiinnitys omistajan panttioikeudeksi omaan kiinteistöönsä. Tämän vaihtoehdon Caselius torjuu vetoamalla ns. kvantiteettiteoriaan, jonka mukaan rajoitettuihin esineoikeuksiin ei sisälly oikeutuksia, joita ei jo ennestään olisi omistusoikeudessa.[13] Tämä merkitsee sitä, että panttioikeuden siirtyessä omistajalle omistaja ei saa mitään lisää siihen, mitä hänellä jo on, vaan omistusoikeus yhtymyksessä nielee itseensä kvantitatiivisesti pienemmän panttioikeuden, joka sammuu.[14]

Se, että omistajalla ei ole panttioikeutta kiinteistöönsä, on Caseliuksen argumentaatiossa puolestaan vahva argumentti sen puolesta, ettei omistajalla kiin-

---

[12] Esimerkkeinä tutkimuksista, joissa konstruktiivista argumentaatiota esiintyy vähemmässä määrin mainittakoon *Kaila,* Ennakkoturvaamismenettelyn käsitteestä, *Voipio,* Onko asunto-osakeoikeuden tuottama asumisoikeus vuokraoikeutta ja *Chydenius,* Lärobok i finsk kontraktsrätt I, jossa mm. kysymys luovutuksensaajan suojasta myyjän velkojia vastaan ratkaistaan ratkaisemalla esikysymyksenä ongelma, milloin omistusoikeus siirtyy. Toisaalta käsitteistä päättelyä ei esiinny käytännöllisesti katsoen lainkaan sellaisissa väitöskirjatutkimuksissa, kuten *Haataja,* Vuokran käsite, *Kivimäki,* Asianajajan siviilioikeudellinen vastuu ja *Kauppi,* Kaupparekisteristä.

[13] Ks. *Caselius,* Omistajankiinnityksestä s. 62 ja 81.

[14] Ks. *Caselius,* Omistajankiinnityksestä s. 59.

teistönsä pakkohuutokaupassa ole normaalisti omistajankiinnityksensä mukaista etuoikeutta (erilleenotto-oikeutta) kauppahintaan. Reaaliset, luottotaloudelliset argumentit puhuvat Caseliuksen mukaan nekin voimakkaasti tämän ratkaisun puolesta.[15]

Omistajankiinnityksellä ei siten ole pakkohuutokaupassa itsenäistä merkitystä. Tästä seikasta voidaan puolestaan tehdä johtopäätöksiä omistajankiinnityksen juridisesta luonteesta. Se on Caseliuksen mukaan osoitus siitä, että omistajankiinnitys ei ole itsenäinen subjektiivinen oikeus. Se on ainoastaan ''ryhmä omistusoikeuteen sisältyviä oikeutuksia, omistusoikeuden pucli tai tapa, jolla omistaja käyttää oikeuttaan kiinteistöön''. Se on ''omistajan oikeutus perustaa panttioikeus kiinteistöönsä, nimittäin sellainen panttioikeus, joka saa sen etusijan, mikä on muodollisesti jo vahvistetulla kiinnityksellä''.[16]

Kun omistajankiinnityksen luonne on tällä tavoin saatu konstruoiduksi, voidaan konstruktiosta tehdä johtopäätöksiä. Konstruktiostaan Caselius johtaa normikannanotot, joiden mukaan omistajankiinnitystä ei sellaisenaan voida luovuttaa, pantata eikä myöskään ulosmitata. Luovutuksen ja panttauksen mahdottomuus perustuu siihen, että omistajankiinnitys on pelkkä oikeutus, joka erottamattomasti on kiinni omistusoikeudessa. Ulosmittauskielto puolestaan seuraa luovutuksen ja panttauksen mahdottomuudesta: ''Mitä oikeudesta ei voida vapaaehtoisesti irrottaa, sitä ei voida pakollakaan ulosottaa''.[17]

Kuvatuin tavoin Caseliuksen argumentaatio etenee positiivisoikeudellisten, konstruktiivisten ja jossakin määrin myös reaalisten argumenttien muodostamana kudoksena. Vaikka johtopäätösten premisseinä on konstruktiivisia argumentteja, johtopäätökset vaikuttavat yleensä myös käytännöllisesti puolustettavilta.[18] Onko tämä indisio käsitejärjestelmän rakenteen taidokkuudesta vaiko siitä, että konstruktiivisia argumentteja käytettiin lähinnä fasaadilegitimaationa, jätetään tässä ratkaisematta.

Tarkasteltaessa konstruktiivisten argumenttien *painoa* muihin argumentteihin verrattuna, voidaan havaita, etteivät ne suinkaan aina ylittäneet muiden argumenttien perusteluvoimaa. Konstruktiosta johtuva tulos voitiin reaalisin argumentein sivuuttaa.

Esimerkkinä tulkintaongelmasta, jonka Caselius ratkaisee tällä tavoin, voidaan mainita kysymys, onko panttivelkojalla, joka avioliiton, testamentin tai

[15] Ks. *Caselius,* Omistajankiinnityksestä s. 187—189.

[16] *Caselius,* Omistajankiinnityksestä s. 192.

[17] *Caselius,* Omistajankiinnityksestä s. 200.

[18] Vrt. *Havansi,* Oikeustapauskommentti KKO 1984 II 220 erit. s. 689—691, josta saa myös havainnollisen käsityksen oikeudellisen ajattelun muuttumisesta nuoren Caseliuksen aikoihin verrattuna.

lahjan kautta saa panttina olevan kiinteistön omistukseensa, oikeus kiinteistön pakkohuutokaupassa saada kiinnityksen ilmaisema osuus kauppahinnasta. ''Kvantiteettiteorian'' mukainen sääntö, jonka mukaan panttioikeus sammuu joutuessaan omistajalle, johtaa kieltävään vastaukseen. Koska ei ole panttioikeutta, ei ole myöskään erilleenotto-oikeutta, joka on panttioikeuteen kuuluva oikeutus. Ratkaisu ei kuitenkaan ole käytännöllinen. Jos kiinteistö on kiinnitetty miltei täyteen arvoonsa, panttivelkojan on mahdotonta rationaalisesti päättää, valitseeko hän panttioikeuden siihen liittyvine oikeutuksineen vaiko omistusoikeuden. Epäonnistunut valinta veisi valitsijan huonompaan asemaan kuin missä hän oli ennen kiinteistön saamista omistukseensa. Näillä perusteilla Caselius konstruktion antamasta tuloksesta huolimatta myöntää panttivelkojalle erilleenotto-oikeuden puheena olevassa tapauksessa.[19]

Käsitelainoppia arvosteltaessa on sen yksipuolisuuksista joskus käytetty esimerkkinä *Windscheidin* lausumaa, jonka mukaan epäoikeudenmukaisen tuomion (johon oli päädytty systemaattisilla perusteilla) tuli herättää ylpeätä iloa, koska oikeuden majesteetti siten toteutui väärässäkin.[20] Edellä sanottu osoittaa, ettei lausumalla voida luonnehtia Caseliuksen tutkimustapaa eikä 1920-luvun lainoppia yleensäkään. Vaikka käsitelainopin tieteenkuvan vaikutus oli siinä ilmeinen, varsinainen käsitteistä päättely oli melko varovaista ja harvinaistakin.

c. Ensimmäinen tutkija, joka skandinaavisen realismin argumentein asetti käsitelainopillisen metodin kyseenalaiseksi, oli *Sainio*. Hänen kriittinen suhtautumisensa käsitelainoppiin ei *Kivimäen* tavoin nojautunut kielteiseen käsitykseen konstruktiivisten johtopäätösten käytännöllisestä arvosta, vaan perustui teoreettisiin syihin. Hänen lundstedtilainen käsityksensä subjektiivisten oikeuksien luonteesta teki konstruktiivisen päättelyn mahdottomaksi.

Sainio ei sen paremmin kuin muutkaan aikansa lainoppineet ollut kovin kurinalainen argumentaationsa kehittelyssä. Tämä vaikeuttaa sen selvittämistä, mitkä täsmällisesti ottaen olivat hänen argumenttinsa käsitelainoppia vastaan. Käsitykseni mukaan hänen päättelynsä ydin voidaan kuitenkin esittää seuraavasti.

Hägerströmin ja *Lundstedtin* tarjoaman esikuvan mukaisesti Sainio hylkäsi oikeustieteessä vallitsevan dualismin, jonka mukaan subjektiivinen oikeus

---

[19] *Caselius,* Omistajankiinnityksestä s. 223—224.

[20] *Windscheid,* Gesammelte Reden und Abhandlungen. Leipzig 1904. Tässä siteerattu Kivimäen mukaan. Uusia virtauksia siviililainopin alalla s. 379.

on itsenäinen entiteetti, jota objektiivinen oikeus oikeuskeinoillaan suojaa. Aineellista oikeutta, joka olisi prosessioikeudesta riippumaton ja muodostaisi prosessuaalisten toimenpiteiden perustan, ei ole olemassa.[21] Subjektiiviset oikeudet ovat ainoastaan viranomaiskoneiston toiminnasta oikeussubjekteille aiheutuvia edullisia asiantiloja. Kun viranomaiskoneiston toiminnan seurauksia tarkastellaan oikeussubjektin esim. omistajan kannalta, voidaan havaita hänelle syntyneen määrättyjä oikeutuksia, so. mahdollisuuksia käyttää omistamaansa esinettä hyväkseen. Omistusoikeus on yhtä kuin nämä mahdollisuudet. Se on ''kaikkien niiden oikeutuksien yhteisnimitys, jotka määrätyn oikeusjärjestyksen mukaan voivat kohdistua esineeseen.''[22] Tästä seuraa Sainion mukaan, että kysymys omistusoikeuden (ja muiden subjektiivisten oikeuksien) sisällöstä on *laintulkintakysymys.*[23] Omistamisella ei siten ole apriorista sisältöä. Omistuksen sisältö on positiivisoikeudellisen tutkimuksen *lopputulos,* johon tutkimus oikeutusten sisällöt selvitettyään saattaa päätyä, eikä tutkimuksen alku, josta käsin lähdettäisiin johtamaan oikeutusten sisältöä.

Nämä *Undénin* ajatuksia muistuttavat käsitykset eväinään Sainio ryhtyy tarkastelemaan varsinaista tutkimusongelmaansa, kysymystä, missä kulkee luvattomien ja luvallisten immissioiden välinen raja. Toisin kuin traditionaalisesti on menetelty, hän ei johda normikannanottoja omistusoikeuden käsitteestä, vaan tulkitsee NaapL:n säännöksiä lähinnä reaalisia argumentteja tulkintaperusteina käyttäen.[24] Teos on konstruktiokielteisyytensä ja sitä korvaavien argumenttiensa puolesta sangen hyvä esimerkki tutkimuksesta, jossa on toteutettu skandinaavisen realismin ohjelmaa.

---

[21] Ks. *Sainio,* Elinkeinotoiminnan harjoittamisesta s. 10—11.

[22] *Sainio,* Elinkeinotoiminnan harjoittamisesta s. 21.

[23] Ks. *Sainio,* Elinkeinotoiminnan harjoittamisesta s. 28. On helppoa havaita, että Sainion argumentaatiossa tapahtuu tässä kohden merkityksen siirtymä. Kun ''omistusoikeus'' päättelyn alkuosassa on yhteisnimitys niille toimintamahdollisuuksille, jotka viranomaiskoneiston toiminta omistajalle kausaalisesti suo, se muuttuu päättelyn loppuosassa yhteisnimitykseksi niille toimintamahdollisuuksille, jotka *laki* omistajalle merkityssisältönsä mukaan suo. Hyppäyksen myötä hypätään itse asiassa realismista lakipositivismiin. Todettakoon, että merkityksen siirtymä ei ollut vain Sainion ajattelulle ominainen, vaan se leimaa koko realistisanalyyttistä lainoppia. Tämä kuvaa niitä vaikeuksia, joita tulee eteen siirryttäessä realistisen peruskäsityksen pohjalta harjoittamaan lainopillista sääntötutkimusta. Tästä näkökulmasta katsoen voidaan Olivecronan ''lainkuuliaisuusasenne'' nähdä yrityksenä legitimoida ko. siirtymä. Seikka, että normiadressaatit normaalisti noudattavat laeiksi sanottuja sääntöjä, antoi hänelle valtakirjan siirtyä käyttäytymisen tutkimisesta sääntöjen tutkimiseen.

[24] Ks. *Sainio,* Elinkeinotoiminnan harjoittamisesta s. 85—102.

3.1.2. 1930-luku

a. *Sainion* konstruktiivista metodia vierovalla tutkimusasenteella ei kuitenkaan 1930-luvulla ollut välitöntä vaikutusta muihin tutkijoihin. Päinvastoin vaikuttaa siltä kuin konstruktiivisen metodin ote olisi tuolloin entisestään tiukentunut. Siviilioikeudellinen normaalitiede rakentui vankasti taustaoletuksille, jotka suosivat käsitteistä päättelyä. Näitä olivat: (1) luottamus oikeiden käsitemääritelmien mahdollisuuteen, ajatus, että oli olemassa yksi ainoa korrekti tapa käsitteellistää l. luokittaa juridiset ilmiöt, (2) subjektiivisten oikeuksien ymmärtäminen substansseiksi, jotka sitovat itseensä oikeutuksia, (3) oletus, että oikeusseuraamukset eivät liittyneet ''yksinkertaisiin'' ja ''arkisiin'' tosiseikastoihin, vaan ne liittyivät subjektiivisiin oikeuksiin ja muihin komplisoituihin konstruktioihin joita ns. yleisissä opeissa oli kehitelty ja (4) suljetun systeemin idea, jonka mukaan laki saattaa olla aukollinen, mutta oikeus ei (ainakaan samassa määrin).

Oletus (3) teki välttämättömäksi oikeusilmiöiden konstruoimisen oikeusseuraamuksen selville saamiseksi. Oletus (1) teki konstruoimisen mahdolliseksi. Oletus (2) oli omiaan synnyttämään ''huippuongelmia'' ts. kysymyksiä, joiden ratkaiseminen ratkaisi samalla kertaa monia eri kysymyksiä. Oletus (4) puolestaan mahdollisti juridisen luovuuden, voimassaolevan oikeuden löytämisen silloinkin, kun oikeuslähteet näennäisesti vaikenivat.

Näiden lähtökohtaisoletusten vaikutuksesta tarjoaa hyvän esimerkin *Hakulinen,* joka käsitelainopillisen metodin toteuttajana oli 1930-luvun tutkijoista epäilemättä taitavin, johdonmukaisin ja vähiten eklektinen. Väitöskirjansa aiheeksi hän oli valinnut perusteettomasti saadun edun palauttamisproblematiikan. Aiheesta oli positiivisen oikeuden säännöksiä hyvin vähän. Ne olivat hajanaisia ja oli ylipäätään kyseenalaista, oliko niiden säätämiseen ollut vaikuttamassa mitään yhteistä periaatetta.

Tukeuduttaessa oletukseen oikeuden aukottomuudesta ei säännöspula kuitenkaan muodosta ratkaisevaa tutkimuksen estettä. Päinvastoin se tarjoaa haasteen kunnianhimoiselle, vaikeita kysymyksiä janoavalle tutkijalle. Tämä näyttää olleen myös *Hakulisen* suhtautuminen asiaan. Säännösten puuttuminen antoi hänelle valtuuden esittää voimassaolevana oikeutena asiaa koskevia saksalaisia yleisiä oppeja. Reseptiolle saatiin positiivisoikeudellistakin tukea tulkitsemalla kasuistiset säännöksemme ilmauksiksi siitä, että oikeusjärjestyksemme oli omaksunut jonkin saksalaisessa oikeustieteessä valmiiksi kehitellyn oikeusinstituutin tai periatteen.[1] Näin saatiin tie saksalaisen oikeuskulttuurin

[1] Ks. *Hakulinen,* Perusteettoman edun palautus esim. s. 140 ja 269. Ks. myös s. 110. Mikäli säännösmateriaali ei tukenut konstruktion omaksumista, ei reseptio kuitenkaan täs-

saavutusten hyödyntämiseen avatuksi.

Koska yleiset opit ovat yleisiä ratkaisuperiaatteita, joiden on määrä sopia mahdollisimman moniin tilanteisiin, on selvää, että ne tunnusmerkistöt, joihin oikeusseuraamukset yleisten oppien mukaan liittyvät, eivät voi olla kasuistisia. Päinvastoin tunnusmerkistö on kuvattava sangen korkealla abstraktiotasolla. Tämä pätee myös palautusvelvollisuuden synnyttävään tosiseikastoon, jonka *Hakulinen* saksalaisen oikeuskirjallisuuden pohjalta hahmottelee. Hänen mukaansa palautuskelpoisia ovat ”sellaiset varallisuussiirrot, joiden kautta on tähdätty oikeudellisen vaikutuksen aikaansaamiseen saajan obligatoorisissa oikeussuhteissa ja jotka ovat toteutuneet tämän tarkoituksen saavuttamatta jäämisestä huolimatta, kuin myöskin varallisuussiirrot, joiden kausasta ei ole päästy yksimielisyyteen tai joiden pohjalla oleva kausaalisopimus on mitätön tahi jotka eivät ole tähdänneet ylipäätään minkään (so. edes analoogisesti relevanttisen) obligatoorisen oikeusvaikutuksen aikaansaamiseen, mutta joita ei tästä huolimatta ole tahdottu lahjoitusmielessä”.[2]

Tämä määrittely toi luonnostaan tutkimuksen polttopisteeseen konstruktioongelmat, jotka oli ratkaistava palautusvastuuta koskevan perusongelman esikysymyksinä. Keskeisen sijan teoksessa saivatkin sellaiset kysymykset kuin oikeustointen jako abstraktisiin ja kausaalisiin,[3] omistusoikeuden siirtymishetken määritteleminen,[4] oikeustoimen kausan määrittäminen (erotukseksi motiiveista),[5] vanhentumisväitteen ja kuittausilmoituksen luonteen määrittäminen[6] ja niin edespäin.[7]

---

tä syystä välttämättä estynyt. Säännökset saatettiin tällöin tulkita pääperiaatteesta tehdyiksi poikkeuksiksi, jolloin ne ainoastaan kavensivat pääsäännön soveltamisalaa. Tämä tulkinta mahdollisti konstruktion omaksumisen silloinkin, kun siihen ei ollut lainsäädännöllistä tukea. Ks. tästä esim. mt. s. 175, 210 ja 251.

[2] *Hakulinen,* Perusteettoman edun palautus s. 126.

[3] *Hakulinen,* Perusteettoman edun palautus s. 41—97.

[4] *Hakulinen,* Perusteettoman edun palautus s. 230, 233, 272, 283.

[5] *Hakulinen,* Perusteettoman edun palautus esim. s. 41—97 ja 188 ss.

[6] *Hakulinen,* Perusteettoman edun palautus, esim. s. 150 ja s. 159. Oikeusseuraamusten oletettiin tällöin riippuvan siitä, ovatko po. tahdonilmaisut konstitutiivisia vaiko deklaratiivisia.

[7] Esimerkiksi konstruktiivisesta päättelystä voidaan ottaa argumentaatio, jolla *Hakulinen* ratkaisee kysymyksen, voidaanko perusteettomana etuna palauttaa suoritus, jolla kuittauskelpoinen velka on maksettu kuittausilmoitusta tekemättä. Ongelma ratkeaa hänen mukaansa siitä riippuen, mikä on kuittausilmoituksen luonne. Kyse on siitä, tapahtuuko kuittaus ipso iure kuittauksen edellytysten toteutuessa, jolloin kuittausilmoituksella on vain deklaratiivinen merkitys, vai tapahtuuko kuittaus vasta kuittausilmoituksen tekemisellä, jolloin ilmoituksella siis on konstitutiivinen merkitys. — Hakulisen mukaan kuittaus tapahtuu ipso iure jo kuittauksen edellytysten täyttyessä. Kuittausilmoitus on siten pelkästään deklaratii-

Hakulinen oli konstruktiivisen lainopin puhdaslinjaisin, mutta ei suinkaan sen ainoa edustaja. Päinvastoin tuon ajan oikeuskirjallisuus on täynnään kannanottoja, jotka perustuvat omistusoikeuden siirtymishetken määrittämiseen,[8] perinnön siirtymishetken määrittämiseen,[9] irroittamisoikeuden luonteeseen,[10] vastaoikeuden luonteeseen,[11] odotusoikeuden luonteeseen,[12] oikeuden ja oikeutuksen väliseen eroon,[13] esine- ja velvoiteoikeuden väliseen eroon,[14] kiinteän ja irtaimen omaisuuden väliseen eroon,[15] perillisten yhteisomistusoikeuden luonteeseen[16] ja muiden vastaavantyyppisten ongelmien ratkaisuihin.

Kaikki mainitut ovat ''teoreettisia'' ongelmia, joita lainsäädäntö ei ainakaan suoraan ja yleisellä tasolla ratkaise. Tie saksalaisen oikeuskulttuurin saa-

---

vinen toimenpide, jolla on se merkitys, että se on kuittausvaikutusten syntymisen (mutta ei kuittauksen tapahtumisen) edellytys. Kun kuittausilmoitus tehdään, kuittausvaikutukset syntyvät takautuvasti ex tunc. — *Hakulinen* katsoo kantansa perustuvan VanhA 5 §:ään. Sen mukaan vanhentunutta saatavaa voidaan käyttää kuittaukseen, jos se sekä vastasaatava ovat joskus olleet vanhentumattomina toisiaan vastassa. Tämä säännös olisi *Hakulisen* mielestä käsittämätön, ellei kuittauksen katsota tapahtuneen ipso iure. Vastakkainen kanta edellyttäisi näet oikeuksien käyttäytyvän tavalla, jolla ne eivät voi käyttäytyä. Se nimittäin edellyttäisi, että jo sammunut saatava voisi uudelleen herätä eloon käytettäväksi kuittaukseen. Ipso iure -teoriaa seurattaessa ei luvatonta oletusta tarvita, vaan VanhA 5 § selittyy tällöin sillä, että kuittaus oli itseasiassa jo tapahtunut ennen saatavan vanhentumista. — Esikysymyksen tultua ratkaistuksi on samalla saatu vastaus puheena olleeseen juridiseen ongelmaan. Koska kuittaus on ipso iure jo tapahtunut ennen velan suoritusta, voidaan tapahtunut kuittausilmoituksella todeta ja siten saattaa pendenssitilassa olleet kuittausvaikutukset voimaan. Suoritus voidaan tämän jälkeen perusteettomana etuna kondisoida. Ks. *Hakulinen,* Perusteettoman edun palautus s. 159—160. — Kuvatusta argumentaatiosta näkyy selvästi käsitelainoppiin liittyvä substanssiajattelu ja taipumus ymmärtää yksittäiset lainkohdat pitkälle menevien teoreettisten kannanottojen ilmauksiksi.

[8] Ks. esim. *Caselius,* Irroittamisoikeudet esim. s. 57 ja 210.

[9] Ks. esim. *Heikonen,* Perinnönyhteydestä I. s. 36 ja *sama,* Voidaanko omaisuus, joka on saatu testamentilla, ulosmitata, vaikkei testamentti ole saanut lain voimaa s. 123—139. Hakulisen jälkeen Heikonen lienee ollut käsitelainopillista traditiota johdonmukaisimmin viljelevä tutkija.

[10] Ks. *Caselius,* Irroittamisoikeudet esim. s. 260.

[11] Ks. *Rekola,* Saamisoikeuden vanhentuminen s. 386.

[12] Ks. *Hakulinen,* Avio-oikeus ja puolison perintöoikeus s. 288—289.

[13] Ks. esim. *Caselius,* Asunto-osakeyhtiölain tulkintakysymyksiä s. 349.

[14] Ks. esim. *Rekola,* Saamisoikeuden vanhentuminen I s. 65 ja 80—81 sekä *Hakulinen,* Hallinnansaannin merkityksestä, kun sama esine on vuokrattu kahdelle s. 399—402.

Poikkeuksena mainittakoon *Caselius,* joka suhtautui kriittisesti tämän erottelun käyttökelpoisuuteen juridisessa päättelyssä. Ks. Irroittamisoikeudet s. 7.

[15] Ks. esim. *Noponen,* Oikeudesta ryhtyä liikennettä ja voimansiirtoa tarkoittaviin rakennustoimiin naapurin maalla s. 153—170, *Heikonen,* Perinnönyhteydestä II s. 209 ja *Caselius,* Irroittamisoikeudet s. 76.

[16] Ks. esim. *Heikonen,* Perinnönyhteydestä II s. 9.

vutusten hyödyntämiseen jäi näin avoimeksi. Vaikka konstruktiivinen juridiikka myönsikin positiivisen oikeuden primäärisyyden, ulottui yleisten oppien vaikutus tosiasiassa myös lailla säänneltyihin kysymyksiin. Tämä johtui siitä, että yleisten oppien luokittelut muodostivat tulkintakehikon, jonka valossa säädännäislähteitä pyrittiin ymmärtämään. Esim. määräalan erottamisoikeuden luonnehtiminen muuntamisoikeuksien ryhmään kuuluvaksi irroittamisoikeudeksi vaikutti asiaa koskevien säännösten tulkintaan. Samoin vaikutti pyrkimys nähdä oikeustoimen pätevyyttä koskevat positiivisen oikeuden säännökset saksalaisen Nichtigkeit/Anfechtbarkeit erottelun valossa.

Käsitelainopillisen tieteenkuvan tiukkaa otetta kuvaa sekin, että monet niistäkin tutkijoista, jotka yleisellä tasolla esittivät kriittisiä huomautuksia konstruktiivista metodia vastaan, tosiasiassa kuitenkin sovelsivat sitä tutkimuksessaan. Esimerkkinä voidaan mainita *Rekola.* Tutkimuksensa alussa hän kiistää ajatuksen, että vanhentumisvaikutukset voitaisiin johtaa (saksalaisesta) oikeussuojaopista ja toteaa, että huomio on sen asemesta suunnattava positiiviseen oikeuteen, vanhentumissäännöstön tarkoitukseen ja käytännöllisen elämän vaatimuksiin.[17] Tämä pohjoismainen lähtökohta ei kuitenkaan pääse tutkimuksessa merkittävästi esille, vaan ratkaisut perustetaan monin paikoin konstruktioihin, joista keskeinen on velvoite- ja esineoikeuksien välinen erottelu. Kysymys oikeuden vanhentumisesta ratkaistaan tämän erottelun perusteella. Ratkaisuperusteen ulottuvuutta ei rajoiteta — kuten esim. *Hoel* olisi edellyttänyt — ”selviin tapauksiin”, vaan sitä käytetään silloinkin, kun tutkittavan oikeuden sijainti dikotomiassa on epäselvä. ”Tällaisia oikeussuhteita käsiteltäessä on ... voimassa olevan lain nojalla koetettava selvittää, mikä niissä on velvoiteoikeudellista ja mikä esineoikeudellista ainesta ja millä asteella esim. esineoikeudellinen oikeuden laajennus alkaa oikeussuhteeseen vaikuttaa. Tämän selvityksen avulla voidaan sitten saada valaistusta kysymykseen, onko jokin vaade vanheneva vai ei.”[18] Asia ratkeaa siten luonnehtimiskysymykseen annetun vastauksen kautta, ei niiden tavoitteiden avulla, joihin vanhentumissäännöstöllä pyritään ja joita *Rekola* teoksensa alkupuolella esittelee.

Vastaavia esimerkkejä yleisten lausumien ja varsinaisen tutkimustyön inkongruenssista voitaisiin esittää myös *Caseliuksen* tuotannosta.[19] On helpompaa yleisellä tasolla irtisanoutua traditiosta kuin näyttää irtisanoutumisen mer-

[17] *Rekola,* Saamisoikeuden vanhentuminen I s. 21.

[18] *Rekola,* Saamisoikeuden vanhentuminen I s. 84.

[19] Ks. *Caselius,* Irroittamisoikeudet s. 7 verr. esim. s. 76. Asiasta huomauttaa myös *Hyvönen,* Määräalan luovutuksensaajan oikeusasemasta s. 89. Samankaltaisista ilmiöistä jo Montgomeryn kohdalla mainitsee *Klami,* Oikeustaistelijat s. 167—168.

kitys konkreettisessa tutkimustyössä. Irtisanoutumiseen käsitelainopillisesta tieteenkuvasta ei tässä tapauksessa ilmeisesti ollut haluakaan. Varaumien tarkoituksena lienee ollut vaimentaa mahdollista kritiikkiä. Rauha käsitelainopin ympärillä ei näet enää ollut rikkoutumaton. Kritiikki, jonka *Sainio* oli pannut alulle, alkoi selvästi voimistua.

b. Maltillisen ja viisaan puheenvuoron jyrkkää käsitelainoppia vastaan käytti *Kivimäki.* Samoin kuin puolitoista vuosikymmentä aikaisemmin hänen suhtautumisensa käsitelainoppiin oli pohjimmiltaan myönteinen. Hän korosti erityisesti käsitelainopin systemaattisia ansioita ja arvosti sen kykyä nähdä samuutta eri oikeusilmiöissä. Näiden piirteiden merkityksen hän arvioi tulevaisuudessa yhä kasvavan. Yhteiskunnan monimutkaistuessa ja säännösten lisääntyessä käy näet yhä tarpeellisemmaksi hakata säädösviidakkoon leveitä linjoja oikean tien löytämiseksi.[20]

Tämän ohella hän korosti käsitelainopin ansioita oikeuskulttuurin kehittämisessä. Sen avulla on hänen mukaansa voitu luoda kokonaisia uusia säännöstöjä, joita laki ei lainkaan mainitse. Tämän kulttuuritehtävän suorittaminen epäilemättä onkin suomalaisen käsitelainopin suuri ansio. Käsitelainopillinen tapa nähdä yksittäiset säännökset yleisten oikeusperiaatteiden ilmauksina antoi positiivisoikeudellisen valtuutuksen ulkomaisen tieteisopin reseptioon. Tämä mahdollisti siviilioikeuden kehittämisen lainsäädännöstä riippumatta, mikä legalistisissa oloissamme olisi muutoin ollut vaikeaa.[21]

Palataksemme takaisin *Kivimäen* ajatuksiin hän näki käsitelainopillisen metodin soveltamisessa myös varjopuolensa. Hän katsoi käsitelainopin johtavan oikeusperiaatteiden jähmettymiseen ja oikeustieteen muuttumiseen taito-opista dogmatiikaksi. Johdettaessa oikeusseuraamuksia käsitteistä oikeusilmiön historiallinen ja sosiaalinen ympäristö jää riittävää huomiota vaille, jolloin tulokset muodostuvat elämälle vieraiksi. Tämä puolestaan johtuu hänen mukaansa siitä, että käsitelainoppi sosiaalisten katsomustapojen yleistyessä kuitenkin kerää oikeusainekset yksipuolisesti individualistisesta roomalaisesta oikeudesta tai sen pohjalle rakentuvista oikeusjärjestelmistä.[22]

Käsitelainopin virhe ei siis *Kivimäen* mukaan ollut sen edellä s. 322 mainituissa taustaoletuksissa, vaan siinä, että se muodosti konstruktionsa ideologi-

[20] Ks. *Kivimäki,* Lainkäytön ja oikeustieteen oikeutta kehittävästä merkityksestä s. 480.

[21] 1930-luvun reseptiokehityksessä lienee perusteettoman edun palautusoppia pidettävä merkittävimpänä saavutuksena. Muista mainittakoon esim. Kivimäen kirjoitus ”Ns. fidusiaarisista oikeustoimista”.

[22] Ks. *Kivimäki,* Lainkäytön ja oikeustieteen oikeutta kehittävästä merkityksestä s. 481—482.

sesti vanhentunutta lähdemateriaalia käyttämällä. Hän ei vaatinut lainopin rakenteellista muuttamista, vaan ainoastaan suuremman huomion kiinnittämistä yhteiskunnallisiin realiteetteihin käsitteitä määriteltäessä. ''Yksityisistä tuomioista ilmenevää etukollision sosiologista perustetta tarkkaamalla ja kaikin saatavissa olevin keinoin perehtymällä yhteiskunnalliseen käymisprosessiin, lainopin tehtävänä on luoda taito-opillinen käsitejärjestelmä, josta tuomionormit deduktiivisesti johdetaan.''[23] Kuten havaitsemme, deduktiivinen menetelmä oli hänen mukaansa yhä käyttökelpoinen.

Jyrkempää ja pitemmälle menevää kritiikkiä käsitelainoppia kohtaan esittivät *Haataja* ja *af Hällström*. Kumpikaan ei julkistanut ajatuksiaan yleisessä ja systemaattisessa muodossa, vaan ne on poimittava lähinnä kirjallisuusarvosteluista, joiden kohteena oli konstruktiivista metodia edustava juridiikka.

Haatajan kanta käy ilmi kirjoituksesta, jossa hän arvostelee *Caseliuksen* ''Irroittamisoikeudet'' -teoksessa esitettyjä käsityksiä.[24] Lähtien omasta perusnäkemyksestään, jonka mukaan voimassa oleva oikeus on historiallisen kehityksen orgaaninen tulos, hän arvostelee saksalaisvaikutusta, jonka Caseliuksen omaksuma käsitteistö välittää oikeussäännösten tulkintaan.

Kritiikin pääkohteena on Caseliuksen käyttämä deduktiivinen metodi. Haataja pahoittelee, ettei kirjoittaja ole lähestynyt aihettaan historialliselta pohjalta, vaan on sen asemesta ''koettanut loogillisen ajattelun ja konstruktion tietä, saksalaisessa oikeustieteessä yleisenä vallitsevan menettelyn tavoin löytää ratkaisuja''.[25] Tämä on johtanut voimassa olevan oikeuden vastaisiin tuloksiin. Haataja kirjoittaa: ''Kirjasta saakin sen käsityksen, että tekijä on ensin muodostanut irroittamisoikeuden käsitteen ja sen määritelmän ja sitten koettaa tähän määritelmään tunkea niitä erityisiä oikeuksia, jotka hän sellaisiksi lukee, joutuen täten tekemään yksityiskohdissa melkoista väkivaltaa voimassa olevan oikeutemme suhtautumiselle näihin oikeuksiin, kun ne eivät ole muuten olleet tekijän määritelmään sisällytettävissä.''[26]

Oikeisiin lopputuloksiin pääsemiseksi olisi tutkimusprosessin tullut Haatajan mukaan edetä täsmälleen päinvastaiseen suuntaan. Sen asemesta, että Caselius luonnehtii määräalan luovutuksensaajan oikeuden irroittamisoikeudeksi ja tekee johtopäätökset luonnehdinnasta, hänen olisi pitänyt ensin historialliselta pohjalta tarkastella määräalan luovutukseen liittyviä erityiskysy-

[23] Ks. *Kivimäki.* Lainkäytön ja oikeustieteen oikeutta kehittävästä merkityksestä s. 484.

[24] Kirjoitus on kirja-arvosteluksi poikkeuksellisen pitkä ja perusteellinen käsittäen lähes puolensataa tiheästi ladottua sivua. Ks. myös *Haataja,* Förändringar i rättsåskådningen under senare tider s. 9—11.

[25] Ks. *Haataja,* arvostelu s. 33 ks. myös s. 53.

[26] *Haataja,* arvostelu s. 21—22.

myksiä ja vasta *tämän jälkeen* muodostaa konstruktio erityiskysymyksiin saatujen vastausten pohjalta.[27] Toisin sanoen Haataja vaati *Undénin* ja *Lassenin* tavoin ns. induktiivisen menetelmän omaksumista.

af Hällströmin esittämä kritiikki kulki jokseenkin samoja latuja sillä erotuksella, että kritiikin sisältöön tuli jossakin määrin selvempi lakipositivistinen sävy. Deduktiivinen metodi näyttää hänen mukaansa johtaneen nimenomaan positiivisen oikeuden kannalta virheellisiin tai epäluotettaviin tuloksiin. Epäluotettavuuden syy on deduktion premissien problemaattisuudessa. ''Man ställer upp en allmän rättssats utan att någon vet varifrån man egentligen får den och tillämpar den sedan utan vidare vid lösandet av förekommande problem.''[28] Tällainen metodi saattoi hänen mukaansa menetellä roomalaisessa oikeudessa, josta puuttui kontakti elävään elämään. Myös Saksassa se oli BGB:n ankaran systemaattisuuden johdosta kenties puolustettavissa. Sitä vastoin pohjoismaissa ja erityisesti Suomessa, josta systemaattiset kodifikaatiot puuttuvat, deduktiivisen metodin soveltaminen on hänen mukaansa täysin epäluotettavaa, jopa vaarallista. Sen sijasta on kuljettava induktiivisen metodin osoittamaa tietä. Vasta yksittäisongelmien huolellisen tutkimisen jälkeen voidaan viimeisenä toimenpiteenä pyrkiä yleistykseen.[29]

Sanotun, lähinnä lakipositivistisiin oletuksiin perustuvan kritiikin ohella *af Hällström* arvosteli käsitelainoppia myös puhtaasti käsiteanalyyttisistä puutteista ts. siitä, että sen käsitteet eivät tarkkuudeltaan, erottelukyvyltään ja muilta sen kaltaisilta ominaisuuksiltaan täyttäneet vaadittavia mittoja.[30] Epäsuorana konstruktiivisen metodin arvosteluna voidaan pitää myös ''elävän elämän'' ja ''käytännönläheisyyden'' vaatimuksista kumpuavaa reaalisen argumentaation puolustamista, josta tulee puhetta seuraavassa jaksossa.

Mainittujen tutkijoiden ohella ei konstruktiivisen päättelyn kritiikkiä juuri esiintynyt. Aineksia konstruktivismin kritiikille tarjosivat kuitenkin yleisellä tasolla eräät *Brusiinin* ja *Kastarin* kirjoitukset.[31] Sen ohella esiintyy yksittäisiä kannanottoja, joissa deduktiivisesti johdettu tulos hylätään ''väärin päin''

---

[27] *Haataja,* arvostelu s. 34—35.

[28] Ks. *af Hällström,* arvostelu Hakulisen teoksesta ''Kiinteistön luovutuksen muodosta'' s. 204.

[29] *af Hällström,* arvostelu ... s. 204—205. Ks. myös kirjoitusta ''Något om rättshandlingars ogiltighet enligt avtalslagens 28—35 §§,'' jossa af Hällström ohjelmansa mukaisesti purkaa vanhaa apriorista käsitejärjestelmää.

[30] Ks. *af Hällström,* Något om juridiska begrepp, deras uppgift och berättigande s. 356—362.

[31] *Brusiin,* Oikeusfilosofia ja käytäntö, *Kastari,* Eräitä Hans Kelsenin oikeusteoriaa koskevia näkökohtia ja *Kastari,* Hans Kelsenin valtiokäsitys.

kulkevan argumentaation tai kehäpäätelmän lopputuloksena syntyneenä.[32] Nämä huomiot jäivät kuitenkin vaille yleisempää kantavuutta eivätkä estäneet lausujaa itseäänkään käyttämästä rakenteeltaan samantyyppistä päättelyä.

Jos kotimaista konstruktivismin kritiikkiä verrataan Upsalan koulun esittämään kritiikkiin, kiintyy huomio juridisten entiteettien ineksistenssiin perustuvan arvostelun täydelliseen puuttumiseen. Tämä on ymmärrettävää, kun muistetaan, ettei kysymys juridisten entiteettien ontologiasta ollut meillä lainkaan herännyt. Muilta osin kritiikin perusteet ovat jokseenkin yhtäläisiä, joskin yhteiskuntahyödyn näkökohdat korostuvat meikäläisessä kirjallisuudessa vähemmin.

c. Konstruktiivisen metodin *puolustautuminen* kritiikkiä kohtaan oli vähäistä. Kuten tavallista, enemmistömielipiteen edustajat eivät tälläkään kertaa kokeneet itseään perusteluvelvollisiksi. Poikkeuksen teki *B. C. Carlson,* oikeusneuvosmies, jolla näyttää olleen useimpia akateemisia sivilistejä parempi tuntuma siviilioikeutta koskevaan metodikeskusteluun.

Carlsonin asennoitumista voidaan pitää *af Hällströmin* käsitysten täydellisenä vastakohtana. Konstruktiivinen metodi on hänen mukaansa Suomessa erityisen tarpeellinen juuri siksi, että lainsäädäntö on kodifioimatonta ja sporadista. Se on ensinnäkin välttämätön käytännöllisistä syistä haluttaessa estää oikeusvarmuuden vaarantuminen.[33] Sen ohella se on ainoa tieteellisesti kestävä metodi.

Carlson arvelee konstruktiivisen juridiikan joutuneen pohjoismaissa huonoon huutoon sen tähden, että lainsäädäntö ymmärretään ihmisten luomuksena niin epäjohdonmukaiseksi, ettei oikeussäännöistä voida pelkistää yleisiä periaatteita, jotka varmuudella pätisivät sääntelemättömillä alueilla. Tämä oletamus on hänen mukaansa luvaton. Käsitystään hän perustelee tekemällä rinnastuksen luonnontieteeseen. Jotta *luonnontiede* ylipäätään kävisi mahdolliseksi, luonnontieteilijän on oletettava, etteivät luonnonlait ole keskenään ristiriitaiset. Samalla tavoin oikeustieteen on oletettava, että oikeusjärjestys on looginen, ristiriidaton kokonaisuus.[34] Ristiriidattomuusoletus on — kantilaista termiä käyttääkseni — oikeustieteen transsendentaalislooginen ehto. Kun tämä välttämätön oletus tehdään, havaitaan Carlsonin mukaan, että konstruk-

[32] Ks. *Sipilä,* Näkökohtia asunto-osakeyhtiön osakkeenomistajan huoneiston hallintaoikeudesta vastikkeen suoritusta silmällä pitäen s. 107 ja *Rekola,* Saamisoikeuden vanhentuminen II s. 387. Ks. myös *Caselius,* Irroittamisoikeudet s. 5—7 ja *Carlson,* Culparegeln och domarens fria prövning s. 466—472.

[33] Ks. *Carlson,* Luckor i rätten s. 589.

[34] Ks. *Carlson,* Lundstedts kritik s. 401—403.

tiivinen metodi turvaa parhaiten tulkintojen johdonmukaisuuden. Samalla havaitaan, ettei menetelmä, joka hylkää säännöt ja käsitteet korvatakseen ne subjektiivisilla mielipiteillä, ole tieteellisesti perusteltavissa.[35]

Carlsonin toteamukset ovat luonnosmaisinakin hyvin kiintoisia ja samalla ongelmallisia. Ei ole vaikeaa osoittaa, että vaikka hänen postulaattinsa oikeusjärjestyksen johdonmukaisuudesta hyväksyttäisiin, hänen tekemänsä johtopäätös ei loogisesti seuraa yksin siitä. Päätelmän toiseksi premissiksi tarvitaan piiloon jäänyt olettamus, jonka mukaan oikeusjärjestyksen johdonmukaisuus on johdonmukaisuutta nimenomaan suhteessa konstruktiivisen metodin omaksumaan käsitejärjestelmään ja siihen kytkeytyviin oikeusperiaatteisiin.

Tämä premissi ei kuitenkaan ole riidaton. Se voidaan kiistää luopumatta samalla johdonmukaisuuspostulaatista. Tulkintakannanotot voidaan sopeuttaa paitsi vanhan oikeuskulttuurin periaatteisiin, myös niihin tavoitteisiin, joita oikeusjärjestyksen avulla halutaan edistää. *Tavoiterationaalisuuden* vaatimus sisältyy Lundstedtin yhteiskuntahyödyn periaatteeseen, ja on skandinaavisen realismin taustalla yleisemminkin. Konstruktiivisen ja realistisen metodin välinen ristiriita ei tiivisty siinä, että jälkimmäinen olisi kokonaan hylännyt johdonmukaisuuden. Ristiriidan ydin oli eriävässä käsityksessä sen suhteen, mitä johdonmukaisuuden kriteeriä tulkinnassa on noudatettava.[36] Carlson oli kuitenkin sikäli oikeassa, että pohjoismaissa saattoi esiintyä myös sentyyppistä kasuistista mielipidejuridiikkaa, johon suunnattuna syytös periaatteettomuudesta oli paikallaan.

3.1.3. 1940-luku

a. Suhtautuminen konstruktiiviseen argumentaatioon oli 1940-luvun tiedeyhteisössä voimakkaan kaksijakoista. Ne tutkijat, jotka aikaisemmin olivat omaksuneet konstruktiivisen metodin, jatkoivat työtään oppimallaan tavalla.

---

[35] Ks. *Carlson,* Luckor i rätten s. 600—601. Ks. tästä myös edellä kohdassa *2.3.b.*

[36] Oikeusteoriassa on viime aikoina runsaasti keskusteltu tavoiterationaalisuuden ja normirationaalisuuden välisestä suhteesta. Ks. esim. *Klami,* Norm-Rationality Versus Goal-Rationality *passim,* ja siinä mainittua kirjallisuutta. Kysymys on vain puolittain sama kuin tässä esiin nostettu ongelma. Skandinaavisen realismin ja käsitelainopin eroja voitaisiin ehkä paremmin luonnehtia käsiteparilla tavoiterationaalisuus/periaaterationaalisuus. Periaaterationaalisuutta edustaa näkemys, jonka mukaan yksittäisen tulkintakannanoton on palveltava annettua periaatetta deduktiivisesti (eikä instrumentaalisesti). Kysymyksessä ei silti ole periaatteen mekaaninen soveltaminen, vaan sen katsotaan olevan haastava ja taitoa vaativa tehtävä. Tämän rationaliteetin puitteissa toimivan tutkijan työtä leimaa tradition kuuntelu ja tieteen kehityksen näkeminen oppimisprosessina, jonka kestäessä opitaan yhä kirkkaammin näkemään po. periaatteiden merkitys käytännön elämän tapauksissa.

Suuntauksen pääedustajia olivat yhä *Hakulinen* ja *Heikonen*. Heidän työnsä tuloksena saivat lukuisat siviilioikeudelliset kysymykset vastauksen konstruoinnin ja siitä tapahtuneen johtamisen kautta. Käsitteistä päättelyyn kohdistettu voimistuva kritiikki ei näytä heihin vaikuttaneen. Tämä näkyy siitä, että heidän uudet tutkimuksensa eivät metodiltaan havaitakseni eronneet aikaisemmasta.

Myös sisällöltään monet heidän tutkimuksistaan liittyivät edellisen vuosikymmenen saavutuksiin sikäli, että ne olivat paljolti sen kannan eksplikaatiota, johon kumpikin oli perillisten yhteisomistuksen luonnetta koskevissa tutkimuksissa päätynyt.[1]

Muista varttuneemman polven tutkijoista, joiden työssä konstruktiivinen ote näkyi selvänä, voidaan mainita *Caselius* ja *Kivimäki*. Edellä mainittuihin verrattuna kummankin argumenttipohja oli tosin monipuolisempi, ja sisälsi myös reaalisia argumentteja. Vankkaa luottamusta systemaattisten argumenttien voimaan osoittaa kuitenkin se, että niiden avulla pyrittiin ratkaisemaan hyvinkin käytännöllisiä kysymyksiä.[2]

Käsitelainopillisen tradition voima oli kuitenkin sikäli ehtymässä, ettei tradition jatkajia juuri ilmaantunut. Merkittävä poikkeus oli *Hannikainen,* jonka teos ''Pidätysoikeuden rakenteesta'' edustaa voimakasta konstruktivismia. Hannikaisen tutkimusasenne oli korostetun systematisoiva. Tutkimuksen ongelmana oli pidätysoikeuden luonteen selvittäminen. Tähän liittyi olennaisena osana kysymys pidätysoikeuden paikasta subjektiivisten oikeuksien järjestelmässä. Käsitelainoppineelle luonteenomaiseen tapaan Hannikainen näyttää ajatelleen, että subjektiivisten oikeuksien järjestelmä oli lainsäädännöstä paljolti riippumaton asia. Se oli eräänlainen ajatusvälttämättömyys, joka edelsi lain-

[1] Ks. esim. *Hakulinen,* Sovintojako ja perintöosuuden luovutus, *sama,* Puolison oikeudesta määrätä perintönä saadusta omaisuudesta ja *Heikonen,* Yhteisomistajan oikeudesta luovuttaa tietty osa osuudestaan määrätarkoitukseen ostetusta kiinteistöstä, *sama,* Vaaditaanko perintöosuuden luovutukseen perillisen puolison suostumus, milloin jäämistöön kuuluu kiinteää omaisuutta sekä *sama,* Vaimon oikeudesta luovuttaa omistamaansa tai perillisille yhteisesti kuuluvaa kiinteätä omaisuutta.

[2] Niinpä *Kivimäki* tutkiessaan työhaluisten työntekijäin oikeutta palkkaan tehtaan toiminnan pysäyttävän osalakon sattuessa pohti esikysymyksenä mm. sitä, olisiko syntynyt tilanne konstruoitava velkojan vaiko velallisen viivästykseksi. ks. *Kivimäki,* Osalakko ja työhaluisten oikeus työpalkkaan erit. s. 26—35. *Kivimäen* yleisasennoitumista osoittaa myös kirjoitus ''Tekijänoikeudellisia probleemeja''. Hän kirjoittaa: ''Säädetyn tekijänoikeuslain kannalta tieteisopillisten kiistakysymysten ratkaisu riippuu useasti siitä, mille kannalle tekijänoikeuden luonteen suhteen asetutaan''. s. 422. *Caseliuksen* osalta ks. Etuoikeusjärjestyksestä ja *sama,* Tontin osan lunastamisesta, joissa subjektiivisen oikeuden käsitteellä on tärkeä merkitys argumentaatiossa.

tulkintaa eikä suinkaan muotoutunut sen seurauksena.[3] Näin se saneli ne kysymykset, joiden avulla oikeuslähteiden sisältämää informaatiota voitiin lähestyä.

Paitsi kysymyksenasetteluun, systeemi vaikutti välittömästi myös lainopin tuloslauseitten sisältöön ja muotoutui siten itse oikeuslähteeksi. Systeemin relevanssi viimeksi mainitussa suhteessa johtui siitä, että systeeminmukainen normikannanotto ei välttämättä kaivannut säädännäislähteiden tai muidenkaan oikeuslähteiden tukea. Deduktiivista päättelyä teoksessa esiintyykin suhteellisen runsaasti.[4]

Hannikainen toki Caseliuksen tavoin myönsi lainsäätäjälle suvereniteetin siinä mielessä, että tämä saattoi rikkoa systeemiä ja liittää subjektiivisiin oikeuksiin oikeusvaikutuksia, jotka eivät kuulu oikeuden sisältöön. Tähän oli tutkijan luonnollisesti mukauduttava, mutta nimenomaisen säännöksen puuttuessa oli pysyttäydyttävä systeemissä.[5] Tällainen lähtökohtaisoletus johti oloissa, joissa lainsäädäntö oli suhteellisen niukkaa ja hajanaista, luonnollisesti siihen, että systeemi so. yleiset opit pääsi paljolti sanelemaan tutkimustulokset. Osoituksena systemaattisten argumenttien voimasta voidaan mainita tapa, jolla *Hannikainen* päätyi siihen, että oikeusjärjestyksemme on omaksunut esineoikeudellisen tyyppipakon periaatteen. Hän johtaa sen kehittämästään rajoitettujen esineoikeuksien määritelmästä tarvitsematta siihen lainsäädännön tai muiden oikeuslähteiden apua.[6]

Hannikainen näyttää olleen tietoinen käsitelainoppiin suunnatusta kritiikistä. Hän pysyi silti käsityksessään, jonka mukaan ratkaisut on lain vaietessa johdettava tieteen sisäisistä lähteistä, oikeuskulttuurista, ei tarkoituksenmukaisuudesta tms. tieteen ulkopuolisista perusteista. Oikeustieteen on oltava

---

[3] Tässä suhteessa kuvaava oli tapa, jolla *Hannikainen* suhtautui esine- ja velvoiteoikeuden väliseen erotteluun. Hän toteaa: ”Kysymyksen tieteisopillisella selvittämisellä on käsittääksemme huomattava merkitys etenkin siellä, missä laki ei tunne mainittua jakoa eikä siis määrää, mitkä oikeudet kuuluvat kumpaankin ryhmään,”. Ks. *Hannikainen,* Pidätysoikeuden rakenteesta s. 15. Asiaan olisi voitu suhtautua myös ajattelemalla, ettei erottelulla lain siitä vaietessa ollut relevanssia. Hannikaisen tavasta nähdä systeemi lainsäädäntöä primäärisempänä asiana ks. myös s. 23.

[4] Ks. esim. s. 166, 247, 284—288 ja 304—305.

[5] Ks. *Hannikainen,* Pidätysoikeuden rakenteesta s. 177: ”Sellainen oikeutus, joka ei kuulu pidätysoikeuden sisältöön eikä johdu siitä, edellyttäisi käsittääksemme laista ilmenevää perustetta...”. Ks. myös s. 29: ”Omistusoikeus on siis luonnostaan kaikkia vastaan voimassa, jollei laki nimenomaan, kuten esimerkiksi vilpittömässä mielessä olevan saajan suojaksi säädä poikkeusta.”

[6] Ks. *Hannikainen,* Pidätysoikeuden rakenteesta s. 29—41. *Taxellin* jokseenkin murskaavasta kritiikistä ks. JFT 1950 s. 65—67.

uskollinen traditiolleen siinäkin tapauksessa, että tradition kuuleminen johtaa tulokseen, joka käytännön kannalta on optimaalista huonompi.[7]

b. Hannikaisen edustama näkemys jäi kuitenkin 1940-luvulla yhä selvemmin tappiolle. Pohjoismainen, instrumentalistinen asennoituminen alkoi nopeasti voittaa alaa. Laajahkolla rintamalla syntyi tutkimuksia, joissa vaatimus käsitteistä päättelyn karttamisesta vietiin lävitse hyvin suurella huolella ja johdonmukaisuudella.[8] Valinta konstruktivismin ja instrumentalismin välillä noudatteli jossakin määrin kielirajaa. Siirtymän instrumentalistiseen juridiikkaan toteuttivat paljolti suomenruotsalaiset siviilioikeuden tutkijat. Heidän linnakkeenaan oli JFT, jonka sivuilta henki tuolloin voimakkaana näkemys pohjoismaisen oikeuskulttuurin tärkeydestä ja pyrkimys skandinaavisten siteiden tiivistämiseen.

Käsitteistä päättelyn torjumisen motiivit olivat moninaiset ja kietoutuivat usein toisiinsa vaikeasti selvitettäväksi vyyhdiksi. Ontologista, subjektiivisten oikeuksien ineksistenssiin perustuvaa kritiikkiä ei kuitenkaan juuri esiintynyt. Poikkeuksen teki *Lahtinen,* joka lähinnä loogisen empirismin pohjalta päätyi hieman Upsalan koulun ajatuksia muistuttaviin tuloksiin.[9]

Jossakin määrin esiintyi edellä sanottua löyhemmän empiristisen tieteenkuvan innoittamaa kritiikkiä, jonka kohteena oli deduktiivisen menetelmän väitetty epäempiirisyys. Konstruktiivisen metodin heikkous näyttäytyi tämän ajatustavan mukaan siinä, että se ei riittävästi kunnioittanut säännösmateriaalia, ”lainopin luontoa”, vaan lähestyi sitä yleisten oppien kautta. Yleiset opit koettiin eräänlaisena ennakkoluulona, joka esti tekemästä kyllin tarkkoja havain-

---

[7] Ks. *Hannikainen,* Vuokranantajalle huoneenvuokralain 26 §:n mukaan kuuluvasta vakuusoikeudesta. LM 1949 s. 328—340. ”Voidaan tietysti huomauttaa, ettei sen nojalla, saadaanko jokin oikeus luetuksi esineoikeuksien piiriin vai ei, saa tehdä johtopäätöksiä tuon oikeuden vaikutuksista. Tätä vastaan on vuokranantajan vakuusoikeuden ollessa kysymyksessä kuitenkin huomautettava, että kun on otettava selvää sellaisesta vaikutuksesta, jonka olemassaoloa tai puuttumista ei käy laista selville, ratkaisuun vaikuttavana tekijänä on otettava huomioon oikeuden yleinen luonne.” s. 338. Tällä perusteella *Hannikainen* hylkää ratkaisuvaihtoehdon, jonka hän itsekin myöntää olevan ehdottamaansa ratkaisua tarkoituksenmukaisempi.

[8] Toki esiintyi myös eklektisiä tutkijoita, jotka eivät valinneet puolta oikeuslähdeperiaatteiden välisessä kiistassa, vaan olivat ratkaisuperusteiden suhteen kaikkiruokaisia. Ks. esim. *Rautiala,* Puolisoiden velkasuhteet I, jossa konstruktiivisia argumentteja esiintyy melko vähän. Vrt. toisaalta *Rautiala,* Lainhuudatuksen myöntämisestä, kun kiinteistö kuuluu jakamattomaan kuolinpesään. Siinä annettu vastaus perustuu kokonaisuudessaan aviooikeuden luonteesta omaksutun kannanoton varaan.

[9] Ks. *Lahtinen,* Till läran om juridiska personer s. 50—52.

toja ja johti siihen, että kysymys, joka induktiivisesti olisi pitänyt ratkaista, tuli de facto ratkaistuksi jo premissien asettamisessa.[10]

Osittain oli kritiikin sisältö tuttua jo 1930-luvulta. Jo tuolloin oli käsitelainopin menetelmää arvosteltu argumentaatioteoreettiselta kannalta. Menetelmän heikkous liittyi rajatapauksiin, joista ei varmuudella voitu sanoa, mihin kategoriaan ne olisi systematisoitava. Kun tapaus tässä tilanteessa suhteellisen mielivaltaisesti luokiteltiin johonkin kategoriaan ja johdettiin siitä oikeusseuraamukset, se merkitsi itse asiassa kysymyksen ratkaisemista ilman kunnollista perustelua.[11] Edelliseltä vuosikymmeneltä tuttua oli myös käsitelainopillisen metodin epähistoriallisuuteen suunnattu kritiikki. Sen mukaan pandektistinen traditio, johon käsitelainopin systematiikka perustui, oli pohjoismaisille oloillemme vieras ja johti historiallisen perinteen vastaisiin tuloksiin.[12]

Käsitelainoppia vastaan suunnatun arvostelun tavallisin peruste näyttää kuitenkin olleen luonteeltaan arkisempi. Kysymyksenasettelut ja ratkaisuperusteet, joita konstruktiivinen juridiikka käytti, koettiin epäkäytännöllisiksi ja elämälle vieraiksi. Pandektistisen systematiikan nähtiin johtavan sellaisten oikeusilmiöiden rinnastamiseen, joilla ei elävässä elämässä ollut mitään keskinäistä yhteyttä.[13] Toisaalta sen katsottiin repivän erilleen asioita, jotka funktionaalisesti liittyivät toisiinsa.[14]

1940-luvulla ei kuitenkaan havaitakseni pyritty kehittämään erityistä funk-

---

[10] Ks. esim. *af Hällström,* Verkan av ägareförbehåll på rättsförhållandet mellan säljaren och köparen s. 129 ja s. 142. Ks. myös *Ek,* Bidrag till läran om utomobligatoriskt skadeståndsansvar s. 3 ja *Haataja,* Överlåtelse av visst på marken bestämt område enligt finsk rätt s. 54. Ks. myös *Gunnar Palmgrenin* arvostelua Vihman teoksesta ”Palovakuutussopimus erit. s. 497—498.

[11] Ks. esim. *Haataja,* Överlåtelse av visst på marken ... s. 50—51.

[12] Ks. *Haatajan* seikkaperäistä esitystä Maanjaot ja talojärjestelmä s. 458—476 ja *sama,* Överlåtelse av visst på marken ... s. 44—51.

[13] Ks. esim. miten *Haataja* kritisoi Julian Serlachiuksen tapaa turvautua esine- ja velvoiteoikeuden erotteluun määräalan ostajan oikeusasemaa selvitettäessä: ”Ei voi välttää sitä ajatusta, että kun Serlachius välillä oli valmistanut velvoiteoikeuden oppikirjansa ... ja silloin käyttänyt pohjana esitykselleen saksalaisia velvoiteoikeudellisia oppeja, ... niin hän niiden oppien valtaamana pyrki niitä soveltamaan myös meidän määräalan kauppaan, unohtaen, että tämän kaupan oikeudellinen rakenne on tulkittava puhtaasti meidän oman oikeutemme pohjalta ... Serlachius siis asettaa määräalan ostajan ja myyjän välisen oikeussuhteen samalle oikeudelliselle pohjalle kuin millä on kahden ylioppilaan välinen oikeudellinen suhde silloin, kun toinen on lainannut toiselle viisi markkaa rahaa tahi myynyt toiselle kellonsa luovutettavaksi kuukauden kuluttua myynnin tapahtumisesta. Jo alkeellinen oikeustajunta sanoo, että tämä määräalan ostajan oikeusaseman sijoittelu on todellisuusvastainen.” *Haataja,* Maanjaot ja talojärjestelmä s. 472.

[14] Ks. *af Hällström,* Verkan av ägareförbehåll s. 97.

tionalistista systematiikkaa. Systemaattisuus ymmärrettiin jossakin määrin kielteiseksi piirteeksi, jota tärkeämpää juridiikassa oli käytännönläheisyys in casu. Yhteiskunnan katsottiin muuttuneen niin komplisoiduksi, ettei muutamasta harvasta periaatteesta voitu enää johtaa sääntöjä sitä varten.[15] Ratkaisut oli johdettava "elävästä elämästä". Teorioista johtaminen oli hyödytöntä, jopa vahingollista.[16]

Uutta suuntausta kuvaa mielestäni osuvasti tapa, jolla *Henry Ussing* — eräs suuntauksen esikuvista — aloitti esitelmänsä Helsingin yliopistossa 13. päivänä joulukuuta 1942. Esitelmän aiheena oli condictio indebiti, probleema, jota Hakulinen oli saksalaisen teorian valossa käsitellyt väitöskirjassaan. Ussingin lähtökohta oli aivan toinen. Hän toteaa: "Det er ikke Teorierne, jeg skal gaa ind paa i Dag. De nordiske Landes Lovgivninger indeholder mig bekendt intet, der tvinger til at lægge bestemte Teorier til Grund. Og efter min Opfattelse maa Spørgsmaalet i Hovedsagen løses ved praktisk-legislative Overvejelser." Näillä perusteilla hän päätyi siihen, että kondiktion edellytyksistä keskusteltaessa oli lähdettävä liikkeelle osapuolten välisestä järkevästä riskinjaosta ja pohdittava sitä, kumman osapuolen on kannettava riski erehtymisestä. Kausaoppi, joka muodosti aikaisemman ajattelutavan perustan, oli tarpeettomana hylättävä.[17]

Näkemys, jota *Ussingin* esitelmä heijastaa, sai 1940-luvun Suomessa huomattavaa vastakaikua. Yleisten oppien ja niistä tehtyjen päätelmien juurittaminen tieteestä alkoi laajahkolla rintamalla. Tiennäyttäjänä toimi *af Hällström*. Hänen argumentaationsa oli erittäin korkealuokkaista ja vakuuttavaa. Irtautuminen konstruktioista sai erityistä painoa, kun se suoritettiin säilyttäen koko ajan konfrontaatioyhteys vanhaan traditioon. Lukija vakuuttuu tällöin siitä, että teorioiden syrjäyttäminen on tietoinen valinta eikä perustu vain esimerkiksi heikkoon tieteisopilliseen sivistykseen.[18]

---

[15] Ks. *Ek,* Bidrag till läran om utomobligatoriskt skadeståndsansvar s. 8—10. Kysymys systemaattisuuden ja kasuistisuuden oikeasta suhteesta juridiikassa oli Ekille muutoinkin tärkeä. Ks. esim. s. 180—198.

[16] *Brusiin* huipentaa kritiikkinsä seuraavaan tapaan: "En skolastisk argumentering har intet värde för praxis, och följer praxis en dylik argumentering (t.ex. på grund av forskarens auktoritet), blir följden skadlig för rättsvården". Ks. *Brusiinin* vastausta lainopillisen yhdistyksen keskustelukysymykseen "Under vilka förutsättningar kan rättsvetenskapen främja den praktiska juristens arbete?" s. 285.

[17] Ks. *Henry Ussing,* Condictio indebiti s. 2—4.

[18] Vrt. *Caselius,* joka näyttää arvelevan, että suomenruotsalaisten väitöskirjantekijöiden metodi olisi osaltaan seurausta suomenkielisiä vähäisemmästä lukeneisuudesta. *Caselius,* Oikeustieteelliselle väitöskirjalle asetetuista vaatimuksista s. 529.

c. Uuden asennoitumisen myötä alkoi yleisten oppien merkityksen heikentyminen. Moninaiset olivat ne yleisten oppien periaatteet, joista uusi realistinen suuntaus joko kielsi oikeusseuraamusten johtamisen tai ainakin rajoitti sitä. Niistä voidaan esimerkkeinä mainita esine- ja velvoiteoikeuden ero,[19] omistusoikeuden käsitesisältö,[20] subjektiivisten oikeuksien jakamattomuuden periaate ja siihen liittyen teoria omistusoikeuden siirtymisestä jaottomana kokonaisuutena,[21] panttioikeuden aksessorisuus ja eräät muut panttioikeudelliset periaatteet,[22] avio-oikeuden luonnetta koskevat teoriat,[23] keskinäisen testamentin luonnetta koskevat teoriat[24] ja lukuisat yhtiöoikeudelliset periaatteet.[25] Näin menetellessään uusi juridiikka tuli itse asiassa melko lähelle niitä käytännön johtopäätöksiä, joihin Upsalan koulun edustajista esim. *Lundstedt* oli päätynyt. Tämä on kiintoisaa, kun toisaalta muistetaan Lundstedtin tuolloin yhä kuuluneen tutkijoihin, joiden ajatuksia ei ollut soveliasta ottaa vakavasti.[26]

Siirtymä pohjoismaiseen, realistiseen juridiikkaan näyttää tapahtuneen ilman suurta kitkaa. Konstruktiivisen metodin edustajien puolustautuminen oli vaisua ja tapahtui lähinnä vastahyökkäystaktiikalla, ts. reaalisten argumenttien käytön kritiikkinä.[27] Juridisen kirjallisuuden perusteella ei voida saada kuvaa, että nuoriin tutkijoihin olisi kohdistunut metodista painostusta. Etenkin *Ek*'in ja *Taxellin* töissä konstruktivismin kritiikki oli hyvin avointa. Pelko tiedeyhteisön reaktiosta ei ilmeisestikään pakottanut heitä verhottujen sanakäänteiden käyttöön.[28] Kiintoisa, mutta tässä selvittämättä jäävä kysymys on,

---

[19] Ks. *af Hällström,* Verkan av ägareförbehåll s. 97, *Taxell,* Panträtt i skuldebrev s. 11 ja s. 83, *Haataja,* Maanjaot ja talojärjestelmä s. 467.

[20] Ks. esim. *af Hällström,* Verkan av ägareförbehåll s. 97.

[21] Ks. esim. *af Hällström,* Verkan av ägareförbehåll s. 97 ja s. 142 sekä *Taxell,* Panträtt i skuldebrev s. 19—23.

[22] Ks. *Taxell,* Panträtt i skuldebrev esim. s. 50 ja 197 sekä *Nybergh,* Om pantsättning av förlagsrätt s. 119—125.

[23] Ks. *W. A. Palme,* Vem är berättigad utverka lagfart när fastighet hör till oskift dödsbo erit. s. 19 ja *af Hällström,* Kollision mellan testamentaries rätt och efterlevande makes giftorättsanspråk, *passim.*

[24] Ks. *Nybergh,* Till frågan om efterlevande makes rätt enligt inbördes testamente när äktenskapet underlytt ÄL, erit. s. 136.

[25] Ks. *Taxell,* Aktiebolagstyrelsens kompetens s. 43, s. 78, s. 109, s. 129 ja s. 238.

[26] Aivan lundstedtilaiseen radikalismiin käsitteiden poiskitkemisessä ei tosin ylletty, eikä haluttukaan yltää. Ks. *af Hällström,* Arvostelu Folke Schmidtin teoksesta "Om ägareförbehåll och avbetalningsköp" s. 313—314. Suhtautumisesta Lundstedtiin ks. *Haataja,* Maanjaot ja talojärjestelmä s. 467 ja *Honkasalo,* Virallisen vastaväittäjän lausunto Mikael Livsonin väitöskirjasta s. 555.

[27] Ks. tästä lähemmin jäljempänä kohdassa *3.2.2.3.e.*

[28] Ainoa havaitsemani tutkimus, jossa ehkä on merkkejä tietoisesta pyrkimyksestä ta-

missä määrin suomenkielisten tutkijoiden liittyminen ''deduktiojahtiin'' viivästyi sen tähden, että heidän opettajansa olivat konstruktiivisen metodin kannattajia.

3.1.4. 1950-luku

a. Tultaessa 1950-luvulle käsitelainopillisen tradition voima heikentyi entisestään. Tradition piirissä kasvaneet tutkijat eivät toki muuttaneet metodiaan, mutta heidän työnsä kävivät pienimuotoisemmiksi.[1] Laajemmista töistä voidaan tässä yhteydessä mainita lähinnä vain *Hakulisen* ''Suomen velvoiteoikeus I'' joka systemaattisuudessaan, abstraktisuudessaan ja esittämiensä oikeussääntöjen skemaattisessa selkeydessä on traditionsa hyvä edustaja. Teoksen luonteesta yleisesityksenä kuitenkin johtuu, ettei argumentaatio voi olla kovin runsasta. Konstruktiivistenkin argumenttien käyttöä esiintyy tästä syystä melko vähän.[2]

---

sapainoilla metodien välimaastossa, on *Rekolan* ''Saamisoikeuden vanhentuminen Suomen lain mukaan I—II''. Yritys johti siihen, että teosta arvosteltiin af Hällströmin taholta liiallisesta sortumisesta käsitejuridiikkaan, kun taas Hakulinen katsoi, että oikeuskysymyksiä oli siinä liiaksi ratkaistu epäjuridisin, käytännöllisin perustein. Ks. *af Hällström,* JFT 1939 s. 554—558 ja *Hakulinen,* LM 1940 s. 134—157.

[1] Ks. esim. *Caselius,* Tapaamisoikeudesta, jossa argumentointi on puhdaslinjaisen konstruktiivista. *Caselius* tarkastelee tapaamisoikeutta klassisen oikeus/oikeutus -erottelun valossa ja päätyy siihen, että tapaamisoikeus on oikeutus, joka johtuu subjektiiviseksi oikeudeksi katsottavasta huolto-oikeudesta. Tästä seuraa, että huolto-oikeuden lakkaaminen aiheuttaa tapaamisoikeuden menetyksen, ellei huollosta erotetulle ole laissa tai oikeuden päätöksessä nimenomaisesti pidätetty tapaamisoikeutta. Oikeutus ei näet ilman erityisperustetta voi esiintyä oikeudesta irrallaan. Vrt. *af Hällströmin* päinvastaista käsitystä (JFT 1949 s. 261), johon on päädytty lapsen, vanhempien ja yhteiskunnan etua argumentteina käyttäen.

Muista vanhemman tutkijapolven kirjoituksista, joista kuvastui voimakas luottamus konstruktiivisen argumentaation voimaan, mainittakoon *Heikonen,* Perintöosuutta vastaavan kiinteistönosan luovutuksen oikeusseuraamuksista, *Caselius,* Näkökohtia aviottoman lapsen tunnustamisen muodosta ja *Hakulinen,* Kuolinpesäkö juridinen henkilö?

[2] Konstruktiivisesta argumentaatiosta ks. esim. s. 185 ss., jossa ensiksi ilmoitetaan kanta siihen, kenelle ja milloin syntyy saamisoikeus tehtäessä sopimusta kolmannen hyväksi, ja tämän jälkeen johdetaan kannanotosta vastaukset käytännöllisiin kysymyksiin. Ks. myös s. 152—155, josta ilmenee tyypillisesti käsitelainopillinen näkemys oikeusjärjestelmän ja positiivisen oikeuden suhteesta. *Hakulinen* keskustelee siinä kysymyksestä, onko ostajalla erityisesineen kaupassa oikeus vaatia kauppahinnan alentamista virheen perusteella (actio quanti minoris). Hän päätyy kieltävään tulokseen sillä perusteella, että alennusvaateen olemassaolo edellyttäisi järjestelmänvastaisena ilmiönä alennusvaateen myöntävää nimenomaista säännöstä, jollainen meiltä puuttuu. Toisin sanoen järjestelmästä poikkeamaan pyrkivällä oli todistustaakka siitä, että *positiivisesta* oikeudesta löytyi ko. poikkeus. Järjestelmän horjuttamista muilla argumenteilla ei ilmeisesti pidetty mahdollisena.

Nuoremman tutkijapolven suhdetta käsitelainoppiin voidaan ehkä parhaiten kuvata vertaamalla sen tuottamia tutkimuksia käsitelainopin tiedemalliin, joka voidaan muodostaa aikaisempien vuosikymmenten siviilioikeudellisen tutkimuksen pohjalta. Malliin kuuluu käsitykseni mukaan seuraavat neljä olettamaa:

(*a*) Juridiset ongelmat ovat subsumptio- l. kategorisointiongelmia. Ne ovat muodoltaan ''Mitä X on'', jossa X voi viitata joko juridisesti ongelmalliseen tosiseikastoon (fysikaaliseen, mentaaliseen tai institutionaaliseen) tai oikeuksien ja oikeutusten tasolle kuuluvaan problemaattiseen ilmiöön.

(*b*) Vastaukset kategorisointiongelmiin ovat muotoa 'X merkitsee Y' tai 'X kuuluu käsitteen Y alaan', jossa Y on juridisesti operatiivinen käsite joko juridisen oppitradition tai positiivisen oikeuden mukaan.

(*c*) Ilmiön X tultua kategorisoiduksi, saadaan X:ään liittyvät oikeusvaikutukset selville johtamalla ne oppitraditioon tai positiiviseen oikeuteen sisältyvästä periaatteesta 'Jos Y, niin C'; jossa C viittaa oikeusseuraamuksiin.

(*d*) Oppitradition merkityksen ilmaiseva todistustaakkasääntö: joka väittää, että X:ään liittyvät oikeusseuraamukset ovat ei-C, on velvollinen osoittamaan, että laissa on nimenomaisesti näin säädetty.

Kuvatun tiedemallin puitteisiin sijoittuu parhaiten *Nikupaavolan* ''Yhteiskiinnityksestä I''.[3] Teokseen sisältyvien kategorisointiongelmien määrä on mittava.[4] Myös hänen näkemyksensä oikeusjärjestelmän ja positiivisen oikeuden suhteesta on todistustaakkasäännön mukainen.[5] Sitä vastoin tapa, jolla Nikupaavola vastaa kategorisointiongelmiin, ei vaikuta käsitelainopin parhaiden perinteiden mukaiselta. Lukijan on usein vaikeaa tai mahdotonta nähdä, mikä on suoritetun kategorisoinnin potentiaalinen relevanssi oikeusseuraamusten kannalta. Silloinkin, kun käytännön oikeuskysymyksiin johdetaan vastauksia — mikä on teoksessa melko harvinaista — jää usein sangen hämäräksi, millä tavoin vastaus lopulta seuraa oppitraditiosta. Enimmältään työ on oikeuksien maailman piirteiden itseisarvoista selvittelyä.

Toista tutkijaa, jonka metodinen asennoituminen edes likimain muistuttaisi Nikupaavolan tutkimustapaa, ei tuon ajan nuorten tutkijoiden joukosta voida löytää. *Telarannan* tutkimuksista kuvastuu paikoittain vahva luottamus konstruktiivisten argumenttien voimaan oikeusseuraamusten löytämisen ja

[3] Puhuttaessa nuoremmasta tutkijapolvesta on huomattava, että Nikupaavola olisi ikänsä vuoksi (s. 1905) voinut väitellä jo 1930-luvulla.

[4] Ks. tarkemmin kysymyksenasettelua koskevaa jaksoa *4.2.4.e.*

[5] Ks. m.t. s. 291 ja 311. Ks. myös s. 401, jossa *Nikupaavola* näyttää katsovan, että positiivisen lainsäännöksen ohella saattavat ''sangen voimakkaat kohtuullisuusnäkökohdat'' oikeuttaa poikkeamaan järjestelmänmukaisesta tuloksesta.

legitimoimisen keinona.[6] Myös *Vihman* töistä voidaan löytää käsitelainopillisen ajattelutavan jäänteitä.[7] Vihman tietoisena pyrkimyksenä näyttää kuitenkin olleen deduktiivisen tutkimusmenetelmän karttaminen, eikä Telarantakaan näytä sitä varauksettomasti hyväksyvän.[8] Käsitelainopillisen tieteentradition jälkikasvu näytti siten ehtyvän. Nuoren tutkijapolven selvän enemmistön muodostivat tutkijat, joiden työtä siivitti tradition kyseenalaistaminen.

b. Argumentit, joita konstruktiivista metodia vastaan esitettiin, olivat paljolti tuttuja jo 1940-luvulta. Upsalan koulun filosofisten pääargumenttien suosio oli yhä vähäinen. Juridisten entiteettien ineksistenssiin perustuvaa kritiikkiä ei nytkään esiintynyt, jollei sellaisiksi tulkita Lahtisen ja Vuorion muutamaa ylimalkaista lausumaa.[9] *Lundstedtin* korostama ajatus, jonka mukaan käsitteistä pääteltäessä syyllistytään kehäpäättelyyn, oli paremmin esillä. Ainakin *Lahtinen, Olsson* ja *Godenhielm* mainitsevat sen kirjoituksissaan.[10]

---

[6] Ks. *Telaranta,* Varallisuusoikeudellinen tahdonilmaisu s. 87 ss. ja 137 ss., jossa tahdonilmaisun tunnusmerkit johdetaan yksityisautonomian periaatteesta. Vrt. *Vuorion* kritiikkiä, jonka mukaan menettely jättää Suomen positiivisen oikeuden vaikutukselle aivan riittämättömästi tilaa. *Vuorio,* Oikeustoimesta funktio- ja substanssikäsitteenä s. 475.

Konstruktioiden käyttämisestä sinänsä tunnetun oikeusvaikutuksen legitimaatiokeinona ks. *Telaranta,* Sopimuksista kolmannen hyväksi s. 186 ss.

[7] Teoksessa ”Sopimussakko” tämä näkyy erityisesti jäsentelyssä, jossa kysymyksellä sopimussakkovälipuheen oikeudellisesta luonteesta ja sen suhteesta lähikäsitteisiin on merkittävä sija. Ks. s. 53—121. Varsinaisesta käsitteistä päättelystä ks. *Vihma,* Suorituksen mahdottomuus esim. s. 147 ja s. 255, joissa kysymys suorituksen viivästyksen jälkeen tapahtuneen suorituksen mahdottomaksi käymisen oikeusvaikutuksista ratkaistaan dogmin ”obligatio perpetuatur” mukaan. Vrt. *Godenhielm,* Om säljarens bundenhet under ändrade förhållanden s. 55, jossa dogmin pätevyys kyseenalaistetaan pohjoismaiselle juridiikalle tyypilliseen tapaan. *Godenhielm* kysyy: ”Är det nödvändigt ur synpunkten av varuomsättningens kontinuitet eller med hänsyn till rättssäkerheten, att säljarens skadeståndsskyldighet skall ha en så vid omfattning i en dylik situation?”

[8] Ks. *Vihma,* Sopimussakko s. 172 ja s. 212, jossa kirjoittaja toteaa: ”Omasta puolestani en tahtoisi perustaa kysymyksen ratkaisua yksinomaan deduktiivisesti sopimussakkovälipuheen liitännäiseen luonteeseen. On ainakin syytä tutkia, tullaanko samaan tulokseen erilaisia yksityistapauksia tarkastelemalla”. Ks. myös *Vihma,* Suorituksen mahdottomuus s. 5, jossa kirjoittaja korostaa noudattavansa induktiivista metodia. *Telarannan* osalta ks. Varallisuusoikeudellinen tahdonilmaisu s. 132, jossa *Telaranta* moittii *af Hällströmiä* (!) käsitteistä päättelemisestä.

[9] Ks. *Lahtinen,* Kuolinpesä-konstruktiosta s. 119. *Lahtinen* toteaa ”oikeushenkilön” olevan pelkkä tunnusnimi, jolla ei ole omaa olemusta. Ks. myös *Vuorio,* Oikeustoimesta funktio- ja substanssikäsitteenä s. 448, jossa todetaan substanssiajattelun johtavan oikeusvaikutuksia tyhjästä.

[10] *Lahtinen,* N.s. mustaa kauppahintaa koskevasta eräästä ajatuksenjuoksusta s. 315,

Useimmiten kritiikki noudatteli kuitenkin *Lassenin* ja *Undénin* viitoittamia uria. Sen mukaan metodin virhelähteenä oli turvautuminen perusteettomaan analogiapäättelyyn. Kun oikeusilmiön luonne selvitetään, ts. ilmiö sijoitetaan määrättyyn oikeudelliseen kategoriaan, se tapahtuu käsitelainopissa usein sillä perusteella, että ilmiöön liittyvien oikeusvaikutusten tiedetään *eräissä* suhteissa vastaavan po. kategorian käsitetunnusmerkkien muodostamaan tosiseikastoon liittyviä oikeusvaikutuksia. Tästä ei kuitenkaan saa päätellä, että ilmiön oikeusvaikutukset *kaikissa* suhteissa vastaisivat kategorian käsitetunnusmerkkeihin liittyviä vaikutuksia. Käsitteestä voidaan johtaa vain ne oikeusseuraamukset, jotka siihen on pakattu. Meneteltäessä toisin annetaan oikeusjärjestyksestä liian yhtenäinen ja yksinkertaistettu kuva.

Käsitelainopin perusvirheenä on tämän mukaan sen tendenssi yksinkertaistaa oikeusilmiöitä ja yhtenäistää oikeussääntöjä.[11] Tehtäessä päätelmiä juridisesta luonnehdinnasta unohdetaan, että luonnehdinta antaa ainoastaan yksinkertaistetun yleiskuvan luonnehditusta oikeusilmiöstä. Päätelmän paikkansapitävyys on sen tähden aina erikseen tutkittava. Sillä seikalla, että johtopäätös seuraa luonnehdinnasta, ei sinänsä ole painoa juridisena argumenttina.[12]

Kategorisointiin sisältyvää analogian käyttöä arvosteltiin myös toisista lähtökohdista. Arvostelu perustui ajatukseen, että konstruktiivinen juridiikka käyttää vääriä analogisuuden kriteereitä. Analogiapäättelyn perusteeksi ei riitä, että oikeusilmiöt sijoittuvat samaan käsitelainopilliseen kategoriaan. Vastaavasti se seikka, että ne sijoittuvat eri kategorioihin, ei riitä analogiapäättelyn torjumiseen. Ratkaisevaa on ilmiöiden *reaalinen* samankaltaisuus.[13] Analogisoin-

Olsson, Om köpares borgenärsskydd s. 100—101. *Godenhielm,* Om säljarens bundenhet s. 66. Ks. myös *Muukkonen,* Kiinteistön ns. mustasta kauppahinnasta s. 820.

[11] Tätä korosti eri yhteyksissä etenkin *Zitting,* Ks. Omistajanvaihdoksesta esim. s. 1, 8, 10, 20, 21, 24 ja 36. Ks. myös *Olsson,* Om köpares borgenärsskydd s. 16, *Taxell,* Några synpunkter på styrelsemedlems ansvar s. 352 ja *Muukkonen,* Muotosäännökset s. 6—7.

[12] Tämä näkemys kuvastuu hyvin selkeänä *Ylöstalon* 1950-luvun tuotannossa. Ks. esim. Testamentinmoitteesta s. 63 erit. av. 27, s. 128 ja s. 184. Ks. myös Peruutetun testamentin voimaansaattamisesta s. 103—105. Tarkasteltaessa tutkijoiden suhtautumista konstruktiivisten argumenttien painoarvoon tavataan eräänlainen äärimmäisyyskanta *Muukkosen* kirjoituksesta ”Lainhuudatusvelvollisuuden alkamisajasta, kun kiinteistö ostetaan perustettavalle osakeyhtiölle” s. 227. Omaksutun kannanoton ainoana julkilausuttuna perusteluna on, että *vastakkainen* kanta seuraa konstruktiivisista argumenteista. Konstruktiiviselle argumentille on siis annettu merkitystä johtopäätöstä vastaan puhuvana seikkana.

[13] Ks. esimerkiksi *Lahtinen,* N.s. mustaa kauppahintaa koskevasta eräästä ajatuksenjuoksusta s. 314, jossa *Lahtinen* toteaa, ettei kahden hänen tutkimansa oikeustapauksen samankaltaisuutta voida kiistää sillä perusteella, että toisessa on kyse mustan ja toisessa valkoisen kauppahinnan velkomisesta. Ks. myös *Olsson,* Om köpares borgenärsskydd s. 35, jossa hahmotellaan uutta käsitteenmuodostustapaa. Käsitteen tulee sen mukaan kattaa ne

nin on perustuttava elävästä elämästä haettuun analogisuuskriteeriin.

Äsken sanotussa on itse asiassa kysymys epäluottamuksesta käsitelainopin ilmentämään oikeuskulttuuriin ja sen kykyyn jäsentää adekvaatisti oikeusilmiöitä. 1950-luvulla olikin suhteellisen tavallista, että kritiikin kärki suunnattiin siihen oppitraditioon, jonka viljelyä konstruktiivinen lainoppi harjoitti. Monien tutkijoiden töissä tuotiin esiin jo *Haatajan* aikoinaan esittämä väite, jonka mukaan käsitelainopillinen traditio oli meille historiallisesti vieras.[14] Tällä voitiin puolestaan perustella kantaa, jonka mukaan konstruktioista päättely ei tuota voimassaolevan (positiivisen) oikeuden mukaisia tuloksia, vaan valtaa positiiviselta oikeudelta perusteettomasti tilaa ja peittää sen sisällön tutkijan katseelta.[15] Tutkijan, joka pyrkii lähestymään sääntötodellisuutta empiirisesti, on siten luovuttava oppitraditiosta aivan samoin kuin modernin luonnontieteen oli luovuttava antiikin perinnöstä päästäkseen tuoreisiin havaintoihin.[16]

Paitsi vierasperäisiä, katsottiin käsitelainopin tarjoamien ratkaisuperusteiden olevan epäkäytännöllisiä ja elämälle vieraita. Koska Suomen oikeudesta puuttuu kodifikaatio, joka legitimoisi käsitelainopillisen järjestelmän, ei ole mitään aihetta olettaa, että oikeusvaikutukset liittyisivät käsitelainopin tarjoamiin epäkäytännöllisiin konstruktioihin.[17] Koska oikeuden tehtävänä on säännellä käytännöllistä elämää, on päinvastoin lähdettävä siitä, että ne liittyvät elävän elämän reaalisiin tosiseikastoihin.

Muitakin argumentteja käsitteistä päättelyä vastaan saatettiin esittää.[18]

---

ilmiöt, joihin reaaliset argumentit vaativat yhtäläistä ratkaisua. Esimerkkinä reaalisiin näkökohtiin perustuvasta tavasta käyttää analogiaa ks. *Olsson,* m.t. s. 144—146, jossa kysymys ratkaisuperiaatteen analogisesta soveltamisesta varsinaisen soveltamisalansa ulkopuolelle jäävään tapaukseen ratkaistaan vertaamalla toisiinsa osapuolten oikeussuojan tarvetta ja siinä olevia yhtäläisyyksiä po. tilanteissa. Ks. myös *Ylöstalo,* Peruutetun testamentin voimaansaattamisesta s. 105.

[14] Ks. *Zitting,* Omistajanvaihdoksesta s. 104, *sama,* Saantosuoja s. 18, *Vuorio,* Työsuhteen ehtojen määrääminen s. 49 ja *Muukkonen,* Muotosäännökset s. 6—7.

[15] Ks. esim. *Vuorio,* Oikeustoimesta funktio- ja substanssikäsitteenä s. 475. Ks. myös *Zitting,* Saantosuoja s. 178.

[16] Tämänkaltainen näkemys, jossa empiristisyyden katsotaan edellyttävän tradition sivuuttamista näyttäisi heijastuvan esim. *Lahtisen* kirjoituksista. Ks. DL 1952 s. 209.

[17] Ks. esim. *Taxellin* arvostelua Hannikaisen teoksesta "Pidätysoikeuden rakenteesta" JFT 1950 s. 66. Ks. myös *Olsson,* Den oåterkalleliga fullmakten s. 241—242.

[18] Mainittakoon tässä *Ylöstalon* leikkimielinen lainaus italialaisen 1700-luvulla eläneen *Gian Battista Vicon* ajatuksista. *Vicon* mukaan deduktiivinen menetelmä hävitti viisaan oivalluksen, tukahdutti mielikuvituksen ja surkastutti muistin, johti kielenkäytön kuivakiskoisuuteen eikä edistänyt arvostelukyvyn kypsyyttä. Ks. *Ylöstalon* esittelyä *Viehwegin* teoksesta "Topik und Jurisprudenz" s. 816.

Näistä vastaansanomattomin oli *Zittingin* mainitsema. Hän toteaa tutkimuksensa tavoitteen tekevän käsitteistä päättelyn mahdottomaksi. Kun työn tarkoituksena oli omistusoikeuden traditionaalisen käsitemääritelmän uudelleen arviointi, ei vastausta luonnollisestikaan voitu deduktion tietä hakea omistusoikeuden käsitteestä.[19] Samaa perustetta olisi voinut käyttää moni muukin tutkija. Siviilioikeuden tutkimuksen pohjoismaistumisessa oli kysymys oikeuskulttuurin murroksesta, jossa lakattiin kuuntelemasta vanhaa traditiota. Käsitelainopillinen menetelmä, joka juuri tähtäsi tradition hyödyntämiseen, ei tällöin voinut tulla kysymykseen.

c. Käsitelainopillisen tutkimusperinteen kitkemisessä riitti vielä 1950-luvulla runsaasti työtä. Hankkeeseen alkoi tulla mukaan suomenkielisiäkin tutkijoita, mutta suomenruotsalaisen juridiikan panos siviilioikeuden tutkimuksen pohjoismaistamisessa oli yhä huomattava. Tässä yhteydessä ei ole mahdollista ryhtyä tyhjentävästi luettelemaan yleisten oppien periaatteita, jotka kyseenalaistettiin tai haluttiin kokonaan syrjäyttää. Irtisanoutuminen traditiosta oli melko runsasmuotoista. Joudutaan tyytymään esimerkkeihin, jotka on poimittu siviili- ja kauppaoikeuden eri lohkoilta.

Esineoikeuden alalla epäilemättä merkittävimpiin kuului kritiikki, joka kohdistui perinteiseen näkemykseen esine- ja velvoiteoikeuden erosta[20] ja tähän erotteluun tukeutuviin oikeusperiaatteisiin, kuten dogmiin ''Velvoiteoikeutta ei voida saattaa voimaan kolmatta vastaan''.[21] Kyseenalaistettuihin, mutta modifioituina jollakin tavoin asemansa säilyttäneisiin oikeusperiaatteisiin kuuluivat mm. aikaprioriteettisääntö esineoikeuksien välisenä kollisionratkaisuperusteena[22] ja ns. sopimusteoria, jonka mukaan omistusoikeus irtaimen kaupassa siirtyy jo sopimuksella.[23] Uudelle, faktojen ja oikeusseuraamusten välisiin relaatioihin huomionsa kiinnittävälle tutkimustavalle hyvin luonteenomainen muutos tapahtui kiinteistön määräaikaisen nautinnan luonnetta ja merkitystä koskevissa näkemyksissä. Kun nautinta aikaisemmin ymmärrettiin aineellisoikeudellista merkitystä vailla olevaksi prosessuaaliseksi puolustautumiskeinoksi, se alettiin nyt nähdä *oikeustosiseikkana,* sen tosiseikaston fragmenttina, johon dynaaminen suoja kytkeytyy.[24] Oikeussäännösten tulkinnan kannal-

[19] Ks. *Zitting,* Omistajan oikeuksista ja velvollisuuksista s. 389—390.

[20] Ks. *Zitting,* Esine- ja velvoiteoikeuden erosta varallisuusoikeuden järjestelmän perustana ja *Haataja,* Kysymys Suomen siviilioikeuden kodifioimistyön alkuunpanosta s. 99.

[21] *Zitting,* Saantosuoja s. 178.

[22] Ks. *Olsson,* Om köpares borgenärsskydd s. 35 ss.

[23] *Olsson,* Om köpares borgenärsskydd s. 5 ss.

[24] *Zitting,* Omistajanvaihdoksesta s. 296 ss.

ta merkittävä muutos oli ns. oikean omistajan vindikaatio-oikeuden periaatteen uudelleen arviointi. Kun sitä aikaisemmin oli pidetty pääsääntönä, sitä alettiin nyt pitää poikkeuksena. Luovutuksensaajalle vilpittömän mielen suojaa antavat KK 11:4 ja 12:4 korotettiin pääsäännöksi, joista näkyvää oikeusohjetta tuli noudattaa, jollei siitä nimenomaisesti ollut säädetty poikkeusta.[25]

Siviilioikeuden yleiseen osaan luettavien oppien piiristä on syytä mainita pätemättömyysopin uudistaminen, ts. sen periaatteen kiistäminen, että oikeustoimen pätemättömyys on joko mitättömyyttä tai moitteenvaraisuutta.[26] Monien vahingonkorvausoikeudellisten periaatteiden merkitys — joukossa mm. täyden korvauksen periaate — alettiin nähdä aiempaa vähäisempänä ja relatiivisempana.[27] Peruuttamattoman valtuutuksen kategoria esitettiin poistettavaksi juridisesta käsitejärjestelmästä,[28] ja kyseenalaistettiin dogmi ''In pari turpitudine melior est causa possidentis'', jonka nojalla aikaisemmin päätettiin suhtautumisesta ns. mustaan kauppahintaan, pelivelkoihin yms. saataviin.[29] Myös sollenniteettitodistajan käsite haluttiin poistaa.[30]

Kauppaoikeuden alalla karsittiin periaatteita, jotka kytkivät oikeusvaikutuksia omistusoikeuteen. Tällainen oli mm. vaaranvastuuta sääntelevä ''Res perit domino''.[31] Riitautettujen oikeusperiaatteiden joukkoon joutuivat sopimussidonnaisuutta muuttuneissa olosuhteissa koskevat ''impossibilium nulla

[25] Ks. *Zitting,* Saantosuoja s. 31. *Zitting* ei kuitenkaan kuvaa tapahtunutta muutosta yllä esitetyllä tavalla, vaan hän katsoo uudemman tutkimuksen ainoastaan saattaneen havaittavaksi, että po. lainkohdat ovat jo vanhastaan ilmaisseet pääsäännön. Kun oikeusjärjestystä on tutkittu roomalaisoikeudellisen, rajatonta vindikaatio-oikeutta korostavan dogmin pohjalta, säännösten oikea sisältö on jäänyt havaitsematta.

[26] Ks. *Zitting,* Omistajanvaihdoksesta s. 53 ss. ja *Muukkonen,* Muotosäännökset s. 113—116. Vastaavaa ajatusta oli tosin jo aikaisemmin kehitellyt *af Hällström.* Ks. Något om rättshandlingars ogiltighet enligt avtalslagens 28—35 §§.

[27] *Taxell,* Några synpunkter på styrelsemedlems ansvar s. 352.

[28] Ks. *Olsson,* Den oåterkalleliga fullmakten.

[29] Ks. *Lahtinen,* N.s. mustaa kauppahintaa koskevasta eräästä ajatuksenjuoksusta s. 312—318. Tämän periaatteen asema siviilioikeudessamme ei tosin aiemminkaan ollut kiistaton. Ks. siitä *Hakulinen,* Perusteettoman edun palautus s. 259—263.

[30] Ks. *Muukkonen,* Muotosäännökset s. 103.

[31] Ks. siitä *Godenhielm,* Om säljarens bundenhet s. 100. Samoin tosin jo v. 1938 *af Hällström* ja *Lindblad* JF:n keskustelukysymykseen 5/1937 antamassaan vastauksessa. Vastaavalla tavalla omistusoikeus menetti asemansa myyjän ns. pysäyttämisoikeutta sääntelevänä tunnusmerkkinä. Ks. *Godenhielm,* Piirteitä myyjän pysäyttämisoikeudesta s. 97—98. Myös perheoikeudessa alettiin pitää kartettavana menettelyä, jossa oikeusseuraamuksia perusteltiin erilaisten subjektiivisten oikeuksien olemassaoloon vetoamalla. Ks. *Lahtisen* arvostelua *Rautialan* teoksesta ''Ositus'' s. 326.

est obligatio'' ja ''obligatio perpetuatur''.[32]

Kun tanskalainen oikeusoppinut *Henry Ussing* kuoli vuonna 1954, luonnehti *Ylöstalo* muistosanoissaan hänen tutkimusmetodiaan toteamalla sen perustuvan elävän elämän tarpeiden perusteelliseen tuntemukseen ja huomioon ottamiseen. Vetoaminen oppilauseeseen tai periaatteeseen oli Ussingille ainoastaan merkki asiallisten perusteiden puuttumisesta, Ylöstalo kirjoittaa.[33] Samalla, kun lausuma kuvaa Ussingia, se kuvaa nähdäkseni myös sitä tieteen ideaalia, jonka 1950-luvun uusi tutkijapolvi koki itselleen läheiseksi. Oikeussääntöjä ei saanut johtaa dogmeista, vaan oli kuunneltava ''elävän elämän tarpeita''. Epäluottamus periaatteisiin koski siviilioikeudellisten dogmien ohella myös yleisiä oikeuslähdeopillisia periaatteita. *Godenhielm* kehottaa varovaisuuteen jopa ns. lex specialis -säännön soveltamisessa, ja katsoo, että periaate voidaan syrjäyttää, jos sen soveltamisen kautta saatu tulos ei vaikuta tarkoituksenmukaiselta.[34]

d. Konstruktiivisen metodin edustajien puolustautuminen muutosta vastaan oli melko vaisua. Muutoksen herättämä huoli ja ärtymys tuli toki paikoin julki,[35] mutta argumentoivaan keskusteluun ryhtyminen käsitelainopillisen tiedemallin puolesta oli harvinaista.

Poikkeuksen muodostivat *Kivimäki* ja *B. C. Carlson*. Kivimäki muistutti jälleen siitä valtavasta merkityksestä, joka yleisillä oikeusperiaatteilla on historiallisesti katsoen ollut siviilioikeudessamme. Lainsäädännön ollessa vähäistä ja kasuistista, on yleisiin oikeusperiaatteisiin tukeutuen voitu saada aikaan korkeatasoinen oikeuskulttuuri. Soveltamalla sen periaatteita oikeuskäytännössä on ratkaisuihin saatu tasoa ja ennakoitavuutta ja vältetty tunneperäisten tuomioiden vaaraa. Oikeustieteen tehtävänä on Kivimäen mukaan näiden periaatteiden esittäminen ja niiden kehittäminen soveltuviksi sellaisiinkin olosuhteisiin, joita ei alun perin ole pidetty silmällä. Näin menetellessään ''oikeustiede konstruktiivisena tieteenä kohoaa ns. pykälätutkimuksen ja siihen verrattavan yksityisissä oikeusilmiöissä askartelevan työskentelyn yläpuolelle'', *Kivimäki* kirjoittaa.[36] Tämän vuoksi hän pitää valitettavana, että uusimmissa (s.o.

[32] Ks. *Godenhielm,* Om säljarens bundenhet s. 56—75 vrt. *Vihma,* Suorituksen mahdottomuus s. 48 s. 147 ja s. 255, josta havaitaan, että *Vihma* piti po. periaatteita yhä arvossa.

[33] *Ylöstalo,* Henry Ussing s. 624.

[34] Ks. *Godenhielm,* Successions-rättsliga spörsmål IV s. 313—314.

[35] Ks. esim. *Caselius,* Ns. Gründer-säännöstön kehittämisestä s. 273—274. Ks. myös *Kivimäen* arvostelua *Hakulisen* teoksesta ''Velvoiteoikeus I'' ja *Kivimäen* asiantuntijalausuntoa täytettäessä siviilioikeuden professuuria, erit. s. 696—699. Ks. myös *Hakulinen,* Oikeudentunto, *passim.*

[36] *Kivimäki,* ''Tunneperäisistä'' tuomioista erit. s. 354.

1940-luvun lopun) väitöskirjoissa ei ole kiinnitetty riittävää huomiota oikeusjärjestelmän kantaviin periaatteisiin, vaan on edetty yksittäisten lainsäännösten kapealla pohjalla.[37]

B. C. Carlsonin puolustautuminen perustui toisiin lähtökohtiin, mutta hänen johtopäätöksensä tulivat lopulta melko lähelle Kivimäen esittämiä. Hänen pääargumenttinsa konstruktiivisen metodin puolesta oli kelseniläinen ajatus, jonka mukaan oikeussääntöjä voidaan johtaa ainoastaan toisista oikeussäännöistä. Realistit, jotka väittävät johtavansa oikeussääntöjä elävästä elämästä tms. faktisista olosuhteista, syyllistyvät näin ollen loogiseen virheeseen. Ne reaaliset näkökohdat, oikeudenmukaisuus- ja kohtuullisuusperusteet yms. joita reella övervägande -metodi käyttää päättelyssä, eivät sellaisinaan kuulu voimassaolevaan oikeuteen. Säännöt, jotka niitä käyttäen saadaan esiin, eivät siten ole oikeussääntöjä, vaan enintään oikeuspoliittisia sääntöjä.[38]

Mikäli pyrkimyksenä on saada esille oikeussääntöjä, joilla on järjestelmän sisäinen pätevyys, se voi tapahtua johtamalla niitä *analogiapäätelmien* avulla jo olemassaolevista oikeussäännöistä. Analogiapäätelmässä tuodaan Carlsonin mukaan päivänvaloon uusi säännönmukaisuus (regelenlighet). Sen tähden analogiapäättely on oikeustieteen keskeisiä apuneuvoja, etenkin tutkittaessa oikeusjärjestyksiä, joissa säädännäinen oikeus on kodifioimatonta ja sporadista, kuten meillä. Analogiapäättelyn avulla voidaan oikeusjärjestys säilyttää johdonmukaisena ja poistaa säädännäisen oikeuden aukkoja. Vastakohtaispäätelmä on puolestaan kodifioitujen oikeusjärjestysten tutkimuksen keskeisin apuneuvo.[39]

Konstruoinnin ts. oikeusilmiöiden käsitteellistämisen ja skematisoinnin merkitys näyttää Carlsonin mukaan olevan siinä, että se tarjoaa perusteet analogisuuden havaitsemiseen. Niiden tehtävä ei siis ole pelkästään esitystekninen, kuten *Undén* ja hänen jälkeensä monet muut ajattelivat. Päinvastoin niiden avulla voidaan saada esiin säännönmukaisuuksia, jotka eivät suoraan näy konstruktion muodostamisen perustana olevista oikeuslauseista. Tämän juridisen luovuuden oikeutus perustuu näkökohtaan, jota Carlson piti kaiken juridisen ajattelun ennakkoehtona: oikeussäännöt muodostavat sisällöltään johdonmukaisen ja yhtenäisen järjestelmän. Tämän lisäksi deduktiivinen metodi voidaan Carlsonin mukaan justifioida myös käytännöllisin syin viittaamalla siihen merkitykseen, joka johdonmukaisuudella ja oikeusvarmuudella on käytännölle.

Jos edellä sanottu hyväksytään, siitä seuraa Carlsonin mukaan, että kriit-

---

[37] Ks. *Kivimäki,* Yleislausekkeet oikeusvarmuutta heikentävinä tekijöinä s. 308.

[38] *Carlson,* Rätten s. 162—163.

[39] *Carlson,* Rätten s. 163—164.

tisen oikeustieteen kysymyksenasettelu muuttuu. Muotiin tullut kysymyksenasettelu "huru tvister lämpligen skall avgöras med ledning av vaga ologiska reella avväganden" korvautuu kysymyksellä, onko konstruointi oikein suoritettu. Tieteellisen juridiikan tulisi nähdä tehtävänsä jälkimmäisellä tavalla. Jos sitä vastoin konstruktiivinen metodi hylätään, hylätään samalla ajatus, että yhteiskuntaoloja voidaan säännellä etukäteen vahvistetuilla säännöillä, ja hyväksytään vaihtoehto, jossa riidat ratkaistaan in casu annetuilla päätöksillä.[40]

Carlsonin ajatukset koskettavat olennaisen tärkeitä kysymyksiä, mutta ne eivät saavuttaneet mainittavaa vastakaikua. 1950-luvun siviilioikeus valitsi yleisesti kohtuullisuuden oikeusvarmuuden sijasta. Ajatus, että oikeussäännöille on ominaista skemaattisuus, hylättiin. Tutkimuksen keskeisiin oletuksiin tuli kuulumaan näkemys, jonka mukaan oikeussäännöt ovat olennaisesti eriytyneempiä ja tapausten hienojakoisia eroja paremmin huomioon ottavia kuin käsitelainopissa ajateltiin. Myös systemaattisuuden ihanteeseen alettiin suhtautua epäillen tai ainakin pidettiin sen korkea-asteista toteuttamista juridiikassa mahdottomana.[41]

e. Tavassa, jolla käsitelainopillinen paradigma torjuttiin, oli kuitenkin huomattavia aste-eroja. Siviilioikeudellisessa ajattelussa vaikutti pohjoismaisten virtausten ohella kelseniläinen, oikeustieteen puhtautta ja omalakisuutta korostava ajattelutapa, jolle kysymykset juridisista käsitteistä, käsitteiden suhteista ja niiden käyttökelpoisuudesta juridisessa päättelyssä olivat tärkeitä. Tässä yhteydessä on mainittava ennen muuta *Zitting*. Rakentaessaan varallisuusoikeuksien esittämiseen tarvittavaa käsitejärjestelmäänsä, Zitting jokseenkin Carlsonin toivomaan tapaan kävi eri konstruktioiden paremmuutta koskevaa keskustelua. Hänen etäistavoitteenaan näyttää olleen järjestelmä, joka käsitelainopillista järjestelmää paremmin mahdollistaisi juridisen päättelyn ja takaisi tulosten paikkansapitävyyden. Tämän mukaisesti hän piti tilapäisenä kehitysvaiheena ajanjaksoa, jolloin käsitejärjestelmän puutteellisuus teki luotettavan päättelyn mahdottomaksi.[42]

Zitting siis tavallaan jakoi käsitelainoppiin sisältyvän näkemyksen juridis-

[40] *Carlson,* Rätten s. 173.

[41] Ks. *Muukkonen,* Muotosäännökset s. 89 ja 133 sekä sen johdosta *Ylöstalon* kirjoittamaa virallisen vastaväittäjän lausuntoa s. 363. Ks. myös *Ylöstalon* arvostelua *Viehwegin* teoksesta "Topik und Jurisprudenz". *Ylöstalo* näkee teoksen keskeisen opetuksen siinä, että "meidän on oikeustieteessä tyytyminen täydellistä deduktiivista systeemiä alemmanasteisiin ajatuksen järjestyksen muotoihin ja että siitä johtuen oikeusoloja koskevien väittämien täydellistä loogista ratkaistavuutta ei voida odottaa".

[42] Ks. esim. *Zitting,* Omistajan oikeuksista ja velvollisuuksista s. 531, *Zitting,* Esine- ja velvoiteoikeuden erosta varallisuusoikeuden järjestelmän perustana s. 610 ja s. 617 sekä

ten käsitteiden merkityksestä lainopissa. Erot käsitelainoppiin näyttäytyivät hänen järjestelmänsä sisällössä. Se oli rakennettu pohjoismaisen oikeustieteen tuloksille, joita oli terästetty *Hohfeldin* ajatuksilla. Toisin sanoen käsitys spesifisen oikeuskulttuurin relevanssista juridiikalle oli säilytetty, mutta saksalainen oikeuskulttuuri oli vaihdettu skandinaaviseen.

Zittingin käsitejärjestelmään sisältyvät, oikeusjärjestystä koskevat keskeisolettamat voidaan nähdäkseni pelkistää seuraavaan tapaan:

(1) Oikeussuhteet ovat henkilösuhteita[43]

(2) Subjektiivisia oikeuksia nimeävät termit ovat yhteisnimityksiä sisällöltään tietyntyyppisille, mutta samalla vaihteleville relaatioille (oikeusasemille), joissa oikeussubjektit ovat toisiin oikeussubjekteihin nähden. Oikeusasemat voidaan tarvittaessa kuvata käyttämällä *Hohfeldin* juridisia korrelaatteja. Oikeusjärjestys, ensikädessä positiivinen oikeus määrää, mihin tosiseikastoihin po. oikeusasemat liittyvät.[44]

(2.1) Omistusoikeus on yhteisnimitys kolmelle erityyppiselle relaatiojoukolle, jotka ovat omistajan hallintaoikeus (ja sitä vastaava staattinen suoja), omistajan kompetenssi (eri henkilösuhteissa) ja dynaaminen suoja (eri henkilösuhteissa).[45]

(3) Oikeussuhteissa esiintyy kollisioita, ts. tilanteita, joissa useammalla on oikeusperuste tiettyyn etuuteen, mutta joissa kaikkien oikeutta ei voida toteuttaa.[46]

(4) Oikeusjärjestys ratkaisee omistajanvaihdoskollisiot aikaprioriteetin tai ekstinktion periaatteen mukaan.[47]

(5) Kumpaa kollisionratkaisuperustetta sovelletaan, voi riippua monista erilaisista tunnusmerkeistä, joiden sisällön oikeusjärjestys, lähinnä positiivinen oikeus määrittää.[48]

Zitting, Omistusoikeudesta systemaattisena käsitteenä. s. 593. Ks. myös *Zittingin* arviointia *Alf Rossin* teoksesta "Om ret og retfærdighet". Kirjoittaja näki *Rossin* tavoitteena olevan käsitelainopillisen tason ylittäminen. Analyysin avulla oli muodostettava entistä täsmällisempiä käsitteitä, jotta niiden käyttökelpoisuus juridisessa päättelyssä lisääntyisi s. 863. Zittingin hengenheimolaiselta vaikuttaa *Vuorio.* Hän ei uskoakseni rakentanut työoikeuden normijärjestelmäänsä pelkäksi jälkisystematisoinniksi, vaan katsoi sillä olevan myös operatiivista merkitystä. Ks. tästä *Kairinen,* Perussuhdeteoriasta työoikeuden yleisten oppien osana s. 182—185.

[43] Ks. esim. Omistajanvaihdoksesta, s. 47 ss.

[44] Ks. esim. Omistajanvaihdoksesta, s. 2 ss., ja Omistajan oikeuksista ja velvollisuuksista I—II, *passim.*

[45] Ks. esim. Omistajanvaihdoksesta, s. 100 ss.

[46] Ks. esim. Omistajanvaihdoksesta, s. 58 ss.

[47] Ks. esim. Omistajanvaihdoksesta, s. 120—146.

[48] Ks. esim. Omistajanvaihdoksesta, s. 221—371, Arvopaperin luovutuksensaajan oikeussuojasta, s. 54—90 ja Saantosuoja, s. 44—94.

Jos näitä oletuksia verrataan käsitelainopilliseen järjestelmään sisältyviin oletuksiin, voidaan havaita monia eroavaisuuksia. Zittingin oletukset koskevat voittopuolisesti oikeusjärjestyksen *rakennetta.* Oikeusjärjestyksen sisältöä koskeva aines on käsitelainopin sisältämiä oletuksia vähäisempi. Käsitejärjestelmästä ei entiseen verrattavassa määrässä kulkeudu informaatiota, joka vaikuttaisi juridiseen tulkintaratkaisuun. Tämän johdosta järjestelmä on entistä avoimempi lain säännösten ja muiden oikeuslähteiden tarjoamalle informaatiolle. Toisinaan voidaankin havaita, että Zitting johtui lakia tulkitessaan aiemmasta poikkeaviin tuloksiin käyttämättä juurikaan muita argumentteja kuin lakia — tällä kertaa vain entisestä tulkintaympäristöstään irroitettuna.[49]

Tässä mielessä voidaan sanoa, että uuteen käsitejärjestelmään siirtyminen merkitsi *lain* aseman vahvistumista.[50] Tämä vastasi hyvin *Kelseniltä* vaikutteita saaneiden analyyttisen oikeustieteen edustajien perustavoitteita. Positiivinen oikeus oli heille ''luonto'', jonka tarkkaan kuvaamiseen analyyttisellä käsitteistöllä pyrittiin. Uuden käsitejärjestelmän vaikutus lainoppiin ei kuitenkaan ollut pelkästään negatiivinen, käsitelainopillisia oletuksia karsiva. Päinvastoin voidaan havaita, että siihen sisältyvät uudet oletukset siirtyivät monin tavoin osaksi lainopillisen tutkimuksen tuloksia.

Tärkein vaikutustie kulki lainopillisen kysymyksenasettelun kautta. Uusi jäsennys teki mahdolliseksi uudentyyppiset kysymykset, jolloin myös vastaukset muuttuivat. Tämän ohella uusi järjestelmä vaikutti lainopin tuloksiin suorempaakin tietä. Korvatessaan käsitelainopillisen tulkintakehyksen, se muodostui itse viitekehykseksi, josta käsin säädännäisen oikeuden normeja lähestyttiin.

Viimeksi mainittu vaikutustapa tulee näkyviin esimerkiksi Zittingin kirjoituksessa ''Kysymys omistusoikeuden siirtymishetken määräämisestä''. Kirjoituksen keskeisiä ongelmia oli kysymys siitä, onko positiivinen oikeutemme omaksunut yhtenäisen omistuksen käsitteen, johon eri tahoilla olevia säännöksiä tulkittaessa voidaan tukeutua. Toisin muotoiltuna kyse oli siitä, voidaanko niiden normien soveltamisalaa, joissa kytketään oikeusvaikutuksia omistamiseen,

---

[49] Ks. esim. sitä merkitystä, mikä apriorisesta omistusoikeuden käsitteestä luopumisella on erilaisten, omistussuhteeseen viittaavien säännösten tulkintaan. Omistajanvaihdoksesta, s. 169—171. Ks. myös av. 46 s. 292—293.

[50] Näkemys lain ensisijaisuudesta tieteen kehittämiin yleisiin periaatteisiin verrattuna käy mielestäni ilmi esim. seuraavasta lausumasta: ''Esineoikeudellinen suoja ei ole seuraus siitä, että suksessorin oikeus kohdistuu individuaalisesti määrättyyn esineeseen, vaan siitä, että voimassa olevien oikeussäännösten mukaan tällainen oikeus on ... suojattu luovuttajan velkojia vastaan''. Ks. Omistajanvaihdoksesta, s. 82. — Myös *Aarnio* näyttää ajattelevan, että käsitelainopillisen tradition kritiikki johti lain aseman vahvistumiseen. Ks. *Aarnio,* Oikeudellisen ajattelun perusteista, s. 6.

pitää yhtenäisenä, vai onko päinvastoin niin, että aina, kun termit ''omistaa'' tai ''omistaja'' esiintyvät normin soveltamisalan kuvauksessa, on kussakin tapauksessa erikseen tutkittava, mihin tosiseikastoon termi tässä yhteydessä viittaa. Viimeksi mainittua käsitystä näyttää kannattaneen *Alf Ross* ja meillä *Olsson.*[51] *Zitting* puolestaan pitää tällaista ajatusta, paitsi oikeusteknisesti epäkäytännöllisenä, myös virheellisenä. Hän ''löytää'' po. termille yhtenäisen merkityssisällön ja — *nota bene* — löytää sen omasta käsitteistöstään. Hän kirjoittaa: ''Kun erinäisissä laeissa ja asetuksissa asetetaan omistajalle velvollisuuksia tai edellytetään muussa tarkoituksessa määrättäväksi, kuka on esineen omistaja, niin silloin käsittääkseni ainakin yleensä tarkoitetaan sitä, kuka on omistaja yleiseen sivullistahoon nähden''.[52] Toisin sanoen, omistaminen lakitekstissä esiintyessä viittaa Zittingin teorian mukaan omistajan hallintaoikeuteen ja staattiseen suojaan. Tällä tavoin uusi näkemys omistusoikeudesta siirtyy osaksi niiden lähes lukemattomien normien tulkintaa, joissa omistamiselle on annettu operatiivista relevanssia oikeustosiseikkana.

Toinen tapa, jolla uusi varallisuusoikeuden järjestelmä pääsi välittömästi vaikuttamaan lainopin tuloslauseitten sisältöön, perustui siihen, että uusi järjestelmä tarjosi uuden samanlaisuusavaimen analogiapäättelyn käytön perustelemiseksi tai sen torjumiseksi. Kun muistetaan siviilioikeudessa vallinnut murrostila, on helppoa ymmärtää, että etupäässä oli kysymys vanhojen analogioiden torjumisesta. Niin sanottu analyyttisyys, jonka on sanottu leimanneen Zittingin metodia, olikin paljolti tapauksien erojen osoittamista uuden järjestelmän tarjoamassa tulkintakehyksessä. Erityisesti henkilösuhteiden erottelu oli tässä kohden tärkeässä asemassa. Analogian voima ei näyttänyt riittävältä ylittämään henkilösuhteiden rajoja. Monissa yhteyksissä Zitting korostaa, ettei toisessa henkilösuhteessa omaksutusta ratkaisusta voida tehdä toista koskevia päätelmiä.[53]

Hylkäämiensä analogioiden tilalle Zitting kehitteli kuitenkin uusia. Niissä on huomionarvoista se, että ilmiöiden analogisuus oli havaittavissa nimenomaan uudessa varallisuusoikeuksien järjestelmässä. Tätä havainnollistaa Zittingin tapa ratkaista seuraava, välillisen edustuksen yhteydessä syntyvä oikeusongelma. Kysymys koski oikeutta kiinteistön tuottoon sen jälkeen, kun ns. välikäsi on ostanut kiinteistön päämiehensä lukuun, mutta ennen kuin hän on luovutta-

---

[51] Ks. *Ross,* Ejendomsret og Ejendomsovergang esim. s. 22 ja *Olsson,* Om köpares borgenärsskydd, s. 15—17.

[52] Kysymys omistusoikeuden siirtymishetken määräytymisestä s. 648.

[53] Uuden varallisuusoikeuden järjestelmän käytöstä analogioiden torjumiseen, ks. *Zitting,* Omistajanvaihdoksesta, s. 326 ja s. 330—332 sekä Saantosuoja, s. 67.

nut sen päämiehelle. Zitting ratkaisi kysymyksen luonnehtimalla ensin välikäden ja päämiehen oikeusasemia kehittämänsä käsitteistön avulla ja etsimällä analogisen oikeusasematilanteen, jonka ratkaisu tunnetaan. Hän kirjoittaa: ''Katsottaessa, että välitilan aikana on välikäsi omistaja yleiseen sivullistahoon nähden ja päämiehellä on sekundäärinen oikeus, voidaan ajatella sovellettavaksi analogisesti niitä sääntöjä, joiden mukaan tuottokysymys ratkeaa saannonmoitetilanteessa. Oikean omistajan moitevalta tarkoittaa samantyyppistä sekundääristä oikeutta oikeustilan muutoksen aikaansaamiseen kuin päämiehen oikeus''.[54]

Ei ole vaikeaa havaita, että ratkaisu on täysin käsitelainopillisen työskentelytavan mukainen. Vastausta ei johdeta välillisen edustuksen tarkoituksesta, osapuolten intresseistä tms. reaalisista näkökohdista, vaan turvautumalla analogiaan, jonka tieteellinen käsitteistö meille näyttää. Menettely ei ole Zittingin työskentelytavassa poikkeuksellinen, vaan hän käyttää sitä useissa yhteyksissä.[55] Luottamus järjestelmänsisäisten argumenttien voimaan, pyrkimys löytää analogioita, tapa legitimoida käsitejärjestelmää vetoamalla sen kykyyn ''selittää'' tunnetut oikeusseuraamukset ja tapa ''selittää'' tunnettuja oikeusseuraamuksia niiden järjestelmänmukaisuuteen vetoamalla ovat yhteisiä Zittingille ja käsitelainopillisesti suuntautuneille tutkijoille.[56]

---

[54] Kiinteistön osto omassa nimessä toisen lukuun s. 579.

[55] Ks. esim. Saantosuoja, s. 25—26. Kysymys, voidaanko KK 11: 4:n ja 12: 4:n ilmaisemaa oikeusohjetta analogisesti soveltaa myös tiettyihin ns. takautuvan sivullissuhteen tapauksiin, ratkaistaan myöntävästi sillä perusteella, että kummassakin tapauksessa on kyse kompetenssivirheen aiheuttamasta tehottomuudesta ja että kummassakin tapauksessa tulee esiin kysymys hallinnan legitimaatiovaikutuksesta. Analogian tueksi ei siis vedottu osapuolten intressitilanteiden samankaltaisuuteen, vaan yhtäläisen käsittelyn perusteena on ilmiöiden samankaltainen jäsentyminen varallisuusoikeuden uudessa käsitejärjestelmässä. Ks. myös *Saantosuoja,* s. 102—108 ja s. 176. Ks. myös Kiinteistön osto omassa nimessä toisen lukuun s. 562—567, jossa Zitting tarkastellessaan välikäden ja päämiehen välistä oikeussuhdetta luonnehtii sitä korrelaattien sekundäärinen oikeus/sidonnaisuus avulla ja päätyy luonnehdintaa hyväksi käyttäen olennaisesti toisiin tuloksiin kuin mihin traditionaalinen oikeuksien ja velvollisuuksien avulla tapahtunut tarkastelu olisi johtanut.

[56] Käsitejärjestelmän legitimoimisesta tunnetun oikeusseuraamuksen avulla, ks. Kysymys omistusoikeuden siirtymishetken määräytymisestä, s. 658. Tunnetun oikeusseuraamuksen legitimoimisesta vetoamalla sen järjestelmänmukaisuuteen, ks. Kiinteistön osto omassa nimessä toisen lukuun, s. 560. On kuitenkin oletettavaa, että viimeksimainitussakin tapauksessa on de facto kysymys omaksutun käsitejärjestelmän puolustamisesta. Ajatus, että tunnettu — tässä tapauksessa suoraan osapuolten sopimuksesta johtuva oikeusseuraamus — kaipaisi systemaattisin perustein tapahtuvaa erillistä justifiointia, ei mielestäni erityisen hyvin sovi *Zittingin* tieteenkuvaan. Lähdettäessä siitä, että laki on oikeustieteen luonto, ei lainmukainen oikeusvaikutus kaipaa erillistä justifikaatiota.

f. Ei syyllistyttäne liioitteluun, jos todetaan, että pohjoismaisen oikeustieteen perintö sai *Zittingin* työn myötä uusia sävyjä ja jakautui jossakin määrin kahtia. Tradition zittingiläistä tulkintaa on kuvattu edellä. Tradition toista puolta edustaa kohtuuteen pyrkivä, elävän elämän moninaisuutta korostava, oikeussääntöjä differentioiva ja jokseenkin vapaasti tuloksiaan argumentoiva tutkimustapa. Jälkimmäisen toivat Suomeen lähinnä ruotsinkieliseen väestönosaan kuuluvat tutkijat. Näiden tulkintojen välinen ero, joka näyttää tulleen tiedostetuksi jo 1950-luvulla,[57] on nähdäkseni myöhemminkin säilynyt siviilioikeustieteessämme.[58] Edellinen tulkinta dominoi esineoikeuden tutkimuksissa, kun taas jälkimmäisellä on vahva asema sopimus- ja kauppaoikeudessa. Kumpikin perustuu paljolti skandinaaviseen realismiin, mutta kummankin suhde esikuvaansa on sangen komplisoitu. Tulevaisuuden mielenkiintoisiin kysymyksiin kuuluu, säilyykö siviilioikeustieteessä 1950-luvulla alkanut pohjoismaisen perinteen kahtiajako, vai tulevatko tutkimusmetodit jälleen yhtenäistymään.

3.2. Oikeuslähteiden keskinäisten painoarvojen muuttuminen

3.2.1. Johdantoa

Tässä luvussa seurataan juridisten argumenttien keskinäisten painoarvojen vaihteluita. Tarkoituksena on selvittää, missä määrin siinä on tapahtunut kehitystä skandinaavisen realismin osoittamaan suuntaan. Tutkimuksen ongelma konkretisoituu siten lähinnä kysymykseksi, onko ennakkotapausten ja reaalisten argumenttien merkitys lisääntynyt.

[57] *Zittingin* varovaisesta kritiikistä liiallisesti eriyttävää ja yleiskatsauksellisuutta häivyttävää juridiikkaa vastaan, ks. Kysymys omistusoikeuden siirtymishetken määräytymisestä. *passim*. *Zittingiin* kohdistuvasta kritiikistä on puolestaan merkittävin *Taxellin* laatima asiantuntijalausunto, joka koski vuonna 1959 täytettävänä ollutta siviilioikeuden professorin virkaa. Annettuaan tunnustusta *Zittingin* oikeusteoreettiselle asenteelle, *Taxell* kääntyy tarkastelemaan heikkouksia, joita hän näkee liittyvän tämän metodiin, kun on kysymys käytännöllisten oikeuskysymysten ratkaisemisesta. *Taxell* olisi toivonut realistisempaa argumentaatiota, jossa faktisilla punninnoilla pro et contra on tapahtunutta suurempi sija. *Taxell* moittii *Zittingin* reaalisia argumentteja paitsi vähäisiksi, myös kaavamaisiksi ja ohuiksi. Hän ei myöskään pidä oikeustapausten käsittelyä *Zittingin* teoksissa täysin tyydyttävänä, ja moittii kirjoittajaa siitä, että tämä käyttää teoreettista konstruktiotaan lähtökohtana, josta tehdään osapuolten oikeusasemaa koskevia päätelmiä. Ks. JFT 1959, s. 194—199. (*Taxellin* lausuntoa on kiintoisaa verrata *Kivimäen* jokseenkin päinvastaiseen näkemykseen. Ks. siitä LM 1959, s. 695—702.)

[58] Tähän eroavuuteen viittaa nähdäkseni *Routamo,* Takuutiedettä irtaimen kaupasta. Ks. myös *Klami,* ”Kuluttajansuojasta” oikeustieteessä, jossa valaisevasti tarkastellaan eroavuuden taustoja.

Esitys painottuu ei-säädännäisiin oikeuslähteisiin. Suhtautumista säädännäislähteisiin ei ole tarvetta erikseen tarkastella. Käsitys juridisen argumentaation lakisidonnaisuudesta kuuluu näet lainopin tieteenkuvan vakaisiin piirteisiin, joissa ei ole tapahtunut muutoksia tutkittavan ajanjakson kestäessä. Lakisidonnaisuuden merkitys argumentaatiossa saattaa tosin vaihdella siitä riippuen, miten muihin oikeuslähteisiin suhtaudutaan. Jo edellä on todettu, kuinka voimakkaasti oikeustieteellinen doktriini saattoi käsitelainopin kaudella ohjata laintulkintaa. Instrumentalistisen social engineering -juridiikan mahdollisuudet eivät tässä suhteessa ole sen vähäisemmät. Asenne, jossa juridinen ratkaisu nähdään tavoitteiden toteuttamisen keinona, on omiaan suuntaamaan tulkintoja siten, että tavoitetta palvelevat ratkaisut käyvät oikeudellisesti mahdollisiksi. Näistä syistä johtuvat lain kirjaimen painoarvon muutokset voidaan kuitenkin sopivimmin tuoda esiin seuraamalla sekundääristen oikeuslähteiden merkityksen vaihteluita. Säädännäislähteiden tarkastelu omana kokonaisuutenaan ei siten ole tarpeellista.

Myös konstruktiivisten argumenttien merkitys jätetään tässä taka-alalle, koska asiaa on erikseen käsitelty edellä. Konstruktiivisen ja reaalisen argumentaation välillä kulkee kuitenkin sidelanka. Voidaan jopa sanoa, että toisen menestys edellyttää toisen kuolemaa. Vapaa, tavoitteellinen argumentaatio ei ole mahdollinen lainopissa, jonka omaksumat argumentaation säännöt suosivat konstruktiivista metodia, systemaattisin syin ja systeeminsisäistä analogiaa käyttäen ongelmat ratkaisevaa tutkimustapaa. Toisaalta yhtä vaikeasti puolustettavalta vaikuttaa konstruktiivinen argumentointi tavoiteargumentteja suosivan tieteenkuvan valossa. Sehän jättää osittain käyttämättä ne mahdollisuudet, jotka oikeussäännöillä on tavoitteiden toteuttamisen välineinä. Tämän polaarisen suhteen johdosta ei konstruktiivista argumentaatiota voida tässäkään luvussa kokonaan sivuuttaa.

Taustaksi tulevalle on jo nyt syytä todeta, että tutkimustulosten perustelu, argumentointi, on lainopissa harvinaisempaa kuin uskoakseni yleisesti kuvitellaan. Tällä en tarkoita ainoastaan sitä, että lainopin tuloslauseitten *premisseinä* esiintyvien lauseitten perusteluketju katkaistaan tavallisesti melko varhaisessa vaiheessa. Myös *tuloslauseista* pitää paikkansa, että huomattavaa, kenties suurinta osaa niistä ei juuri lainkaan perustella.[1]

Tässä ei voida syventyä ilmiön syiden pohdintaan. Olisi kuitenkin liian yksioikoista tulkita havainnon ilmentävän pelkästään sitä, että lainopin harjoit-

[1] Tuloslauseilla tarkoitan tässä kaikkia tutkijan työssään esittämiä normikannanottoja, jotka ovat siinä mielessä itsenäisiä, että ne eivät pelkästään palvele toisten normikannanottojen perusteluna.

tajat sivuuttavat tieteellisen menetelmän toiminnassaan. Ilmiö johtunee ainakin osaltaan lainopillisten totuuksien yhteisöllisestä luonteesta, siitä, että juridiset tosiasiat ovat yhteisöllisiä, institutionaalisia tosiasioita.[2] Oikeusyhteisön jäsenenä lainopin harjoittajalla on tietty kuva siitä, mitkä säännöt oikeusyhteisössä ovat yleisesti hyväksyttyjä tai ainakin seuraavat loogisesti ja helposti havaittavalla tavalla säännöistä, jotka ovat yleisesti hyväksyttyjä. Katsoessaan tuloksensa sijoittuvan tälle alueelle tutkija ei näe vaivaa sen perustelemiseksi.[3]

Kuvatusta ilmiöstä johtuu, että näkyvä muutos, joka argumentaation sääntöjen muuttumisesta aiheutuu lainopissa, ei välttämättä ole kovin huomattava. Muutos koskee selvimmin ainoastaan kunnianhimoista, uusiin tuloksiin tähtäävää lainoppia. Sen alapuolella kulkee normaalilainopin suuri virta, jonka pintaan oikeuslähdeopin uudet tuulet kykenevät aiheuttamaan vain vähäisiä pyörteitä.

3.2.2. Oikeuslähteiden painoarvo ja suomalainen siviilioikeuden tutkimus

Seuraavassa pyritään selvittämään, millainen merkitys eri oikeuslähteille on annettu konkreettisessa lainopillisessa tutkimustyössä. Vastaus perustetaan siviilioikeudellisen kirjallisuuden ja artikkelituotannon analyysiin. Kysymys siitä, miten oikeuslähteiden merkitys on vaihdellut *oikeuslähdeopillisissa teorioissa,* on tältä kannalta sekundäärinen. Siihen annettavasta vastauksesta ei juurikaan voida tehdä ensiksi mainittua ongelmaa koskevia päätelmiä.[1]

Sanotusta huolimatta ei oikeuslähdeopillisia teorioita voida tässä kokonaan sivuuttaa. Esityksen taustaksi on syytä lyhyesti tarkastella oikeuslähde- ja tul-

---

[2] Ks. tästä esim. *Niiniluoto,* On the Truth of Norm Propositions s. 173 ss., *Helin,* On the Semantics of the Interpretative Sentences in Legal Dogmatic s. 76—78 ja *sama,* Den skandinaviska realismen och rättighetsbegreppet s. 79—80.

[3] Voidaan luonnollisesti kysyä, onko tutkija asettanut oikein tehtävänsä, jos hän sitä suorittaessaan päätyy tuloksiin, jotka huomattavalta osaltaan ovat ”vanhoja”. Käsitykseni mukaan tällainen lainoppi, jota käytännössä paljon esiintyy, ei ole täysin vailla puolustettavia funktioita. Oikeudellisten totuuksien yhteisöllisen luonteen vuoksi saattaa konsensuksen vahvistaminen aiempia tuloksia toistamalla joskus olla paikallaan.

[1] Oikeuslähdeopit ovat tavallisesti normatiivisia. Niiden tarkoituksenakaan ei ole kuvata vallitsevaa juridista argumentaatiota, vaan ne pyrkivät tarjoamaan ideaalin lainkäyttäjien tavoiteltavaksi. Siinäkin tapauksessa, että oikeuslähteiden merkitystä koskeva lausuma olisi tarkoitettu deskriptioksi, on olemassa vaara, että niitä kokoamalla saataisiin selville ainoastaan, millaisia oikeuslähdeopillisia sitoumuksia tiedeyhteisön jäsenet *katsovat* noudattavansa. Ne saattavat riippuen tiedeyhteisön jäsenten itsereflektion asteesta enemmän tai vähemmän poiketa sitoumuksista, joiden omaksumista konkreettinen tutkimustyö ilmentää.

kintaopillisia kannanottoja, joita *Ekström* esittää teoksessaan ''Privaträttens allmänna läror''. Ekströmin esitys on koko tutkittavalla ajanjaksolla milteipä ainoa, jossa oikeuslähdeoppeja tarkastellaan kokonaisuutena. Se tarjoaa siten sopivan vertailupohjan ''elävälle'' oikeuslähdeopille, joka konkreettisen tutkimustyön objektivaatioista heijastuu. Myös ilmestymisajankohtansa (1921) puolesta Ekströmin näkemykset soveltuvat hyvin antamaan perspektiiviä jäljemmälle esitykselle.

Oikeudenkäymiskaaren 1 luvun 11 §:n tarjoamaa mallia seuraten Ekström katsoo oikeuslähteiksi ainoastaan *säädännäisen oikeuden* ja *maantavan*.[2] Oikeuskäytäntö sitä vastoin ei ole varsinainen oikeuslähde eikä ratkaisijaa velvoittava. Tuomarin ei tule tuomita prejudikaattien mukaan, vaan sen mukaan, minkä hän itse katsoo oikeaksi ja lailliseksi.[3]

Oikeuskäytäntö saa Ekströmin mukaan merkitystä ainoastaan sikäli, että sen kautta saattaa syntyä tavanomaista oikeutta. Näin tapahtuu, mikäli oikeuskäytäntö ajan kuluessa kiinteytyy siten, että siitä poikkeaminen aletaan kokea lain rikkomiseksi. Tapaoikeudeksi muuttuessaan oikeuskäytännöstä tulee samalla oikeuslähde.[4] Sitä vastoin yksittäisillä ratkaisuilla eikä myöskään lyhyen ajan kestäneellä vakiintuneellakaan käytännöllä ole sanottavaa arvoa oikeudellisena argumenttina.

Oikeustapauksilla ei Ekströmin mukaan näytä olevan merkitystä myöskään säädännäislähteiden tulkinnassa. Ekström kannattaa lähtökohtaisesti historiallista tulkintametodia. Lainsäätäjän tarkoituksen selvittäminen on tulkinnan varsinainen päämäärä. Mikäli tähän ei poikkeuksellisesti voida päästä, on hänen mukaansa noudatettava objektiivista tulkintaa ts. tulkittava lakia sanamuotonsa mukaan.[5]

Edellä sanotun valossa on luontevaa, että Ekström sallii restriktiivisen ja ekstensiivisen laintulkinnan, mikäli tulos perustuu joko lain esitöihin tai lakisystemaattisiin seikkoihin.[6] Sitä vastoin lain kirjaimesta ei hänen mukaansa ole lupaa poiketa tavoite- tai kohtuuargumenttien perusteella. Vaatimus, jonka mukaan oikeuden on tyydytettävä yhteiskunnallisia tarpeita, on suunnatta-

---

[2] *Ekström,* Privaträttens allmänna läror s. 10—11.

[3] *Ekström* m.t. s. 35—36. Kielteistä suhtautumista oikeustapauksiin ratkaisuargumentteina kuvastaa sekin, että Ekström piti epäilyttävänä tuolloin viriämässä ollutta tapaa sijoittaa lakikirjoihin senaatin tuomioita ja päätöksiä. ''Huruvida icke detta kommer att leda till ett omdömeslöst följande får framtiden utvisa'' s. 36.

[4] *Ekström,* m.t. s. 34—35.

[5] *Ekström,* m.t. s. 57. Ekströmin tulkintaopista ks. myös *Klami,* A History of Finnish Legal Science s. 239.

[6] *Ekström,* m.t. s. 64—65.

va lainsäätäjälle eikä tulkitsijalle.[7] Tavoiteargumenttien so. ”asian luonnon” käyttämisen Ekström hyväksyi ainoastaan aukkotilanteissa, joissa asian ratkaisu ei riippunut minkään säännöksen tulkinnasta.[8] Vapaaoikeuskoulun ajatukset olivat Ekströmille tuttuja, mutta niiden soveltamiseen suomalaisessa lainopissa hän ei löytänyt minkäänlaista tarvetta.[9]

Voidaan havaita, että Ekströmin esittämät oikeudellisen argumentaation periaatteet poikkesivat voimakkaasti siitä, mitä skandinaaviset realistit pitivät hyvälle lainopille tyypillisenä. Suhtautuminen lain esitöihin, oikeustapauksiin ja reaalisiin argumentteihin oli näissä argumentaatiomalleissa jokseenkin tarkalleen päinvastainen. Kuten *Björne* on todennut,[10] Ekströmin varauksellinen suhtautuminen prejudikaatteihin lienee osaltaan perustunut Suomen poliittiseen historiaan. Senaatin oikeusosasto ei poliittisena ja venäläistämistoimenpiteiden kohteeksi joutuneena elimenä voinut saavuttaa prejudikaattituomioistuimelle välttämätöntä arvovaltaa. Samankaltaiset syyt selittänevät myös tavoiteargumenttien epäsuosiota. Niitä oli vaikeata yhdistää legalismiin, joka oli valittu aseeksi venäläistämistoimia vastustettaessa.

3.2.2.1. 1920-luku

a. Tarkasteltaessa lainopillista argumentaatiota 1920-luvulla ilmestyneen oikeuskirjallisuuden valossa havaitaan sen paljolti vastaavan *Ekströmin* mallia. Tämä koskee etenkin prejudikaattien merkitystä. On selvästi nähtävissä, että oikeustapausten tutkiminen ei kuulunut tuon ajan lainopin tieteenkuvaan ainakaan hyvän lainopin välttämättömänä tunnusmerkkinä. 1920-luvun väitöskirjoissa oikeuskäytäntöön viitataan erittäin vähän ja prejudikaattien merkitys argumentaatiossa on lähes olematon. Ainoan selvän poikkeuksen muodostaa *Haatajan* tutkimus ”Vuokran käsite”, jossa oikeustapauksia — joukossa myös julkaisemattomia — on runsaasti. Toisaalta vain osa niistä palvelee tulkintakannanoton perusteluna muiden ollessa mukana joko esittelytarkoituksessa tai kritiikin kohteena.[1] Oikeustapausten runsaudesta huolimatta ei teoksesta siten muodostu kuvaa, että prejudikaattien merkitys argumentaatiossa olisi erityisen painava.

---

[7] *Ekström,* m.t. s. 56.

[8] Tällöinkin *Ekström* lienee pitänyt silmällä vain konkreettisluonteisia lähitavoitteita. Asian luonnolla hän tarkoittaa näet ”den ordning, som beträffande ett visst rättsinstitut bör råda för att detsamma skall motsvara det praktiska ändamål” s. 70.

[9] *Ekström,* m.t. s. 70.

[10] Ks. *Björne,* Siviilioikeuden yleiset opit s. 119. Ks. myös *Björne,* Oikeusjärjestelmän kehityksestä s. 113.

[1] *Haatajan* tavasta argumentoida oikeustapauksilla ks. Vuokran käsite s. 66—71.

Muu oikeuskirjallisuus vastaa paljolti väitöskirjoista syntyvää kuvaa. Voidaan jopa sanoa, että kun runsas oikeustapausmateriaalin käyttö on nykyajan siviilioikeudellisissa kirjoituksissa lähes sääntö, se oli 1920-luvulla harvinainen poikkeus.[2]

Olisi ehkä liiallista yksinkertaistamista päätellä, että oikeustapausten pieni justifikatorinen painoarvo olisi ollut niiden vähäisen esiintymisfrekvenssin ainoa syy. Osaltaan tilanne lienee johtunut myös siitä, että tuolloinen kysymyksen asettamismetodi, tapa tehdä ns. olemuskysymyksiä suosi ongelmia, joihin oikeuskäytäntö ei ainakaan välittömästi voinut antaa vastausta.[3] Julkaistuja oikeustapauksia oli tuolloin niinikään nykyistä niukemmin. Toisaalta esimerkiksi *Kivimäen,* jonka väitöskirja sivuaa vahingonkorvausoikeuden keskeiskysymyksiä, olisi uskoakseni ollut helppoa löytää aihettaan koskevaa prejudikatuuria, mikäli sitä olisi pidetty tärkeänä.

Muilta osin oikeuskirjallisuudesta heijastuvat metodiset sitoumukset erosivat jossakin määrin selvemmin *Ekströmin* mallista. Historiallinen tulkintametodi ei käsitykseni mukaan aivan saavuttanut sitä asemaa, jonka Ekström oli sille kaavaillut.[4] Selvimmin historiallista lähestymistapaa edusti *Haataja,* joka väitöskirjansa johdannossa tekee laajahkosti selkoa tulkintaopillisista käsityksistään. Tärkeimmän keinon lain tarkoituksen selvittämiseksi tarjoaa hänen mukaansa yhteiskunnan oikeudellinen ja taloudellinen historia. ”Oikea tulkinta”, hän toteaa, ”on löydettävissä ainoastaan tarkastelemalla niitä taloudellisia ja yhteiskunnallisia oloja, jotka sanottua lakia säädettäessä olivat olemassa sekä niitä eri intressejä, joiden välisiä suhteita lainsäätäjä silloin tahtoi järjestää”.[5] Reaalisten argumenttien käyttöön ainakin ns. vapaan intressipunninnan muodossa *Haataja* suhtautui kielteisesti. Ratkaisijan tuli tosin ”tarkoin tutkia niitä intressejä, jotka kussakin esiintyvässä tapauksessa ovat vastakkain, sekä löytää niiden keskinäiselle suhteelle ratkaisu, joka on sosiaali-

---

[2] Tällaisena poikkeuksena on ennen muuta mainittava *Liliuksen* artikkeli ”Testamentin peruuttamisesta”, jossa argumentaatio perustuu paljolti oikeuskäytäntöön.

[3] Toisaalta menettely, jossa oikeusongelmiin etsittiin vastausta esikysymysluonteisten olemuspohdintojen kautta, edellytti oikeuslähdeoppia, jossa prejudikaattien merkitys ei ollut keskeinen. Vallinnut kysymyksenasettelutapa ei siten ole varsinainen selitys oikeuskäytännön saamalle vähäiselle huomiolle, vaan pikemminkin osa samaa ilmiötä.

[4] Tätä ilmentää sekin, että tiedeyhteisössä ei 1920-luvulla näytä vallinneen yksimielisyyttä siitä, kumpaa metodia, objektiivista vaiko subjektiivista oli pidettävä vallitsevana. *Haatajan* mukaan objektiivinen metodi oli vallitseva *Kivimäen* puolestaan uskoessa yleisen lainopillisen mielipiteen kannattavan subjektiivista l. historiallista metodia. ks. *Haataja,* Vuokran käsite s. 15 ja *Kivimäki,* Uusia virtauksia siviililainopin alalla s. 375.

[5] *Haataja,* Vuokran käsite s. 19.

sesti yhteisen kansan etua silmällä pitäen oikea''.[6] Tähän ei kuitenkaan saanut pyrkiä vapaalla harkinnalla, vaan se oli tehtävä tutkimalla, minkä ratkaisun lainsäätäjä laissa ratkaistuja intressikonflikteja silmällä pitäen olisi asianomaiseen ongelmaan antanut. Tulkitsija oli siten sidottu lainsäätäjän hypoteettiseenkin tahtoon.

Haatajan sanat eivät jääneet pelkästään mielipiteen ilmaukseksi, vaan hän myös sovelsi ajatuksiaan oikeudellisessa argumentaatiossa.[7] Sitä vastoin muutoin ei voida sanoa, että 1920-luvun tutkimuksista heijastuva tulkintametodi olisi ollut kovinkaan esityösidonnainen. Edes *Kivimäki,* joka ilmoittautuu historiallisen metodin kannattajaksi,[8] ei käytä sitä väitöskirjassaan. Näin ei liioin tee *Caselius.* Tästä huolimatta on jossakin määrin problemaattista väittää, että oikeuslähdeopin ja tosiasiassa sovellettujen argumentaatioperiaatteiden välillä olisi tässä kohden vallinnut ristiriita. On näet toisaalta huomattava, että siviilioikeudellisen lainsäädäntömme kasuistisuuden ja aukollisuuden tähden ei historiallisen tulkintametodin käyttämiselle tarjoutunut kovinkaan hyviä edellytyksiä, vaikka halukkuutta siihen olisikin ollut.

b. Tarkasteltaessa *reaalisten argumenttien* esiintymistä voidaan todeta tilanteen 1920-luvun alkupuolella melko hyvin vastanneen Ekströmin mallia. Reaalista argumentaatiota esiintyi vähän joskaan sen käyttö ei — toisin kuin *Ekströmin* opit olisivat edellyttäneet — rajoittunut pelkästään aukkotilanteisiin.

Kiintoisaa kyllä, yhteensopimattomuus, jonka edellä väitin vallitsevan reaalisten ja konstruktiivisten argumenttien välillä, ei juurikaan näy tuon ajan väitöskirjoissa. Päin vastoin *Caselius,* 1920-luvun konstruktiivisen siviililainopin merkittävin edustaja, käyttää tulkintakannanottojensa perusteluina myös reaalisia argumentteja.[9] Sen sijaan *Kivimäki* ja *Haataja,* joiden asenne käsitelain-

---

[6] *Haataja,* Vuokran käsite s. 18.

[7] Esimerkkinä mainittakoon kysymys siitä, olivatko eri laeissa olevat säännökset, joiden mukaan torpanvuokra- ja muut tilanosan vuokrasopimukset oli tehtävä kirjallisesti, varsinaisia, suullisen sopimuksen pätemättömyyden aiheuttavia muotomääräyksiä vaiko ainoastaan ohjeita, joilla lainsäätäjä tahtoi edistää kirjallisten sopimusten syntymistä. *Haatajan* vastaus perustuu lakien valmistelutöiden huolelliseen analyysiin 1800-luvun alusta alkaen. Erityisen merkityksen hän näyttää antavan valtiopäivillä lain säätämistöiden yhteydessä syntyneille asiakirjoille säätyjen keskustelupöytäkirjojakaan unohtamatta. Ks. Vuokran käsite s. 50—56. Haatajan käsitys, jonka mukaan iäkkäänkin lain valmistelutöissä ilmaistuilla tarkoituksilla on suuri argumenttiarvo, käy ilmi myös s. 101.

[8] Ks. *Kivimäki,* Uusia virtauksia siviililainopin alalla s. 372.

[9] Ks. tästä edellä jaksossa *3.1.1.b.* Caseliuksen argumentaatio oli ylipäätäänkin runsasta moniin aikalaisiin verrattuna.

oppiin oli viileämpi, eivät reaalisia argumentteja mainittavasti viljele.[10] *Kivimäen* osalta tekee mieli puhua jopa eräänlaisesta argumentaatiotyhjiöstä. Julkilausuttujen perustelujen määrä on hänen väitöskirjassaan erittäin pieni. Tuloksen ainoana perusteluna on normaalisti viittaus (saksalaiseen) lähdekirjallisuuteen.

Jossakin määrin *Kivimäki* käyttää puhtaasti fiktioluonteisia argumentteja. Tällainen on esim. hiljaiseen takuuseen vetoaminen perusteltaessa asianajajan tuottamuksesta riippumatonta vastuuta apulaistensa virheistä.[11] On vaikea sanoa, ovatko tämänkaltaiset perustelut mukana ainoastaan perinteen voimasta, vai ilmentävätkö ne tietoista torjuvaa suhtautumista reaalisten argumenttien avoimeen käyttöön, joka tässä tapauksessa olisi ollut konstruktiivisen argumentoinnin luonteva vaihtoehto.

Haataja sijoittuu ''realismin'' ja konstruktivismin väliselle akselille hieman toisin. Teoksen otsikko ''Vuokran käsite'' saattaa synnyttää mielikuvan hyvinkin konstruktiivista metodia edustavasta tutkimuksesta. Mielikuva olisi kuitenkin virheellinen. Teos on tosin nimensä mukaisesti käsiteselvitys ja sen lopputuloksena päädytään vuokran määritelmään. *Haatajan* suhtautuminen tulokseen on kuitenkin modernilla tavalla kriittinen. Hän myöntää avoimesti, etteivät hänen esittämänsä käsitetunnusmerkit piirrä tarkkaa rajaa vuokran ja eräiden sitä lähellä olevien oikeussuhteiden välille. Esiintyvät rajatapaukset on hänen mukaansa ratkaistava ''kulloinkin kysymyksessä olevien oikeussuhteiden oleellisten sekä taloudellisten että oikeudellisten ominaisuuksien perusteella, noudattamalla yleisiä lain ja oikeustoimen tulkintaa koskevia sääntöjä''.[12]

Lausuma kuvastaa melkoista kukonaskelta käsitelainopista reaalisen argumentaation suuntaan. Oikeusseuraamukseen tosin sen mukaan päädytään ratkaisemalla ensiksi ''luonnehtimisongelma'', esim. kysymys, onko oikeustoimi karakterisoitava vuokra- vaiko esim. syytinkisopimukseksi, mutta ratkaisukriteerit saanevat ainakin osittain olla reaalisia (ei-formaalisia). Ero *Lundstedtin* ja etenkin *Hoelin* puoltamaan menettelyyn, jonka mukaan subsumptiosta on tulkinnallisissa tilanteissa kokonaan luovuttava ja ratkaistava asia reaalisten näkökohtien mukaan, ei enää ole ylitsekäymätön. Haatajan asennoitumista voitaneenkin parhaiten luonnehtia sanomalla hänen liittyvän ns. historiallisen int-

[10] *Kivimäen* teoksesta löytyy kuitenkin muutamia oikeussuhteen osapuolten keskinäisten intressien punnintaan perustuvia tulkintakannanottoja. Ks. *Kivimäki,* Asianajajan siviilioikeudellinen vastuu s. 150 ja 188—189.

[11] Ks. *Kivimäki,* Asianajajan siviilioikeudellinen vastuu s. 200.

[12] Mainittakoon, että tässä kohden *Haataja* viittaa *Lassenin* kirjoitukseen ''Nogle Bemærkninger om Definitioner i Retsliteraturen'', joka oli myös *Undénin* ajatusten esikuvana.

ressijuridiikan ajatusperinteeseen. Sen kärkihahmon, *Philipp Heckin* töistä sai skandinaavinen realismikin vaikutteita.

c. Suhtautuminen reaalisiin argumentteihin muuttui melko selvästi 1920-luvun lopun väitöskirjoissa. Muutos koski sekä reaalisten argumenttien määrää että jossakin määrin myös laatua. *Caseliuksen* ja etenkin *Kivimäen* käyttämät reaaliset argumentit voidaan laatunsa puolesta enimmäkseen luonnehtia perusteiksi, joista *Summers* on käyttänyt nimitystä kohtuusargumentit, rightness reasons.[13] Ne ovat lyhyesti sanottuna argumentteja, joilla tähdätään oikeussuhteen eri osapuolten oikeudenmukaiseen kohteluun suhteessa toisiinsa ja jotka saavat justifikatorisen voimansa yhtäpitävyydestä jonkin oikeudenmukaisuuskäsityksen kanssa, eivät siitä että ratkaisulla voidaan kausaalisesti edistää joitakin yleisempiä tavoitteita. Sellaisina ne edustivat *Lundstedtin* jyrkästi tuomitsemaa ”oikeudenmukaisuusmetodia” (rättvisemetoden).

Kauppi ja *Sainio* sitä vastoin käyttivät argumentteina myös yleisiä yhteiskunnallisia tavoitteita, ”goal reasons’, lainatakseni yhä Summersin terminologiaa. Kaupin teoksessa tällaisia ovat ennen muuta liikevarmuuden ja oikeusvarmuuden intressit, joita keskenään punnitsemalla kirjoittaja pyrkii ratkaisemaan kaupparekisterimerkinnän oikeusvaikutuksiin liittyviä tulkintakysymyksiä.[14]

Ylivoimaisesti runsaimmin reaalista argumentaatiota käytti Sainio. Esitys, jossa täsmennetään luvallisten ja luvattomien immissioiden välistä rajaa, nojaa voittopuolisesti reaalisiin tavoiteargumentteihin. Yleistavoitteista, joihin Sainio vetoaa, mainittakoon omistusoikeuden sosiaalisen käytön periaate ja toisaalta omaisuuden tehokkaan ja tarkoituksenmukaisen käytön periaate.[15] Myös argumentaatiota näitä yleistavoitteita suppeammilla lain tavoitteilla esiintyy.[16] Niissäkin tapauksissa, joissa tavoiteargumenttia ei suoraan ole tarjolla, Sainio ratkoo tulkintakysymyksiä tarkastelemalla eri tulkintavaihtoehtojen seu-

[13] Ks. *Summers,* Two Types of Reasons of Substance in Common Law Cases s. 217 ss.

[14] Ks. *Kauppi,* Kaupparekisteristä s. 246 ja 267—268. Kohtuuargumenttien käytöstä ks. toisaalta s. 244.

[15] Hänen tavassaan käyttää tätä argumenttia voidaan paikoin nähdä jopa ”tulenkantajamaista”konekulttuurin ihailua muistuttavia piirteitä. Hän kirjoittaa: ”Jos siis joku perustaa esimerkiksi huvilan tai puutarhaviljelyksen vesivoimaltaan arvokkaan kosken lähelle, niin hän saa olla valmistunut siihen, että kosken vesivoima otetaan tuottavaan toimintaan ja lähistölle rakennetaan teollisuuslaitoksia”. Immissiosta aiheutuva kohtuutonkaan rasitus ei siten Sainion mielestä ole näissä oloissa luvaton, koska sitä ei voida pitää odottamattomana. Ks. *Sainio,* Elinkeinotoiminnan harjoittamisesta s. 100—101.

[16] Ks. *Sainio,* Elinkeinotoiminnan harjoittamisesta s. 95 ja 112.

rauksia ja arvioimalla niiden paremmuutta oikeussuhteen eri osapuolten tai yhteiskunnan oletettujen intressien valossa.[17] Hänen menetelmänsä vastaa pitkälti tulkintaihannetta, jota Lundstedt nimitti yhteiskuntahyödyn periaatteeksi. Skandinaavisen realismin vaikutus häneen oli myös tältä osin ilmeinen.

Realistisen, social engineering -asenteen viriäminen näkyi 1920-luvun lopulla myös pienimuotoisemmissa kirjoituksissa. Erityisesti on mainittava *af Hällströmin* artikkeli ''Vilja, förklaring, tillit'', jossa oikeustoimioppia pyritään voimakkaasti tuomaan lähemmäksi käytännön elämän tarpeita. af Hällströmin mukaan pandektistinen juridiikka, joka oikeustoimiopissa oli vallitsevana, kytki oikeusseuraamukset oikeusfilosofisiin konstruktioihin tai puhtaasti individuaalisia etuja edistäviin seikastoihin. Sen ehdottamien ratkaisujen hyödyllisyys yhteisön kokonaisedun kannalta jäi tällöin hyvin kyseenalaiseksi.

Pandektistisen tradition painolastista oli hänen mielestään päästävä eroon. Oikeusvaikutukset oli kytkettävä tunnusmerkkeihin, joihin liittyessään ne toteuttavat yhteiskunnallisia tavoitteita. Sopimusoikeuden avulla oli pyrittävä ennen muuta toteuttamaan liike-elämän intressejä, suojaamaan vaihdannan varmuutta. Näitä tavoitteita oikeustoimiopillisessa doktriinissa vallitsevana oleva tahtoteoria toteutti af Hällströmin mukaan hyvin huonosti. Oikeustoimen sitovuuden kytkeminen ilmaisijan tahtoon kuului tyypillisesti sellaisiin oikeusfilosofisiin ja individualistisiin valintoihin, joiden aika oli ohitse. ''Under tidigare stadier av utvecklingen kunde rättsordningen fästa all vikt vid subjektets vilja. Men de tiderna äro för alltid förbi. Nu är det tryggheten i handel och vandel, som rättsordningen främst vill skydda, även om det ibland måste ske på bekostnad av individuella hänsyn''.[18] Sitaatista heijastuva näkemys oikeusjärjestyksestä yhteiskunnan kokonaisedun toteuttamisen välineenä ja yksilökohtaisten etujen toissijaisuudesta kokonaisetuun verrattuna vastasi melko tarkoin ajatuksia, joihin Lundstedt oli sitoutunut yhteiskuntahyödyn teoriassaan.

Samankaltainen välineellinen näkemys oikeusjärjestyksen tehtävistä käy ilmi myös *F. O. Liliuksen* kirjoituksesta ''Tuomarin suhtautumisesta oikeusoppineiden mielipiteisiin''. Oikeusoppineilla Lilius näyttää tarkoittavan lähinnä konstruktiivisen metodin edustajia, ja hänen arvionsa heidän työnsä merkityksestä lainkäytössä oli sangen kriittinen. Tuomari joutuu hänen mukaansa ottamaan huomattavasti enemmän huomioon *asian luontoon* liittyviä näkökohtia kuin lainopissa on tapana. Hän kirjoittaa: ''Yhteiskunnan oikeudellisia tarpeita ei . . . voida tyydyttää teorian kivillä, siihen tarvitaan elävän elämän leipää. Asian oikea käytännöllisjuridinen ratkaisu on tärkeämpi yhteiskunnalle

[17] Ks. *Sainio,* Elinkeinotoiminnan harjoittamisesta s. 112.

[18] *af Hällström,* Vilja, förklaring, tillit s. 53.

kuin kaikki maailman absraktis-teoreettiset konstruktiot ja kategorisoimiset. Tuomari, joka ei sen mukaan menettele, ei ole tärkeän tehtävänsä tasalla".[19]

Ensimmäisen huipentumansa pohjoismainen, reaalisia argumentteja painottava suuntaus saavutti *af Hällströmin* väitöskirjan ilmestyessä vuonna 1931. Hänen argumentaationsa perustui selkeän realistisiin lähtökohtiin, joista keskeisimpinä tulivat esiin (*1*) social engineering -näkökulma,[20] (*2*) ajatus, että oikeusvaikutukset on filosofisten konstruktioiden asemesta kytkettävä tosiseikastoihin, joihin liittyessään ne edistävät kunkin oikeudenalan yhteiskunnallisten tehtävien toteuttamista,[21] (*3*) ajatus yhteiskunnan intressien ensisijaisuudesta yksilökohtaisiin intresseihin ja kohtuunäkökohtiin verrattuna[22] ja (*4*) ajatus, että fiktioiden käyttäminen argumentaatiossa ei ollut sallittua.[23]

Nämä lähtökohdat johtivat vaihdannan intressin käyttämiseen keskeisenä ratkaisuperusteena harkittaessa erehdystilanteiden relevanssia oikeustoimen sitovuuden kannalta.[24] Oikeasuhtaisimmin vaihdannan intressi saattoi af Hällströmin mukaan toteutua, kun suojataan sopimuskumppanin perusteltua luottamusta. Työn keskeisenä tavoitteena oli nk. luottamusteorian sisällön kirkastaminen ja siitä erehdysoppiin ulottuvien seurausten osoittaminen.

Erik af Hällströmin työ on kiintoisa siinäkin mielessä, että usko *yleisen ratkaisuperiaatteen* merkitykseen leimaa sitä yhtä vahvana kuin käsitelainoppia konsanaan. Oikeustoimen osapuolten perustellun luottamuksen suojaaminen on lähtökohta, johon tulkintakannanotot perustetaan. Ero käsitelainoppiin näkyy kuitenkin kahdessa kohtaa: (*1*) periaate, jota kuunneltiin, oli uusi ja tuore verrattuna käsitelainopin käyttämiin tieteensisäisiin ja hiukan pölyttyneisiin oikeusperiaatteisiin, ja (*2*) tulkintakannanotot palvelivat periaatetta instrumentaalisesti eivätkä deduktiivisesti, kuten käsitelainopissa.

---

[19] *F. O. Lilius,* Tuomarin suhtautumisesta oikeusoppineiden mielipiteisiin s. 317. Vrt. saman kirjoittajan aikaisemmista näkemyksistä kirjoituksia "Katsaus päävirtauksiin XIX:nnen vuosisadan oikeustieteessä" s. 89—93, "Uusi suunta Saksan lakitieteessä" s. 146—147 ja "Vanhoja ja uusia laintulkitsemisteoriioja" s. 133—138.

[20] Ks. *af Hällström,* Om villfarelse esim. s. 46.

[21] Ks. *af Hällström,* Om villfarelse esim. s. 48—49: ". . . . då förmögenhetsrättens uppgift är att reglera det ekonomiska livet, så är det också det ekonomiska livets krav, och icke rättsfilosofiens, som bilda utgångspunkten vid reglerandet . . ."

[22] Ks. *af Hällström,* Om villfarelse s. 49, 56, 140—141 ja 214—215.

[23] Ks. *af Hällström,* Om villfarelse s. 99—137 ja s. 187.

[24] Välirikko vanhaan pandektioikeudelliseen ajatteluun oli siten selvä ja jyrkkä. Sehän piti vaihdannan vaatimusta juridiikan ulkopuolelle kuuluvana periaatteena, josta ei voitu johtaa oikeusjärjestyksen sisältöä koskevia väitteitä. Näin ajatteli esim. *Hagerup,* Pohjoismaiden huomattavimpiin kuulunut konstruktiivisen metodin edustaja. Ks. *Hagerup,* Nogle Ord om den nyere Retsvidenskabs Karakter s. 19—20.

Yleisen periaatteen kuuntelu sopii nähdäkseni hyvin skandinaaviseen realismiin, etenkin sen lundstedtilaiseen tulkintaan, mutta on jossakin määrin ristiriidassa pohjoismaisen, oikeudenmukaisuusmetodia käyttävän siviilioikeustieteen kanssa, jossa tähdätään in casu -kohtuuteen. af Hällströmin argumentaatiotapa saikin peitettyä kritiikkiä riikinruotsalaiselta taholta, jossa se leimattiin deduktivistiseksi ja siten vanhanaikaiseksi.[25]

3.2.2.2. 1930-luku

a. Lopulla 1920-lukua tapahtunut käänne reaalisen argumentaation suuntaan ei muodostunut pysyväksi. Päin vastoin 1930-luvulla ilmestyivät tutkimuskohteena olevan aikavälin merkittävimmät konstruktiivista juridiikkaa edustavat työt. Tarkoitan *Hakulisen* ja *Heikosen* tutkimuksia

Kuten luonnollista on, molemmat suhtautuivat reaalisten argumenttien käyttöön sangen torjuvasti, ja katsoivat niiden justifikatorisen painoarvon vähäiseksi. Hakulinen erottaa toisistaan juridiset ja faktiset perustelut.[1] Reaaliset argumentit kuuluvat viimeksi mainittuun luokkaan ja siten juridisen päättelyn ulkopuolelle.[2] Niiden avulla ei tästä syystä myöskään voida kontrolloida

---

[25] Ks. *Karlgrenin* arvostelua Gunnar Palmgrenin väitöskirjasta ''Om påföljderna av säljares mora''. Todettuaan ensin, että eräät nuorehkot suomalaiset tutkijat ovat hyväksyneet luottamusteorian ''innokkuudella, joka meille on käsittämätöntä'', Karlgren jatkaa (s. 309): ''Det behöver inte utvecklas, att — oavsett tillitsteorins större eller mindre räckvidd eller värde — dylika allmänna deduktioner, så populära i äldre tysk doktrin, vila på en omodern inställning beträffande juridisk metod. Det är särskilt den nyare danska rättsvetenskapen, som lärt oss hysa misstro mot resultat uppnådda på sådan väg''.

[1] Ks. *Hakulinen,* Perusteettoman edun palautus s. 210. Parhaan kuvan siitä, miten täysin erilainen käsitys af Hällströmillä ja Hakulisella oli reaalisten argumenttin justifikatorisesta painoarvosta, saa vertaamalla toisiinsa heidän puheenvuorojaan hinnanalennuskanteen sallittavuutta koskeneessa keskustelussa. Ks. *af Hällström,* Till frågan om köpares rätt till prisavdrag ja *Hakulinen,* Actio quanti minoris, passim.

[2] Sanottua havainnollistaa osuvasti tapa, jolla Hakulinen tarkastelee MK 8: 2:n merkitystä edunpalautuskonstruktionsa kannalta. Säännöksen mukaan lahjoittaja voi tietyin edellytyksin peruuttaa lahjoituksensa. Hakulinen toteaa: ''Säännöksessä myönnetyn palautuksen perustelemiseksi voidaan huomauttaa, että lahjan anto tapahtuu yleensä sen edellytyksen varassa, että lahjan saaja on lahjasta antajalle kiitollinen, tahi ainakin, että saaja ei positiivisin teoin osoita kiittämättömyyttään. Erinäisin muinkin sosiaalisin näkökohdin voitaneen säännöstä puolustaa. Mutta mitkään näistä perusteluista eivät pysty sitä *juridisesti selittämään* (kurs, tässä), sillä luovutuksen ensimmäisenä päämääränä on lahjoitus eikä kiitollisuuteen velvoittaminen tms.'' Säännöksen juridiseksi perusteluksi olisi Hakuliselle kelvannut vain se, että oikeustoimen kausa ei ole toteutunut. Hakulisen konstruktion mukaan palautusvelvollisuus liittyy näet tähän tosiseikastoon. Tämän perustelun avulla ei MK 8: 2:a kuitenkaan voida legitimoida, sillä lahjoituksen kausa toteutuu itse lahjoittamisella. Kyseessä

konstruktiosta johdettuja tuloksia, vaan käytännöllisesti epäilyttäväksikin tunnustettu tulos hyväksytään voimassaolevan oikeuden kannaksi, koska se seuraa konstruktiosta.[3] Tästä heijastuu se näkemys, jonka mukaan oikeusjärjestys ei ole keino yhteiskunnallisten tavoitteiden saavuttamiseksi, vaan lain kunnioittaminen ja ylläpitäminen on päämäärä itsessään.[4]

Viimeisenä keinona voitiin reaalista argumentaatiota muiden ratkaisuperusteiden puuttuessa kuitenkin käyttää.[5] Jossakin määrin voidaankin sen hyödyntämistä havaita etenkin Hakulisen kirjoituksissa.[6]

Tutkijoiden enemmistö näyttää 1930-luvulla sijoittuneen af Hällströmin ja toisaalta Hakulisen ja Heikosen muodostamien ääripäiden väliin. Nämä tutkijat, esimerkiksi *Caselius, Noponen, Raninen, Rekola* ja *Sipilä,* eivät nähneet

---

oli siten säännös, joka ei sopinut Hakulisen edunpalautuskonstruktioon. Hakulisen asennoitumiselle oli tyypillistä, että hän ei katsonut tämän havainnon suinkaan heikentävän konstruktionsa asemaa, vaan päin vastoin säännöksen asema kävi heikommaksi konstruktioon sopimattomuutensa vuoksi. Hän katsoi säännöksen olevan ”täydellinen lex specialis”, jota voitiin ainoastaan faktisesti mutta ei juridisesti perustella. Ks. *Hakulinen,* Perusteettoman edun palautus s. 211.

[3] Ks. *Heikonen,* Perinnönyhteydestä II s. 219. Ks. myös *Caselius,* Irroittamisoikeudet s. 327.

[4] Tämä näkyy esim. tavasta, jolla Hakulinen pohtii kysymystä hallinnansaannin merkityksestä, kun sama esine on vuokrattu kahdelle. Vaihdannan vaatimukset eivät saa hänen argumentaatiossaan sijaa, koska sopimuksen pysyvyyden suojaaminen on niitä tärkeämpää. Tällä perusteella hän ratkaisee kollision aina primuksen hyväksi antamatta sekunduksen hallinnalle ja vilpittömälle mielelle mitään merkitystä. Ks. *Hakulinen,* Hallinnansaannin merkityksestä, kun sama esine on vuokrattu kahdelle.

[5] Ks. esim. *Hakulinen,* Perusteettoman edun palautus s. 219, jossa Hakulinen havaittuaan, ettei ratkaisuperustetta konstruktiivisen metodin avulla voida löytää, toteaa: ”Kysymys kondiktiosta maksuosoituksen yhteydessä esiintyvien henkilöiden välillä on siis kaikkein useimmissa tapauksissa pakko ratkaista ilman minkään ”yläkategorian” apua ja yksinomaan maksuosotuksen yhteyteen liittyvien erityisluontoisten oikeussuhteiden perusteella”. S. 223—224 Hakulinen ratkaiseekin po. henkilösuhteissa esiin tulevia ongelmia intressipunnintaa käyttäen.

[6] Ks. esim. *Hakulinen,* Kuolinpesän velkojain oikeus jäämistöön s. 220—226 ja *Hakulinen,* Kuittaus siirronsaajaa vastaan, *passim.*

— Perintöosuuden luonnetta koskeneen keskustelun kuumissa vaiheissa *Hakulinen* ja *Heikonen* saattoivat joskus unohtaa kielteisen suhtautumisensa reaalisiin argumentteihin, mikäli katsoivat niiden avulla voitavan puoltaa kantaansa. Niinpä *Hakulinen* kumotakseen *Gierken* konstruktion, johon hän katsoo *Heikosen* konstruktion perustuvan, lainaa hyväksyen kritiikkiä, jota *Heck* intressilainopillisista lähtökohdista suuntaa Gierken ajatuksiin. Ks. *Hakulinen,* Perillisten yhteisomistusoikeudesta ja jäämistön osakkuudesta s. 73—75. *Heikonen* puolestaan vetoaa *Malmströmin* teoksessa ”Successionsrättsliga studier” saavuttamiin tuloksiin, jotka ovat syntyneet pohjoismaisen realistisen metodin pohjalta. Ks. *Heikonen,* arvostelu Malmströmin teoksesta ”Successionsrättsliga studier” s. 324—335.

sovittamatonta ristiriitaa reaalisten ja konstruktiivisten argumenttien välillä, vaan olivat omaksuneet väljän oikeuslähdeopin, jonka mukaan kumpiakin voidaan käyttää tapauskohtaisesti. Metodisääntöä, joka osoittaisi, kumman tyyppistä argumentaatiota kulloinkin on käytettävä, ei heidän töistään voitane pelkistää esiin. Konstruktiivisen juridiikan vaikutus oli kuitenkin yleisesti ottaen huomattava. Mainituista tutkijoista jossakin määrin af Hällströmin suuntaan sijoittui *Gunnar Palmgren,* joka näytti väitöskirjassaan tietoisesti karttavan konstruktiivista päättelyä. Toisaalta myöskään reaalista argumentaatiota ei siinä ole paljoa, vaan kirjoittaja tyytyy lähinnä erittelemään sopimusoikeudellisia teorioita, joita oikeuskirjallisuudesta ei tuohonkaan aikaan puuttunut.

Oikeuslähdeopin väljyyttä 1930-luvun normaalitieteessä ei voitane pitää osoituksena pelkästään tutkijoiden suvaitsevaisuudesta ja avarakatseisuudesta. Oikeuslähdeperiaatteiden epämääräisyys aiheutti argumentaatioon perustelematta jäänyttä horjuvuutta. Argumenttityyppi, joka toisessa yhteydessä torjuttiin, saattoi kelvata jossakin toisessa yhteydessä ilman että muuttuneen suhtautumisen perusteita tuotiin julki.[7] Ilmiössä voidaan mahdollisesti enteillä juridisen argumentaation periaatteita koskevan kriisin merkkejä.

b. *Oikeusteoreettiseen* keskusteluun kysymys reaalisten argumenttien sallittavuudesta ennätti 1930-luvun lopulla. Kuten jo aiemmin on todettu, *Kivimäki* pyrki löytämään kultaisen keskitien. Aukko- ja tulkintatapauksissa reaalisten argumenttien käyttö oli hänen mukaansa sallittua. Hän ei kuitenkaan pitänyt tällaista juridiikkaa ideaalisena, vaan toivoi, että yhteiskunnallinen todellisuus voitaisiin ottaa huomioon juridisessa käsitteenmuodostuksessa, ja päästä sen jälkeen käsitelainopillista metodia noudattaen reaaliset näkökohdat huomioon ottaviin tuloksiin.[8]

---

[7] Niinpä *Caselius* välttää johtopäätöksien tekoa esine- ja velvoiteoikeuksien välisestä erottelusta, mutta tekee vapaasti päätelmiä moniin muihin saksalaisen oikeustieteen jaotteluihin turvautuen. *Rekola* puolestaan suosii yleisissä lausumissaan reaalisia argumentteja, mutta ei käytännössä juurikaan uskalla luottaa niiden justifikatoriseen voimaan. Esimerkkinä voidaan mainita tapa, jolla hän perustelee (sinänsä yleisesti hyväksyttyä) tulostaan, jonka mukaan vajaavaltaisen ja holhoojan keskinäiset saamiset eivät vanhene vajaavaltaisuuden kestäessä. Ratkaisun käytännöllisten seurausten ilmeinen hyödyllisyys ei hänen mielestään riitä sitä justifioimaan, vaan ilmiö on subsumoitava juridiseen konstruktioon, josta ratkaisu seuraa. Hylättyään ajatuksen, että kyseessä olisi itsemuistutus, jossa holhooja tässä ominaisuudessaan jatkuvasti muistuttaa itseään (velallis- tai velkojanominaisuudessa) velan olemassaolosta ja siten estää sen vanhentumisen, Rekola tulkitsee ilmiön luonteeltaan ns. pysähtymiseksi ja katsoo sen olevan voimassa tavanomaisena oikeutena. Ks. *Rekola,* Saamisoikeuden vanhentuminen II s. 347—350. Vastaavanlaisesta horjunnasta *Noposen* osalta vrt. *Noponen,* Oikeudesta ryhtyä . . . s. 74 ja s. 169.

[8] *Kivimäki,* Lainkäytön ja oikeustieteen oikeutta kehittävästä merkityksestä s. 477 ss.

Reaalisten argumenttien ja yhteiskuntatiedon merkitystä ratkaisutoiminnassa puolusti voimakkaasti *Brusiin.*[9] Skandinaaviseen realismiin häntä yhdisti social engineering -näkökulma oikeusjärjestykseen[10] ja kielteinen suhtautuminen ns. oikeudenmukaisuusmetodiin, joka yhteiskunnallisen reaalitiedon asemesta turvaa kohtuuteen ratkaisuperusteena.[11] Brusiinin ajatukset saivat ihastelevan vastaanoton realistista metodia jo pitkään soveltaneelta *af Hällströmiltä,* mutta muutoin suhtautuminen oli viileämpää.[12]

Jyrkästi reaalista argumentaatiota vastusti *B. C. Carlson.* Tieteen systemaattisuutta kelseniläisistä lähtökohdistaan korostava Carlson näki tieteen ulkopuoliseen, reaaliseen argumentaatioon turvautumisen tieteellisenä heikkoutena, joka vaaransi oikeusvarmuuden.[13] Siihen voitiin hänen mukaansa turvautua vain viimeisenä keinona systematiikan pettäessä.[14] Oikeusteoriaa seuraavalla siviilioikeuden tutkijalla oli siten 1940-luvun kynnyksellä käytettävissä kaksi argumentaation mallia, joista hän saattoi valita mieleisensä.

c. *Esitöiden* osalta voidaan todeta niiden relevanssin pysyneen hyvin vähäisenä kautta koko 1930-luvun. *Kivimäki* mainitsee ilmeisesti lähinnä saksalaista oikeustiedettä tarkoittaen esitöiden merkityksen alkaneen kasvaa sen tähden, että lain tahdon katsotaan käyvän niistä ilmi. Hän kuitenkin torjuu metodin

---

[9] Ks. *Brusiin,* Tuomarin harkinta normin puuttuessa s. 190—192 ja 204—229.

[10] Ks. *Brusiin,* oikeusfilosofia ja käytäntö, *passim.*

[11] *Brusiin,* Tuomarin harkinta normin puuttuessa s. 165.

[12] Ks. af *Hällström,* arvostelu Brusiinin teoksesta ”Tuomarin harkinta normin puuttuessa”. Kirjoittaja toivoo teoksen vaikuttavan siihen, että tutkijat ryhtyisivät entistä olennaisesti suuremmassa määrin ottamaan huomioon sosiologisia ja käytännöllisiä näkökohtia ”abstraktisjuridisten ja kvasiloogisten” sijasta. Hän jatkaa (s. 570): ”Med den grundsyn förf. tillägnar sig på de juridiska företeelserna har han en mission att fylla i vår rättsvetenskapliga litteratur”. *Brusiinin* virallisen vastaväittäjän, *El. Kailan* suhtautumisesta ks. *Kangas,* Piirteitä Otto Brusiinin ajatusmaailmasta s. 11—14. Ks. myös vastaväittäjän lausuntoa LM 1938 s. 385 ss.

[13] Ks. *Carlson,* Luckor i rätten s. 505 ja *sama,* Culpa-regeln och domarens fria prövning s. 470—471.

[14] Ks. *Carlson,* Rättssäkerhet och skälighet s. 115—118. Vrt. *Brusiinin* vastinetta Carlsonin kritiikkiin: ”. . . sellainen juridikka, joka ”Seinin” ja ”Sollenin” hedelmätöntä erottelua jyrkästi korostaen periaatteellisesti torjuu esim. yhteisön taloudellisen rakenteen ja sen henkisten virtausten huomioimisen oikeusnormeja analysoitaessa ja systematisoitaessa, on hämähäkki, joka ”fiktiivisen järjestelmänsä” pohjalta lähtien analogian avulla kehrää loputtomat loogilliset seittinsä. Maallikoissa moinen magia kenties (?) herättää ihmettelyn sekaista kunnioitusta, synnyttää oikeusvarmuuden illuusion, lakimies sen sijaan tietää, että hänen normianalyysinsä on hedelmällistä vain, jos sen pohjana . . . on yhteiskunnallisen todellisuuden eri puolien tarkka tuntemus”. DL 1938 s. 450.

soveltuvuuden Suomen oloihin vedoten aukolliseen lainsäändäntöpohjaamme.[15] Viimeksi mainittu seikka lieneekin ollut syynä siihen, ettei esitöiden kannanottoja argumentaatiossa juurikaan viljelty. Skandinaavisen realismin esittämä tahtoteorian kritiikki on tuskin lainkaan vaikuttanut tähän valintaan.

Poikkeuksena yleisestä linjasta on mainittava *Haataja,* joka puolusti ja sovelsi historiallista metodia.[16] Hänen metodinsa oli kuitenkin olennaisesti muutakin kuin pelkkää esitöihin sitoutumista. Kyse oli argumentaatiosta, joka hyvin kokonaisvaltaisesti nojautui pohjoismaiseen oikeuskulttuuriin. Lakien esityöt olivat vain osa tästä kulttuurista aikaisemman lainsäädännön, sen esitöiden ja oikeuskäytännön ohella.

d. Suhtautumisessa *prejudikaatteihin* ei 1930-luvun siviilioikeudellinen tutkimus ollut aivan yhtä monoliittinen. *Ekströmin* oikeuslähdeoppi säilyi kuitenkin yhä yleisesti hyväksyttynä lähtökohtana. Prejudikaateilla ei ollut varsinaisen oikeuslähteen asemaa. Ne saattoivat muodostua oikeuslähteeksi ainoastaan, mikäli niistä ilmenevät ratkaisuperiaatteet vakiintuivat tavanomaiseksi oikeudeksi. Tämä käsitys näyttää hyväksytyn sekä oikeusteoriassa että lainopillisessa tutkimuksessa.[17]

Niiden prejudikaattien asemassa, joiden ei voitu katsoa ilmentävän tavanomaista oikeutta, esiintyi melko paljon tutkijakohtaista vaihtelua. Suhtautuminen niihin näytti jossakin määrin riippuvan kannasta, jonka tutkija oli omaksunut realistisen ja konstruktiivisen metodin välisessä kiistassa. Konstruktivismin johdonmukaisimpien edustajien, *Hakulisen* ja *Heikosen* töissä prejudikaattien merkitys oli vähäisin. Heikosen kaksiosaisesta monografiasta ''Perinnönyhteydestä'' oikeuskäytäntö puuttuu lähes kokonaan. Suhtautuminen oikeuskäytäntöön on lisäksi asymmetristä. Se kelpaa omaa kantaa tukevaksi argumentiksi, mutta sen paino ei päinvastaisessa tapauksessa riitä kumoamaan kannanottoa, johon tutkija muilla perusteilla on päätynyt.[18]

---

[15] *Kivimäki,* Lainkäytön ja oikeustieteen oikeutta kehittävästä merkityksestä s. 475.

[16] Ks. esim. *Haataja,* Arvostelu Caseliuksen teoksesta ''Sopimukseen perustuvat irroittamisoikeudet''. *passim.*

[17] Ks. *Kivimäki,* Lainkäytön ja oikeustieteen oikeutta kehittävästä merkityksestä s. 478 ja *Brusiin,* Tuomarin harkinta normin puuttuessa s. 184—185. Lainopillisista tutkimuksista on mainittava erityisesti *Caseliuksen* ''Sopimukseen perustuvat irroittamisoikeudet'', jossa KKO:n vakiintuneelle käytännölle monesti annetaan ratkaiseva paino. Ks. esim. s. 82—84: ''Edellä mainitut näkökohdat huomioon ottaen pitäisi mielestämme tulla kielteiseen tulokseen, ellei korkein oikeus olisi asiaa ratkaissut toisin . . . Korkeimman oikeuden kanta on nyttemmin kuitenkin käytännössä vakiintunut''. Ks. myös s. 149 ja 247.

[18] Vrt. esim. *Heikonen,* Testamentin hyväksymisestä ennen testamentintekijän kuolemaa s. 354 ja *Heikonen,* Perikunnan omistaman kiinteistön lainhuudattamisesta ja kiinnittämisestä sekä määräalan erottamisesta siitä s. 660—661.

Tämä periaatteettomalta vaikuttava kanta sopii hyvin käsitelainopilliseen tieteenkuvaan. Kun soveltamisongelmat on ratkaistava tieteensisäisillä, systemaattisilla perusteilla, ei prejudikaateille jää itsenäistä merkitystä oikeuden löytämisessä. Sitä vastoin se, että toinenkin on päätynyt samaan tulokseen, on indisio siitä, että päätelmä on tehty oikein.

Suuremman huomion prejudikaatit saivat osakseen metodikysymyksiin eklektisemmin suhtautuvien lainoppineiden, kuten *Caseliuksen,* tutkimuksissa. Niiden suhde voimassaolevaan oikeuteen oli kuitenkin epämääräinen ja häilyvä.[19] Tämä leimasi yleisemminkin tuon ajan siviilioikeudellista argumentaatiota. Merkittävä poikkeus on *Haataja,* jonka historialliseen metodiin oikeustapaukset sopivat luontevasti. Ne kuuluivat osana niiden tekijöiden joukkoon, jotka valaisivat oikeuskulttuurin tilaa ja kehitystä ja määräsivät siten osaltaan soveltamisratkaisun suuntaa.

Runsasta huomiota oikeuskäytännölle omisti *af Hällström.* Hänen väitöskirjaansa on omaksi luvukseen sijoitettu suomalaisen sopimusoikeudellisen lainkäytön laajahko analyysi.[20] Sen ja voimassaolevan oikeuden suhde jää kuitenkin avoimeksi. Tulokset, jotka hän teoksessaan esittää, eivät juuri lainkaan nojaudu oikeuskäytäntöön, vaan johtuvat luottamuksen suojaamisen periaatteesta. Oikeuskäytännön tuntemisen tärkeys, jota *af Hällström* korostaa,[21] jää siten perustelua vaille. Hän lienee ajatellut oikeuskäytännön tuntemuksen kuuluvan siihen reaalitietoon, jota tarvitaan harkittaessa, millaista ratkaisua reaaliset näkökohdat soveltamisongelmaan vaativat. Oikeusvarmuus ja (muodollinen) oikeudenmukaisuus ovat utiliteetteja, jotka kuuluvat mukaan hyötykalkyyliin. Ei voitane todentaa, vastasiko tämä *af Hällströmin* ajatuksia. Jonkin tämänkaltaisen ajatusrakennelman hänen tutkimustapansa kuitenkin kaipaa taustakseen.

Oikeusteorian tasolla prejudikaattien merkitystä korosti *Brusiin.* Niiden tunteminen oli osa yhteiskuntatietoa, jota hän piti ratkaisutoiminnassa tärkeänä.[22] *Carlson* oli tässäkin kysymyksessä päinvastaista mieltä. Vain siinä tapauksessa, että oikeuskäytäntö on vakiintunut tavanomaiseksi oikeudeksi, sen soveltaminen on hänen mukaansa oikeustiedettä. Muussa tapauksessa preju-

[19] Caseliuksen suhtautumisesta prejudikaatteihin ks. myös *Outi Suviranta,* Ennakkopäätösten käytöstä suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa s. 455—457.

[20] *af Hällström,* Om villfarelse s. 245—265.

[21] Ks. esim. *af Hällström,* Arvostelu Ranisen teoksesta ”Vahvistuskirje sopimuksen tekemisessä” s. 139.

[22] Ks. esim. *Brusiin,* Tuomarin harkinta normin puuttuessa s. 172. *Brusiinin* tavasta käsittää yhteiskuntatodellisuus ja sen merkitys ratkaisutoiminnassa ks. myös *Kangas,* Piirteitä Otto Brusiinin ajatusmaailmasta s. 139—149.

dikaattia ei voida käyttää apuna lain aukkojen ja tulkinnallisuuksien poistamisessa. Tiede, joka näin tekee, loikkaa ulos kehyksistään.[23]

1930-luvun tutkijoista sekä *Kivimäki* että *Brusiin* väittivät prejudikaattien merkityksen olevan kasvamassa.[24] Jos väitettä arvioidaan lainopillisista tutkimuksista heijastuvan kuvan perusteella, ei selvää eroa 1920- ja 1930-luvun välillä voida tässä suhteessa havaita. Väitetty muutos lienee siten tapahtunut lähinnä oikeuslähdeideologian tasolla ehtimättä vielä selvästi vaikuttaa tutkimuskäytäntöön.

3.2.2.3. 1940-luku

a. Suomalaisen siviilioikeustieteen pohjoismaistumista ajateltaessa voidaan 1940-lukua epäilemättä pitää tärkeimpänä ajanjaksona. Ajatustapa, joka aikaisemmin oli esiintynyt vain muutaman pioneerin kirjoituksissa, murtautui nyt lävitse laajalla rintamalla. Siviilioikeuden tutkimuksen metodinen painopiste siirtyi instrumentalistiseen juridiikkaan, jossa social engineering -asenteella ja reaalisilla argumenteilla on keskeinen sija.[1]

Uuden näkemyksen mukaan oikeustieteen tuli olla käytännöllistä, elämänläheistä, reaalitiedolle perustuvaa ja yhteiskuntaelämää palvelevaa toimintaa.[2] Pohjoismainen realistinen juridiikka korotettiin lainopin harjoituksen esikuvaksi.[3] Paitsi pyrkimys käytännöllistää juridiikkaa, tähän ilmeisesti vaikutti myös halu tukeutua Skandinaviaan ja sen kulttuuriperintöön aikana, jolloin Suomen tulevaisuus oli epävarma. Etenkin suomenruotsalaisten tutkijoiden keskuudessa tämä näyttää olleen merkittävä motiivi.[4] Tähän liittyen realistista

---

[23] *Carlson,* Luckor i rätten s. 599—601.

[24] Ks. *Kivimäki,* Lainkäytön ja oikeustieteen oikeutta kehittävästä merkityksestä s. 478 ja *Brusiin,* Tuomarin harkinta normin puuttuessa s. 187.

[1] Ks. esim. *Brusiin,* Oikeustiede ja käytäntö s. 198: ”Yhteiskuntatieteellisen tutkimuksen metodien tehostuessa on todennäköistä, että pystytään luomaan entistä tehokkaampi oikeustekniikka s.o. juristit oppivat teknillisinä asiantuntijoina ohjaamaan yhteiskunnallista tapahtumista liki yhtä tehokkaasti kuin insinöörit luonnonkulkua”.

[2] Ks. esim. *af Hällström* JFT 1944 s. 287: ”Viktigast vore, att våra privaträttsforskare utbytte sitt logiska tänkande mot att samla erfarenhetsrön, upphörde med sin vurm för deduktion till förmån för induktion, frigjorde sig från bokstavsträldom och hårklyveri för att i stället göra sig förtrogna med det levande livets mångskiftande former och ständigt nya behov och gjorde sig socialt och ekonomiskt kompetenta att leda utvecklingen och tillgodose de berättigade behoven . . .”

[3] Ks. esim. *Brusiin,* JFT 1944 s. 284, *af Hällström,* Verkan av ägareförbehåll s. 19—22, *Taxell,* Aktiebolagstyrelsens kompetens s. 6—8.

[4] Ks. esim. *Taxell,* Panträtt i skuldebrev s. 50: ”Det senare alternativet har godtagits i modern nordisk rätt. Så bör man göra också hos oss”.

metodia ei enää esiteltykään uutuutena, vaan pikemminkin asennoitumisena, joka edusti pohjoismaisen oikeuskulttuurin vanhoja ja parhaita perinteitä.[5] Toisen maailmansodan vielä kestäessä saatettiin realistisen metodin vastustajille lisäksi huomauttaa, että Saksassakin oli kansallissosialistien valtaantulon jälkeen luovuttu konstruktiivisesta, elämälle vieraasta juridiikasta ja omaksuttu ohjelma, jonka mukaan ”Das Recht muss wieder volksnach werden”.[6]

Uuden instrumentalistisen asennoitumisen legitimointi edellytti oikeuslähdeperiaatteiden muuttamista. *Montgomeryn* ja *Ekströmin* kannasta, jonka mukaan vain laki ja maan tapa kävivät oikeuslähteistä, oli luovuttava.[7] Oikeuslähdepohjan laajentamisesta tulikin suomenruotsalaisten siviilioikeuden tutkijoiden yhteinen vaatimus. *af Hällströmin* mukaan on reaalisille harkinnoille ja sosiologisille näkökohdille myönnettävä oikeuslähteen asema. Niitä ei tule ymmärtää pelkästään viimeisiksi keinoiksi, joilla tuomari saa lain vaietessa aikaan ratkaisun yksittäistapauksessa. Myös reaalisiin argumentteihin perustuvat ratkaisut voivat olla *oikeudellisia* ja siten yleistettäviä ratkaisuja.

af Hällström katsoi reaalisten argumenttien painoarvon sangen suureksi. Niille oli hänen mukaansa annettava ratkaiseva merkitys aina, kun kirjoitettu laki ei sitä suoranaisesti estä. Toisinaan ne saattavat oikeuslähteiden hierarkiassa jopa syrjäyttää säädännäisen lähteen, kuten seuraavasta sangen radikaalista vaatimuksesta ilmenee: ”Ett lagstadgande, tillkommet under andra sociala och ekonomiska förhållanden än de nu rådande, bör sättas ur bruk och ehuru fortfarande formellt gällande, ersättas med en rättsregel, vars innehåll bestämmas av denna andra rättskälla”.[8]

Samaan tapaan ajatteli *Gunnar Palmgren*. Lainsäätäjä ei hänen mukaansa aina pysy nopean yhteiskunnallisen muutoksen tahdissa. Oikeustieteen on tästä syystä omaksuttava uusi rooli. Sen on ylitettävä entiset rajansa ja taistelta-

---

[5] Ks. *af Hällström,* Det nordiska rättsarvet s. 164 ”De nordiska lagarna har sedan första början varit folkligt, klart och kärvt avfattade. Systematiska synpunkter har man icke låtit vägleda sig av utan i stället följt det praktiska livets krav.”

[6] Ks. *Gunnar Palmgren,* Några synpunkter på rättsvetenskapens arbetsuppgifter s. 177—178, *af Hällström,* Verkan av ägareförbehåll s. 17, *Brusiin,* Oikeustiede ja käytäntö s. 201 ja *Brusiin,* JFT 1944 s. 285. Tätä ei voitane tulkita ilmaukseksi kansallissosialistisen oikeuskäsityksen omaksumisesta. Kysymys oli pikemminkin saksalaissuuntauksen vastustamisesta sen omin argumentein. Kansallissosialistien siviilioikeudellisten näkemysten omaksumisesta — tai edes niihin viittaamisesta — ei tuon ajan oikeuskirjallisuudessamme näy merkkejä.

[7] Ks. *Montgomery,* Handbok i Finlands allmänna privaträtt s. 13—28 ja *Ekström,* Privaträttens allmänna läror s. 10—38.

[8] Ks. *af Hällström,* Verkan av ägareförbehåll s. 17—19.

va itselleen uusi, suurempi elintila. Sen on tarvittaessa itse luotava oikeutta eikä sokeasti tuijotettava vanhentuneisiin lainkohtiin.[9]

Ek oli jossakin määrin varovampi ja nyansoidumpi. Hänen oikeuslähdeperiaatteita koskevat mielipiteensä noudattelevat paljolti käsityksiä, joita *Ross* oli esittänyt teoksessa "Virkelighed og Gyldighed i Retslæren".[10] Ek korostaa kirjoitetun lain ja tavanomaisen oikeuden lähtökohtaista ensisijaisuutta "elämän sääntöihin" verrattuna, mutta toteaa toisaalta, että olisi erheellistä pyrkiä vahvistamaan oikeuslähteiden hierarkiaa. Tämä johtuu siitä, että reaaliset näkökohdat vaikuttavat — ja niiden tuleekin vaikuttaa — paitsi itsenäisinä ratkaisuperiaatteina myös muiden oikeuslähteiden tulkinnassa. Oikeuslähteiden käytössä ei siten ole kyse valinnasta, jossa vain yksi valitaan muut samalla syrjäyttäen, vaan ratkaisu perustuu eri oikeuslähteiden yhteisvaikutukseen.[11]

Mainittuja käsityksiä myötäileviä ajatuksia korostivat eräät niistäkin tutkijoista, jotka eivät systemaattisesti kirjoittaneet näkyviin oikeuslähdeoppiaan.[12] Käsitys reaalisten argumenttien perustavasta merkityksestä oli uuden tieteenkuvan keskeinen elementti. Kenties pisimmälle oikeuslähdepohjan laajentamisessa meni *Brusiin,* joka vaati myös *oikeustieteen* perustelluille tuloksille oikeuslähteen asemaa. Tapa, jolla Brusiin täsmentää vaatimustaan, kertoo vankasta luottamuksesta uuteen oikeustieteeseen: "Perustelluilla tuloksilla tarkoitamme sitä, että tutkimusta todella on harjoitettu oikean realistisen metodin mukaisesti".[13]

Mitä itse asiassa oli reaalinen argumentaatio, jolle realistinen metodi antoi keskeisen aseman? *Vinding Krusen* mukaan sillä tarkoitetaan asian mahdollisimman tarkoituksenmukaista ratkaisua "ud fra en videskabelig Undersøgelse af de samfundsmæssige reale Grunde".[14] Tämä jokseenkin yleispiirteinen luonnehdinta näytti olevan lähtökohtana myös niissä harvalukuisissa kotimaisissa kirjoituksissa, joissa asiaa käsiteltiin yleisemmällä tasolla.

Eniten huomiota kysymykselle omisti *Ek.* Hänen mukaansa reaalisilla näkökohdilla tarkoitetaan järjestystä, jonka tulee vallita, jotta oikeusinstituutti vastaisi käytännöllistä tarkoitustaan. Vaatimus oikeudellisen ratkaisun käytännöllisestä tarkoituksenmukaisuudesta on hänen mielestään realistisen metodin

[9] Ks. *Palmgren,* Några synpunkter på rättsvetenskapens arbetsuppgifter s. 178 ja *sama,* Suomen siviilioikeus pääpiirteittäin I s. 33.

[10] Ks. *Ross,* m.t. s. 129—132.

[11] Ks. *Ek,* Utomobligatoriskt skadeståndsansvar s. 18—24.

[12] Ks. esim. *Taxell,* Aktiebolagstyrelsens kompetens s. 7—8, *sama,* Panträtt i skuldebrev s. 1 ja s. 30 ja *Godenhielm,* Några ord om juridiken som vetenskap. s. 12 ss.

[13] *Brusiin,* Oikeustiede ja käytäntö. s. 204.

[14] *Vinding Kruse,* Retslaeren I s. 165.

keskeisin piirre.[15] Toisessa yhteydessä *Ek* luonnehtii reaalista argumentaatiota antamalla ymmärtää, että siinä on kyse tapausta ratkaistaessa huomioon otettavien tosiseikkojen määrän olennaisesta lisäämisestä. Se tähtää myös niiden tapauksen piirteiden sosiaalisesti tarkoituksenmukaiseen arviointiin, jotka lainsäätäjä on jättänyt huomiotta.[16]

Huolehtiminen oikeussääntöjen käytännöllisestä tarkoituksenmukaisuudesta oli myös *af Hällströmin* mukaan realistisen metodin keskeinen piirre. Hän luonnehtii menetelmää, jota hän käyttää omistuksenpidätystä koskevassa tutkimuksessaan, sanomalla tähtäävänsä liike-elämän käytännössä kehittyneen menettelytavan, ehdollisen kaupan, arviointiin sen yhteiskunnallisten seuraamusten perusteella. Mikäli havaitaan, että menettelytapa edistää sosiaalista ja taloudellista kehitystä, vaikuttaa stimuloivasti tuotantoon ja tavaranvaihtoon tai tyydyttää tervettä luoton tarvetta, sille on hänen mukaansa annettava juridiikan taholta kaikki tuki ja oikeussuoja. Muussa tapauksessa suoja on evättävä, jolloin menettelytapa katoaa.[17] Samankaltainen näkemys oikeustieteen ja liike-elämän suhteista kuvastuu myös *Taxellin* väitöskirjan alkusivuilta.[18]

Jos näiden — sinänsä hyvin vaatimattomien — luonnehdintojen pohjalta pyritään yleisesti kuvaamaan esittäjiensä tiedekäsitystä, voidaan sanoa sen edustavan pragmaattista instrumentalismia jokseenkin samassa merkityksessä, jolla *Summers* on luonnehtinut amerikkalaista realismia.[19] Oikeustieteellä ja oikeusnormeilla nähdään olevan välinearvoa tiettyjen ekstrajuridisten tavoitteiden saavuttamisessa. Oikeuskysymysten ratkaiseminen seurausharkintaa ja teleologista säännöstulkintaa käyttäen auttaa realisoimaan po. arvon sosiaalisen ja taloudellisen elämän menestykseksi.

b. Vaatimus reaalisten argumenttien käytöstä ei 1940-luvun tutkimuksessa jäänyt pelkästään ohjelmalliselle tasolle, vaan toteutui olennaisessa määrin käytännön tutkimustyössä. Tutkimusaiheet, joita tuon ajan siviilioikeustiede tarkasteli, olivat reaaliselle argumentaatiolle otollisia. Niinpä *af Hällström* pääsi omistuksenpidätysehtoa tutkiessaan pureutumaan välitilailmiöihin, jotka vanhasta traditiosta ponnistavalle tutkimukselle olivat osoittautuneet pulmallisiksi. Asiaa koskevan lainsäädännön vähäisyys mahdollisti reaalisten argumenttien laajan käyttämisen ja yleisiin oppeihin tukeutuvaan vanhaan doktriiniin

---

[15] Ks. *Ek,* Utomobligatoriskt skadeståndsansvar s. 28.
[16] Ks. *Ek,* Utomobligatoriskt skadeståndsansvar s. 32.
[17] Ks. *af Hällström,* Verkan av ägareförbehåll s. 13—14.
[18] Ks. *Taxell,* Aktiebolagstyrelsens kompetens s. 6—7.
[19] Ks. *Summers,* Instrumentalism and American Legal Theory n. 60—61 ja 146—147.

suunnatun rintamanlevyisen konfrontaation. *Ek*'in valitsema vahingonkorvausoikeudellinen aihe soi hänelle jokseenkin yhtäläisen vapauden. Osakeyhtiölain iäkkyys ja aukollisuus tarjosi puolestaan *Taxellille* ja *Olssonille* tilaisuuden koetella taitoaan reaalisten argumenttien käyttäjinä.[20]

Paitsi edellä mainittuja, joiden metodi näyttäytyi laajamuotoisissa töissä, esiintyi muitakin reaalisten argumenttien käyttäjiä. Argumentaatioltaan kiintoisimpiin pienimuotoisiin kirjoituksiin kuuluu *Lahtisen* artikkeli "Vekselilain 17 §:n tulkintaa". Se on varhaisin tuntemani kirjoitus, jossa modernia käsiteanalyysia on hyödynnetty lainopissamme. Lahtinen erittelee siinä sangen hienojakoisia distinktioita käyttäen vekselilain 17 §:ssä tarkoitettua vahingon käsitettä voidakseen osoittaa, että ne käsitteelliset välttämättömyydet, joihin aikaisempi tulkinta (mahdollisesti) perustuu, ovat näennäisiä. Tulkitsijalle jäävä valinnanvara osoittautuu siten suuremmaksi kuin on ajateltu. Valinnan erittelemiensä tulkintavaihtoehtojen välillä Lahtinen tekee osittain loogisin ja osittain reaalisin argumentein.[21] Kirjoituksesta paljastuu eräs käsiteanalyysin ja reaalisen argumentaation välisistä yhteyksistä. Käsiteanalyysi oli keino, jonka avulla voitiin käyttää tarkoin hyväksi säännöstekstin kielellinen väljyys ja tehdä näin reaalisille argumenteille enemmän tilaa.

Osoituksena argumentaatiotavan muuttumisesta voitaneen pitää sitäkin, että reaalisia argumentteja esiintyi täysin toiseen tutkimustraditioon kuuluvan *Heikosen* kirjoituksissa. Ajatus reaalisten argumenttien heikosta justifikatorisesta painoarvosta systemaattisiin näkökohtiin verrattuna näkyy kuitenkin hänen pyrkimyksestään etsiä analogiatukea — vaikka kaukaakin — reaalisten argumenttien sanelemalle ratkaisulle.[22]

Tavoitteet, joita käytettiin reaalisina argumentteina, olivat hyvin moninaisia. Osa sijoittui sangen korkealle tavoite-keino -hierarkiassa, kuten esimer-

[20] Uuden juridiikan tyypillistä tapaa lähestyä juridisia ongelmia voidaan havainnollistaa seuraavilla sitaateilla. (1) "Själva lagrummet synes icke giva något direkt svar på denna fråga . . . Det gäller därför med ledning av allmänna tolkningsnormer och i stöd av reella överväganden söka lösningen av den uppställda frågan". *Godenhielm:* Till tolkningen av 15 § skuldebrevslagen s. 242. (2) "Den omständigheten att lagstiftningen . . . ej innehåller några generella stadganden om skadeansvarigheten gör det nödvändigt för rättstillämparen att så gott som uteslutande söka stöd i olika faktiska omständigheter och reella överväganden. Särskilt har han att taga hänsyn till vilka intressen av ekonomisk eller annan art, som i det enskilda fallet göra anspråk på rättsskydd." *Taxell,* Är byggnadsentreprenör s. 109—110.

[21] Ks. *Lahtinen,* Vekselilain 17 §:n tulkintaa. *passim.*

[22] *Ks. Heikonen,* Eräs osakkeiden lunastamista koskeva tapaus. Analogiatukea etsitään siinä maakaaresta (s. 608) ja merilaista (s. 609). Vrt. toisaalta *Heikonen,* Testamentin peruuttamisesta s. 275, jossa hypoteesi juridisten entiteettien fysikaalisesta käyttäytymisestä syrjäyttää kohtuusargumentit.

kiksi ''vaihdannan intressi''[23], ''vaihdannan varmuus''[24] ja ''liike-elämän intressi''[25]. Konkreettisempia olivat esimerkiksi ''vahinkojen estämistavoite'',[26] ''korvauksen varmistaminen'',[27] ''yhtiövarallisuuden säilyttäminen''[28] sekä ''yksinkertaisuus- ja halpuustavoite pantin realisoinnissa''.[29] Myös puhtaita kohtuullisuusargumentteja käytettiin.[30]

Hyvin tavallista oli, että ratkaisuehdotuksilla pyrittiin suojaamaan tietyssä juridisessa roolissa toimivan oikeussubjektin, esim. ostajan, myyjän tai panttivelallisen, tyypillisiä *rooli-intressejä.*

Suojaa kaipaavien intressien valintaa ei juurikaan perusteltu, mihin lienee ollut syynä, että niiden katsottiin muutoinkin olevan evidenttejä. Intressien joutuessa kollisioon ratkaisu tehtiin intressipunninnalla, jolloin ratkaisuperusteen muodostivat yleensä vaihdannan edistämisnäkökohdat tai muut liike-elämän intressit.[31] Vaihdannan edistämisen voidaankin sanoa olleen tuon ajan siviilioikeudellisen tutkimuksen keskeisiä tavoitteita. Arvostukset, joille argumentaatio rakentui, olivat melko puhtaasti porvarillisia termin alkuperäisessä merkityksessä. Muut, kuten esimerkiksi sosiaaliset näkökohdat ja ajatus heikomman osapuolen suojaamisesta eivät saaneet argumentaatiossa sijaa.

Viimeksi mainitussa suhteessa on kiintoisa *af Hällströmin* vuonna 1940 ilmestynyt artikkeli ''Force majeure vid hyresavtal''. Siinä pohditaan mm. kysymystä, onko vuokralaisella oikeutta vuokran alennukseen sen johdosta, että hän asepalvelukseen joutuneena tai evakuointimääräyksen saaneena ei voi käyttää huoneistoa. Kirjoitus on af Hällströmin laatimaksi sikäli poikkeava, että siinä on jossakin määrin legalistinen sävy. Kirjoittaja, joka toisessa yhteydessä vaatii jopa lain syrjäyttämistä reaalisten argumenttien sitä vaatiessa, ei tässä kohden toteuta ohjelmaansa. Reaaliset argumentit eivät saa merkittävää painoa, vaan niiden asemesta nojaudutaan huoneenvuokralakiin ja sopimusoikeu-

---

[23] Ks. esim. *af Hällström,* Verkan av ägareförbehåll s. 39, 42—44, 51 ja 74.

[24] Ks. esim. *Taxell,* Om avbeställningsrätt vid leverans och arbetbeting s. 155—156, *sama,* Panträtt i skuldebrev s. 54 ja *Olsson,* Aktieförvärvares rätt i förhållande till bolaget s. 61.

[25] Ks. esim. *af Hällström,* Verkan av ägareförbehåll s. 74.

[26] Ks. esim. *Taxell,* Är byggnadsentreprenör s. 112.

[27] Ks. esim. *Taxell,* Är byggnadsentreprenör s. 114.

[28] Ks. *Taxell,* Aktiebolagstyrelsens kompetens s. 7.

[29] Ks. *Taxell,* Panträtt i skuldebrev s. 54.

[30] Ks. esim. *Taxell,* Till frågan om den skadelidandes medvekan i utomobligatoriskt skadeförorsakande s. 371—374.

[31] Ks. esim. *af Hällström,* Verkan av ägareförbehåll s. 39, 73—74, 82 ja 123—126. Oikeudellisen intressin käsitteestä ks. *Taxell,* Aktiebolagstyrelsens kompetens s. 18.

delliseen doktriiniin. Näistä perusteista käsin hän päätyy kieltävään vastaukseen.[32]

c. Tarkasteltaessa, millaisiin ratkaisusuosituksiin reella övervägande -metodi johti, voidaan erottaa kaksi päälinjaa. Toinen niistä, tärkeimpänä edustajanaan *Taxell,* voidaan nähdä reaktiona pandektistiselle juridiikalle ominaista kaavamaisuutta (systemaattisuutta) vastaan. Taxellin ideaalina oli yksittäistapausta varten räätälintyönä tehty ratkaisu, jossa tapauksen erityispiirteet oli asianmukaisesti otettu huomioon. ''Då man en gång erkänner de reella övervägandenas grundläggande betydelse ...är det naturligt att man icke begränsar kretsen av de faktiska omständigheter, som kunna ha relevans för rättsavgörandena'', hän toteaa.[33] Kaikki tapauksen piirteet saattavat periaatteessa olla juridisesti relevantteja tosiseikkoja.

Kasuistiikan kohottaminen ihanteeksi näyttäisi aiheuttavan ongelmia lainopille. Sehän ei voi keskittyä uniikkitapausten ainutkertaisten piirteiden juridisen relevanssin pohdiskeluun. Ollakseen käytännölle avuksi sen on tarkasteltava tapaustyyppejä, joiden piiriin saattaa kuulua ennalta rajoittamaton määrä konkreettisia tapauksia. Taxell oli tästä tietoinen, ja hänen ratkaisunsa oli, että lainopin ei tule kehittämillään säännöillä pyrkiä liiaksi sitomaan soveltajaa. Lainopin tuloslauseet oli muokattava joustaviksi yleislausekkeiksi, joita soveltaessaan lainkäyttäjä saattaa hyvin vapaasti ottaa huomioon tapauksen erityispiirteitä.[34]

Osakeyhtiön hallituksen kompetenssia koskevassa tutkimuksessaan Taxell seuraa sangen tarkoin esittämiään metodiohjeita.[35] Hänen tyypilliset tuloksensa ovat yleislausekkeita, joissa annetaan vain yleisiä suuntaviivoja in casu -harkinnalle.[36] Voitaneenkin sanoa, että yleislausekkeet tuotiin siviilioikeuteemme

[32] Ks. *af Hällström,* Force majeure vid hyresavtal. *passim.*

[33] *Ks. Taxell,* Aktiebolagstyrelsens kompetens s. 7.

[34] Ks. tästä *Taxell,* Aktiebolagstyrelsens kompetens s. 9—11.

[35] Sitä vastoin hänen tuloslauseensa teoksessa ''Panträtt i skuldebrev'' sisältävät myös jokseenkin täsmällisiä sääntöjä.

[36] Ks. Aktiebolagstyrelsens kompetens esim. s. 150—163. Kirjoittajan suhtautuminen antamiinsa ohjeisiin ilmenee tiivistetyssä muodossa s. 163, jossa hän toteaa: ''*Sammanfattningsvis* kan understrykas, att de synpunkter, som ovan framhållits i fråga om förhållandet mellan styrelsekompetens och föremålet för bolagets verksamhet, ingalunda äro uttömmande, utan endast angiva de allmänna riktlinjer man har att följa vid en bedömning in casu. Alla faktiska och rättsliga omständigheter, som ha relevans, böra beaktas''. Tyypillinen esimerkki *Taxellin* tavasta formuloida tuloksensa on myös s. 202: ''I princip kan man sålunda fastslå, att styrelsen är förhindrad at företaga sådana förmögenhetsdispositioner, som utesluta eller minska aktieägarnas dividendkrav för längre eller kortare tid, såframt icke i det enskilda

olennaisessa määrin lainopin kautta. Lainsäädännössä vahvistetut yleislausekkeet olivat vain murto-osa niistä, joita oikeusyhteisölle tarjottiin normisuosituksina.[37]

Selvästi toisella tavoin käytti reaalisia argumentteja *af Hällström*. Vaikka reaaliset näkökohdat johtivat häntäkin asioiden entistä eriytyneempään tarkasteluun, säännöt, joihin hän tarkastelun tuloksena päätyy, ovat täsmällisiä ja jättävät soveltajalle vain tavanomaisen määrän harkinnanvaraa. Selkeät säännöt reaalisten näkökohtien pohjalta näyttävät olleen hänen tavoitteenaan. Lienee sallittua tulkita hänen ajatuksiaan niin, että sääntöjen kaavamaisuus oli yhä arvo. Normikannanottoa kehitettäessä ei ollut lupa kiinnittää huomiota pelkästään siihen, että normi joustaa ja mahdollistaa optimaalisen ratkaisun yksittäisessä riidassa, vaan oli pidettävä silmällä myös normin käytäntöä ohjaavaa funktiota, ts. sitä, että riidat normin vaikutuksesta ennalta estyvät. Tämä edellyttää normilta tiettyä kaavamaisuutta. Se ei kuitenkaan saanut olla pandektioikeudellisten periaatteiden vaan reaalisten argumenttien sanelemaa kaavamaisuutta. Tässä kohden, kuten myös kohtuuargumenttien vieroksunnassaan, af Hällström tuli melko lähelle *Lundstedtin* näkemyksiä.

Kaavamaisuuden ja kasuistisuuden välillä juridiikassa vallitsevaa jännitettä tarkasteli laajahkosti *Ek*. Hänkin hyväksyi pohjoismaisen pyrkimyksen, joka käsitelainopille ominaisen yksinkertaistamistendenssin vastapainoksi pyrki eriyttämään tapausten juridista arviointia.[38] Hän ei kuitenkaan tahtonut mennä yhtä kauaksi kasuistisuuden suuntaan kuin eräät pohjoismaiset tutkijat, vaan korosti myös säännönmukaisuuden merkitystä. Sen asemesta, että ääripäistä kaavamaisuus — kasuistisuus valittaisiin toinen, on pyrittävä tasapainoilemaan niiden välillä. Yhteiskunnalle välttämätön säännönmukaisuusvaatimus aiheuttaa sen, että yksittäistapauksessa ei aina ole mahdollista saavuttaa kaikkein rationaalisinta ratkaisua. Tämä asia on hyväksyttävä eräänlaisena välttämättömänä pahana.[39]

Ek'in pyrkimys tasapainoon johti hänet ratkaisuun, jonka mukaan oli kehitettävä *alastandardeja* yleislausekkeiden täsmentämiseksi. Alastandardit kos-

---

fallet motstående hänsyn betinga avsteg från denna grundsats." Tavasta, jolla *Taxell* yleisemmin perustelee tutkimusasennettaan, K. JFT 1950 s. 66—67.

[37] Yleislausekkeita koskevasta keskustelusta 1940-luvulla ks. *af Hällström,* Borde lagarna vara uttömmande och detaljerade eller kortfattade och allmänt hållna ja *Alanen,* Kohtuusnäkökohtien merkitys lainsäädännössä ja -käytössä. Vrt. *Carlson,* Luckor i rätten, jossa Carlson — eräitä yksittäistapauksia ensisijaisesti tarkoittaen — katsoo yleislausekkeiden edustavan lainsäätäjän ennenaikaista resignaatiota vaikeuksien edessä.

[38] Ks. *Ek,* Utomobligatoriskt skadeståndsansvar s. 9—13.

[39] Ks. *Ek,* Utomobligatoriskt skadeståndsansvar s. 183—185.

kivat yleislausekkeen alaan kuuluvia tyypillisiä tilanteita ja sisälsivät täsmällisempiä ohjeita niiden ratkaisemiseksi. Näin voitiin ikäänkuin vähitellen kuroa umpeen sitä tyhjiötä, johon osuvat tapaukset yleislauseke jätti ratkaistavaksi in casu.[40]

d. Samalla tavoin kuin reaalisten argumenttien painoarvo kasvoi, lisääntyi 1940-luvulla myös *prejudikaattien* merkitys. Kumpaakin muutosta voidaan pitää osana suomalaisen siviilioikeustieteen pohjoismaistumisprosessia.

Suhtautumisessa prejudikaatteihin voidaan nähdä sama säännönmukaisuus, joka vaikutti jo 1920—1930 -luvuilla. Konstruktiivisen lainopin edustajat eivät antaneet oikeuskäytännölle sanottavaa painoa. *Hannikaisen* väitöskirjasta oikeuskäytäntö puuttuu lähes kokonaan. Metodikysymyksiin eklektisesti suhtautuvien tutkijoiden töissä voidaan mahdollisesti havaita prejudikaattien painoarvon jonkinasteista lisääntymistä. Esimerkiksi *Rautiala* esittää väitöskirjassaan runsaahkosti oikeustapauksia. Usein ne korvaavat argumentaatiota, joka hänen työstään sekä konstruktivistisen että realistisen metodin mittapuilla arvioituna paljolti puuttuu.[41]

Uuden pohjoismaisen suuntauksen kannattajien asenne prejudikaatteihin oli selkeän myönteinen. Heidän mielestään oli luovuttava lainopillemme ominaisesta prejudikaattikielteisyydestä ja annettava oikeustapauksille entistä suurempi merkitys, kuten muissa pohjoismaissa oli jo tehty.[42]

Suurimman merkityksen oikeuskäytäntö sai *Ek*'in teoksessa. Alastandardit, joita hän vahingonkorvausoikeuden yleisperiaatteiden täsmentämiseksi kaipasi, voitiin hänen mukaansa muotoilla pääasiallisesti oikeuskäytännön avulla.[43] Ajatuksen toteuttamisen tuloksena syntyi noin 100 sivun laajuinen esitys, joka sisältää pelkästään oikeustapauksia ja niiden kommentointia. Runsaasti oikeustapauksia oli myös *af Hällströmin, Palmgrenin, Olssonin* ja *Nyberghin* kirjoituksissa.[44]

Verrattuna reaalisten argumenttien puolustamiseen suhtautuminen preju-

---

[40] Ks. *Ek,* Utomobligatoriskt skadeståndsansvar s. 221—226.

[41] Ks. myös *Caselius,* Voidaanko KK 11 luvun 4 §:ssä ja 12 luvun 4 §:ssä lausuttua periaatetta soveltaa myöskin avoimella siirrolla varustettuihin osakkeisiin. Kirjoituksessa on runsaasti oikeustapauksia.

[42] Ks. erit.*Ek,* Utomobligatoriskt skadeståndsansvar s. 35—40.

[43] Ks. *Ek,* Utomobligatoriskt skadeståndsansvar s. 28.

[44] Ks. esim. *af Hällström,* Verkan av at det avtalade priset vid fastighetsköp är et annat än det i köpebrevet angivna. *Palmgren,* Om säljarens rätt att åberopa svek eller bedrägeri vid överlåtelse av fast egendom. *Olsson,* Aktieförvärvares rätt i förhållande till bolaget ja *Nybergh,* Ett par äktenskapsrättsliga spörsmål.

dikaatteihin oli kuitenkin maltillisempaa. Sikäli kuin olen havainnut, prejudikaateille ei vaadittu varsinaisen oikeuslähteen asemaa, vaan paine niiden tuntemiseen johtui juridiikkaan suunnatusta elämän- ja käytännönläheisyysvaatimuksesta.[45] Oikeuskäytännön katsottiin sisältävän sellaista käytännön elämää koskevaa tietoa, joka auttaa tekemään käytännöllisesti relevantteja kysymyksiä ja antamaan niihin järkeviä vastauksia.

Tarkasteltaessa prejudikaattien ja reaalisten argumenttien *keskinäistä painoarvoa* näyttävät viimeksi mainitut saaneen selvän etusijan. Tuomioistuinpositivismia, jossa ylimmän oikeusasteen ratkaisut ilman muuta hyväksytään voimassa oleviksi oikeussäännöiksi, ei 1940-luvulla esiintynyt. Tiedettä ei haluttu alistaa ratkaisukäytännön orjaksi, vaan päin vastoin reaalisten näkökohtien avulla haluttiin käytäntö säilyttää tieteen valvonnassa.[46] Tämän valinnan voidaan skandinaavisen realismin traditiossa sanoa edustaneen lundstedtilais-ekelöfiläistä linjaa.[47]

e. Tarkasteltaessa tiedeyhteisön suhtautumista uuteen pohjoismaiseen tutkimustapaan jäävät tulokset melko laihoiksi. Epäluulo, jota ''realistista metodia'' kohtaan ilmeisesti tunnettiin, ei johtanut laajamuotoiseen debattiin, vaan purkautui lähinnä neulanpistoina kirja-arvosteluissa tms. pienimuotoisissa kirjoituksissa.

Kritiikin tarkempaa suuntautumista selvitettäessä voidaan sanoa sen kohdistuneen kahteen uuden tutkimustavan piirteeseen, nimittäin liian laajaan oikeuslähdeoppiin[48] ja toisaalta siihen, että systemaattisuuden ja kasuistisuuden välinen jännite oli katkaistu asettumalla yksipuolisesti viimeksi mainitun kannalle.[49]

---

[45] Ks. *Ek,* Utomobligatoriskt skadeståndsansvar s. 8, *af Hällström,* JFT 1944 s. 288 ja *Godenhielm,* Några ord om juridiken som vetenskap s. 16.

[46] Tätä seikkaa on vaikea dokumentoida lähdeviittein. Se kuitenkin näkyy mielestäni siitä tavasta, jolla lainoppia tuohon aikaan harjoitettiin. Jossakin määrin sen tueksi voidaan esittää myös lainoppineiden nimenomaisia lausumia. Ks. esim. *Taxell,* Är byggnadsentreprenör . . . s. 111 ja *Palmgren,* Några synpunkter på rättsvetenskapens arbetsuppgifter s. 178. Eräässä yksittäistapauksessa *Rautiala* kuitenkin ratkaisee oikeuskäytännön kannan ja kohtuuargumentin välisen ristiriidan toisin ts. kohtuuargumentti syrjäytyy käytännön kannan tieltä. Ks. Puolison velkasuhteet s. 106. Samoin kirjoituksessa ''Minä hetkenä avio-oikeuden on katsottava lakkaavan'' s. 76.

[47] Ks. tästä myös *Klami,* ''Kuluttajansuojasta'' oikeustieteessä s. 477—479.

[48] Ks. etenkin *Hakulisen* erittäin kielteistä kirja-arvostelua *af Hällströmin* ''Verkan av ägareförbehåll'' -teoksesta s. 419—420. Ks. myös *Granfelt,* JFT 1944 s. 286.

[49] Ks. *B. C. Carlson,* Reella överväganden s. 194 ss. Kasuistiikkaa arvostelee myös muutoin pohjoismaisittain suuntautunut *Gunnar Palmgren.* Jos oikeustieteen tutkija kam-

Nähdäkseni syvällisimmin ja mielenkiintoisimmasta perspektiivistä näkivät muutoksen ne, jotka katsoivat siinä olevan kyse *oikeuskulttuurin taantumisesta* Pohjolassa, juridisen sivistyksen korvaamisesta pelkällä lautamiesjärjellä. Lainaan *Caseliusta:* ''Niinkuin rakennusalalla rakennusmestariviisautta pidetään arkkitehtitietoa etevämpänä niin lautamiesjärkeäkin kehutaan usein kirjaviisautta paremmaksi. Ihaillaan menneen ajan kihlakunnantuomareita, jotka eivät sotkeneet tieteisoppia logiikkaansa, vaan tuomitsivat omantuntonsa ja 1734 vuoden lain, tuon laeista parhaan mukaan, mikäli he ollenkaan lakia tarvitsivat. Tämä sama ajattelutapa on pohjana sille nykyisin muodissa olevalle virtaukselle, joka hyläten käsitteet ja konstruoinnit, ratkaisee kaikki esille tulevat kysymykset iskulauseella ''reella överväganden och fakta'', milloin ei turvaudu ''samhällsnyttan'' käsitteen perusteella epämääräisiin ja sekaviin sanontoihin. Täten viitataan kintaalla vuosisatojen tieteisopilliselle kehitykselle ja — mikä helpotus tiedemiehelle — päästään perehtymästä tieteisoppiin. Kysymykset, mitkä eteen tulevat, ratkaistaan helposti ''taloudellisten tekijäin'' ja ''käytännöllisten näkökohtien'' vaatimalla tavalla kuinka kulloinkin sattuu''.[50] Samankaltainen, mutta vähemmän kärjekkäästi ilmaistu huoli oikeuskulttuurin kohtalosta kuvastuu *Hakulisen* kirjoituksesta ''Latinankieli ja lainoppi'', jossa korostetaan roomalaisen ja pandektioikeuden tärkeyttä eurooppalaisen oikeuskulttuurin peruslähteenä.[51]

3.2.2.4. 1950-luku

a. Seuraava vuosikymmen, 1950-luku ei tuonut olennaisesti uusia aineksia oikeuslähteiden keskinäistä painoarvoa koskevaan keskusteluun. Yleisellä tasolla käyty debatti reaalisista argumenteista ja niiden oikeuslähdemerkityksestä näytti vaimenevan. Tällaista keskustelua ei ilmeisesti enää pidetty tarpeellisena, koska uusien oikeuslähdeperiaatteiden läpimurron katsottiin jo tapahtuneen.[1]

Uudistuneisiin oikeuslähdeperiaatteisiin sisältyi ajatus, jonka mukaan reaa-

---

moaa selkeitä tuloksia ja niiden asemesta kehottaa ratkaisemaan oikeusongelmat intressipunninnalla in casu, voidaan joutua liike-elämää haittaavaan oikeudelliseen epävarmuuteen. Ks. *Palmgrenin* lausuntoa Taxellin väitöskirjasta s. 317—318.

[50] Ks. *Caselius,* Virallisen vastaväittäjän lausunto Hannikaisen väitöskirjasta s. 477.

[51] Ks. *Hakulinen,* Latinankieli ja lainoppi. *passim.*

[1] Ks. kuitenkin *Alanen,* oikeustiede oikeuslähteenä, jossa tutkijoita kehotetaan tasapainoilemaan käsitelainopillisen ja toisaalta realistisen äärimmäisyyden välimaastossa. — Lisäksi esiintyi joitakin puheenvuoroja, joissa valitettiin tapahtunutta kehitystä. Niistä tulee puhetta jäljempänä. Tässä yhteydessä on muistettava myös edellisessä jaksossa (s. 344) esitetyt, konstruktiivista metodia puolustavat näkemykset, jotka voidaan samalla tulkita uusien oikeuslähdeperiaatteiden kritiikiksi.

liset näkökohdat olivat tärkeä — tieteen kannalta ehkä tärkein — oikeuslähde. Lainoppi oli tämän mukaan reaalisille näkökohdille perustuvaa argumentaatiota positiivisen oikeuden ja oikeuskäytännön muodostamassa väljässä kehyksessä. Juridisia kannanottoja oli *Lahtisen* sanoja käyttääkseni perusteltava ”niin pitkälti kuin mahdollista yhteiskunnallisessa elämässä esiintyvillä syillä ja niiden seurauksilla”.[2] Olennainen osa siviilioikeuden tutkijan ammattitaitoa oli em. kehyksen muodostaman vasteen voittaminen kehystä kuitenkaan rikkomatta. Positiivisesta oikeudesta oli puristettava esiin oikeusohjeita, jotka täyttivät hyvälle sosiaalitekniikalle asetettavat vaatimukset.

Kun näitä ajatuksia sovellettiin konkreettiseen tutkimustyöhön, lainsäädännön merkitys oikeuslähteenä koki muutoksia. Sen asema relativoitui — tai ainakin sen merkityksen suhteellisuus tunnustettiin entistä avoimemmin. Jos lain säännös ja reaaliset argumentit näyttivät puoltavan erilaisia ratkaisuja, säännökselle oli uuden näkemyksen mukaan annettava etusija vain, mikäli sen sisältö oli yksiselitteisen selvä.[3] Siinä tapauksessa, että säännös jätti tulkinnan varaa, oli reaalisten näkökohtien annettava vaikuttaa tulkintavaihtoehdon valintaan. Tämä näkemys avasi reaalisten argumenttien vaikutukselle leveän väylän sen tähden, että säännösten tulkinnanvaraisuus alettiin nähdä niiden normaalina piirteenä. Vaikka analyyttisen filosofian tuloksia ei tuolloin kovinkaan laajalti hyödynnetty siviilioikeuden tutkimuksessa, kielen termien semanttinen epämääräisyys ja monimerkityksisyys näyttivät olevan melko yleisesti tunnettuja.[4] Kielen ominaisuudet tarjosivat argumentin tulkinta-asenteelle, jossa lain sanamuoto ei saanut entistä painoa.

Tämä asenne tulee kauniilla tavalla näkyviin esimerkiksi *Olssonin* kirjoituksessa ”Vilken verkan har ägareförbehåll då godset säljes vidare”. Selvitettäessä esineen omistuksenpidätysehdoin luovuttaneen henkilön asemaa otsikon kuvaamassa tilanteessa voidaan lähtökohtana käyttää ehdon määräystä, jon-

---

[2] Ks. *Lahtinen,* N.s. mustaa kauppahintaa koskevasta eräästä ajatuksenjuoksusta s. 318.

[3] Ks. *Godenhielm,* Om realisation av pantskuldebrev s. 91.

[4] Nämä ilmiöt lienevät olleet juristeille vanhastaan tuttuja ainakin ns. hiljaisen tiedon tai tekijän tiedon tasolla. Sitä vastoin reflektiivisen tiedon tasolle havainto on päässyt vasta paljon myöhemmin. Vallitsevana oppina on ollut unum nomen unum nominatum -teoria, jota edustaa perinteinen näkemys subjektiivisista oikeuksista yhtenäisinä substansseina. Subjektiivisten oikeuksien hajoittelu voidaan tällöin nähdä prosessina, jossa saatettiin näkyville subjektiivisia oikeuksia nimeävien termien monimerkityksisyys. Ainakin *Lahtinen* ja *Godenhielm* voidaan mainita esimerkkeinä tutkijoista, jotka myös käytännössä hyödynsivät semanttisia erotteluita, etenkin distinktiota termi/termin referenssi. Ks. *Godenhielm,* Om säljarens bundenhet s. 66 ja *Lahtinen,* esim. Kuolinpesä-konstruktiosta s. 116 ss.

ka mukaan luovuttaja on yhä omistaja. Tästä olisi aiemmin käypinä pidettyjen päättelysääntöjen mukaan jouduttu siihen, että luovuttajaan tulisi soveltaa omistajaa koskevia säännöksiä. *Olsson* ei kuitenkaan päädy tähän, vaan hän kiistää monien omistajaa koskevien säännösten soveltuvuuden vedoten siihen, että ''omistusoikeus'' voi merkitä eri asioita eri yhteyksissä ja että luovuttajan omistusoikeus ei tutkittavassa tapauksessa ole sellaista, jota po. säännöksissä tarkoitetaan.[5]

Äsken sanottu on esimerkki monimerkityksisyyden käyttämisestä säännösten poissuljentakeinona. Semanttista epämääräisyyttä voidaan käyttää argumenttina hieman samaan tapaan. Kun lain säännös ei kielellisenä ilmauksena kykene tarkkarajaisesti kertomaan merkitystään, tulkitsija voi ilmauksen referenssikentän puitteissa antaa sille merkityksen. Lain sanamuotoa parhaiten vastaavalla tulkinnolla ei tällöin ole korostettua etusijaa. *Olsson* näyttäisi ajattelevan, että sanamuotoa vastaava tulkinto olisi valittava silloin, kun (1) eri tulkintavaihtoehtojen välillä ei ole merkittävää asiallista eroa, (2) ei ole yhtenäistä doctorum opiniota eikä (3) liioin yhtenäistä oikeuskäytäntöä.[6] Tästä käy käänteisesti ilmi, että sanamuodon mukainen tulkinto voitiin suhteellisen monilla eri perusteilla sivuuttaa.[7]

Sanamuodon kunnioittamisen tilalle tuli teleologinen tulkintametodi, jossa säännökselle pyrittiin antamaan merkityssisältö sen tavoitteista tai yleisistä yhteiskunnallisista tavoitteista käsin. Metodia oli toki käytetty aikaisemminkin, mutta nyt se tuli entistä selvemmin osaksi normaalia lainoppia. Useimpien tutkijoiden kirjoituksista voidaan löytää yksittäisiä esimerkkejä sen käyttämisestä.[8] Metodin laajamittaisesta viljelystä tarjoaa esimerkin *Ylöstalon* teos ''Testamentinmoitteesta''. Teoksen tutkimuskohde, joka oli säännöstetty lukuisin, mutta enimmäkseen suhteellisen iäkkäin normein, loi hyvät edellytykset metodin hyödyntämiselle.[9]

---

[5] Ks. *Olsson,* m.k. s. 7.

[6] *Olsson,* Om köpares borgenärsskydd s. 158—159.

[7] Ks. myös *Ylöstalo,* Testamentinmoitteesta s. 108, josta näyttäisi heijastuvan vastaavanlainen suhtautuminen lain kirjaimen merkitykseen. Samoin *Muukkonen,* Muotosäännökset s. 200.

[8] Ks. esim. *Zitting,* Omistajanvaihdoksesta s. 188—190, 262, 313—314 ja 337, *sama,* Saantosuoja s. 74, 172—173, *Taxell,* Om förutsättningarna för säljarens skadeansvar när godset har fel s. 81, *Godenhielm,* Värderingen av arvejordsvederlag s. 62, *Ylöstalo,* Peruutetun testamentin voimaansaattamisesta s. 100 ja 104, *Zitting,* Aviopuolisoiden välisistä lahjoista s. 172 ss. *Vihma,* Sopimussakko s. 252—264.

[9] Ks. m.t. esim. s. 91, 157—158, 166, 182—183, 240—243. Väärinkäsityksen torjumiseksi on kuitenkin syytä todeta, että teoksen argumenttikudos on kaiken kaikkiaan melko monimutkainen. Oikeuslähteistöä on käytetty laajamuotoisesti, eivätkä tavoiteargumentit ole yksinomaisia.

Kaikkein suurin luottamus teleologisten argumenttien painoarvoon näytti olleen *Lahtisella.* Tässä mielessä erityisen kiintoisa on hänen kirjoituksensa "Oikeustoimen muoto-ongelmasta". Kirjoituksen pontimena näyttää olevan pohjoismaiselle analyyttiselle suuntaukselle ominainen pyrkimys mittatilaustyönä tehtäviin ratkaisuihin, jota tyydyttäisivät aineellista oikeudenmukaisuutta in casu. Muotosäännökset ovat tämän pyrkimyksen kannalta ongelmallisia. Mikäli muotosäännöksen rikkomiseen aina kaavamaisesti liitetään pätemättömyysseuraamus, joudutaan helposti lopputuloksiin, jotka eivät tyydytä oikeudentuntoa.[10]

Kirjoituksessaan Lahtinen esittelee keinon, jota käyttäen voidaan muodon ja aineellisen oikeellisuuden välinen ristiriita ratkaista jälkimmäistä tyydyttävällä tavalla. Lahtisen ratkaisu on muotoseikkojen poispyyhkiminen oikeustosiseikkojen joukosta. Tosiseikkoja, joihin pätemättömyysseuraamus kytkeytyy, eivät hänen ehdotuksensa mukaan olekaan muotoseikat sinänsä, vaan ratkaisevia ovat ne tavoitteet, joihin muotovaatimuksen asettamisella pyritään. Näitä tavoitteita Lahtinen sanoo muodon funktioiksi.

Muoto/funktio -konstruktiota, kuten Lahtinen rakennelmaansa nimittää, voidaan Lahtisen mukaan käyttää hyväksi sekä lainopillisessa säännöstulkinnassa että tuomioistuinten ratkaisutoiminnassa. Pohdittaessa tulkinnanvaraisessa tilanteessa, kuuluuko tietty muodon elementti, esimerkiksi todistajien yhtäaikainen läsnäolo, oikeustoimen muotoon, saadaan vastaus tarkkaamalla, voiko puheenaolevan muodon elementin mukaan ottaminen saada aikaan muodolla tavoitellun funktion. Jos vastaus on kieltävä, ei muotovaatimusta ole syytä laajentaa po. elementtiä käsittäväksi.

Menetelmän käyttökelpoisuus ei Lahtisen mukaan kuitenkaan rajoitu tulkintatilanteisiin, vaan sitä voidaan käyttää silloinkin, kun lain sanamuoto on selvä. Tällöinkin on tutkittava, toteuttaako laissa mainittu muotoseikka muodolle tarpeellisena pidettävää funktiota.[11] Jos näin ei tapahdu, ei laissa ilmaistua muotoseikkaa ole pidettävä muotovaatimuksena, jonka noudattamatta jättämiseen liittyy pätemättömyys, vaan ainoastaan sanktioimattomana ohjeena.

Edellä mainitut metodiohjeet koskevat lähinnä lainopillisessa *tutkimuksessa* tapahtuvaa laintulkintaa. Lain soveltajalle Lahtisen rakennelma näyttää anta-

[10] Lahtinen mainitsee esimerkkinä tilanteen, jossa lainhuudatusta myöten loppuun saatettu kiinteistönkauppa olisi julistettava mitättömäksi kaupanvahvistajan kutsuman todistajan ei-moittijaan kohdistuvan sukulaisuuden takia. Ks. *Lahtinen,* m.k. s. 136.

[11] *Lahtinen* ilmeisesti tarkoittaa, että asianomaisen muotoseikan olisi yleiseksi muotovaatimukseksi omaksuttuna toteutettava funktiotaan riittävällä, mutta lähemmin täsmentämättä jäävällä frekvenssillä. Ks. m.k. s. 139—140.

van vielä tätäkin suuremman vapauden. Siinäkin tapauksessa, että säännöstä on edellä mainittujen kriteerien mukaan pidettävä aitona muotovaatimuksena, tuomari voi jättää pätemättömyysseuraamuksen vahvistamatta, jos muodon funktiot ovat asianomaisessa yksityistapauksessa toteutuneet muodon rikkomisesta huolimatta. Mikä yllättävintä, Lahtinen näyttää ajattelevan, että sama pätee myös kääntäen: jos muodon funktiot eivät ole toteutuneet muodon noudattamisesta huolimatta, oikeustoimi voidaan julistaa pätemättömäksi.[12]

Lahtisen kirjoitus edustaa radikaalisti teleologista tulkintaa. Säännöksen selväkin sanamuoto voidaan sivuuttaa, jos sen tavoitteen toteuttaminen sitä vaatii.[13] Tässä kohden Lahtinen menee *Ekelöfiä* pitemmälle tavoitteellisuuden merkityksen korostamisessa. Kirjoituksessa on muutoinkin piirteitä, jotka ovat pohjoismaisia, mutta eivät Upsalan koulun hengen mukaisia. Kirjoitus liittyy ”ratkaisu räätälintyönä” -ajatteluun, jota hieman toisessa muodossa edusti meillä mm. *Taxell.* Muodon funktiot, joihin Lahtinen vetoaa, ovat lähes kaikki sopijapuolten suhteisiin liittyviä asianosaisutiliteetteja.[14] Niihin ei kuulu lainkaan sellaisia yhteiskunnallisia utiliteetteja kuin oikeusvarmuus ja riitojen eliminoiminen. Tässä mielessä voidaan Lahtisen sanoa edustavan individualistisempaa sosiaalitekniikka kuin monet skandinaavisen realismin tieteenkuvan sisäistäneet tutkijat.[15]

Teleologinen tulkinta ei kuitenkaan ollut ainoa tapa, jolla social engineering -asennoituminen muutti lainsäädännön oikeuslähdemerkitystä. Lainsäädännön tarjoamaa vastetta voitiin vähentää muillakin keinoin. Edellä on jo todettu, miten säännös voitiin sulkea pois tapausta koskevien oikeuslähteiden piiristä vetoamalla sen sisältämien termien monimerkityksisyyteen. Toinen keino oli säännösten relevanssin kiistäminen ns. *hard case -tapauksissa.* Jos lainsäädäntö saattoi antaa normikannanotolle ainoastaan horjuvaa tukea, oli tämän

[12] *Lahtinen,* m.k. s. 142—143.

[13] *Lahtinen* käytti metodiaan myös muiden kuin muotosäännösten tulkintaan. Ks. *Lahtinen,* Kun puoliso luovuttaa omaisuuttaan, jotta toiselle puolisolle osituksessa tuleva omaisuus vähenisi s. 389. Siinä hän puolustaa kantaa, joka asiallisesti merkitsee sitä, että poikkeussäännöksiä (AL 38 ja 39 §) tulkitaan laventavasti. Kannanoton perusteena on näkemys, jonka mukaan puolison suojan tarve vaatii po. ratkaisua.

[14] *Lahtinen* tosin toteaa, ettei hänen luettelonsa muodon funktioista ole tarkoitettu tyhjentäväksi. m.k. s. 135.

[15] *Lahtisen* radikaali teleologisuus ei 1950-luvulla tullut yleisesti hyväksytyksi. Sen kritiikistä ks. *Muukkonen,* Muotosäännökset s. 201—206. Vrt. toisaalta *Aarnio,* Muodon merkitys oikeudellisessa käyttäytymisessä s. 192—210. Vertailtuaan toisiinsa *Lahtisen* ja *Muukkosen* ajattelutapoja *Aarnio* päätyy siihen, ettei niiden käytännön tuloksissa ole asiallisia eroja.

näkemyksen mukaan mieluummin vedottava suoraan reaalisiin argumentteihin.[16]

Menetelmää, jossa ratkaisua haettiin analogian kautta jostakin tutkittavaan oikeusilmiöön nähden etäällä olevasta säännöksestä, ei pidetty luotettavana. Tutkijoiden välillä oli tosin tässä kohden eroja. Esimerkiksi *Zitting* ja *Vihma* turvautuivat melko runsaasti säännösanalogiaan.[17] Mielipiteiden jakautuminen tässä kysymyksessä on nähdäkseni heijastumaa siitä kahtiajaosta, joka oli syntynyt analyyttisen juridiikan sisälle. Puhdasta oikeudellista ajattelua korostavat kelseniläiset olivat taipuvaisempia tarkastelemaan tutkimusongelmia säännöstön kokonaisuudesta käsin kuin pragmaattiset realistit, jotka lähinnä tähtäsivät kohtuulliseen ratkaisuun yksittäistapauksessa.

Epäluottamus tutkimusmetodiin, joka käyttää säännöstön sisäistä analogiaa, johti ratkaisuperusteiden suurempaan muuttumiseen kuin kenties saatetaan ajatella. Tämä johtui siitä, että siviilioikeuden tapa asettaa kysymyksiä muuttui samaan aikaan olennaisesti. Oikeudelliset ongelmat pyrittiin hajauttamaan entistä suppeammiksi osakysymyksiksi ja tarkastelemaan niitä toisistaan lähtökohtaisesti riippumatta. Näin jouduttiin siinä määrin raffinoituihin ongelmanasetteluihin, ettei laki useinkaan antanut niihin suoraa vastausta. Kun säännösanalogiaa vieroksuttiin, päästiin jälleen reaalisten argumenttien käyttöön.[18]

[16] Ks. esim. *Olsson,* Om köpares borgenärsskydd s. 97—98.

[17] Ks. *Vihma,* Suorituksen mahdottomuus s. 111—112, s. 157 ja 164, *Zitting,* Omistajanvaihdoksesta esim. s. 333—338, *sama,* Kysymys omistusoikeuden siirtymishetken määräämisestä s. 667—671 ja *sama,* Saantosuoja s. 25—26 ja s. 103. *Zitting* sai metodistaan kritiikkiä *Olssonilta.* Ks. JFT 1952 s. 128, jossa *Olsson* kirjoittaa: ”Vid lösningen av de ”egentliga” rättsfrågorna ... söker författaren sitt huvudargument i den skrivna lagen även i sådana fall då denna — åtminstone enligt min mening — är tämligen intetsägande; praxis och reella överväganden få i motsvarande mån en mera undanskymd plats”. Ks. myös *Taxellin* samansuuntaista, mutta sävyltään kriittisempää arviota JFT 1959 s. 194—196.

[18] Esimerkkinä mainittakoon oikeustoimen pätemättömyysilmiön hajoittelu, jonka *Muukkonen* suoritti väitöskirjassaan. Traditionaalisen, aikaisempina vuosikymmeninä vallitsevana pidettävän katsomuksen mukaan oikeustoimi oli joko pätevä, jolloin siihen liittyivät kaikki oikeustoimen vaikutukset, tai pätemätön, jolloin siihen ei liittynyt mitään oikeusvaikutuksia. *Muukkonen* lähtee sitä vastoin pohjoismaiseen oikeuskirjallisuuteen liittyen siitä, että pätemättömyydestä voidaan puhua erikseen kunkin oikeusvaikutuksen osalta. Tällaisia oikeusvaikutuksia ovat esim. luontaissuoritusvelvollisuus, positiivisen sopimusedun korvausvelvollisuus, sopimussakkoklausuulin mukainen korvausvelvollisuus ja negatiivisen sopimusedun korvausvelvollisuus. Pätemättömyystilanteessa saattaa uuden näkemyksen mukaan olla kyse ainoastaan yhden tai muutaman oikeusvaikutuksen puuttumisesta. Pätemättömyyden laajuus on kussakin tapauksessa erikseen tutkittava. — Meidän lainsäädäntömme ei juurikaan sisällä säännöksiä, joista suoraan näkyisi, mihin oikeusvaikutuksiin pätemättömyys ulottuu. Tämä seikka jäi siten paljolti reaalisin argumentein ratkaistavaksi.

Reaalisten argumenttien käyttöedellytyksistä keskusteltaessa on lisäksi muistettava, että siviilioikeudellinen lainsäädäntö oli yhä tuohon aikaan melko niukkaa. Kun vetoaminen doktriinissa aikaisemmin kehittyneisiin oikeusperiaatteisiin kiellettiin käsitteistä päättelynä, reaaliset näkökohdat saivat luonnostaan lisääntyvää merkitystä välittöminä ratkaisuargumentteina. Tarkasteltaessa 1950-luvun monografioissa asetettuja tutkimusongelmia voidaankin havaita, että säännösten relevanssi niiden ratkaisemisessa oli usein melko vähäinen. Esimerkiksi ongelmat sopimussakkovälipuheen oikeusvaikutuksista, patenttisuojan laajuudesta, irtaimen esineen ostajan suojasta myyjän velkojia vastaan ja myyjän sidonnaisuudesta kauppasopimukseen muuttuneissa olosuhteissa saavat lainsäädännöstä vain niukalti valaistusta.

Artikkelimuotoisissa tutkimuksissa säännösten vähäinen merkitys näkyi ehkä vielä selvemmin.[19] Käyttämällä hyväksi skandinaavisen oikeustieteen uusia keinoja, kuten subjektiivisten oikeuksien hajoittelua, henkilösuhde-erottelua ja fakta/seuraamus -erottelua voitiin irtautua vanhasta doktriinista ja päästä tilanteeseen, joka muistutti lainsäätäjän vapautta.[20] Tutkijan luovuutta rajoitti tässä tapauksessa ainoastaan oikeuskäytäntö — mistä tulee puhetta jäljempänä — ja vaatimus siitä, että reaalisten argumenttien tulee olla käypiä.

Haasteet, joita siviilioikeus tutkijalleen tarjoaa, liittyvät tavallisesti oikeussäännön *tosiseikaston* muotoiluun, ts. niiden tunnusmerkkien esittämiseen, joihin oikeusseuraamus liittyy. Oikeusseuraamusten muotoilussa ei yleensä tarjoudu mahdollisuuksia samanlaiseen luovuuteen, mikä johtuu siviilioikeudellisen seuraamusjärjestelmän suhteellisesta yksinkertaisuudesta.[21] Reaaliset argumentit saivatkin päämerkityksensä oikeussääntöjen tosiseikastojen hahmottajina. Social engineering -juridiikkaan kuului pyrkimys muotoilla tosiseikas-

---

[19] Ks. esim. *Riska,* Laivaajan ja rahdinottajan välille syntyvästä oikeudellisesta suhteesta, *Ylöstalo,* Peruutetun testamentin voimaansaattamisesta, *sama,* Takausmiehen kuittausoikeudesta, *af Hällström,* Testamentsexekutorn ja *von Bonsdorff,* Om rättsfaktum och rättsverkan vid tvungen kvittning.

[20] *Taxell* rinnastaakin tutkijan työn lainsäätäjän toimintaan. Hän kirjoittaa tutkijoita ja tuomareita tarkoittaen: ”Vad ha de att hålla sig till när det inte finns någon lagregel som ger klart besked? Knappast till något annat än de synpunkter som borde vara avgörande för lagstiftaren, om han ställdes inför samma spörsmål: de mångskiftande reella faktorer som äro relevanta i det föreliggande fallet sedda mot bakgrunden av de allmänna rättsliga principerna inom närliggande områden”. JFT 1950 s. 67.

[21] En halua väittää, ettei siviilioikeudellisten seuraamusten sisältö olisi tutkimusta kaipaava asia. Nämä seuraamukset, esimerkiksi pätemättömyys, tehottomuus ja korvausvelvollisuus ovat kuitenkin suhteellisen yksinkertaisia verrattuina niihin tosiseikastoihin, joihin ne liittyvät. Tämän vuoksi saa oikeussäännön tosiseikasto yleensä tutkimuksessa päähuomion.

tot siten, että oikeusseuraamukset niihin kytkeytyessään edistivät tärkeiksi katsottuja tavoitteita. Tästä kysymyksestä ei avoimia argumentteja viljelevien tutkijoiden keskuudessa näyttänyt vallitsevan erimielisyyttä.

b. Sosiaalitekniikan julkilausutut tavoitteet näyttivät olevan jokseenkin samoja kuin 1940-luvulla. Tuotannon ja vaihdannan edistäminen, joustavuuden ja käytännöllisyyden lisääminen, ajan ja työvoiman käytön taloudellistaminen, yrittämishalun lisääminen, kiinteistöjen efektiivisen käytön edistäminen, vaihdannan vapaus, varmuus ja jatkuvuus, ''samhälls- och företagsekonomiska synpunkter'' ja ''säkerheten i affärslivet'' ovat esimerkkejä kirjallisuudessa taajaan esiintyvistä yleistavoitteista.[22] Toisin sanoen sääntelyn oli määrä toimia voiteluaineena, jolla voitiin poistaa kitkaa talouselämän rattaista.

Sopivia *alatavoitteita,* joita voitiin käyttää yleistavoitteiden edistämiseen, olivat mm. aktiivisuuden palkitseminen ja luottamuksen suojaaminen eri henkilösuhteissa. Mieleltään vilpitön ja tehokas vaihtaja katsottiin erikoissuojelun arvoiseksi. Tiedeyhteisö vaikutti olevan tästä jokseenkin yksimielinen. Vain *Telaranta* esitteli tavoitteita, jotka talouselämän intressien asemesta tähtäsivät yksilömoraalin vaatimusten tyydyttämiseen. Hänen ajatuksensa saivat torjuvan vastaanoton niiden ilmestymistä seuranneessa keskustelussa.[23]

c. Pyrittäessä toteuttamaan ajatusta juridiikasta sosiaaliteknologiana yhteiskuntaa koskevan reaalitiedon tarve lisääntyy olennaisesti. Yleistavoitteesta lähtien on selvitettävä tavoite-keino -hierarkian sisältö, kunnes hierarkiaa alaspäin kuljettaessa päädytään niin konkreettiselle tasolle, että siihen sijoittuvaa tavoitetta (keinoa) voidaan käyttää operatiivisena tosiseikkana. Tehtävän korkealuokkainen toteuttaminen edellyttää yhteiskunnallisia säännönmukaisuuksia tutkivien tieteiden apua.

Vaativaan tavoitteeseen verrattuna tehtävän toteutuksen taso oli juridiikassa yleensä melko vaatimaton. Oli tavallista, että koko tavoite-keino -hierarkiaa ei käyty lävitse, vaan suoraan yleistavoitteiden pohjalta päädyttiin operatiivisen tosiseikaston valintaan. Runsaasti esiintyi myös päinvastaista menettelyä, jossa tosiseikasto valittiin konkreettisten lähitavoitteiden pohjalta tutkimatta

[22] Näiden argumenttien käyttämisestä ks. esim. *af Hällström,* Testamentsexekutorn s. 200, *Zitting,* Omistajanvaihdoksesta s. 120—121, 188—189, 190, 294, 334, *Olsson,* Om köpares borgenärsskydd s. 41, 52, 62, 67, *Godenhielm,* Om säljarens bundenhet s. 55, 101, 103, 230, 244.

[23] Ks. *Zittingin* esittämää virallisen vastaväittäjän lausuntoa s. 987 ja *Vuorio,* Oikeustoimesta funktio- ja substanssikäsitteenä, s. 466—472.

niiden suhdetta yleistavoitteisiin. Tämä näytti olevan etenkin *Taxellin* mieleinen metodi.

Olisi kuitenkin väärin väittää, ettei social engineering -juridiikan tutkimusohjelmaa olisi vakavasti edes yritetty toteuttaa. Esiintyi sellaisiakin tutkimuksia, joissa pyrittiin melko perusteellisesti pohtimaan tavoite-keino -hierarkiaan sisältyviä kausaaliyhteyksiä. Esimerkkinä voidaan mainita *Olssonin* ''Om köpares borgenärsskydd'', joka sisällöltään muistuttaa huolellisesti toteutettua lain suunnittelua. Siinäkään ei tosin varsinaisesti käytetä hyväksi yhteiskuntatieteitä, mutta niiden relevanttisuus myönnetään avoimesti. Tavanomaista perusteellisempaa kausaaliyhteyksien pohdintaa löytyy paikoitellen myös *Godenhielmin* ''Om säljarens bundenhet'' -teoksesta.[24] Lisäksi on huomattava, että social engineering -juridiikalle annettava laatuarvostelu paranee olennaisesti, jos sen argumentaation tasoa verrataan vaativan tavoitteen asemesta siihen, mikä muussa juridiikassa oli tavallista. Niidenkin tutkijoiden argumentaatio joiden voidaan väittää oikaisseen tavoite-keino -hierarkiassa, oli runsasta verrattuna tutkijoihin, joilta puuttui yhtenäinen tiedekäsitys ja sen mukana menetelmä tulostensa perustelemiseksi.[25]

d. Edellä sanotun valossa käy kiintoisaksi tarkastella, millaisiin oikeustosiseikastoihin tutkimuksissa de facto päädyttiin. Muutosta voidaan havaita tapahtuneen ensinnäkin siinä, että oikeusseuraamusten kytkeminen subjektiivisiin oikeuksiin vähentyi. Muutos on sopusoinnussa subjektiivisten oikeuksien luonnetta koskevasta keskustelusta tehtävien johtopäätösten kanssa. Se ei kuitenkaan välittömästi perustunut siihen, että subjektiivisia oikeuksia olisi pidetty fiktiivisinä, denotaatiota tai konnotaatiota vailla olevina entiteetteinä. Ilmiön välittömänä syynä näyttää pikemminkin olleen näkemys, jonka mukaan oikeusseuraamusten kytkeminen muutamaan harvalukuiseen rekvisiittaan on sosiaalitekniikan kannalta liian karkeapiirteistä menettelyä. Vaaranvastuun siirtymistä, myyjän pysäyttämisoikeutta ja luovutustoimen tehokkuutta eri henkilösuhteissa koskevilla oikeusohjeilla tavoiteltiin sangen erilaisia päämääriä. Sen tähden ei ollut perusteltua, että sanotut oikeusseuraamukset kytkeytyisivät samaan tosiseikastoon, nimittäin omistusoikeuden siirtymiseen.

Tuon ajan siviilioikeuden tutkimuksen merkittäviin piirteisiin kuuluukin *oikeustosiseikastojen differentoituminen* ja monimutkaistuminen. Oikeussään-

[24] Ks. *Olsson,* Om köpares borgenärsskydd esim. s. 41—68 ja *Godenhielm,* Om säljarens bundenhet s. 241—242.

[25] Esimerkkinä tutkimuksesta, jossa argumentaatio on niukkaa, voidaan mainita *Aaltosen* ''Tavaran virheistä I''.

töihanne — jos sellaisesta voidaan puhua — oli muuttumassa. Aikaisemmin oikeustiede pyrki muotoilemaan tuloksensa oikeussäännöiksi, jotka rakenteensa puolesta muistuttivat laissa formuloituja. Säännön tosiseikasto tai ainakin sen kuvaus muotoiltiin lyhyeksi ja yksinkertaiseksi. Nyt sitä vastoin tapahtui relevanttien tosiseikkojen ekspansio; yhä useammat tapauksen piirteet saivat relevanssia tapauksen oikeudellisessa arvioinnissa. Samalla yleistyi menettely, jossa tosiseikaston kuvaukseen sijoitettiin jokin hyvin väljä ja harkinnanvarainen formulointi. Näin saavutettiin joustavuutta, ja voitiin ottaa huomioon ''de konkreta omständigheterna in casu''. Seuraavat oikeussäännöt ovat esimerkkejä oikeustieteen tämänkaltaisista tuloksista.

(1) Jos osakeyhtiön hallituksen jäsen on panemalla täytäntöön hallituksen enemmistön päätöksen tai muulla positiivisella toimella myötävaikuttanut vahingon syntymiseen, ei hän voi vastuusta vapautumiseksi vedota siihen, että hän on vastustanut päätöstä. Jos hän sitä vastoin ei ole ryhtynyt mihinkään toimenpiteisiin hallituksen päätöksen johdosta, hän on vastuusta vapaa sillä perusteella, että on vastustanut päätöstä edellyttäen, ettei hänen viakseen konkreettista tilannetta arvioitaessa voida lukea, että hän on laiminlyönyt ryhtyä niihin toimenpiteisiin, jotka asianomaisessa yksittäistapauksessa olisivat olleet hänen vallassaan.[26]

(2) Jos olosuhteet ovat muuttuneet sopimuksen teon jälkeen eikä myyjä ole aiheuttanut muutosta ja jos muutos on sen laatuinen, että verrattaessa toisiinsa suoritusta sellaisena kuin se näyttäytyi sopimuksentekohetkellä ja sellaisena kuin se näyttäytyy nyt, havaitaan myyjän riskin muuttuneen siinä määrin, että hänen ei kohtuudella voida katsoa pitävän sitä kantaa, myyjä on vapaa suoritusvelvollisuudesta.[27]

(3) On in casu ratkaistava vertaamalla toisiinsa tilannetta ja taloudellisia edellytyksiä sopimuksentekohetkellä ja toisaalta ajankohtana, jolloin lykkäysehdon (uppskovsklausul) vaikutus lakkaa, onko myyjä lykkäysehdon nojalla yhä suoritusvelvollinen vai onko sopimuksen katsottava rauenneen muuttuneiden olosuhteiden seurauksena.[28]

Sääntöjen (2) ja (3) edellyttämän riskinjaon ohjeeksi *Godenhielm* tarjoaa sääntöä: ''Man synes sålunda svårligen komma till en annan regel än att riskfördelningen mellan kontrahenterna måste bedömas med ledning av omständigheterna in casu.[29]

---

[26] *Taxell,* Styrelsemedlems ansvar för beslut som han motsatt sig, s. 71.

[27] *Godenhielm,* Om säljarens bundenhet s. 103.

[28] *Godenhielm,* Om säljarens bundenhet s. 179.

[29] *Godenhielm,* Om säljarens bundenhet s. 240. Kehotuksia in casu -ratkaisuihin esiintyy runsaasti myös *Muukkosen* ''Muotosäännökset''-teoksessa. Ks. esim. s. 156, 199, 206 ja 227.

(4) Yleisiin sopimusehtoihin kuuluva yksittäinen sopimusehto ei sido, mikäli sen on objektiivisesti katsottava olevan asiakkaalle yllättävä ja rasittava (tyngande) eikä asiakas sopimusta solmittaessa ole tuntenut lauseketta eikä myöskään hänen huomiotaan ole siihen kiinnitetty sillä tavoin, että hänen olisi kohtuudella pitänyt ottaa sen sisällöstä selko.[30]

Kaikissa tapauksissa ei tämänkään määräinen joustavuus näyttänyt riittävältä. Esiintyi tutkimuksia, joissa päädyttiin niin monimuotoiseen ja loogiselta rakenteeltaan mutkikkaaseen tosiseikastoon, että sen muotoileminen tavanomaiseen oikeussääntöasuun olisi työläs ja hankala tehtävä.[31] Tuntematonta ei myöskään ollut avoin resignaatio, täydellinen luopuminen ajatuksesta säännöstää kysymystä yleisin normein. *Taxell* kirjoittaa: ''Det är inte möjligt att uppställa preciserade regler som generellt kunde tillämpas i alla hithörande situationer. En sammanfattning kan därför taga sikte på endast några allmänna riktlinjer för bedömningen. Och man bör städse ha klart för sig, att förhållandena in casu kan betinga avvikelser''.[32]

Sääntöskeptisismille esitetyt perustelut olivat melko yleisluontoisia. Taxell toteaa todellisuuden olevan niin monimuotoinen, että sitä ei voida sen paremmin konstruktioita kuin reaalisia argumenttejakaan käyttäen kahlehtia kaikkia ajateltavia tapauksia koskevan säännön alaisuuteen.[33] *Portin* puolestaan katsoo, että kohtuullisuutta ei voida tavoittaa säännöin, jotka eivät salli poikkeuksia.[34] Omasta puolestani näkisin joustavien normien tuottamisen oireeksi siitä, että oikeussääntöjen keskeisenä tehtävänä pidettiin niiden *ratkaisufunktiota,* ts. niiden kykyä tuottaa materiaalista oikeudenmukaisuutta tyydyttäviä ratkaisuja yksittäistapauksissa. Taxellin kirjoitusten ohella *Lahtisen* muotovirheoppi on hyvä esimerkki tämänkaltaisesta ajattelusta, jonka mukaan oikeussääntöjen tulee olla niin joustavia, että ne sallivat räätälintyönä tehtävät ratkaisut.

---

[30] *Olsson,* Verkan av avtalsklausuler i standardformulär s. 37.

[31] Ks. *Taxell,* Om förutsättningarna för säljarens skadeansvar när godset har fel s. 86—88.

[32] *Taxell,* Penningvärdet som rättsligt problem s. 242. Ks. myös *sama,* Om aktierätt vid bolagsstämma s. 59. Hyvän esimerkin oikeussääntöihanteen muuttumisesta tarjoaa suhtautuminen kysymykseen, onko pääsopimuksen muotomääräyksiä sovellettava esisopimukseen. Eräät tutkijat (mm. Ekström ja Kaila) ovat vastanneet tähän myöntävästi, toiset (mm. Hernberg) puolestaan kieltävästi. *Muukkonen* sitä vastoin yhtyy näkemykseen, joka on ''varsinkin pohjoismaissa sangen yleinen''. Sen mukaan kysymys on ratkaistava kussakin yksityistapauksessa erikseen. Ks. Muotosäännökset s. 225—226.

[33] *Taxell,* JFT 1950 s. 67.

[34] *Portin,* Om reklamation vid köp av lös egendom s. 210.

Skandinaavisen oikeusrealismin edustajat näkivät oikeussääntöjen tehtävät hieman toisin. Ratkaisufunktiota tärkeämpänä pidettiin sääntöjen käytäntöä ohjaavaa funktiota (handlingsdirigerande funktion).[35] Se on eräänlainen siviilioikeudellinen vastine rikosoikeuden yleisestävälle funktiolle. Oikeusrealistien mukaan oikeudellisen sääntelyn päätehtävänä on saada yhteiskunnassa aikaan sellaisia *käytäntöjä,* jotka edistävät tärkeiksi katsottuja tavoitteita.[36] Yleislausekkeenomaiset normit eivät tältä kannalta katsottuina ole optimaalisia. Ne eivät anna selkeää mallia käyttäytymiselle ja synnyttävät siten epävarmuutta. Niiden mukaan toimintaansa ohjaava ei voi tarkoin tietää, miten hänen olisi meneteltävä saadakseen aikaan tai välttääkseen oikeusseuraamuksen. Esimerkiksi se, joka tuotteensa hinnoittelussa pyrkii ottamaan huomioon olosuhteiden muuttumisen riskin, ei saa arviolleen juurikaan kiinnekohtaa *Godenhielmin* tarjoamasta oikeusohjeesta, jonka mukaan riski on jaettava kohtuuden mukaan huomioon ottamalla olosuhteet in casu. Sääntö, jonka ratkaisufunktio on korkea, saattaa olla jokseenkin arvoton niissä valtaenemmistön muodostavissa tapauksissa, jotka eivät joudu tuomioistuimen ratkaistaviksi.

Sanotun perusteella vaikuttaa siltä, että suomalaisen reella hänsyn -juridiikan julkilausuttujen tavoitteiden ja sen todellisten tavoitteiden välillä valitsi jonkinasteinen ristiriita. Julkilausuttuja taloudellisia tavoitteita ei kovin hyvin voitu edistää asenteella, joka ei luottanut ennalta asetettujen selkeiden normien mahdollisuuteen, vaan pyrki kohtuuteen yleislausekkeiden avulla.[37]

Ajatus ratkaisufunktion ja toimintaa ohjaavan funktion välisestä ristiriidasta oli kuitenkin jossakin määrin tunnettu tuon ajan tutkijoiden keskuudes-

---

[35] Tästä erottelusta ks. esim. *Ekelöf,* Civilrätt och civilrättsskipning, erit. s. 234 ss. Oikeudenmukaisuuden ja yleisen hyödyllisyyden välisestä sangen komplisoidusta suhteesta ks. esim. *Eckhoff,* Justice and Social Utility s. 82—93.

[36] Hyvä esimerkki tämänsuuntaisia tavoitteita kuvastavasta kirjoituksesta on *Lundstedt,* Kan härskande tolkning av 24 § köplagen anses riktig. Ks. myös *Lundstedt,* Fiktion eller sanning i juridiken.

[37] Mainittakoon, että Taxell sai ruotsalaiselta taholta kritiikkiä taipumuksestaan asianosaisintressien korostamiseen yleisten yhteiskunnallisten intressien kustannuksella. *Karlgren* toteaa selostettuaan ensin Taxellin pyrkimystä realistisen metodin käyttöön: ”Någon högre grad av realism har jag dock, om jag skall vara uppriktig, icke kunnat uppdaga. I metodiskt hänseende är förf. snarast ganska konservativ. Det sätt varpå han hanterar apparaten med ”avvägning” av de olika parternas ... intressen mot varandra — en som bekant numera till sitt värde mycket omtvistad metod — ingiver ur realistisk synpunkt icke alltid förtroende”. Ks. *Karlgren,* SvJT 1949 s. 673—674. — Taxellin metodissa voidaankin havaita yhtymiä intressilainoppiin, suuntaukseen, joka oli yleistymässä vuosisadan alun Skandinaviassa, mutta menetti sitten asemiaan skandinaaviselle realismille mm. Lundstedtin esittämän kritiikin johdosta.

sa. Mm. *Godenhielm* oli siitä tietoinen ja korosti ohjelmallisissa lausumissaan myös oikeussääntöjen toimintaa ohjaavaa tehtävää.[38] *Olsson* pohti laajalti ns. sopimussäännön ja traditiosäännön eroja toimintaa ohjaavan funktion kannalta. Hänen esittämänsä oikeussäännöt ovat usein jokseenkin täsmällisiä.[39] On hyvin ajateltavissa, että niillä voidaan tehokkaasti ohjata käytäntöä. Sama koskee *Zittingin* esittämiä sääntöjä, jotka tosin selvästi vähäisemmässä määrin ovat muotoutuneet reaalisen argumentaation tuloksena.

e. Tarkasteltaessa muiden oikeuslähteiden painoarvoa voidaan havaita, että *lain esitöiden* merkitys säilyi yhä melko vähäisenä. Paras esimerkki historiallisen tulkintametodin mahdollisuuksista, *Kivimäen* ''Doctorum opinio ja 1873 vuoden takausasetuksen 1 §'' on lajissaan jokseenkin ainutlaatuinen. Muista historiallisista metodia käyttäneistä on mainittava *Zitting,* jolle pohjoismaisen oikeuskulttuurin historiallinen dimensio näytti olevan tärkeä.[40]

Historiallisen tulkintametodin vähäinen suosio on ymmärrettävissä, kun otetaan huomioon, että tuon ajan oikeusyhteisö pyrki voimakkaasti irtautumaan perinteestä. Myös lainsäädännön iäkkyys vähensi metodin hyödyntämisen mahdollisuuksia. Kun iäkkääseen lakiinkaan ei reaalisen argumentaation kannattajien keskuudessa suhtauduttu kovin kunnioittavasti, sitä vähemmän syytä oli antaa merkitystä sen esitöille. Lain ollessa uusi asia muuttuu osittain toiseksi. Tulkinnassa tarvittavat reaaliset argumentit voidaan tällöin usein löytää esitöistä. Historiallinen tulkinta ja reella överväganden -metodi sulautuvat osittain toisiinsa. Voidaankin tavata esimerkkejä tutkimuksista, joissa tutkijan sitoutuminen pragmaattiseen realismiin ei estänyt tuoreiden esitöiden hyödyntämistä argumentaatiossa.[41]

---

[38] Ks. *Godenhielm,* Om säljarens bundenhet s. 230 ja 244. Ks. myös *Godenhielm,* En förlagsrättslig avhandling s. 160.

[39] Ks. esim. *Olsson,* Vilken verkan har ägareförbehåll då godset säljes vidare? s. 12. Ks. myös *Olsson,* Verkan av avtalsklausuler i standardformulär s. 45—46, jossa arvioidaan yleislausekkeiden tehokkuutta käytäntöä ohjaavan funktion kannalta.

[40] *Zittingin* tavasta käyttää historiallista tulkintaa ks. esim. Omistajanvaihdoksesta s. 265—266 ja 270 sekä Saantosuoja s. 13—14 ja 20. *Zittingin* perussuhtautuminen historialliseen metodiin näyttää silti olleen jokseenkin kielteinen. Lainsäädännön tulee hänen mukaansa muodostaa ristiriidaton ja harmoninen kokonaisuus siitä huolimatta, että säännökset ovat syntyneet eri aikoina ja erilaisissa oloissa. Säädännäislähteiden harmonisointi edellyttää vanhempien säännösten tulkintaa oikeusinstituutin kokonaisuudessa, jolloin myös uudemman säännöstön tavoitteet joudutaan ottamaan huomioon. Ks. Omistajanvaihdoksesta s. 334—338.

[41] Ks. esim. *Godenhielm,* Till tolkningen av ÄB 17: 2.

f. Suhtautumisessa *ennakkotapausten* oikeuslähdemerkitykseen voidaan havaita edellisiltä vuosikymmeniltä tuttu kaksijakoisuus. Käsitelainopillista metodia soveltavien tutkijoiden töissä oikeustapausten rooli oli hyvin vähäinen. Tämä kuvastaa asennetta, jonka mukaan tieteen ja käytännön välinen vaikutussuhde on yksisuuntainen. Tiede kvalifioi käytännön oikeudenmukaiseksi tai -vastaiseksi riippuen siitä, miten käytäntö vastaa tieteessä johdettuja periaatteita. Sitä vastoin tiede ei voi oppia käytännöltä juuri mitään.[42]

Käsitelainoppi oli kuitenkin jo nopeasti syrjäytymässä. Siviilioikeustieteen valtavirta kannatti näkemystä, jonka mukaan oikeustapausten mukanaolo tutkimuksessa on välttämätöntä. Oikeuskäytäntöön kiinnitettiinkin 1950-luvun tutkimuksissa lisääntyvää huomiota. Edellisellä vuosikymmenellä voimistunut muutosprosessi jatkui. Tämä tiedostettiin myös tutkijoiden omassa piirissä.[43]

Kuitenkaan ei ole aivan helppoa sanoa, miten ennakkotapausten *oikeuslähdemerkitys* muuttui niiden lisääntyvän mukaantulon myötä. Tarkastelu näet paljastaa niiden roolin tutkimusprosessissa olevan sangen moninainen ja jäsentymätön.

Hyvin useassa tapauksessa vaikuttaa parhaimmalta tulkita tutkijan taustaajatuksia siten, että oikeuskäytännön kuvaamista pidettiin itsenäisenä tutkimustehtävänä. Kysymystä kuvatun oikeuskäytännön merkityksestä voimassaolevan oikeuden kannalta ei tällöin lainkaan nostettu esiin, vaan asia jätettiin lukijan oikeuslähdeideologian varaan. Tämänkaltainen asennoituminen näkyy puhtaimmillaan kirjoituksissa, joiden ainoana tarkoituksena oli tietyn alan oikeuskäytännön esitteleminen. Näitä kirjoituksia, joiden voidaan *Federleyn* tavoin sanoa edustavan deskriptiivistä laintulkintaa, alkoi 1950-luvulla ilmestyä.[44] Samassa tarkoituksessa otettiin oikeuskäytäntöä mukaan myös moneen sellaiseen työhön, jolla oli laajempia tavoitteita.[45]

---

[42] Esimerkkinä tutkimuksesta, jossa oikeuskäytäntöä ei ole mukana juuri lainkaan, mainittakoon *Nikupaavola,* Yhteiskiinnityksestä I. *Hakulisen* ”Kuolinpesäkö juridinen henkilö” on puolestaan esimerkki tutkimuksesta, jossa konstruktion oikeellisuuden ei nähdä järkkyvän sen johdosta, että oikeuskäytäntö on ristiriidassa konstruktiosta seuraavien johtopäätösten kanssa.

[43] Ks. *Tauno Ellilä,* Oikeustieteen ja oikeuskäytännön keskinäisestä kosketuksesta ja yhteensovittamisesta erit. s. 226—227 ja *Kivimäki,* ”Tunneperäisistä” tuomioista. *passim.*

[44] Ks. esim. *Godenhielm,* Om hävning av hyresavtal ja *Rautiala,* Valtuutuksen (kelpoisuuden) ylittämisestä oikeuskäytännön valossa. Termistä deskriptiivinen tulkinta ks. *Federley,* Laintulkinnasta deskriptiivisenä tulkintaoppina s. 301.

[45] Ks. esim. *Ylöstalo,* Testamentinmoitteesta esim. s. 60—66, 70—71, 143 ja 203—204, sama, Takauksesta, esim. s. 75, 89, 98—99 ja 124—125. Erman ”Työurakka” on esimerkki tutkimuksesta, jossa kirjoittaja ei oikein näytä tietävän, mitä oikeustapauksilla olisi tehtä-

Tarkasteltaessa tutkimuksia, joiden päätarkoituksena oli voimassaolevaa oikeutta koskevien kannanottojen esittäminen, saatetaan tulla käsitykseen, että oikeustapausten merkitys justifikaatioprosessissa ei olisi ollut kovinkaan suuri. Oli näet hyvin tavallista, että tuloksiin päädyttiin oikeuskäytännöstä riippumatta, toisin sanoen käyttämättä ennakkopäätöksiä julkilausuttuina argumentteina. Käytäntö esiteltiin näissä tapauksissa vasta tämän jälkeen yhtenäisen katsauksen muodossa.[46]

Uskoakseni olisi kuitenkin yksipuolista tulkita havaintoa siten, että käytäntö olisi näissä tapauksissa ollut mukana puhtaasti informatiivisessa tarkoituksessa. Päinvastoin vaikuttaa siltä, että tieteen ja käytännön tulosten konfrontaatiota käytettiin tieteellisten, käytännöstä näennäisesti riippumatta saavutettujen tulosten *vahventamiskeinona.* Tarkasteltaessa konfrontaatiosta tehtyjä johtopäätöksiä havaitaan, ettei käytännön ja tieteen tulosten välillä yleensä nähty pahoja ristiriitoja. Päinvastoin käytännön todettiin normaalisti muutamin poikkeuksin olevan tutkimuksessa oikeaksi todetulla kannalla. Tällä tavoin tutkimus sai onnellisen lopun. Voidaan puhua *kaksisuuntaisesta justifikaatiosta,* jossa oikeuskäytäntö vahvensi tieteen tuloksia ja sai puolestaan tieteeltä vastalahjaksi oikeellisuuden hohteen.

Edellä kuvatun kehäluonteisen justifikaation mahdollisuus on seurausta juridisten totuuksien yhteisöllisestä luonteesta. Jos oikeusyhteisö katsoo, että normin N sisältö on C, silloin on totta, että normin N sisältö on C. Kun oivalletaan, että kysymys oikeussäännön voimassaolosta palautuu kysymykseksi oikeusyhteisön (aktuaalisesta tai hypoteettisesta) hyväksynnästä po. säännön suhteen, on helppoa ymmärtää, että tiede ja käytäntö voivat edellä sanotuin tavoin vahventaa toisiaan. Voimassaolevan oikeuden sisältöä koskeva normiväite vahventuu sen saadessa kannatusta eri puolilta yhteisöä. Tämän efektin saavuttaminen lieneekin usein ollut tarkoituksena tutkimuksissa, joissa käytäntö otettiin tarkasteluun vasta tulosten esittämisen jälkeen.

Paitsi edellä kuvatuin tavoin, oikeuskäytännöllä voi olla merkitystä myös

---

vä. Enimmäkseen hän laajalti kuvailee tapauksia jättäen kuvailun tarkoituksen avoimeksi. Tapausten julkilausutut valintaperusteet ovat jokseenkin vähän sanovia. Välimiesoikeuksien ratkaisujen esiintuomista perustellaan sillä, että ne "oikeuttavat tekemään urakkasopimuksista joitakin johtopäätöksiä". Kirjoittaja ei kuitenkaan tee näitä johtopäätöksiä, vaan pelkästään selostelee tapauksia ja päättää koko luvun kommentoimattomaan tapausreferaattiin. Ks. s. 236—245. Ks. myös s. 131—134 ja 140—142.

[46] Ks. esim. *Rautiala,* Aviottoman lapsen tunnustamisen muodosta, *von Bonsdorff,* Om rättsfaktum och rättsverkan vid tvungen kvittning, *Saxén,* Om förmedlingsprovision vid köp, *Godenhielm,* Patentskyddets omfång esim. s. 175—184, 195—197 ja 206—209, *Godenhielm,* Om säljarens bundenhet s. 242—243.

oikeusohjeen puolesta tai sitä vastaan puhuvana *reaalisena* argumenttina. Oikeuskäytännön suuntautuminen on tosiseikka, joka ei voi social engineering -juridiikassa olla merkityksetön harkittaessa, millaisia normikannanottoja oikeusyhteisölle on syytä tarjota. Poikettaessa käytännön kannalta heikennetään puitteita, joita käyttäen oikeussubjektit ohjaavat toimintaansa. Ennakoitavuus heikkenee sitä enemmän, mitä vakiintuneemmasta käytännöstä on kysymys. Tällöin joudutaan harkitsemaan, ovatko käytännöstä poikkeavaa kannanottoa puoltavat seikat niin painavia, että ne ylittävät oikeusvarmuuden heikentymisestä koituvat haitat. *Olssonin* teos ''Om köpares borgenärsskydd'' voidaan mainita esimerkkinä tutkimuksesta, jossa oikeuskäytäntö sai tätäkin kautta huomattavaa relevanssia.[47]

Jos käytäntö on horjuvaa, sen sivuuttaminen käy luonnollisesti helpommin. Vaikuttaa kuitenkin siltä, että tutkijat näissäkin tapauksissa vierastivat täydellistä irtautumista siitä. Jonkinasteisen koherenssin säilyttämistä pidettiin tavallisesti parempana. Tämä johti pyrkimykseen kehittää käytännön taustalle sellaiset ratkaisuperiaatteet, että mahdollisimman suuri tai ainakin huomattava osa käytännöstä vaikuttaisi po. periaatteiden johdonmukaiselta sovellutukselta. Luotiin toisin sanoen teoriaa, joka suhtautui käytäntöön rationaalisen rekonstruktion tavoin. Näin voidaan nähdäkseni tulkita *Caseliuksen* ja *Zittingin* tutkimuksia, jotka koskevat välillisen edustuksen problematiikkaa.[48]

Oikeustapausten vaikutus tieteen tuloksiin on, ainakin näennäisesti, välittömintä silloin, kun ennakkotapaukseen viitataan normikannanoton ainoana perusteluna. Tällainen menettely ei 1950-luvulla julkaistuissa tutkimuksissa ollut kovinkaan harvinaista.[49] Osaltaan sen suosiota lisäsi kauppalain puuttumisesta johtuva normipula. Tulkitsemalla oikeustapauksia sopivin tavoin ne voitiin nähdä ilmauksena siitä, että Ruotsin kauppalakia vastaavat periaatteet olivat tulleet hyväksytyiksi meidänkin oikeudessamme.[50] Näin avattiin tie pohjoismaisen doktriinin hyödyntämiseen.

Miten olisi tulkittava menettelyä, jossa ennakkotapaukseen viitataan normikannanoton ainoana perusteluna? Ilmeisesti olisi liiallista yksinkertaistamista

---

[47] Ks. esim. s. 114—115.

[48] *Caselius,* Kiinteistöjen omistussuhteita koskevista fidusiaarisista sopimuksista ja *Zitting,* Kiinteistön osto omassa nimessä toisen lukuun.

[49] Ks. esim. *Ylöstalo,* Testamentinmoitteesta s. 62, 64, 200—201, 208, *sama,* Takauksesta esim. s. 45, 46, 48, 71, 79, 84, *Riska,* Laivaajan ja rahdinottajan välille syntyvästä oikeudellisesta suhteesta s. 687—688, *Godenhielm,* Om rättsverkan av föravtal s. 229 ja 233.

[50] Ks. *Portin,* Om reklamation vid köp av lös egendom s. 202 ja 204.

olettaa, että käsitteet 'voimassaoleva oikeus' ja 'ennakkotapauksen kanta' olisi tällöin nähty samanmerkityksisinä. Ensinnäkin on luultavaa, että viittaus prejudikkaattiin on joissakin tapauksissa de facto viittaus prejudikaatin ilmentämään yhteisölliseen totuuteen, jolloin argumentaatio ei enemmälti ole tarpeen. Lisäksi on mahdollista, että silloinkin kun tutkija tyytyy pelkkään prejudikaattiviittaukseen, hän suorittaa "hiljaisen kontrollin" muiden oikeuslähteiden avulla. Toisin sanoen perusteluprosessi on monimuotoisempi kuin julkilausutut perustelut antavat ymmärtää.

Itse asiassa tutkijoiden menettelyä ei voidakaan pitää johdonmukaisena muutoin kuin olettamalla hiljaisen kontrollin olemassaolo. Tuon ajan oikeuskirjallisuus tarjoaa näet runsaasti evidenssiä siitä, että normikannanoton yhtäpitävyys ennakkopäätöksen ilmaiseman oikeussäännön kanssa ei ollut riittävä eikä luonnollisesti myöskään välttämätön edellytys kannanoton katsomiselle voimassaolevan oikeuden mukaiseksi. Tapaukset, joissa tutkija katsoo ennakkotapauksen virheelliseksi, ovat lukuisia.[51]

Ajatus, että tuon ajan oikeustieteen tulokset voitaisiin ymmärtää deskriptiivisiksi yleistyksiksi oikeuskäytännöstä, ei siten pidä paikkaansa. Oikeuskäytännöllä ja voimassaolevan oikeuden sisältöä koskevilla tieteen kannanotoilla oli toki yhteyksiä, mutta — kuten edellä on pyritty osoittamaan — yhteydet olivat luonteeltaan sangen komplisoituja. Oikeuskäytäntö vaikutti tieteen tuloksiin aivan toisessa määrin kuin käsitelainopin aikoina, mutta tiede säilytti silti suhteellisen itsenäisyytensä käytäntöön nähden.

Tieteen suhteellisella itsenäisyydellä oli oikeuskulttuurin kannalta tärkeä merkitys. Asenne, jossa tiede ei suhtautunut prejudikaatteihin liian alamaisesti, oli itse asiassa oikeustieteen pohjoismaistumisen edellytyksenä. Oikeuskäytäntö ei näet suinkaan ensimmäisenä ilmentänyt skandinaavisen realismin ajatuksia, esimerkiksi subjektiivisten oikeuksien hajottelua. Nämä ajatukset tuotiin oikeusyhteisöön tieteen kautta. Käytäntöön alamaisasenteen omaksunut tiede olisi ollut kykenemätön aikaansaamaan tapahtunutta muutosta.

Olsson tarkastelee käytännön ja teorian välistä suhdetta kiintoisalla tavalla tutkimuksessaan "Om köpares borgenärsskydd". Hän oli hyvin tietoinen siitä, että oikeuskäytäntö ei ollut hyväksynyt uutta, subjektiivisten oikeuksien hajoittelulle perustuvaa siviilioikeuden järjestelmää. Tämä ei kuitenkaan hä-

[51] Ks. esim. *Vihma,* Sopimussakko s. 90 ja 175, *Zitting,* Omistajanvaihdoksesta esim. s. 362, *Ylöstalo,* Testamentinmoitteesta s. 165, *Godenhielm,* Om säljarens bundenhet s. 83, *Vuorio,* Työsuhteen ehtojen määrääminen s. 145—147 ja 156, *Zitting,* Saantosuoja s. 160—165, Vihma, Suorituksen mahdottomuus s. 162—165, *Muukkonen,* Muotosäännökset s. 154 ja *Lahtinen,* Asialegitimatiokysymyksen tarkastelua lähinnä erään oikeustapauksen puitteissa, *passim.*

nen mukaansa voinut estää uuden ajatustavan omaksumista. Käsityksen perustelu on kiintoisa. Olssonin mukaan juridiset teoriat — tässä tapauksessa näkemys subjektiivisten oikeuksien substanssiluonteesta — eivät voi saavuttaa tavanomaisen oikeuden asemaa siinäkään tapauksessa, että niiden vaikutus ennakkotapausten taustalla on ilmeinen ja huomattava. Ajatus, että teoria voisi muuttua oikeudeksi on hänen mukaansa mahdoton sen tähden, että muussa tapauksessa lainsäätäjä joutuisi muutoksen aikaansaamiseksi säätämään lakeja juridisista teorioista. Tällainen taas ei tule Pohjolassa kysymykseen.[52]

Edellä sanotusta seuraa, että ainoastaan varsinaiset oikeussäännöt, mutta eivät juridiset konstruktiot, voivat saavuttaa pätevyyden oikeuskäytännön kautta. Käytäntö ei voi estää lainopin *teoreettista* uudistumista. *Olssonin* ajatusta täytynee tulkita niin, että oikeuskäytäntö ei voi asettua uudistumisen esteeksi siinäkään tapauksessa, että teoreettisesta uudistumisesta on seurauksena päätyminen aikaisempien prejudikaattien vastaisiin normikannanottoihin. On helppoa havaita, että tästä heijastuva näkemys tieteen tuloslauseitten ja käytännön suhteesta ei ole prognoositeorian mukainen. Voimassaoloväitteen ilmaisemasta oikeusohjeesta poikkeava käytäntö ei välttämättä falsifioi väitettä.

g. Lopuksi on vielä tarkasteltava lainopin pohjoismaistumista vastustavia näkemyksiä. Jo aiemmin on todettu, että uusi metodi pääsi 1950-luvulla dominoivaan asemaan. Sen myötä loppuivat metodia yleisellä tasolla puolustavat kirjoitukset. Myös vastustavien näkemysten määrä jäi suppeaksi. Arvostelu keskittyi reaalisten argumenttien käyttöön. Muut oikeuslähdeperiaatteissa tapahtuneet muutokset eivät synnyttäneet kritiikkiä.

Kritiikin ydin oli tuttu jo edelliseltä vuosikymmeneltä. Uuden metodin katsottiin vaikuttavan höllentävästi siihen stringenssiin, jota oikeusoppinut oli velvollinen pitämään työssään silmällä.[53] Pelättiin, että reaalisten argumenttien käyttö johtaa loputtomaan resonointiin, jossa itsekunkin lautamiesjärki määrää erilaisen lopputuloksen.[54] *B. C. Carlsonin* kritiikki lähtee puolestaan en-

---

[52] *Olsson,* Om köpares borgenärsskydd s. 17—19.

[53] *Kivimäki,* Oikeudellisen ajattelun kehityksestä viime vuosikymmenien kuluessa s. 124.

[54] *Caselius,* Ns. Gründer-säännöstön kehittämisestä s. 273. Ks. myös *Caselius,* Mietteitä oikeustoimen määrämuotoisuudesta: "Juuri nykyisin niin ihailtu kohtuuden tavoitteleminen, mikä saattaa hakea ilmaisunsa halpahintaisessa tunnehymistyksessä ja vieläpä luisua poliittiseksi laskelmoimiseksi, on vaarana oikeusvarmuudelle. Monasti se, joka ei hallitse juttua, lankeaa kiusaukseen ratkaista asiat vastoin lakia pelkän "kohtuuden" mukaan. Oikeusvarmuus on kuitenkin niin kallis asia, että se on asetettava materiaalisen oikeuden vähäisen syrjimisen edelle." s. 447.

tiseen tapaan siitä, että epäjuridiset premissit eivät voi generoida juridisia lopputuloksia.[55]

Kritiikin sisältämät ajatukset jäivät elämään oikeusyhteisössä. Jo aiemmin on ollut puhetta pohjoismaisen perinnön kahtiajakautumisesta. Pragmaattisen realismin ohella sai kannatusta kelseniläinen, puhtaan oikeudellisen ajattelun vaatimus. Se hyväksyi pohjoismaisesta juridiikasta oikeusjärjestystä koskevat rakenteelliset oletukset, kuten subjektiivisten oikeuksien hajoittelun ja analyyttisen tarkastelutavan, mutta ei pragmaattisen realismin tavoin laventanut oikeuslähteistöään voimakkaasti reaalisten argumenttien suuntaan. Analyysin ohella sitä kiinnostivat myös systemaattiset kysymykset ts. ongelmat uusien, entistä suppeampien ja tarkkarajaisempien käsitteiden suhteesta toisiinsa. Tämän suuntauksen edustajista on *Zittingin* ohella mainittava erityisesti *Vuorio*. Vuorio suhtautui sangen torjuvasti sosiaalipoliittisten ja muiden reaalisten argumenttien merkitykseen työoikeudessa. Tämä näkyy kenties parhaiten tavassa, jolla hän pyrkii perustelemaan työehtosopimuksen normimääräysten ns. jälkivaikutuksen olemassaolon. Kun voimakkuudeltaan lähes vastaansanomattomat reaaliset argumentit eivät kelpaa perusteluksi, hän joutuu sangen keinotekoisesti johtamaan jälkivaikutuksen ''paikkakunnan tavasta'', jonka huomioon ottamiseen työsopimuslain 13 § antoi valtuudet.[56] Kelseniläisen tradition myötä osa käsitelainopillisen tieteenkuvan rakenteesta säilyi siviilioikeudessamme.

4. LAINOPILLINEN KYSYMYKSENASETTELU

4.1. Johdantoa

Tässä luvussa seurataan lainopillisen kysymyksenasettelutavan muuttumista tutkittavan aikajakson kestäessä. Tarkastelun viitekehyksenä on skandinaavisen realismin ohjelma. Tarkoituksena on osoittaa, missä määrin siviilioikeudelliset tutkimusongelmat ovat muuttuneet tämän ohjelman viitoittamaan suuntaan. Skandinaavisen realismin pyrkimyksiä kysymyksenasettelun muuttamiseksi on käsitelty edellä.[1] Lyhyt perusajatusten kertaus on tässä silti paikal-

[55] *Carlson,* Rätten s. 162.

[56] *Vuorio,* Työsuhteen ehtojen määrääminen s. 314—318.

[1] Ks. s. 258 ss.

laan. Ne voidaan jakaa vanhan kysymistavan kritiikkiin ja toisaalta uutta rakentaviin näkemyksiin.

4.1.1. Kriittisen tavoitteen muodosti vaatimus, jonka mukaan käsitelainopillisista luonnehtimisongelmista oli päästävä eroon. Niihin annetut vastaukset olivat vähäarvoisia, koska luonnehdinnasta ei voida johtaa oikeusseuraamuksia siten, että tulos olisi sosiaaliteknisesti luotettava. Kategorisoiville yleistyksille jäi lähinnä esitysteknistä ja pedagogista arvoa.

Luonnepohdintojen tehtävä lainopin tutkimusprosessissa ei kuitenkaan aina ollut sama. Jotta suomalaisen lainopin tarkempi analyysi skandinaavisen realismin taustaa vasten kävisi mahdolliseksi, on luonnepohdintojen vaihtelevat roolit tuotava esiin. Tällöin voidaan erottaa toisistaan (*a*) itseisarvoiset luonnepohdinnat, (*b*) heuristisjustifikatoriset luonnepohdinnat ja (*c*) justifikatoriset luonnepohdinnat.

(*a*). Itseisarvoisella luonnepohdinnalla tarkoitan kysymyksenasettamistapaa, jossa oikeudellisesti problemaattisen ilmiön subsumointi juridiseen kategoriaan nähdään tehtävänä sinänsä. Ongelmana on tällöin reaalimaailman ilmiöiden sijoittaminen juridiseen käsitteistöön, maailman jäsentäminen juridisena todellisuutena. Käytettyä juridista kategoriaa koskevien oikeusperiaatteiden kautta kategorisointi saattaa samalla paljastaa myös osan ilmiöön liittyvistä oikeusseuraamuksista, mutta se ei tässä tapauksessa ole kategorisoinnin primäärisenä tavoitteena. Kysymys ''Onko kuolinpesä yhtiö?'' saattaisi olla esimerkki itseisarvoisesta luonnehdinnasta.

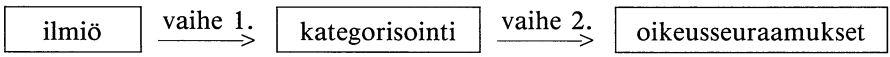
Skandinaavisen realismin mukaan tutkija, joka pohtii tämäntapaisia kysymyksiä, tekee puhdasta hukkatyötä. Kategorisoidessaan reaalimaailman ilmiöitä hän kiehtoo niitä metafysiikan seitteihin ja rakentaa verkkoa, joka päinvastoin pitäisi purkaa.

(*b*). Heuristisjustifikatorisella luonnepohdinnalla tarkoitan menettelyä, jossa tutkittava juridinen ilmiö subsumoidaan juridiseen kategoriaan ilmiön ja kategoriaan kuuluviksi tiedettyjen ilmiöiden välisen, järjestelmänsisäisen analogisuuden perusteella ja tämän jälkeen liitetään ilmiöön ne oikeusseuraamukset, jotka kategoriaa sääntelevän oikeusperiaatteen mukaan siihen liittyvät. Lisäehtona kategorisoinnin kuulumiselle tähän ryhmään on, että kategorisointi tapahtuu oikeusseuraamuksista riippumatta. Oikeusseuraamusten evaluointi ei toisin sanoen saa vaikuttaa luonnehtimisongelman ratkaisuun.

Kategorisointi on tällöin keino tutkittavaan ilmiöön liittyvien oikeusseu-

raamusten *löytämiseksi.* Samalla se on keino oikeusseuraamusten justifioimiseksi, sillä justifikaatio tapahtuu tämän tieteenkuvan mukaan viittaamalla oikeusperiaatteeseen tai -sääntöön, jonka soveltamisalaan tutkittava juridinen ilmiö kuuluu. Tunnettua erottelua käyttäen voidaan sanoa, että context of discovery ja context of justification tällöin yhtyvät.[2]

Tähän ryhmään kuuluvia luonnehdintoja voidaan havainnollistaa seuraavalla kuviolla:



Heuristisjustifikatorisesta kategorisoinnista on kysymys esimerkiksi silloin, kun tilanne, jossa työntekijän mahdollisuus tehdä työtä estyy tehtaan toiminnan pysäyttävän osittaisen lakon johdosta, kategorisoidaan velallisen viivästykseksi, ja kysymys työntekijän oikeudesta palkkaan tai sitä vastaavaan korvaukseen ratkaistaan viivästystä koskevien periaatteiden nojalla.

Myös tähän ryhmään kuuluvat luonnepohdinnat ovat jokseenkin jyrkässä ristiriidassa skandinaavisen realismin kanssa. Sen mukaanhan oikeusseuraamuksen perustelu kategorisointiin (juridiseen konstruktioon) viittaamalla oli joko justifiointia olemattomalla tai päättelyä, jossa toinen päätelmän vaiheista (1. tai 2. ks. kuvio) oli kehäpäätelmä. Realistien mukaan metodi oli epäluotettava myös oikeusseuraamusten *löytämisen* keinona, koska käytetty järjestelmänsisäinen analogisuus ei läheskään aina ollut lainsäädännön[3] eikä myöskään tuomarinideologian mukaan merkityksellinen. Myös sosiaaliteknisessä katsannossa menetelmä johti kirjaviin tuloksiin. Ilmiöt, jotka oikeustieteen järjestelmässä vaikuttivat analogisilta, eivät suinkaan välttämättä olleet sitä reaalisten argumenttien valossa. Intressitilanne, joka vallitsee edellä kuvatussa työntekijän ja työnantajan välisessä suhteessa, ei paljonkaan muistuta tilannetta kahden liikesuhteissa olevan yrityksen välillä, joista toinen joutuu maksu- tai toimitusvaikeuksiin.

(*c*). Justifikatorisella luonnepohdinnalla tarkoitan menettelyä, jossa oikeusseuraamuksiin on päädytty kategorisoinnista riippumatta esimerkiksi reaalisten näkökohtien perusteella, mutta seuraamukset justifioidaan kategorisoin-

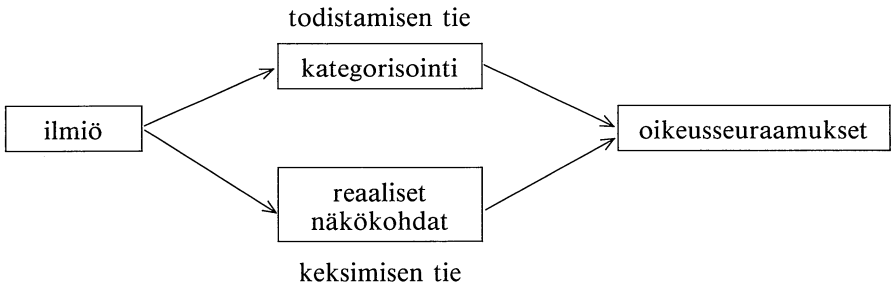
[2] Ks. po. erottelusta esim. *Aarnio,* Mitä lainoppi on? s. 33 ss., jossa Aarnio käyttää nimityksiä "keksimisen tie" ja "todistamisen tie". Ks. myös *Suppe,* The Structure of Scientific Theories s. 125 ja s. 575—577.

[3] Ks. *Lassen,* Nogle Bemærkninger om Definitioner i Retsliteraturen. s. 32.

tia käyttäen. Tällöin oikeusseuraamusten ''keksimisen tie'' ja niiden ''todistamisen tie'' erkanevat. Metodi saa elintilaa yhteisössä, jonka oikeuslähdeopilliset periaatteet eivät anna reaalisille argumenteille painoarvoa. Oikeusseuraamukset on tällöin perusteltava osoittamalla tutkittava ilmiö seuraamuksiltaan tunnetun ilmiöjoukon erikoistapaukseksi.

Justifikatorisesta kategorisoinnista on kysymys esimerkiksi silloin, kun julkilausumattomien reaalisten argumenttien nojalla päädytään siihen, ettei tilapäistä käyttötarvetta varten tehdyn rakennuksen tule seurata kiinteistön oikeudellisia kohtaloita, ja tulkintakannanottoa perustellaan toteamalla, ettei po. rakennus ole kiinteistön ainesosa.

Justifikatorista kategorisointia voidaan havainnollistaa seuraavalla kuviolla:



Tässä tapauksessa ei oikeusseuraamusten löytämistapaa voida skandinaavisen realismin valossa arvostella. Sitä vastoin huomautuksia voidaan kohdistaa ratkaisun perusteluun. Voidaan huomauttaa, että se rikkoo avoimen argumentaation periaatetta ja on vastoin intellektualismin moraalia.[4] Peruste, joka tosiasiassa on määrännyt oikeusseuraamusten valinnan, on jätetty piiloon, ja korvattu fasadiperusteella, johon tutkija pahimmassa tapauksessa ei itsekään usko.[5]

Skandinaavinen realismi hyväksyi ainoastaan puhtaasti systematisoivan kategorisoinnin. Tarkoitan sillä oikeusilmiöiden luokittelua, jota ei käytetä sen

[4] Intellektualismin moraalista ks. *Hedenius,* Om rätt och moral s. 137—171.

[5] Skandinaavinen realismi näyttää tuomitsevan fasadilegitimaationa kaikki tapaukset, joissa ratkaisun keksimisen tie ja todistamisen tie eroavat, riippumatta siitä, miten hyvin ratkaisu on julkilausutun perustelun avulla justifioitavissa. Näkemyksen mielestäni paikkansapitävästä kritiikistä ks. *Bergholtz,* Ratio et Auctoritas s. 412—422. Bergholtzin mukaan kysymys fasadilegitimaatiosta on korvattava kysymyksellä esitettyjen perusteiden hyväksyttävyydestä. ''Det är ... utan betydelse om angivna skäl är verkliga eller föregivna så länge de är juridiskt acceptabla'', hän kirjoittaa.

paremmin heuristisiin kuin justifikatorisiinkaan tarpeisiin, vaan jolla ainoastaan esitysteknisessä ja pedagogisessa tarkoituksessa jäsennetään jo saavutettuja tuloksia. Tällaisena se muodosti tutkimuksen sallitun päätepisteen.

4.1.2. Luonnepohdintojen roolin uudelleenarvioinnissa näyttäytyi skandinaavisen realismin kriittinen puoli. Kysymyksenasettelua koskevat *rakentavat* ajatukset ovat puolestaan seurausta näkemyksestä, jonka mukaan oikeusjärjestys on kuvattavissa oikeustosiseikkojen ja oikeusseuraamusten välisinä relaatioina ilman niiden väliin työntyviä juridisia entiteettejä. Käsityksestä, jonka mukaan oikeusjärjestyksen tutkiminen oli keskeisesti oikeuksien ja velvollisuuksien luonteen tutkimista, voitiin tällöin luopua. Oikeustieteen tehtäväksi tuli em. fakta/seuraamus -relaatioiden sisällön selvittäminen. Tuntemattomaksi tekijäksi, jota tutkimus lähti selvittämään, voitiin valita jompikumpi relaation jäsenistä. Tutkimuksen ongelmaksi muodostui tällöin joko (*1*) mihin tosiseikastoon tietty oikeusseuraamus, so. tietyssä henkilösuhteessa ilmenevä juridisten positioiden muutos, liittyy tai (*2*) mitä oikeusseuraamuksia liittyy tiettyyn juridiseen rooliin (oikeusasematarkastelu). Tapahtunut muutos voidaan hieman karkeistaen esittää myös sanomalla, että oikeuksien ja velvollisuuksien tutkimisesta siirryttiin sääntötutkimukseen.

Seuraavassa pyritään selvittämään, miten edellä mainitut näkemykset työntyivät esiin ja vaikuttivat omassa oikeuskirjallisuudessamme.

4.2. Kysymyksenasettelu ja sen muuttuminen

4.2.1. 1920-luku

a. Tarkasteltaessa 1920-luvun siviilioikeudellista kirjallisuutta on helppoa havaita, että luonnehtimisongelmien osuus kysymyksenasettelussa oli sangen vahva. Kaikissa väitöskirjoissa *Kivimäen* ja *Sainion* tutkimuksia ehkä lukuunottamatta esiintyi kysymyksiä, joita voidaan pitää luonnehtimisongelmina. Vielä selvemmin luonnepohdintojen suosio näkyy tuon ajan artikkelituotannossa.[1]

[1] Esimerkkeinä tällaisista ongelmanasetteluista mainittakoon kysymykset: '*Mikä on ennakkoturvaamismenettelyn luonne*?' (El. Kaila, Ennakkoturvaamismenettelystä s. 62), 'Onko asunto-osakeoikeuden tuottama asumisoikeus vuokraoikeutta?' (Ks. Voipion samannimistä kirjoitusta), 'Onko vuokranantajan retentio-oikeus pidätysoikeutta vaiko panttioikeutta?' (Hakulinen, Retentio-oikeuden suhde kolmanteen mieheen s. 101 ss.), 'Onko omistajankiinnitys todellinen panttioikeus?' (Caselius, Omistajankiinnityksestä s. 110), 'Onko kiinnityksen muuttuminen panttioikeudeksi panttioikeuden cessiota vai syntyykö muutoshetkellä

Kategorisoinnin luova käyttö oikeusseuraamuksen löytämiseksi oli kuitenkin yllättävän harvinaista. Oikeusseuraamusten johtamista luonnehdinnasta esiintyy runsaammin lähinnä vain *Caseliuksen* tutkimuksissa. Monesti tutkimusprosessi jätettiin ikäänkuin kesken; tyydyttiin pelkkään kategorisointiin ryhtymättä enää purkamaan ulos kategorisoinnista johtuvia oikeusseuraamuksia.

Tehtävänasettelun julkilausumattomana motiivina lienee tällöin vaikuttanut ajatus, että asiantunteva lukija saattoi itsekin tehdä oikeusseuraamuksia koskevat johtopäätökset saadessaan tietää oikean luonnehdinnan. Esimerkiksi tieto, että osakkeenomistajan oikeus asua huoneistossa (asunto-oikeus) oli osakeoikeuteen sisältyvä oikeutus,[2] riitti kertomaan subjektiivisten oikeuksien rakenteen tuntevalle, että asunto-oikeutta ei erikseen voida luovuttaa tai ulosmitata, että se sammuu osakeoikeuden lakatessa jne. Kategorisoinnilla oli siten heuristisjustifikatorinen funktio, vaikka sen käytännölliset johtopäätökset jätettiinkin lukijan tehtäväksi.

Heuristisjustifikatorisen funktion ohella luonnepohdinnat toteuttivat myös puhtaasti justifikatorista tehtävää. Luonnehdintaan ei tällöin ainakaan primäärisesti pyritty oikeusseuraamuksia koskevien päätelmien tekemiseksi, vaan oikeusseuraamukset, joihin muilla perusteilla oli päädytty, pyrittiin ''selittämään'' sijoittamalla ilmiö, johon po. seuraamukset oli liitetty, sopivaan kategoriaan. Tästä oli de facto kyse esim. päättelyssä, jossa asianajajan objektiivinen vastuu apulaistensa tuottamuksesta selitettiin (justifioitiin) vetoamalla annettuun hiljaiseen takuuseen.[3]

Tuntemattomia eivät 1920-luvulla olleet sellaisetkaan luonnepohdinnat, joiden vastauksella ei näyttänyt olevan sen paremmin heuristista kuin justifikatoristakaan relevanssia. Esimerkiksi tällaisesta voidaan ottaa *Haatajan* pohtima kysymys, minkä on katsottava olevan vuokran kohteena, kun metsästys- tai kalastusoikeus annetaan vuokralle. Onko vuokran kohteena kyseinen oikeus sinänsä vaiko se kiinteistö, johon metsästys- ja kalastusoikeus kuuluu? Haataja ratkaisee kysymyksen käyttäen tuttua käsitelainopillista perustetta, jonka mukaan oikeutukset eivät voi esiintyä itsenäisinä. ''Kun meidän oikeusjärjestyksemme mukaan, kuten edellä on esitetty, metsästysoikeus on katsottava omis-

uusi panttioikeus?' (Caselius, Omistajankiinnityksestä s. 155—156), 'Onko saatavan panttaus ainoastaan cessiota vai syntyykö todellinen panttioikeus?' (Caselius, Panttioikeuden käsitteestä s. 76), 'Onko metsästysoikeuden vuokran kohteena kiinteistö vaiko itse metsästysoikeus?' (Haataja, Vuokran käsite s. 142), 'Mikä on toiminimioikeuden luonne?' (Kauppi, Kaupparekisteristä s. 297).

[2] Tähän tulokseen tuli *Voipio* kirjoituksessaan ''Onko asunto-osakeoikeuden tuottama asumisoikeus vuokraoikeutta'' s. 203.

[3] Ks. *Kivimäki,* Asianajajan siviilioikeudellinen vastuu s. 200.

tusoikeuteen sisältyväksi, seuraa siitä, että samoin kuin kaikkien omistusoikeuteen sisältyvien oikeutuksien vuokralle antamisen kautta siirtyessä vuokraesineenä on asianomainen kiinteistö, niin samoin on katsottava kiinteistö vuokraesineeksi silloin, kun joku erityinen näistä oikeutuksista, kuten esim. metsästysoikeus annetaan vuokralle."[4] Tutkijanlaatunsa mukaisesti *Haataja* ei kuitenkaan tee johtopäätöksiä luonnehdinnastaan, vaan päinvastoin kiistää tämän mahdollisuuden. "Toinen asia on, että yleiset kiinteistön vuokraa koskevat lain säännökset eivät ole tällaiseen vuokraan sovellettavat".[5]

Kuten havaitsemme, luonnehdintaa, jonka mukaan metsästysoikeuden vuokra on kiinteistön vuokraa, ei tarvita oikeusseuraamusten johtamiseen luonnehdinnasta eikä myöskään justifioimaan metsästysoikeuden vuokraan liitettyjä oikeusseuraamuksia. Kysymys ei myöskään ole siitä, että lukija luonnehdinnan avulla johdettaisiin oikeille jäljille *Undénin* toivomaan tapaan. Päinvastoin jouduttaisiin luonnehdintaa seurattaessa harhaan. Tulos näyttää siten jäävän käyttöarvoa vailla olevaksi "puhtaasti teoreettiseksi" sivistykseksi.[6] Lienee oikein sanoa, että käsitelainoppi oli näissä tapauksissa kadottanut elävän sisältönsä.

Uusi tapa asettaa kysymyksiä ei kuitenkaan vielä tullut sen tilalle. Fakta/seuraamus -erottelun tietoista hyödyntämistä en ole tavannut tuon ajan tutkimuksissa.[7] Sama koskee henkilösuhde-erottelua. Viimeksimainittua kuvastavat mm. *Tawaststjernan* ja *Kivimäen* kirjoitukset, joissa kosketeltiin kysymystä irtainta omaisuutta koskevan lahjanlupauksen sitovuudesta.[8] Kummassakaan kirjoituksessa ei edes teoreettisena mahdollisuutena otettu huomioon ajatusta, että sitovuus voisi olla erilainen eri henkilösuhteissa.

4.2.2. 1930-luku

a. 1920-luvulla näkyneet, kiistämättä melko vähäiset, enteet käsitelainopillisen kysymyksenasettelutavan rapautumisesta eivät toteutuneet vielä

[4] Ks. *Haataja,* Vuokran käsite s. 142—143.

[5] *Haataja,* Vuokran käsite s. 143.

[6] Samankaltainen on myös *Kaupin* toiminimioikeuden luonnetta koskevaan kysymykseen antama vastaus. Ks. *Kauppi,* Kaupparekisteristä s. 297—302.

[7] Sitä vastoin monikin tuon ajan ongelma voidaan luonnollisesti reformuloida po. erottelua käyttäen. Esimerkiksi Sainion ongelma "Mikä on immission käsite Suomen oikeuden mukaan?" voidaan tulkita pyrkimykseksi selventää sitä tosiseikastoa, johon naapuruusoikeudelliset oikeusseuraamukset liittyvät. Erottelun uutta luovaa merkitystä ei tästä syystä pidä liioitella.

[8] Ks. *Tawaststjerna,* Onko lupaus, joka tarkoittaa arvomäärän lahjoittamista, antajaa sitova? erit. s. 77 ja *Kivimäki,* Irtainta omaisuutta koskevan lahjanlupauksen sitovaisuudesta. passim.

1930-luvulla. Päinvastoin luonnepohdintojen rooli näytti entisestään kasvavan.[1] Kasvu henkilöityy kuitenkin pääasiassa kahteen tutkijaan, *Hakuliseen* ja *Heikoseen,* jotka tuolloin aloittivat tutkijanuransa hyvin runsaalla ja monipuolisella tuotannolla.

Hakulinen pohti luonnehtimisongelmia yleensä esikysymyksinä johtaakseen luonnehdinnasta oikeusseuraamuksia. Samaa metodia käyttivät merkittävässä määrin myös *Caselius* ja *Rekola.* Heikonen sitä vastoin tyytyi etenkin väitöskirjassaan pelkkien luonnehtimisongelmien ratkaisemiseen. Teos ei oikeastaan lainkaan anna vastauksia käytännössä esiintyviin soveltamisongelmiin, vaan lukijalle tarjotaan tietoa sellaisista kysymyksistä kuin ”Onko jakamaton kuolinpesä juridinen henkilö?”, ”Onko jakamaton kuolinpesä yhtiö?” ja ”Onko jakamaton kuolinpesä esine?”. Sama linja jatkui teoksen toisessa osassa. Sen keskeisiä kysymyksiä olivat mm. ”Onko perillisten oikeus jäämistöön saamisoikeutta?”, ”Onko perintöosuus sama kuin jäämistössä olevien esineiden ja oikeuksien osuuksien summa?” ja ”Ovatko perintöosuus ja itse perillisoikeus identtisiä”.

Teos oli siten ilmiasultaan voimakkaasti systematisoiva. Siinä pyrittiin saamaan selville perimysoikeuden paikka yksityisoikeuden järjestelmässä. Vaikka Heikonen Hakuliseen ja muihin äsken mainittuihin tutkijoihin verrattuna jättääkin työnsä ikäänkuin kesken, hänen asennoitumisensa luonnepohdintaan metodina on kuitenkin sama. Kaikki edustavat käsitystä, jonka mukaan systematisoinnin peruste on sen *heuristisjustifikatorisessa* funktiossa. Tämä käy Heikosen osalta ilmi väitöskirjaa seuranneista artikkeleista, joissa hän pyrkii osoittelemaan niitä käytännöllisiä johtopäätöksiä, joita luonnepohdintojen tuloksista oli tehtävissä.[2]

Luonnepohdintojen hyväksyttyä asemaa lainopin tutkimusprosessissa kuvaa Heikosen väitöskirjan saama jokseenkin myönteinen vastaanotto. Kirjoittaja tosin joutui saavuttamistaan tuloksista ankaraan riitaan Hakulisen kans-

---

[1] Esimerkkejä luonnepohdinnoista: ”Onko osakeyhtiö ennen kaupparekisteriin merkintää avoin yhtiö?” (*Heikonen,* Avoimen yhtiön perustamisesta s. 353—354), ”Onko osuus yhtiössä irtainta vaiko kiinteää?” (e.m.k. s. 385), ”Mikä on sen hyväksymistoimenpiteen oikeudellinen luonne, jolla kiinteistön uusi omistaja hyväksyy aikaisemman määräalan luovutuksen?” (*Hakulinen,* Kiinteistön luovutuksen muodosta s. 36), ”Mikä on osakkeenomistajan asunto-oikeuden luonne?” (*Caselius,* Asunto-osakeyhtiölain tulkintakysymyksiä s. 349), ”Onko pakkotieservituutin perustaminen vapaata oikeudenhoitoa vaiko hallintoa?” (*Noponen,* Oikeudesta ryhtyä liikennettä ... s. 76—80) ja ”Mikä on avioliittolain mukaisen vastikeoikeuden luonne?” (*Hernberg,* Äktenskapslagen i doktrinen ljus s. 346).

[2] Ks. *Heikonen,* Testamentin valvomisesta s. 391 ja Jäämistönosakkaan velan ulosmittaamisesta s. 107.

sa, mutta kiista oli puhtaasti käsitelainopillisen metodin sisäinen välien selvittely. Hakulisen kritiikki ei kohdistunut luonnepohdintoihin sinänsä, vaan siihen, että pohdinnat olivat johtaneet virheellisiin konstruktioihin.[3] Virallisena vastaväittäjänä toiminut *Caselius* piti teoksen käytännöllistä merkitystä suurena siitä huolimatta, että siinä ei vastattu praktisiin kysymyksiin. ''Ilman pesän luonteen ja olemuksen selvittämistä'' on näet hänen mukaansa ''mahdotonta ratkaista käytännöllisiä tapauksia''.[4]

Mainittakoon, että Caselius piti teoksen tieteellisesti painavimpina osina sen lukuja, joissa selvitettiin, voidaanko kuolinpesää pitää oikeushenkilönä ja mahdollisesti yhtiönä. Skandinaavisen realismin mallin pohjalta näitä kysymyksiä olisi ollut pidettävä jokseenkin tarpeettomina.

Luonnepohdinnat, jotka tähtäävät pelkästään muilla tavoin löydettyjen tulosten *justifikaatioon,*[5] näyttävät 1930-luvulla olleen suhteellisen harvinaisia. Tosin on muistettava, että justifikatoristen luonnepohdintojen yleisyyttä on oikeuskirjallisuuden perusteella lähes mahdoton päätellä, koska kriteerit, joilla kysymyksenasettelu on luokitettu tähän ryhmään, kuuluvat pikemminkin tutkimuksen psykologiaan kuin metodologiaan. Esimerkkinä menettelystä, jossa kategorisointi avoimesti perustetaan seuraamusten evaluaatioon, mainittakoon *Noposen* tapa käsitellä kiinteistön ainesosa- ja tarpeistosuhteisiin liittyviä kysymyksiä.[6]

b. Tapa nähdä juridiset ongelmat luonnehtimisongelmina alkoi 1930-luvulla herättää myös kritiikkiä. Kriitikoista on mainittava *af Hällström, Haataja, Kivimäki* ja *Brusiin.* Koska kritiikin sisältöä on tarkasteltu jo edellä konstruktiivista argumentaatiota koskevassa jaksossa, siihen puututaan seuraavassa vain lyhyesti.

Brusiin kiinnitti huomionsa kategorisointiongelmien sitkeähenkisyyteen, ts. vaikeuteen saavuttaa niissä lopullisia ratkaisuja. Ongelmien ratkeamattomuus heitti niiden ylle epäilyksen varjon. Brusiin kirjoittaa: ''Kaikkiin niihin oikeustieteen ongelmiin nähden, jotka näyttävät ratkaisemattomilta, on syytä epäillä, että kysymyksenasettelussa on jotakin metafyysillisen hämärää; ajateltakoonpa esim. juriidisen henkilön olemusta. Suunnattakoon niihin silloin oikeusfilosofian armoton valonheittäjä. Dogmaattisen oikeustieteenhän tulee välit-

[3] *Hakulisen* ja *Heikosen* välistä kiistaa on seikkaperäisesti tarkastellut *Aarnio.* Ks. Perillisen oikeusasemasta s. 97—113.

[4] Ks. virallisen vastaväittäjän lausuntoa s. 286.

[5] Tällaisesta on mahdollisesti kyse *Caseliuksen* ''Irroittamisoikeudet''-teoksen s. 297—298 käsittelyssä konstruktio-ongelmassa.

[6] Ks. *Noponen,* Oikeudesta ryhtyä liikennettä ... s. 160—161.

tömästi palvella käytäntöä, koko sen ajatusapparaatti on luotava nimenomaan tätä tehtävää varten. Metafyysilliset probleemanasettelut merkitsevät sen tähden tässä tieteessä... metodista virhettä."[7] Tämä lienee ensimmäinen kerta, jolloin lainopillista kysymyksenasettelua arvioitiin meillä suoraan käsiteanalyyttisestä filosofiasta lainatuin perustein.

Muiden kriitikkojen argumentit olivat käytännöllisempiä. Seuraamusten johtaminen luonnepohdinnoista vei heidän mukaansa tuloksiin, jotka olivat arvomaailmaltaan vanhentuneita ja elämälle vieraita[8] tai edustivat pohjoismaiselle historialliselle perinteelle vierasta saksalaisvaikutusta.[9] Deduktiivisen metodin asemesta oli omaksuttava induktiivinen metodi, ts. ensin oli tutkittava konkreettisia juridisia ongelmia ja vasta niiden tultua ratkaistuiksi pyrittävä yleistyksiin. Tavoitteena oli siten itse asiassa *Undénin* suosittama metodi, jossa kategorisoinnilla oli puhtaasti systematisoiva tehtävä.

af Hällströmin esittämään kritiikkiin sisältyi myös argumentaatioteoreettinen juonne. Hän kiinnitti huomiota siihen, että kategorian valintaa ei useinkaan tyhjentävästi perusteltu, vaan siepattiin se kuin taikurin hatusta. Kategoriasta johdettujen oikeusseuraamusten pätevyys jäi tällöin lepäämään lähes tyhjän päälle.[10] Monissa tapauksissa pitääkin paikkansa, että kategorisoitavan ilmiön ja kategoriaan kuuluviksi jo tiedettyjen ilmiöiden välillä on vaikea nähdä selvää analogiaa. Toisaalta kategorisointeja pyrittiin myös *testaamaan*. Tämä tapahtui käyttäen testinä oikeusseuraamuksia, joiden muilla perusteilla, siis kategorisoinnista riippumatta (esim. suoraan lain nojalla) tiedettiin liittyvän kategorisoitavaan ilmiöön. Näin menettelee esimerkiksi *Voipio,* kun hän kiistää osakkeenomistajan asunto-oikeuden olevan vuokra-oikeutta, ja perustelee kantaansa toteamalla, että luonnehdinta edellyttäisi asunto-oikeuteen liittyvän seuraamuksia, joita siihen notorisesti ei liity.[11]

Menettely, jossa oikeusseuraamusten avulla pyritään testaamaan kategori-

[7] *Brusiin,* Oikeusfilosofia ja käytäntö s. 252.

[8] *Kivimäki,* Lainkäytön ja oikeustieteen oikeutta kehittävästä merkityksestä s. 481—482 ja *af Hällström,* Vilja, förklaring, tillit s. 53. Ks. myös *af Hällströmin* arvostelua *Hakulisen* teoksesta "Kiinteistön luovutuksen muodosta" s. 204—205.

[9] *Haataja,* arvostelu Caseliuksen teoksesta "Sopimukseen perustuvat irroittamisoikeudet" s. 22.

[10] *af Hällström,* arvostelu Hakulisen teoksesta "Kiinteistön luovutuksen muodosta" s. 204.

[11] *Voipio,* Onko asunto-osakeoikeuden tuottama asumisoikeus vuokraoikeutta s. 202—206. Kategorisoinnin testaamisesta ks. myös *Hakulinen,* Perusteettoman edun palautus s. 137—138. Siinä *Hakulinen* ratkaisee tätä menetelmää käyttäen kysymyksen, johtuuko MK 11: 1:ssä säädetty kauppahinnan palauttamisvelvollisuus kaupanvastuusta vaiko kondiktiovastuusta.

sointia, rinnastuu läheisesti teorian testaamiseen havaintojen avulla. On kiintoisaa havaita, että lainoppineiden suhtautuminen tähän testiin ei läheskään aina ollut klassisen tieteen metodologian mukainen. Sen mukaanhan teorian asema joko vahvistuu tai se kumoutuu riippuen siitä, kykeneekö se selittämään havainnon vaiko ei. Systematisoinnin ja oikeusseuraamusten suhde ei lainopissa ainakaan poikkeuksettomasti näytä vastaavan teorian ja havainnon välistä suhdetta, vaan systematisoinnista näytetään pidettävän kiinni paljon sitkeämmin kuin klassinen tai popperilainen tieteenlogiikka sallisivat.

Esimerkiksi tästä voidaan ottaa *Hakulisen* kirjoitus ''Retentio-oikeuden suhde kolmanteen mieheen''. Siinä kirjoittaja pohtii mm. kysymystä, miten olisi konstruoitava vuokranantajalle eräissä tilanteissa kuuluva oikeus käyttää vuokrasaatavansa vakuutena vuokralaiselle kuuluvaa irtainta omaisuutta. Hän päätyy siihen, että kyse on retentio-oikeudesta. Luonnehdinta vaikuttaa pulmalliselta, sillä vuokranantajalle kuuluu po. tapauksissa lain mukaan ns. perklusio-oikeus, joka on retentio-oikeuksille yleensä vieras. Hakulinen kuitenkin pelastaa luonnehdintansa laventamalla ja monimutkaistamalla retentio-oikeuden käsitesisältöä[12] ja siten samalla vähentämällä luokittelun informaatioarvoa. Menettely rinnastunee ns. ad hoc -hypoteesien asettamiseen, mitä klassinen tieteenlogiikka on pitänyt kiellettynä.[13]

Joissakin tapauksissa testin tulkinta näyttää kääntyvän jopa täysin päälaelleen. Oikeusseuraamus, vaikka se olisi positiivisen oikeuden vahvistama, ei olekaan ''annettu'' havainto, jolla testataan systematiikkaa, vaan päinvastoin systematiikan avulla aletaan testata havaintoja. Tällainen menettely on tuttua *Hakulisen* väitöskirjasta, jossa positiivisen oikeuden säännös siinä tapauksessa, että se soveltuu omaksuttuun edunpalautuskonstruktioon katsotaan yleisen periaatteen ilmaukseksi, mikä mahdollistaa laajan analogisen soveltamisen, kun taas konstruktion kanssa ristiriidassa olevat säännökset ymmärretään poikkeuksiksi, joita on tulkittava suppeasti.[14]

Nämä esimerkit kuvaavat kiintoisasti tapaa, jolla positiivisen oikeuden ja oikeuskulttuurin (yleisten oppien) suhde saatettiin vielä 1930-luvulla ymmärtää. Vaikka lakien keskeisyys legalistisen perinteemme mukaisesti tunnustettiin, niitä tulkittiin pandektistisen oikeuskulttuurin viitekehyksessä, jolloin sopivuus systeemiin ratkaisi säännöksen merkityksen. Näin tiede, joka toimi oikeuskulttuurin tulkkina, säilytti valvonnassaan lainsäädäntöön perustuvan

---

[12] Ks. *Hakulinen,* Retentio-oikeuden suhde kolmanteen mieheen s. 102.

[13] Ad hoc -hypoteeseista ks. esim. *Pap,* Elements of Analytic Philosophy s. 245—248.

[14] *Hakulinen,* Perusteettoman edun palautus vrt. s. 140, 269 ja toisaalta s. 175, 210 ja 251.

oikeuden kehittämisen. On houkuttelevaa tulkita havaintoa historiallisen koulun ja lakipositivismin vastakkainasettelua taustana käyttäen. Näin tehtäessä näyttää lakipositivismin voitto jääneen puolinaiseksi. Asemat, jotka historiallinen koulu menetti lakipositivismille oikeuden alkuperää koskevassa kiistassa, se osittain vyörytti takaisin lakien tulkinnan kautta.

c. Tieteenkuva, jossa oppineiden oikeus korotettiin positiivisen oikeuden yläpuolelle, oli kuitenkin jo murenemassa. Siihen tähtääviä vaatimuksia esitettiin paitsi skandinaavisen realismin lähtökohdista, käsitelainopillisen tradition sisältäkin.[15] Orastavan muutoksen vaikutus kysymyksenasetteluun pysyi silti vuosikymmenen loppuun asti vähäisenä. Johdonmukaisesti olemuspohdintoja vältti *af Hällström*. Uusi suhtautuminen niihin tuli esiin myös *Nyberghin* artikkelissa ''Auktorrättens juridiska karaktär''.[16]

af Hällström edusti tulevaa aikaa myös siinä suhteessa, että hänen väitöskirjansa kysymyksenasettelu näyttää olevan tietoisesti rakennettu fakta/seuraamus -erottelun varaan. Työn päätarkoitus on osoittaa, että tosiseikat (''de rättsstiftande faktorerna''), joihin oikeustoimen sitovuus liittyy, ovat toiset kuin ns. tahtoteorian kannattajat esittivät. Oikeusvaikutus, sopimuksen sitovuus, otetaan toisin sanoen annettuna, ja tehtävänä on oikeussäännön tosiseikastopuolen kirkastaminen.[17]

Sitä vastoin henkilösuhteiden erottelua ei havaitakseni vielä metodisesti käytetty kysymyksenasettelun apuvälineenä. Näkemys sen huomioon ottamisen tär-

[15] Tällaisena on pidettävä *Caseliuksen* lausumaa, jonka mukaan ''Käsite on ... haettava esille positiivisesta oikeudesta, eikä päinvastoin positiivista oikeutta ole yritettävä pusertaa käsitesysteemin ahtaisiin rajoihin''. Panttioikeuden käsitteestä s. 9. — Tämänkaltaiset yleiset lausumat eivät kuitenkaan ole luotettava todiste siitä, että lausuja todella olisi päässyt irti vanhasta traditiosta. Tästä on hyvänä osoituksena se, että Caselius vielä kymmenisen vuotta myöhemmin esittää käsityksiä, joiden peruste on oikeuskulttuurin primäärisyydessä positiiviseen oikeuteen verrattuna. Hän näet sanoo lainsäädännön ja oikeuskäytännön olleen eräässä kysymyksessä *teoreettisesti virheellisellä* kannalla. Irroittamisoikeudet s. 33. Lausumastaan *Caselius* sai monisanaiset moitteet *Haatajalta,* joka näki todellisen oikeuskulttuurin olevan kokonaan muualla kuin akateemisen maailman oppineitten oikeudessa. Ks. *Haatajan* arvostelua po. teoksesta erit. s. 24—29.

[16] Kirjoittaja päätyy siinä tulokseen, jonka mukaan tekijänoikeus ei ole sen paremmin persoonallisuusoikeus kuin varallisuusoikeuskaan, vaan näiden välimuoto. Käsitelainopin lähtökohdista olisi ilmeisestikin todettava, että kirjoittaja on epäonnistunut tekijänoikeuden sijoittamisessa oikeusjärjestelmään. Nyberghin suhtautuminen tulokseensa on kuitenkin toinen. Hänen mukaansa tekijänoikeuden sijoittaminen johonkin ennalta annettuun luokkaan ei ole tarpeellistakaan, vaan päinvastoin saattaa olla haitallista. Oikeudet eivät tarvitse nimilappuja. Riittää, kun niiden sisältö tunnetaan. m.k. s. 186—187.

[17] Ks. tästä *af Hällström,* Om villfarelse esim. s. 22—23, 142—143 ja 180—182.

keydestä ehti kuitenkin ohjelmallisena vaatimuksena esille vielä ennen vuosikymmenen päättymistä. Sillanrakentajana pohjoismaiseen ajatteluun toimi jälleen *af Hällström.*[18]

4.2.3. 1940-luku

a. Murros, joka leimasi 1940-luvun siviilioikeudellista tutkimusta, ulottui kysymyksenasetteluunkin. Eri tutkimusten välillä oli tässä kohden suuria eroja. Esiintyi tutkimuksia, joiden ongelmanasettelua sävytti luottamus systeemiyhteyden keskeiseen merkitykseen oikeuskysymyksiä ratkaistaessa. Toisaalta voimistui pohjoismainen ajattelutapa, joka piti systemaattisten näkökohtien kaikkinaista vaikutusta konkreettisiin tutkimustuloksiin pahana.

Käsitelainopin perinnettä jatkoi laajamuotoisesti *Hannikainen.* Hänen väitöskirjansa ''Pidätysoikeuden rakenteesta'' rinnastuu 1930-luvun konstruktiivisimpiin tutkimuksiin. Kuten jo teoksen otsikko ilmaisee, kyseessä on *oikeuskeskeinen,* subjektiivisten oikeuksien ominaisuuksia ja systemaattista sijaintia tarkasteleva työ. Oikeuksia tutkitaan siinä samaan tapaan kuin linnéläinen kasvitieteilijä tarkastelee kasveja pyrkien pääsemään selville niiden ominaislaadusta ja suhteesta muihin lajeihin.[1]

Teoksessa harrastettu konstruointi vaikuttaa monin paikoin itseisarvoiselta toiminnalta, jolla ei ole yhteyksiä käytännöllisten oikeusongelmien ratkaisemiseen. Vastaväittäjänä toiminut *Caseliuskin* epäilee kirjoittajan ''liiaksi rakentaneen rakenteitaan''. Konstruoinnin taustalla näyttää silti vaikuttavan ajatus, että näin voidaan sekä löytää että justifioida tutkittavaan oikeuteen liittyviä oikeusseuraamuksia.[2] Systeemi puhuu sille, joka sen tuntee. Teoksensa loppupuolella tekijä johtaakin pidätysoikeuden määritelmästä eräitä oikeusseuraamuksia.[3]

Hannikaisen ohella esiintyi tiedeyhteisössä vielä melko runsaasti tutkijoi-

[18] Ks. *af Hällströmin* arvostelua Undénin teoksesta ''Svensk sakrätt I—II'' s. 209—210.

[1] *Hannikaisen* tutkimusongelmia ovat mm. 'Mikä on esineoikeuden olemus', 'Millaisia ovat luonteeltaan rajoitetut esineoikeudet', 'Onko pidätysoikeus vakuusoikeus varsinaisessa mielessä', 'Onko pidätysoikeus esineen hallintaan oikeuttava oikeus', 'Kuuluuko vuokranantajalla lain mukaan oleva haltuunotto-oikeus pidätysoikeuden sisältöön vai onko se siihen nähden erillinen oikeus', 'Onko pidätysoikeus aksessoorinen oikeus', 'Onko pidätysoikeus subsidiäärinen oikeus' ja 'Onko vuokranantajan vakuusoikeus täydellinen vaiko epätäydellinen esineoikeus'. Ks. *Hannikainen,* Pidätysoikeuden rakenteesta s. 13, 31, 124, 163—165, 284—288, 292 ja *sama,* Vuokranantajalle huoneenvuokralain 26 §:n mukaan kuuluvasta vakuusoikeudesta s. 333 ss.

[2] Ks. *Hannikainen,* Pidätysoikeuden rakenteesta esim. s. 166, 247 ja 284—288.

[3] Ks. mk. esim. s. 304—305.

ta, jotka luottivat kategorisoinnin heuristisjustifikatoriseen funktioon. Monissa tutkimuksissa esiintyy sinänsä hyvin käytännöllisluonteisia tehtävänasetteluja, joihin vastataan ratkaisemalla esikysymyksenä konstruointiongelma tai vetoamalla siihen aiemmin annettuun ratkaisuun.[4] Käytännöllisyysvaatimus, jota skandinaavinen suuntaus korosti, alettiin tuntea myös käsitelainoppineitten keskuudessa. Konstruktiivisen juridiikan ei kuitenkaan välttämättä nähty olevan ristiriidassa tämän vaatimuksen kanssa. *Heikosen* mukaan konstruointi saattoi päinvastoin olla paras ja luontevin keino löytää ratkaisu käytännön oikeuskysymyksiin.[5]

b. Tässä yhteydessä ei ole enää syytä palata siihen kritiikkiin, joka pohjoismaisesta traditiosta käsin suunnattiin Heikosen edustamaan ajattelutapaan. Kritiikkiä ei 1940-luvun kirjoituksista suinkaan puuttunut, mutta sen sisältö on tullut esiin jo konstruktiivista argumentaatiota käsiteltäessä sekä aikaisemmin tässä luvussa. Kritiikin asemesta on syytä tarkastella kriitikkojen tarjoamaa positiivista vaihtoehtoa.

Skandinaavista tapaa asettaa ongelmia edustivat puhtaimmin *af Hällström* ja *Taxell*. Kummankaan tutkimuksissa ei voida havaita jälkiä oikeuskeskeisestä kysymyksenasettelusta. He eivät pitäneet subjektiivisten oikeuksien ominaisuuksia koskevaa tietoa tärkeänä tai mahdollisena eikä ainakaan primäärinen tiedonintressi kohdistunut siihen.[6] Oikeuskeskeisen kysymyksenasettelun tilalle tuli uusi näkemys, jonka mukaan lainopillinen tieto on oikeustosiseikkojen ja oikeusseuraamusten välisten relaatioiden tuntemista.

af Hällström tarkasteli tutkimuksessaan myyjän ja ostajan oikeusasemien kehitystä omistuksenpidätysehdoin tehdyssä kaupassa. Myyjän ja ostajan välisen suhteen kehitys nähdään teoksessa dynaamisena prosessina, jonka lopputavoitteena on omistusoikeuden siirtäminen ostajalle. Tutkimustehtävänä oli tämän tapahtumainkulun vaiheiden seuraaminen. Se toteutettiin selvittämällä, mitä oikeusvaikutuksia liittyy tapahtumainkulun eri vaiheisiin, kuten sopimuksen tekemiseen, tavaran luovuttamiseen ostajalle, tavaran kuluttamiseen tai muotoamiseen, kauppahintasaatavan erääntymiseen ja saatavan lakkaami-

[4] Ks. esim. *Hakulinen,* Sovintojako ja perintöosuuden luovutus, *Heikonen,* Vaaditaanko perintöosuuden luovutukseen perillisen puolison suostumus, milloin jäämistöön kuuluu kiinteää omaisuutta, *Kivimäki,* Osalakko ja työhaluisten oikeus työpalkkaan, *Caselius,* Etuoikeusjärjestyksestä ja *Lindberg,* Om lösningsrätt till hembud underkastade aktier.

[5] Ks. *Heikonen,* Avoin yhtiö s. 98.

[6] Uudesta kysymyksenasettamistavasta ks. myös *Lahtinen,* Till läran om juridiska personer s. 50, jossa kirjoittaja Wittgensteinin ”Tractatuksen” kohtaan 3.2.2.1. viitaten puolustaa olemuskysymysten korvaamista funktionalistisilla ”miten toimii” -kysymyksillä.

seen. Kysymyksenasettelun tuntemattomana tekijänä ovat siten lähtökohtaisesti oikeusseuraamukset.

Samaan tapaan näki juridisten ongelmien luonteen *Taxell.* Hän sanoutui irti oikeuskeskeisestä tutkimuksesta: ''Syftet med den följande framställningen är alltså icke att i skenet av olika panträttsteorier klarlägga innebörden av det speciella slag av panträtt, som här göres till forskningsobjekt — panträtt i fordringsrättigheter, vilka grunda sig på skuldbrev. Avsikten är att genom en realistiskt inriktad undersökning upptäcka och närmare utforma *de regler i gällande finländsk rätt,* som normera det genom pantsättning av skuldebrev uppkomna rättsförhållandet i olika stadier av dess existens''.[7] Tehtävä toteutettiin seuraamalla pantinhaltijan ja panttaajan oikeusasemien kehitystä eri tilanteissa, joita oikeussuhteen kestäessä saattaa ilmaantua. Kysymyksenasettelu oli siten rakenteeltaan sama kuin af Hällströmin tutkimuksessa. Taxellin työssä tulee myös entistä selkeämmin esiin eri henkilösuhteiden erottaminen omaksi kokonaisuudekseen ja kussakin henkilösuhteessa esiintyvien kysymysten ratkaiseminen itsenäisesti.[8]

Verrattaessa uutta tutkimustapaa skandinaavisen realismin tarjoamaan malliin voidaan sanoa sen hyvin sopeutuvan subjektiivisten oikeuksien analyysin lopputulokseen, jonka mukaan subjektiivista oikeutta nimeävä termi on pelkkä tyhjä välitermi oikeustosiseikkojen ja oikeusseuraamusten välissä. On vaikeaa sanoa, missä määrin sopeutuminen oli tulosta po. analyysin suoranaisesta vaikutuksesta, missä määrin puolestaan oikeusdogmaattisen kirjallisuuden kautta tapahtuneesta mallioppimisesta. *Lassenin, Undénin* ja *Rossin* kirjoitukset olivat tuttuja sekä af Hällströmille että Taxellille. Sitä vastoin 1940-luvulla käynnistynyt keskustelu subjektiivisista oikeuksista ei ole ehtinyt mukaan kummankaan tutkimuksiin.

Henkilösuhde-erottelun ja oikeustosiseikka/oikeusseuraamus -erottelun ohella uuteen kysymyksenasetteluun liittyi muitakin huomion arvoisia piirteitä. Yksi niistä oli sangen pitkälle menevä *epäluottamus juridiseen käsitteistöön.* Sen merkitys ei rajoittunut pelkästään luonnepohdintojen karttamiseen, vaan johti siihen, että traditionaalisten käsitteiden käyttö kysymyksenasettelussa kävi ylipäätään arveluttavaksi. *Taxellin* mukaan esimerkiksi kysymys 'Voiko hallitus yhtiön puolesta mennä takaukseen?' oli virheellisesti asetettu, koska hallituksen kompetenssi ei hänen mielestään voi kaavamaisesti riippua oikeustoimityypistä, vaan määräytyy paljon harkinnanvaraisemmista liiketaloudellisista kriteereistä käsin.[9]

[7] Ks. *Taxell,* Panträtt i skuldebrev s. 1. kurs. tässä.
[8] Ks. *Taxell,* Panträtt i skuldebrev s. 6, 30, 33—34 ja 67—68.
[9] Ks. *Taxell,* Aktiebolagstyrelsens kompetens s. 356.

Toinen uusi piirre oli kysymyksenasettelun korostunut *analyyttisyys.* Konstruktiivisen juridiikan tapa ratkaista oikeusongelmia luonnepohdintojen kautta oli syntetisoiva. Se tähtäsi ilmiöiden moninaisuudessa piilevän samuuden löytämiseen. Havaittuihin analogioihin tukeutuen pyrittiin tutkittava ilmiö palauttamaan osaksi jotakin jo tunnettua ilmiötä. Uusi kysymyksenasettelutapa korosti puolestaan eroja ja nyanssien merkitystä. Esikysymys, jos sellaisesta voidaan uudemman tutkimustavan yhteydessä puhua, muutti luonnettaan. Konstruktio-ongelman sijasta siirryttiin pohtimaan, onko oikeussuhteen osapuolella perusteltua intressiä saada oikeussuojaa, onko reaalisia perusteita myöntää hänelle jokin etuus.[10] Abstrahoivasta kysymyksestä siirryttiin toisin sanoen konkretisoivaan.

c. Muutos merkitsi systemaattisuuden ja yleiskatsauksellisuuden hämärtymistä. Kysymyksenasettelun seurauksena lainopin tulokset hajautuivat ja eriytyivät ennennäkemättömällä tavalla. Toisin kuin esim. *Lassen* ja *Undén* opettivat,[11] ei harrastusta systemaattisille kysymyksille yleensä riittänyt tutkimuksen lopuksi. Poikkeuksen teki *af Hällström,* joka konkreettisten tutkimustulostensa pohjalta loi teoriansa omistusoikeuden siirtymisestä.[12] Näin hän varmistui siitä, että konkreettiset tutkimustulokset pääsivät vaikuttamaan systematisointiin ja että systematisointi ei toisaalta päässyt vaikuttamaan tuloksiin. Samalla hän rikkoi sen kehän, josta skandinaavinen realismi syytti konstruktiivista päättelyä. af Hällströmin työ on kaunis esimerkki skandinaavisen realismin hyväksymästä puhtaasti systematisoivasta kategorisoinnista. Tässäkin kohden hän toteutti hyvin linjakkaasti pohjoismaisen oikeustieteen tutkimusohjelmaa.

4.2.4. 1950-luku

a. 1950-luku ei tuonut kysymyksenasetteluun olennaisesti uusia piirteitä. Sitä vastoin voidaan sanoa, että edellisellä vuosikymmenellä jalansijan saavuttaneita ajatuksia toteutettiin entistä massiivisemmin ja osin myös korkealuokkaisemmin.

Uusi, 1950-luvulla tuotantonsa aloittanut tutkijapolvi omaksui ajatuksen, jonka mukaan juridinen tieto on *sääntötietoa,* ts. tietoa oikeustosiseikoista,

[10] Ks. *af Hällström,* Verkan av ägareförbehåll s. 75 ja 96, *Ek,* Utomobligatoriskt skadeståndsansvar s. 145 ja 148 ja *Taxell,* Aktiebolagstyrelsens kompetens esim. s. 43.

[11] Mainittakoon, että hyvin samaan tapaan kuin Undén ja Lassen ajatteli systemaattisten kysymysten paikasta tutkimuksessa *Heck.* Ks. Interessenjurisprudenz s. 28. Suomalaisista tutkijoista ainakin *Ek* ja Haataja näyttävät tunteneen hänen kirjoituksiaan.

[12] Ks. ”Verkan av ägareförbehåll” -teoksen viimeistä lukua, jonka otsikko on kuvaava: ”Konstruktioner. Äganderätten och dess övergång från säljaren till köparen”.

oikeusseuraamuksista ja niiden välisistä relaatioista. Pohjoismainen, subjektiivisia oikeuksia koskenut keskustelu oli opettanut, että faktojen ja seuraamusten väliin ei tarvinnut olettaa kolmatta tekijää, subjektiivista oikeutta.[1] Tästä seurasi, että relevantti juridinen tieto ei voinut olla tietoa subjektiivisista oikeuksista, niiden luonteesta ja keskinäisistä suhteista. Tällaista tietoahan käsitelainoppi piti olennaisena. Nyt oli pureuduttava suoraan käytännön kysymyksiin sen asemesta, että niitä oli aikaisemmin tarkasteltu ainoastaan välillisesti, problemaattisten juridisten entiteettien, subjektiivisten oikeuksien kautta.

Kuvatut ajatukset olivat yhteisiä useimmille uuden sukupolven tutkijoista. Kenties ohjelmallisimmin ne toi esiin *Ylöstalo*. Hän kirjoittaa: ''Oikeudellinen erittely on palautettavissa aina, mikäli keskustelu on tapahtunut oikeustodellisuuden pohjalla, toisaalta oikeussäännöksiin, jotka osoittavat oikeusseuraamukset (rättsföljderna), toisaalta oikeusseikastoon (rättsfakta), johon oikeussäännös seuraamukset liittää. Näiden ryhmien rationaalinen kuvaaminen ja niiden välisten yhteyksien osoittaminen on oikeustieteen tehtävänä. Jos tieteelliseksi tarkoitetussa esityksessä esitetään väitteitä, joita ei voida palauttaa oikeusseuraamuksia tai oikeusseikastoa tahi niiden välisiä yhteyksiä koskeviksi lauseiksi, on luisuttu tieteellisen mielipiteiden vaihdon ulkopuolelle (oikeudelliseen metafysiikkaan)''.[2] Tähän sitaattiin on mielestäni onnistuneella tavalla kiteytetty näkemys, joka oli mainitun tutkijapolven yhteisomaisuutta, osa sen tutkimusparadigmaa.

b. Näkemys juridisesta tiedosta sääntötietona ei jäänyt julistuksen tasolle, vaan sai korkealuokkaisen toteutuksen monien tutkijoiden töissä. Tutkijoista, jotka hyvin tietoisesti hyödynsivät fakta/seuraamus -erottelua, voidaan mainita ainakin *Zitting, Ylöstalo, Olsson, Lahtinen, Vuorio, Muukkonen, von Bonsdorff* ja *Godenhielm*.[3] Kysymyksenasettelu muotoutui erottelua käytettäessä

[1] Ks. esim. *Vuorio,* Työsuhteen ehtojen määrääminen s. 161: ''Jos oikeusilmiöt analysoidaan, niissä on vaikeata havaita muuta kuin kaksi ryhmää: faktat ja oikeusseuraamukset.'' ja s. 52 ''Melkeinpä iskulauseeksi on kehittynyt sanonta, että oikeustosiseikkojen ja oikeusseurausten välissä ei ole kolmatta tekijää, käsitettä.'' Ks. myös *Zitting,* Näkökohtia pohjoismaisesta kehityksestä kirjaamisoikeuden alalla s. 515 ja *sama,* Omistusoikeudesta systemaattisena käsitteenä s. 593.

[2] *Ylöstalo,* Tutkimuksia vekselioikeuden alalta s. 111 av. 1.

[3] Ks. *Zitting,* Omistajanvaihdoksesta esim. s. 109; *sama,* Arvopaperin luovutuksensaajan oikeussuojasta esim. s. 91 ja *sama,* Kiinteistön omistajahaltijan oikeusasemasta saantokirjan puuttuessa s. 21—34; *Ylöstalo,* Tutkimuksia vekselioikeuden alalta esim. s. 111; *sama,* Peruutetun testamentin voimaansaattamisesta s. 105 ja *sama,* Testamentinmoitteesta esim. s. 294; *Olsson,* Den oåterkalleliga fullmakten s. 241 ja 253, *Lahtinen,* Oikeustoimen

kaksijakoiseksi. Tuntemattomaksi voitiin valita joko *oikeusseuraamus* tai *oikeustosiseikasto*. Valittaessa ensiksi mainittu vaihtoehto tutkimusongelmaksi muodostuu, mikä oikeusseuraamus liittyy annettuun tosiseikastoon, jonka tutkija vapaasti, esim. ilmiön yhteiskunnallisen relevanssin perusteella valitsee työnsä lähtökohdaksi. Annettu tosiseikasto voidaan luonnollisesti tarvittaessa pakata tiiviiseen tilaan ottamalla käyttöön siihen viittaava käsite. Käsite on tällöin muodostettu oikeustosiseikkojen perusteella.

Jos valitaan jälkimmäinen vaihtoehto, tutkimusongelmaksi muodostuu kysymys, mihin tosiseikastoon annettu oikeusseuraamus tarkkaan ottaen kytkeytyy. Oikeusseuraamus voidaan tarvittaessa ilmaista lyhyesti ottamalla käyttöön siihen viittaava käsite. Käsite on tällöin muodostettu oikeusseuraamusten perusteella.

Tavallisesti tutkimusongelmaksi valittiin *tosiseikaston* tai jonkin sen fragmentin selvittäminen.[4] Tämä on luonnollista, kun muistetaan siviilioikeudellisten tosiseikastojen monimutkaisuus ja seuraamusten suhteellinen yksinkertaisuus tosiseikastoon verrattuna. Tosiseikaston selvittämisestä oli de facto usein kysymys silloinkin, kun perusongelma muotoiltiin toisin päin. *Zittingin* väitöskirja ”Omistajanvaihdoksesta” on tästä hyvänä esimerkkinä. Alaotsikkonsa mukaan teoksessa selvitetään lainhuudatuksen vaikutuksia omistajanvaihdoksessa. Tosiasiassa kirjoittaja kuitenkin olettaa tunnetuiksi omistajanvaihdokseen sisältyvät oikeusasemien muutokset, ja tarkastelee lainhuudatuksen merkitystä po. vaikutusten edellytyksenä olevassa tosiseikastossa.

Tarkasteltaessa, minkä tyyppisiä faktoja oikeustosiseikkojen joukkoon hyväksyttiin, voidaan havaita, ettei tässä suhteessa pyritty toteuttamaan Upsalan koulun ohjelmaa. Myös juridiset entiteetit saattoivat toimia oikeustosiseikkoina. Zittingin omistajanvaihdosanalyysissä — esimerkin ottaakseni — omistajan hallintaoikeus oli tosiseikka, johon liittyi useita oikeusseuraamuksia.[5] Juridisten välitermien hylkääminen ei siten merkinnyt siirtymistä ontologiaan, joka käsittäisi pelkästään ”raakoja” faktoja.

Tutkimukset, joissa tuntemattomaksi valittiin oikeusseuraamus, olivat har-

---

muoto-ongelmasta s. 138—139, *Vuorio,* Oikeustoimesta funktio- ja substanssikäsitteenä s. 452; *sama,* Työsuhteen ehtojen määrääminen esim. s. 42—43, *Muukkonen,* Kiinteistön ns. mustasta kauppahinnasta s. 817, *von Bonsdorff,* Om rättsfaktum och rättsverkan vid tvungen kvittning. *passim*; *Godenhielm,* Om säljarens bundenhet esim. s. 75, 103—105 ja 182—184. Tämän erottelun käyttämisestä ks. myös edellä, jaksossa 2.5.d. esitettyä.

[4] Ks. kysymyksenasetteluja esim. teoksissa *Zitting,* Omistajanvaihdoksesta; *sama,* Saantosuoja; *sama,* Arvopaperin luovutuksensaajan oikeussuojasta; *Olsson,* Om köpares borgenärsskydd ja *Godenhielm,* Om säljarens bundenhet.

[5] Ks. *Zitting,* Omistajanvaihdoksesta s. 173.

vinaisempia. Esimerkkeinä voidaan mainita tutkimukset, jotka koskivat annettuihin tosiseikkoihin liittyvän pätemättömyyden tarkempaa sisältöä.[6] Esiintyi myös tutkimuksia, joissa kysymyksenasettelu ”keinui” siten, että tuntemattomaksi valittiin vuoroin molemmat oikeussäännön puolet.[7] Viimeksi mainittua tutkimustapaa ei skandinaavisen realismin mukaan voitane pitää ihanteellisena. Jotta reaalisten argumenttien avulla voitaisiin ratkaista, millaiseen tosiseikastoon oikeusseuraamus olisi syytä kytkeä, tulee oikeusseuraamuksen sisällön olla tarkoin selvillä. Sama koskee mutatis mutandis kysymyksenasettelua, jossa oikeusseuraamuksen sisältö on tuntemattomana tekijänä.

c. Uuden kysymyksenasettelun ansiosta saatiin tulokseksi välittömästi soveltamiskelpoista sääntötietoa. Sen soveltaminen ei edellyttänyt oikeuskulttuurin tuntemusta samalla tavoin kuin käsitelainopin tuottaman olemustiedon hyödyntäminen. Muutos entiseen verrattuna ei kuitenkaan ollut niin suuri kuin ehkä voitaisiin ajatella. On näet muistettava, että myös luonnepohdinnat — silloin kun ne esitettiin heuristisjustifikatorisessa tarkoituksessa — tähtäsivät viimekädessä käytännöllisten ongelmien ratkaisuun. Nämä ongelmat olisi haluttaessa voitu esittää fakta/seuraamus -erottelun avulla. Peruskysymys saattoi siten kummassakin traditiossa olla sama. Sitä vastoin *jatkokysymys,* jonka kautta perusongelmaan etsittiin vastausta, muuttui pohjoismaiseen ajattelutapaan siirryttäessä olennaisesti. Vastausta ei enää haettu luonnehtimisongelman

[6] Ks. *Zitting,* Aviopuolisoiden välisistä lahjoista, *Muukkonen,* Muotosäännökset s. 176—206 ja *sama,* Kiinteistön ns. mustasta kauppahinnasta. Tosin on tässä yhteydessä muistettava, että se seikka, tulkitaanko ongelman koskevan tosiseikastoa vaiko seuraamusta, riippuu osittain tavasta, jolla oikeusnormeja jäsennetään. Jos esim. *Makkosen* tavoin erotetaan toisistaan käyttäytymis- ja reaktionormit, käyttäytymisnormin seuraamuspuolen (käyttäytymismallin) selvittäminen on samalla reaktionormin tosiseikaston selvittämistä. Käyttäytymisnormissa annettu käyttäytymismalli muodostaa näet osan reaktionormin tosiseikastosta. Jos oikeusnormit sitä vastoin ymmärretään *Alf Rossin* tavoin viranomaisille suunnattuina reaktionormeina, ei vastaavaa kaksitulkintaisuutta synny. Puheena olevat ongelmat näyttäytyvät tällöin reaktionormin tosiseikastoa koskevina kysymyksinä. Mainituista normijaotteluista ks. *Makkonen,* Zur Problematik der Juridischen Entscheidung s. 27—44 ja *Ross,* Om ret og retfærdighed s. 45—46.

[7] Ks. *Vuorio,* Työsuhteen ehtojen määrääminen, jossa ensiksi tarkastellaan työoikeuden normien soveltamisalaa ja siirrytään sen jälkeen tutkimaan po. alueen normittamista eritasoisilla määräyksillä. Ks. myös *Vihma,* Suorituksen mahdottomuus. Teoksessa ei kumpaakaan normin puolta pidetä annettuna, vaan lähdetään liikkeelle vanhasta dogmista, jonka mukaan suorituksen mahdottomuuteen liittyvät tietyt, pääpiirteiltään tunnetut oikeusvaikutukset. Tutkimustehtävänä on dogmin täsmentäminen tarkentamalla suorituksen mahdottomuuden käsitettä ja analysoimalla po. oikeusvaikutuksia. Tällainen dogmikeskeinen tutkimustapa eroaa pohjoismaisesta tavasta siinä, että kysymyksenasettelu ei mahdollista itse dogmin riitauttamista.

kautta, vaan suoraan reaalisia argumentteja käyttäen.

Esimerkiksi tapahtuneesta muutoksesta voidaan ottaa takauksen klassisiin kysymyksiin kuuluva ongelma, miten pääsitoumuksen (velkasitoumuksen) pätemättömyys vaikuttaa takaussitoumuksen pätevyyteen. Tätä ongelmaa ovat meillä käsitelleet mm. *Ekström* ja hänen jälkeensä monet tutkijat. Käsitelainopillisen tradition edustajat lähtivät ratkaisemaan ongelmaa esittämällä jatkokysymyksen ”Onko takaussitoumus luonteeltaan aksessorinen sitoumus”. Pohjoismaiseen traditioon kuuluvat tutkijat lähtivät puolestaan etsimään sosiaalitekniikkaan parhaiten sopivaa ratkaisua ja kysyivät, kenen tulee kantaa riski siitä, että pääsitoumus ei sido velallista.[8] Tässä lieneekin kysymyksenasettelussa tapahtuneen muutoksen ydin. Perusongelman ratkaisemiseksi tarvittavat ”toisen asteen” kysymykset muuttuivat olennaisesti entiseen verrattuna. Luonnehtimisongelmien sijaan tulivat seurausharkintaprobleemit.

d. Toinen ajatus, joka 1950-luvun töissä sai korkealuokkaisen toteutuksen, oli henkilösuhteiden erottelu. *Alf Rossin* tunnettu ajatus, jonka mukaan oikeudet eivät oikeusfunktionaalisessa tarkastelussa ole oikeussubjektin valtaa oikeusobjekteihin, vaan ovat ihmisten välisiä suhteita, tuli laajalti hyväksytyksi.[9] Henkilösuhteiden erottelu liittyi läheisesti fakta/seuraamus -erotteluun. Ensiksi mainitun erottelun merkitys oli siinä, että oikeusseuraamukset voitiin sitä hyväksi käyttäen ymmärtää uudella ja hedelmällisellä tavalla. Ne voitiin tulkita eri henkilösuhteissa ilmeneviksi juridisten positioiden muutoksiksi. Kysymyksenasettelu tarkentui tällöin muotoon: ”Mihin tosiseikastoon henkilösuhteessa A—B ilmenevä oikeusaseman muutos Q voimassaolevan oikeuden mukaan kytkeytyy?”.

Henkilösuhteesta, jolla tarkoitettiin tietyssä juridisessa roolissa olevien kahden juridisen tai luonnollisen henkilön välistä oikeussuhdetta, tuli tällä tavoin keskeinen tekijä kysymyksenasettelussa. Itse asiassa henkilörelaatiosta muodostui kysymyksenasettelun suurin sallittu yksikkö. Kysymyksenasettelun, jolla pyrittiin samalla kertaa ratkaisemaan useassa henkilösuhteessa esiintulevia kysymyksiä, katsottiin perusteettomasti niputtavan ongelmia ja niiden ratkaisuja toisiinsa.[10]

[8] Ks. *Ylöstalo,* Takauksesta s. 91—92 vrt. *Hakulinen,* Eräs takaussitoumuksen raukeamistapaus s. 174.

[9] Ks. *Ross,* esim. Ejendomsret og Ejendomsovergang s. 11—38. Ks. *Zitting*: ”Koska oikeutettuna oleminen on suhteissa olemista, ei oikeusaseman eri momenteista saada täsmällistä kuvaa muuten kuin tarkastelemalla niitä eri korrelaattisuhteiden pohjalla”. *Zitting,* Omistajan oikeuksista ja velvollisuuksista s. 530.

[10] Ks. esim. *Olsson,* Om köpares borgenärsskydd s. 63, 93 ja 28—29.

Henkilösuhteiden erottelu sai suurimman merkityksen samalla alueella, jossa Ross itsekin oli sitä soveltanut, eli omistajanvaihdosilmiön analyysissä. Tässä yhteydessä on mainittava etenkin *Zitting* ja *Olsson*. Rossin ja eräiden hänen edeltäjiensä analyysejä lähtökohtanaan käyttäen Zitting erottaa toisistaan neljä relaatiotyyppiä, asianosaisrelaation, etenevän sivullisrelaation, takautuvan sivullisrelaation ja yleisen sivullisrelaation. Oikeussubjektit voivat sijoittua näiden relaatioiden jäseniksi lukuisissa erilaisissa juridisissa rooleissa, kuten luovuttajana, luovutuksensaajana, luovuttajan aviopuolisona, perillisenä, perittävänä, ''oikeana omistajana'', konkurssivelkojana (vast. -velallisena), ulosmittausvelkojana (vast. -velallisena), panttivelkojana (vast. -velallisena) jne. Kussakin relaatiotyypissä voidaan siten erottaa lukuisia henkilösuhteita.[11] Ne muodostavat kysymyksenasettelun perustan.

Zittingin mielenkiinto kohdistui lähinnä etenevässä ja takautuvassa sivullisrelaatiossa esiintuleviin henkilösuhteisiin ja niissä esiintyvien kollisioiden ratkaisuperusteiden selvittämiseen. Kysymykseksi muodostui tällöin, mihin tosiseikastoon kollision ratkeaminen asianomaisessa henkilösuhteessa perustuu. Esitystä helpottaakseen Zitting otti käyttöön käsitteitä, jotka viittaavat tietyssä henkilösuhteessa esiintyvän kollision määrätynlaiseen ratkaisuun. Tällaisia ovat mm. 'saantosuoja', 'väitesuoja' ja 'maksusuoja'.[12] Saantosuoja esimerkiksi tarkoittaa irtaimen omaisuuden oikean omistajan ja luovutuksensaajan välisen kollision ratkeamista viimeksi mainitun hyväksi. Tutkimusongelma voidaan po. termiä hyväksi käyttäen esittää muodossa: 'Mihin tosiseikastoon saantosuojavaikutus kytkeytyy?'.

Samalla tavoin menetteli *Olsson*. Alf Rossin ajatuksia seuraten hän jakoi omistajanvaihdosilmiön osakysymyksiin ja erotteli henkilörelaatiot asiallisesti samoin kuin esim. Zitting. Tämän jälkeen hän valisi tutkimusongelmaksi irtaimen esineen luovutuksensaajan ja luovuttajan eksekuutiovelkojan välisessä suhteessa esiintyvän kollision. Kollision ratkeamista siten, että luovutuksensaajaa (ostajaa) suojataan eksekuutiovelkojilta, hän nimitti termillä ''köpares

---

[11] *Zitting,* Omistajanvaihdoksesta s. 47—51.

[12] Sitä vastoin vaihdantasuojan käsite on muodostettu toisella tavoin. Se ei viittaa määrättyyn henkilösuhteeseen, vaan kaikkiin takautuvassa sivullisrelaatiossa esiintuleviin henkilösuhteisiin ja niissä esiintyvien kollisioiden ratkaisuun primuksen hyväksi. Tästä syystä termin käyttökelpoisuus kysymyksenasettelussa on muita mainittuja termejä vähäisempi. Termien sisällöstä ks. *Zitting,* Arvopaperin luovutuksensaajan oikeussuojasta s. 1—17 ja *sama,* Saantosuoja s. 2—7. — Väärinkäsityksen välttämiseksi on ehkä syytä huomauttaa, että *Hakulinen* oli jo ennen Zittingiä käyttänyt samoja termejä teoksessaan ''Velkakirjalaki''. Hakulinen ei kuitenkaan kiinnittänyt kovin suurta huomiota termien sisällön eksplikointiin.

borgenärsskydd''. Kysymys voitiin tämän jälkeen asettaa yksinkertaisesti: 'Millaiseen tosiseikastoon köpares borgenärsskydd kytkeytyy?'.[13]

Muista henkilösuhteiden erottelua hyödyntäneistä tutkijoista on syytä mainita *Ylöstalo* ja *Lahtinen*. Ylöstalon kehittämä testamenttikanteiden järjestelmä perustuu jäämistöintressenttien välisten henkilösuhteiden erotteluun.[14] Erottelulla oli merkitystä myös takausta koskevien oikeusohjeiden esittämisessä.[15] Lahtinen puolestaan tarkasteli sen avulla menestyksekkäästi eräitä asialegitimaatioon liittyviä kysymyksiä.[16]

Henkilösuhteiden erottelu teki tutkimusongelmista entistä suppeampia ja tarkkarajaisempia. Tämä sopi hyvin social engineering -asenteeseen. Samaa ''ratkaisu räätälintyönä'' -ohjelmaa toteutettiin muullakin tavoin. Kysymyksiä pilkottiin pienemmiksi kiinnittämällä huomiota perinteisten kysymyksenasettelujen sisältämien tilanteiden eroavuuksiin. Eroavuudet, joita aiemmin pidettiin juridisesti irrelevantteina, kävivät nyt merkityksellisiksi. Ymmärrettiin, että vallitsi analyysin aika.[17]

Muukkosen profetian mukaan analyysin aika oli kestävä vielä pitkään. Ennenkuin se oli ohitse, ts. ennenkuin detaljikysymykset oli riittävällä perusteellisuudella selvitetty, tuli Muukkosen mukaan pidättäytyä synteeseistä. ''Jollei niin tehdä, suoritetaan tarpeettomia yleistyksiä.''[18]

Vaikka tiedeyhteisö näytti jossakin määrin seuraavan Muukkosen lausumasta ilmenevää ohjetta, olisi yksipuolista nähdä 1950-luvulla tapahtunut kehitys pelkästään systeemiyhteyden hajoamisena. Kaikki pohjoismaista suuntausta edustaneet tutkijat eivät olleet pelkästään analyytikkoja, vaan muutamia heistä kiinnostivat myös osakysymysten suhteet toisiinsa. Heistä on ennen muita mainittava *Zitting*. Sivullissuhteiden erittely ja niissä esiintyvien konfliktien tulkitseminen oikeuksien kollisioiksi antoi yhtenäisen näkökulman varallisuusoikeuteen, ja toi havaittavaksi sellaisia rakenteellisia yhtäläisyyksiä,

[13] *Olsson,* Om köpares borgenärsskydd s. 13—37.

[14] Ks. *Ylöstalo,* Testamentinmoitteesta s. 47—50 ja 51—108.

[15] *Ylöstalo,* Takauksesta esim. s. 21.

[16] Ks. *Lahtinen,* Asialegitimatiokysymyksen tarkastelua lähinnä erään oikeustapauksen puitteissa, *passim.*

[17] ''Analyysin ajasta'' ks. *Zitting,* Omistajan oikeuksista ja velvollisuuksista s. 530—531 ja *Muukkonen,* Muotosäännökset s. 133. Kysymyksenasettelun eriyttämisestä ks. esim. *Muukkonen,* Muotosäännökset s. 89, 128—131 ja 199, *Zitting,* Arvopaperin luovutuksensaajan oikeussuojasta s. XVIII; *sama,* Aviopuolisoiden välisistä lahjoista s. 172, *Olsson,* Om köpares borgenärsskydd s. 28—29 ja *Godenhielm,* Om säljarens bundenhet s. 108. Arvostelusta, jota suunnattiin realistisen metodin pirstovaan ja atomisoivaan kysymyksenasettelutapaan ks. *Carlson,* En bevisbördelära s. 301.

[18] *Muukkonen,* Muotosäännökset s. 133.

joita aikaisemmassa systematiikassa ei saatu esiin. Kun kysymyksenasettelussa käytetään näin muotoutunutta yhtenäistä näkökulmaa, vastaukset eivät jää kasuistiikaksi, vaan niiden välille syntyy jäsentynyt suhde. Zittingin voidaankin sanoa panneen alkuun *tutkimusohjelman,* jota varallisuusoikeudessa on seuraavina vuosikymmeninä toteutettu monien tutkijoiden toimesta. Yhtenäisen näkökulman ansiosta eivät tulokset ole jääneet irrallisiksi, vaan ovat tarjonneet panoksensa tutkimusohjelman muodostamaan kokonaisuuteen. Oikeusdogmatiikka on edistynyt termin kuhnilaisessa merkityksessä.

Lukuunottamatta tiettyä kaksijakoisuutta, joka vallitsi suhtautumisessa systemaattisuuteen, tutkijayhteisön nuori polvi oli sangen yksimielinen oikeasta kysymyksenasettelutavasta. Useimmat pitivät ongelman huolellista muotoilua hyvin tärkeänä ja olivat tietoisia kysymyksiin sisältyvien (kätkettyjen) olettamien merkityksestä vastauksen kannalta. Oikeusyhteisön itseymmärryksen taso oli tältä osin korkeata luokkaa, ja monet tutkijat toivat eksplisiittisesti julki kysymyksenasettelun teoriansa. Tässä ansaitsee tulla mainituksi *Vuorion* teoria. Analyyttisen suuntauksen kysymyksenasettelutapaan kuuluu hänen mukaansa (*a*) oikeusilmiöiden looginen erittely empiristisen logiikan pohjalta, (*b*) metafyysillisen aineksen poistaminen käsitteistä, (*c*) substanssiajattelun probleemien l. olemuskysymysten sivuuttaminen ja (*d*) siirtyminen olemuskysymyksistä ongelmiin, jotka koskevat sitä, miten jokin tapahtuu tai vaikuttaa tahi mistä tekijöistä vaikutuksen syntyminen riippuu.[19]

Jos luettelosta poistetaan sisällöltään hämärä (a)-kohta, voidaan *Vuorion* luonnehdinnan sanoa varsin hyvin eksplikoivan uuden tutkijapolven pyrkimyksiä. *Eino Kailan* filosofiasta saatujen vaikutteiden pohjalta Vuorio tulkitsi muutosta toteamalla sen edustavan siirtymää aristotelisesta kysymyksenasettelusta galileiseen.[20] Kun muistamme, millaisena Kaila näki kysymyksenasettelun muutoksen vaikutuksen tieteen kehitykseen, voimme otaksua Vuorion ajatelleen, että oikeustiede oli vasta nyt pääsemässä hedelmällisen kehityksen alkuun.[21]

e. Tiedeyhteisön yksimielisyys hyvästä kysymyksenasettelusta oli kuitenkin vain suhteellista. Jo monessa eri yhteydessä aiemmin esille tullut seikka, tiedeyhteisön tieteenkuvan pirstaisuus, näyttäytyy myös kysymyksenasettelussa. 1950-luvulla käytetyistä kysymyksenasettelutavoista voidaan löytää useita teoreettisia kerrostumia.

---

[19] *Vuorio,* Työsuhteen ehtojen määrääminen s. 53—54.

[20] *Vuorio,* m.t. s. 54.

[21] Ks. tästä *Eino Kaila,* Inhimillinen tieto s. 55—92.

Vanhinta ja selvimmin käsitelainopillista kerrostumaa edusti *Nikupaavola.* Monet hänen kysymyksistään olivat itseisarvoisia luonnehtimisongelmia.[22] Luonnepohdinnat eivät hänen työssään olleet ensisijaisesti välineitä oikeusseuraamusten löytämiseen tai justifioimiseen, vaan ne olivat itsessään tieteen lopputuloksia. Juridinen tieto ei työstä heijastuvan näkemyksen mukaan ollut sääntötietoa, vaan tietoa subjektiivisista oikeuksista. Niiden ominaisuudet, jotka olivat aistien tavoittamattomissa, voitiin saada selville oikeuksien ulkoisten manifestaatioiden, oikeusvaikutusten, avulla.

Nikupaavolan ohella luonnehtimisongelmia esiintyy mm. *Caseliuksen, Heikosen, Hakulisen, Kivimäen* ja *Aaltosen* kysymyksenasetteluissa. Kysymyksessä oli yleensä heuristisjustifikatorinen kategorisointi. Kategorisoinnin avulla pyrittiin löytämään ja perustelemaan käytännöllisiin fakta/seuraamus -ongelmiin annettavia vastauksia.[23]

Myös käsitelainopillisen ja pohjoismaisen kysymyksenasettelutavan välimaastoon sijoittui tutkijoita. Tähän ryhmään voitaneen lukea ainakin *Vihma, Erma, Telaranta* ja — väitöskirjansa perusteella — *Godenhielm.*[24] Mainitut

[22] Esimerkkejä: ”onko yhteiskiinnitys yksi ainoa yhtenäinen oikeus vai muodostunut useammasta panttioikeudesta”, ”. . . onko se saamisoikeutus, jonka toteuttamiseksi panttioikeus sisältää sille ominaiset keinonsa, panttioikeuden sisältöön kuulumaton, sen ulkopuolella oleva, mahdollisesti persoonalliseen saamisoikeuteen sisältyvä ainesosa, vai sisältääkö panttioikeus itsessään erityisen saamisoikeutuksen” ja ”onko omistajanpanttioikeus lepotilassa oleva panttioikeus”. Ks. *Nikupaavola,* Yhteiskiinnityksestä s. 14, 58 ja 93.

[23] Ks. *Caselius,* Tapaamisoikeudesta, *passim.*; *sama,* Perustajan merkitsemän osakkeen luovutuksesta asunto-osakeyhtiössä s. 602; *Heikonen,* Perintöosuutta vastaavan kiinteistönosan luovutuksen oikeusseuraamuksista s. 793; *Hakulinen,* Kuolinpesäkö juridinen henkilö, *Kivimäki,* Eloonjääneen aviopuolison oikeudesta maanhankintalaissa säänneltyyn hallintasopimukseen ja sanotun lain nojalla hankittuun tilaan s. 136. Sitä vastoin Aaltosen ”Tavaran virheistä I” näyttää sisältävän itseisarvoista luonnepohdintaa. Tällaiselta vaikuttaa esim. kysymys, onko kauppa esine- vaiko velvoiteoikeudellinen ilmiö. Ks. m.t. s. 49.

Caselius oli luonnepohdintoja harrastaessaan hyvin tietoinen siitä, että ne eivät enää olleet muodissa. Luonnehdittuaan osakkeen merkintäoikeuden ostajan asemaa odotusoikeudeksi Caselius arvelee tuloksen synnyttävän vastustusta niiden keskuudessa, joiden mielestä omistajanvaihdosta olisi kuvattava vaiheettaisena tapahtumasarjana. Hän varautuu kritiikkiin seuraavaan tapaan: ”Kun *af Hällström* sanoo, ettei hän sellaisesta ”odotusoikeudesta” maksa penniäkään, olkoon sanonta leikkipuheena suotu — tieteellisestä nimityksestä se silti käy ja on täsmällisempi kuin omistusoikeuden ”sirpale”. . . ”Ostajan väittäminen osaomistajaksi tai suorastaan omistajaksi on vain omansa sotkemaan asiaa hänen silpomisteorian nojalla ehkä luullessaan, että hän saa menetellä ostamansa irtaimen esineen kuin omansa kanssa. . .” Ks. *Caselius,* Perustajan merkitsemän osakkeen luovutuksesta s. 604.

[24] Sitä vastoin *Godenhielmin* neljä vuotta väitöskirjan jälkeen ilmestynyt teos ”Om säljarens bundenhet under ändrade förhållanden” rakentuu selkeästi fakta/seuraamus -erottelun pohjalle.

tutkijat eivät merkittävässä määrin harrastaneet luonnepohdintoja, mutta eivät toisaalta myöskään nimenomaisesti hyödyntäneet fakta/seuraamus -erottelua.

Vihma käsittelee laajasti ongelmaa, jota hän nimittää kysymykseksi sopimussakkovälipuheen oikeudellisesta luonteesta. Hänen ongelmansa voitaisiin kuitenkin lähes jäännöksettä redusoida ongelmaksi siitä, mihin tosiseikastoon sopimussakkoilmiöön liittyviksi katsotut oikeusseuraamukset tarkkaan ottaen liittyvät. Koska Vihma ei kuitenkaan itse nähnyt tutkimusongelmaansa fakta/seuraamus -ongelmana, saattoi mukaan tulla kysymyksiä, joiden merkitys po. relaation sisällön selvittämisessä oli vähäinen.[25]

Telarannan ja Erman tutkimusongelmia ei sitä vastoin voida yhtä jäännöksettä redusoida fakta/seuraamus -asuun. Teoksessaan ''Varallisuusoikeudellinen tahdonilmaisu'' Telaranta ei kysy, mitä oikeusvaikutuksia tahdonilmaisuun liittyy. Toisaalta hän ei tutki sitäkään, mihin tunnusmerkistöön sopimussidonnaisuus kytkeytyy. Tutkimusongelmana on tahdonilmaisun käsite,[26] joka yksinään ei muodosta sopimusoikeudellisten seuraamusten välttämätöntä tai riittävää edellytystä, vaan on enintään riittävän tosiseikaston eräs fragmentti.

Erman työurakkaa koskevassa väitöskirjassa on samanlaisia piirteitä. Kirjoittaja pyrkii etsimään työurakkasopimuksen olennaiset ainesosat ts. välttämättömät käsitetunnusmerkit.[27] Oikeusvaikutuksista, jotka liittyvät siihen, että urakkasopimus on solmittu, ei teoksessa lainkaan puhuta. Työn perustavoite näyttää siten olevan systematisoiva. Voidaan kenties ajatella, että teoksessa etsittäisiin soveltamisalaa normeille, jotka koskevat työurakkasopimusta. Tällöin olisi po. soveltamisala edellytettävä kaikille normeille yhteiseksi, mikä puolestaan olisi vieras ajatus pohjoismaiselle, analyyttiselle suuntaukselle, joka ei katso sopimusoikeudessa vallitsevan tyyppipakkoa.

f. Lopuksi on vielä kiinnitettävä huomiota *justifikatorisen kategorisoinnin* asemaan 1950-luvulla. Kuten edellä on todettu, kysymys on tällöin kategorisoinnista, jota ei tarvita oikeusseuraamuksen löytämiseksi, vaan ainoastaan sen perustelemiseksi. Koska tällainen kategorisointi on tarpeen oikeusyhteisössä, joka ei tunnusta reaalisille argumenteille justifikatorista relevanssia, voidaan sen mahdollista katoamista pitää hyvänä indikaattorina pohjoismaisen tutkimusasenteen leviämisestä.

---

[25] Tällaiselta vaikuttaa mm. kysymys siitä, onko sopimussakko luonteeltaan vahingonkorvaus vaiko rangaistus. Ks. *Vihma,* Sopimussakko s. 61—93.

[26] *Telaranta,* Varallisuusoikeudellinen tahdonilmaisu s. 1—3.

[27] *Erma,* Työurakka s. 1—2.

Justifikatoriseen kategorisointiin kuuluu, että oikeusseuraamuksen *q* justifioimiseksi tutkittavana oleva juridisesti problemaattinen tosiseikasto X tulkitaan uudelleen käyttäen hyväksi tutkijan oikeusyhteisöstä löytämää tai kehittämää konstitutiivista sääntöä 'X merkitsee y oikeusjärjestyksessä c', jossa y on operatiivisesti relevantti tosiseikka. Tämän jälkeen sovelletaan oikeusyhteisön tunnustamaa regulatiivista sääntöä 'Jos y niin pitää olla *q*'. Mikäli justifikaatioprosessin kumpikin vaihe voidaan oikeusyhteisön hyväksymällä tavalla suorittaa, seuraamus q on tullut justifioiduksi oikeusyhteisössä.

Paras, joskaan ei täysin tyylipuhdas, esimerkki justifikatorisen kategorisoinnin käyttämisestä lienee *Telarannan* kirjoitus ''Sopimuksista kolmannen hyväksi''. Siitä, että sanotunlainen sopimus tuo kolmannelle oikeuksia, joita hän voi itsenäisesti käyttää, ei kirjoituksessa ole epäilystä. Sitä vastoin ongelmana on tämän, hämmentäväksi koetun asiantilan ''selittäminen' ts. justifiointi. Hämmentävyys johtui siitä, että tulos näytti rikkovan dogmia, jonka mukaan sopimuksen oikeusvaikutukset voivat kohdistua ainoastaan sopijakumppaneihin.

Kirjoituksessaan Telaranta tarkastelee ''teorioita'', joissa anomalia on pyritty poistamaan joko sovittamalla tulos dogmiin tai vetoamalla hierarkisesti korkeampaan dogmiin, joka oikeuttaa poikkeamaan periaatteesta, että sopimus saa vaikutuksia ainoastaan inter partes.[28] Tarkastelun jälkeen Telaranta kehittää oman teoriansa, joka asiallisesti liittyy jälkimmäiseen menettelytapaan.

Telarannan kysymyksenasettelu edusti kuitenkin harvinaiseksi käynyttä tutkimusasennetta. Uuden tutkijapolven enemmistö olisi epäilemättä hyväksynyt *Ussingin* näkemyksen, jonka mukaan kolmannen oikeusasema selittyi yksinkertaisesti sillä, että kolmannen hyväksi tehtäviin sopimuksiin oli yhteiskunnassa tarvetta.[29] Seuraamuksen justifiointi systemaattisin syin ei ollut tarpeellista eikä varsinkaan välttämätöntä. Esimerkkinä tämänkaltaisia ajatuksia heijastavasta kirjoituksesta voidaan mainita *Riskan* artikkeli ''Laivaajan ja rahdinottajan välille syntyvästä oikeudellisesta suhteesta''. Siinä Riska huolellisesti välttää po. suhteen uudelleentulkintaa jonkin tunnetun juridisen relaation avulla, johon viitaamalla suhteeseen liittyvät oikeusvaikutukset voitaisiin perustella.

[28] Ensiksi mainittua tapaa edustavat ns. johdannaisteoriat, jotka ''selittävät'' kolmannen oikeusaseman katsomalla sopijapuolen siirtäneen po. oikeudet kolmannelle. Jälkimmäistä tapaa puolestaan edustavat ns. kreatioteoriat, jotka katsovat po. oikeuksien syntyneen välittömästi kolmannelle. Sen, että tämä on mahdollista, ne perustelevat vetoamalla tahdonvapauteen, yksityisautonomiaan tms. yleisperiaatteeseen. Ks. näistä Telaranta, m.k. s. 186—195 ja esim. *Ussing,* Aftaler paa formuerettens omraade s. 196 ss.

[29] *Ussing,* m.t. s. 179—182.

Ajatus systemaattisen justifikaation relevanssista jäi kuitenkin elämään tiedeyhteisössä. Ajatusta piti vireillä ennen muuta *Zitting*. Hänkään ei pitänyt tarpeellisena eikä ilmeisesti edes toivottavana, että tulos pyrittäisiin justifioimaan vanhassa, pandektistista perua olevassa oikeusjärjestelmässä. Kaikkien pohjoismaiseen näkemykseen liittyneiden tavoin Zitting kuului vanhan järjestelmän kaatajiin. Sitä vastoin hän näyttää ajatelleen, että vanhan järjestelmän raunioille voitaisiin rakentaa uusi, pohjoismaista oikeuskulttuuria paremmin vastaava järjestelmä, jota voitaisiin käyttää tulosten justifioinnissa.[30]

Kuten edellä on todettu, Zitting loi itse puitteita uudelle järjestelmälle. Hän suhtautui kuitenkin sangen varoen sen käyttämiseen tulostensa justifiointiin. Kun analyysin aika oli vasta alussa, ei uuden järjestelmän luotettavuus vielä ollut niin korkeata luokkaa, että sen avulla olisi voitu justifioida normikannanottoja. Näin voidaan Zittingin ajatuksia ehkä tulkita. Justifikatorista kategorisointia esiintyy kuitenkin jossakin määrin esimerkiksi kirjoituksessa ”Kiinteistön osto omassa nimessä toisen lukuun”.

Sanotun kirjoituksen päätarkoituksena ei ole ostokomission oikeusvaikutusten selvittäminen. Niitä pidettiin pääosin annettuina. Sitä vastoin päätarkoituksena on näiden vaikutusten ”selittäminen”, ts. justifiointi uudessa käsitejärjestelmässä. Zitting ikäänkuin kokeilee toisenlaisen välitilailmiön jäsentämiseen luodun käsitteistön selitysvoimaa uuteen tilanteseen, ja havaitsee, että oikeusvaikutuksille voidaan näin antaa systemaattinen perustelu. Ajatus systemaattisten perustelujen tärkeydestä jäi siten eloon. ”Analyysin aika”, käytännöllisistä detaljikysymyksistä kiinnostunut lainopin historian jakso, ei sitä kokonaan sammuttanut.[31]

---

[30] Ks. esim. *Zitting,* Omistusoikeudesta systemaattisena käsitteenä s. 599.

[31] Kirjoituksia, joiden pääpaino oli systemaattisissa kysymyksissä, ovat esim. *Zitting,* Omistajan oikeuksista ja velvollisuuksista; *sama,* Omistusoikeudesta systemaattisena käsitteenä ja *sama,* Esine- ja velvoiteoikeuden erosta varallisuusoikeuden järjestelmän perustana. Myös *Vuorio* näytti pitävän oikeuskysymysten systemaattisia yhteyksiä tärkeinä. Väitöskirjassaan hän pyrki esittämään työoikeuden normit yhtenäisenä järjestelmänä. Ks. Työsuhteen ehtojen määrääminen s. 382—431. Ajatus systemaattisen justifikaation relevanssista ei muutoinkaan näytä kadonneen kaikkien pohjoismaisen, käytännöllisen tutkimustavan omaksuneiden mielistä. Ks. *Ylöstalo,* Testamentinmoitteesta s. 245, jossa *Ylöstalo* näyttää katsovan, että kannanotto, johon on päädytty muilla kuin systemaattisilla argumenteilla, täytyisi vielä jotenkin ”teoreettisesti selittää”. Näin syntyy ongelma, joka ei koske fakta/seuraamus -relaation sisältöä, vaan tähtää systemaattisen lisäjustifikaation saamiseen selvänä pidetylle lopputulokselle. — Tosin tässä yhteydessä ei ole täysin selvää, onko *Ylöstalon* tarkoituksena ollut systemaattisen lisäjustifikaation etsiminen vaiko pelkästään ilmiön jälkikäteinen systematisointi.

VII. LOPUKSI

1. Tutkimuksen päätteeksi on aika yleisellä tasolla tarkastella saatuja tuloksia. Niiden pohjalta voidaan sanoa, että siviilioikeuden tutkimus muuttui miltei kaikessa olennaisessa skandinaavisen realismin mallin mukaiseksi. Kehitys ei ollut yksiviivaista, mutta yleinen linja näkyy selvänä.

Suurin poikkeama oli lainoppineiden tavassa nähdä tutkimuskohteensa. Voimassaoleva siviilioikeus ei ollut empiirinen ilmiö ainakaan siinä mielessä, että se olisi samastettu oikeusyhteisössä tehokkaasti noudatettuihin tai sisäistettyihin normeihin. Tutkijat eivät myöskään kokeneet ennustavansa tuomioistuinten ratkaisuja, vaikka heidän metodinsa saattoikin läheisesti muistuttaa toimintaa, jonka *Ross* tulkitsi tuomareiden ajattelutavan simuloinniksi. Tutkijoiden itseymmärrys tutkimuksensa kohteesta jäi sangen hataraksi. Heillä ei ollut reflektoitua käsitystä siitä, mitä osaa todellisuudesta he oikein tutkivat. Kysymys, joka Upsalan filosofiassa oli keskeinen, jäi siten lainoppineiden keskuudessa vähälle huomiolle. Jos tarkastelemme kohdenäkemystä, jota siviilioikeuden tutkimus heijastaa, voimassaolevan oikeuden voidaan sanoa olevan yhteisöllinen rationaliteetti, jonka lainopin metodisääntöjen seuraaminen tuo näkyville. Sellaisena se ei ole ilmiö, joka Upsalan koulukunnan ontologian mukaan kuuluisi tosiasioiden piiriin.

Sitä vastoin ne metodiset vaatimukset, jotka skandinaavinen realismi asetti uudelle realistiselle juridiikalle, täyttyivät olennaisesti paremmin. Subjektiivisten oikeuksien merkitys väheni lähes Upsalan koulun toivomaan tapaan, vaikka nuoren Lundstedtin vaatimus oikeuksien ja velvollisuuksien täydellisestä kitkemisestä ei toteutunutkaan. Oikeusjärjestys ei uuden siviilioikeudellisen näkemyksen mukaan enää ollut oikeuksien ja velvollisuuksien ja niihin liittyvien periaatteiden järjestelmä, vaan pikemminkin fakta/seuraamus -relaatioiksi ymmärrettyjen sääntöjen kokoelma. Juridinen systeemiyhteys ei enää entiseen verrattavalla tavalla ollut tärkeä. Kategorisoinnin ja periaatteen kuuntelun korvasi reaalinen argumentaatio. Tutkittavaa oikeudellista ilmiötä ei aikaisempaan tapaan nähty laajemman juridisen ilmiöluokan erikoistapauksena, vaan päin vastoin se otettiin tarkasteluun kaikessa konkreettisuudessaan ja detaljirikkau-

dessaan. Pyrkimyksenä oli antaa siihen räätälintyönä tehty, sosiaaliteknisesti tarkoituksenmukainen ratkaisu.

Tämän seurauksena normit, joita oikeustiede esitti tuloksinaan, muuttuivat olennaisesti. Niiden tosiseikastojen kuvaukset kävivät erittäin detaljirikkaiksi, ja tosiseikastoon sujautettiin usein väljäsisältöisiä tunnusmerkkejä mahdollistamaan se, että tapauksen erityispiirteet voitiin ratkaisua tehtäessä ottaa huomioon. Samaan ajatteluun liittyen yleislausekkeet kävivät suosituiksi tutkimusten tuloksina. Niin ikään soveltajille annetut kehotukset ratkaista asia in casu yleistyivät.

Muutoksen huippukausi oli runsaan kymmenen vuoden jakso 1940-luvun alusta seuraavan vuosikymmenen alkupuolelle. Yllä kuvatut ajatukset saivat tuolloin laajamuotoisen toteutuksen konkreettisessa tutkimustyössä. Eri puolille siviilioikeuden kenttää syntyi mallitutkimuksia, joita myöhempi tutkimus saattoi hyödyntää. Muutos ei kuitenkaan tullut salamana kirkkaalta taivaalta. Jo 1920-luvulla ilmestyi töitä, jotka neljännesvuosisata myöhemmin olisivat saaneet kiitosta modernista asenteestaan. Pohjoismainen tieteenkuva säilyi näkyvillä myös 1930-luvun konstruktivismin kaudella af *Hällströmin* kantaessa sen soihtua. Saman vuosikymmenen lopulla esiintyi lisäksi oikeusteoreettista keskustelua, jossa vaatimus realistisen metodin käyttämisestä tuli esille.

Muutos ei toisaalta johtanut käsitelainopin äkilliseen katoamiseen. Vastakkaisista perinteistä ponnistaville tutkimuksille näytti tiedeyhteisössä riittävän tilaa. Tämä ei nähdäkseni johtunut pelkästään älyllisestä suvaitsevaisuudesta, vaan ehkä pikemminkin siitä, että tiedeyhteisön hajanaisuus tarjosi turvapaikkoja eri perinteiden viljelyyn. *Caseliuksen* ja *Kivimäen* väistyttyä tilanne muuttui. Tietoisesti käsitelainopillinen tutkimus ei uskoakseni olisi enää 1950-luvun lopulla saanut ymmärtämystä osakseen. Tiedeyhteisö oli tuolloin metoditietoisempi ja monoliittisempi kuin koskaan sitä aikaisemmin.

Siviilioikeuden tutkimuksen pohjoismaistaminen oli keskeisiltä osin suomenruotsalaisten tutkijoiden työ. Jo fraasiksi muodostunut metafora, jossa ruotsikielinen sivistyneistö nähdään siltana Skandinaviaan, pitää tässä tapauksessa sangen konkreettisesti paikkansa. *Viljo Sainiota* lukuunottamatta suomenkieliset tutkijat liittyivät mukaan vasta 1950-luvulla. Sen jälkeenkin näyttää mahdolliselta havaita aste-ero, joka paljolti seurailee kielirajaa. Skandinaavisen realismin käsiteanalyyttinen puoli kiinnosti ehkä voimakkaammin suomenkielisiä tutkijoita, erityisesti *Zittingiä* ja hänen seuraajiaan. Reaalinen argumentaatio ja siihen liittyvä sääntöskeptisismi näkyy puolestaan vahvempana ruotsinkielisissä töissä.

Pohjoismaistumisprosessin myötä näkemys lainopista rationaalisena, dog-

maattisena tieteenä korvautui osittain näkemyksellä, jonka mukaan lainoppi on sosiaalitekniikkaa. Näiden näkemysten käytännölliset erot ovat merkittäviä. Ensiksi mainitun mukaan oikeustiede on periaatteiden tiedettä. Sen suhde traditioon, jossa periaatteet elävät, on läheinen. Oikeussäännöt ovat periaatteiden deduktiivisia erikoistapauksia. Tutkijan menetelmä oikeussäännön sisältöä selvittäessään on vanhan ja hienostuneen perinteen artikulointi. Asiantuntemus, joka mahdollistaa konkreettisten oikeuskysymysten ratkaisun, ilmenee kokonaisuuden hallinnassa. Vain sitä kautta voidaan löytää ne periaatteet, joiden valossa tapausta on arvioitava. Se muodostaa myös perustan oikeuskäytännössä annettujen ratkaisujen juridiselle kritiikille.

Social engineering -näkemyksen mukaan oikeustiede on sitä vastoin fakta/seuraamus -relaatioiden tuntemista ja kehittämistä. Tieteen suhde traditioon on kriittinen. Oikeusperiaatteisiin kiteytynyt viisaus on sen mukaan summittaista ja yleistävää. Yleinen oikeusohje ei koskaan ole kaikissa piiriinsä kuuluvissa tapauksissa sosiaaliteknisesti puolustettavissa. Yhteiskunnan muuttumisen myötä se on saattanut jopa kokonaan menettää tarkoituksenmukaisuutensa. Tavoitteet, joita aikaisempi lainoppi piti silmällä, ovat nekin saattaneet vanhentua. Sosiaaliteknisesti asennoitunut lainoppi voi siten oppia omalta perinteeltäänkin vain argumentaation rakenteen. Ratkaisun sisältöä ei voida johtaa perinteestä, vaan se määräytyy kullekin ajalle ominaisten tarpeiden pohjalta. Asiantuntemus, joka mahdollistaa konkreettisen oikeuskysymyksen ratkaisun, ilmenee alan käytännön ja aikaisemman oikeustapausmateriaalin hallinnassa. Taitava tutkija on spesialisti, joka hallitsee kapean alueen hyvin.[1]

Kuvatut näkemykset ovat ideaalityyppejä, joista kumpikaan ei ole meillä esiintynyt täysin puhtaana. Niiden välisen jännitteen havaitseminen on silti mielestäni hyvin tärkeää, jotta nykyistä lainoppia, sen edeltäjää ja mahdollista seuraajaa voitaisiin oikein ymmärtää. Sosiaaliteknisen lainopin aikaa on kestänyt jo runsaat kolmekymmentä vuotta. On luultavaa, että sen asema ei enää kauan säily riidattomana. Paradigmoilla on artikuloituessaan taipumus paljastaa omat heikkoutensa. Käsitelainopin varjopuolet tulivat aikoinaan selvästi nähtäville, ja pohjoismainen reaktio sitä vastaan oli perusteltu. Toisaalta myös nykyisen tien päässä väijyy uhkakuvia.

---

[1] Tässä kuvattujen vastakkaisten näkemysten luonnehdinnoista ks. myös *Simmonds,* The Decline of Juridical Reason s. 17—33. Vrt. *Summers,* Instrumentalism and American Legal Theory s. 157—159, jossa kirjoittaja vertaa toisiinsa amerikkalaisen realismin (pragmaattisen instrumentalismin) ja sitä edeltäneen formalistisen suuntauksen näkemyksiä. Kirjoittajan havaitsemat näkemyserot kuvaavat pääpiirteiltään osuvasti myös käsitelainopin ja pohjoismaisen social engineering -juridiikan eroja.

Ne kehitystrendit, jotka 1950-luvun realistisessa juridiikassa jo olivat nähtävillä, ovat sen jälkeen yhä voimistuneet. Sääntöskeptisismin mukaisesti siviilioikeudellisen lainsäädännön joustavuus on edelleen lisääntymässä. Sen vastapainoksi on korkeimman oikeuden — jopa hovioikeuksien — ratkaisujen prejudikaattiarvo alkanut kasvaa. Tuomarit ovat saavuttamassa sitä asemaa, jota *Alf Rossin* oikeusteoria heille kaavaili. Yleistyvältä vaikuttavan näkemyksen mukaan hyvä tuomari onnistuu siinä, missä lainsäätäjät epäonnistuvat. ''Hän voipi asetella kaikki kohtuuden mukaan'', ja päästä siten parempiin tuloksiin kuin yleistä lakia soveltamalla olisi mahdollista.[2] Tuomioistuimen ratkaisusta ilmenevä oikeussääntö on tämän näkemyksen mukaan tieteelle tärkeä kahdestakin syystä, nimittäin korkean tasonsa vuoksi, ja toisaalta sen tähden, että vähentynyt ratkaisujen ennakoitavuus voidaan prejudikatuurin kautta saavuttaa (osittain) takaisin.

Jos ajattelemme, millainen lainoppi kuvatuille oikeuslähdeperiaatteille voidaan rakentaa, vastaus on mielestäni ilmeinen. Lainoppi, joka johdonmukaisesti seuraa mainittuja periaatteita, muodostuu helposti ennakkotapausten keräilyksi ja kehoitteluksi in casu -ratkaisuihin tapauksissa, joista ei ole prejudikaatteja. Jos lainopin halutaan tiedottamisfunktion ohella omaavan kulttuurimerkitystä, sen tieteenkuvaan tulee sisältyä piirteitä, jotka liittyvät rationaalisen tieteen ideaan. On oletettavaa, että nämä piirteet alkavat vähitellen voimistua. Käsitelainoppiin entisessä muodossaan ei varmasti ole paluuta. *Kivimäen* ja monen muun toive siitä, että voitaisiin löytää yleiset periaatteet, jotka deduktiivisesti sovellettuina johtaisivat optimaalisiin tuloksiin kaikissa alaansa kuuluvissa tapauksissa, on utopia. Ratkaisu yleisen ja yksityisen väliseen ristiriitaan saattaa olla periaatteen suhteellistamisessa. *Ronald M. Dworkinin* oikeusteoria perustuu tähän ajatukseen. Vaikeat juridiset ongelmat ratkaistaan hänen mallissaan yleisistä periaatteista johtaen, mutta samalla myönnetään mahdollisuus saadusta tuloksesta poikkeamiseen, mikäli poikkeamisen aiheellisuus voidaan hyväksyttävästi perustella.[3] Kenties tältä suunnalta löytyy ratkaisu, jossa kummankin ajatustavan hyvät puolet voidaan hyödyntää ottamatta samalla mukaan niiden heikkouksia.

2. Skandinaavisen realismin edustajien näkemys rationaalisen tieteen ideaalia noudattavasta lainopista oli hyvin selkeä. Tutkimus, joka johtaa oikeusvaiku-

[2] Ks. esim. *Muukkonen,* Osakkeen ''ylihinnan'' sovittelusta OYL 3: 3,2:n mukaan erit. s. 389.

[3] Ks. *Dworkin,* Taking Rights Seriously s. 22—39, 71—80 ja 82—100. Ks. myös *Alexy,* Rechtsregeln und Rechtsprinzipien s. 19 ss. Alexyn näkemys periaatteista optimointikäskyinä tuo hyvin esiin niiden relatiivisen, mutta silti tärkeän merkityksen yksittäistapauksen ratkaisemisessa.

tuksia juridisista kategorioista, on puhdasta metafysiikkaa. Käsityksen perustelut ansaitsevat lopuksi osakseen huomiota.

Näkemys perustui ajatukseen, jonka mukaan oikeudet, velvollisuudet ja muut juridiset entiteetit, joita lainoppi käsittelee reaalisina olioina, eivät kuulu kokemusmaailman piiriin. Lainoppi, joka johtaa niistä oikeusvaikutuksia, johtaa niitä tyhjästä, ja on siten tyypillistä praktista metafysiikkaa.

Tapaa, jolla *Hägerström* todisti ajatuksensa, on käsitelty edellä (s.184 ss.). Todistus — jos palautamme mieliin sen rakenteen -- perustui kahteen premissiin, nimittäin (*i*) ontologiaan, jonka mukaan todellisuus koostuu pelkästään fysikaalisista ja mentaalisista faktoista ja (*ii*) käsitykseen, jonka mukaan juridisia käsitteitä sisältäviä väittämiä ei voida tulkita fysikaalisia tai mentaalisia faktoja koskeviksi väitteiksi.

Todistus, jolla Hägerström pyrki osoittamaan jälkimmäisen premissin paikkansapitävyyden, perustui muutamien esimerkkiväitteiden analyysiin ja sen tuloksesta tehtyyn yleistykseen. Induktiivisten yleistysten tavoin tulos ei ole loogisesti sitova, mutta se on mielestäni silti täysin vakuuttava. Skandinaavisen realismin nuoremman polven epäonnistuneet yritykset sen horjuttamiseen lisäävät osaltaan sen vakuuttavuutta.[4]

Sitä vastoin ensimmäinen premissi ei vaikuta uskottavalta. Vaikka ontologisia kannanottoja ei loppuun asti voitanekaan perustella, näyttää silti ilmeiseltä, että maailmassa on muitakin kuin fysikaalisia ja mentaalisia olioita. Ontologia, joka tunnustaa ainoastaan raa'at faktat, ei kykene lainkaan tavoittamaan ihmisten kulttuurityön tuloksina syntyneitä ''artefakteja'', entiteettejä, jotka käyttäytyvät ja vaikuttavat, kuten tosiasiat olematta kuitenkaan raakoja tosiasioita. Filosofisen tutkimuksen piirissä on hahmoteltu erilaisia tapoja ymmärtää viimeksi mainittuja tosiasioita. Popperin ''maailma 3'' on kuuluisa esimerkki tällaisesta jäsennyksestä.[5]

Oikeudet, velvollisuudet, sopimukset ja muut juridiset entiteetit voidaan nähdäkseni hyvin ymmärtää maailma 3:n olioina. Maailma 3:n oliot ovat ihmisten tekemiä entiteettejä. Ne voivat olla ''ruumiillistuneita'', kuten esimerkiksi kirjat, jolloin ne kuuluvat samalla fysikaaliseen todellisuuteen (maailma 1:een), tai ei-ruumiillistuneita, kuten esimerkiksi Suomen oikeusfilosofinen yhdistys. Viimeksimainitut ovat vailla paikallisia määreitä. Sitä vastoin maailma 3:n oliot eivät ole ajan ulkopuolella, vaan niillä on oma historiansa. Ne synty-

[4] Tarkoitan Hedeniuksesta alkanutta subjektiivisia oikeuksia koskenutta keskustelua, jossa pyrittiin osoittamaan, että subjektiivisia oikeuksia nimeävät termit voidaan korvata tosiasioihin viittaavilla termeillä tai kuvauksilla. Ks. edellä s. 224 ss.

[5] Ks. siitä *Popper,* Objective Knowledge s. 106 ss. Ks. myös *Niiniluoto,* Maailma 3:n oliot s. 124 ss., jota jäljempänä tuleva esittely läheisesti seurailee.

vät ihmisten sosiaalisen toiminnan tuotteina, ja ne voidaan tuhota tai luoda uudelleen. Popper korostaa, että maailma 3 ei ole mentaalinen ilmiö (tietoisuusilmiö). Sen olioiden olemassaolo ei riipu siitä, että ne aktuaalisesti tiedostetaan.

Näkemys, jonka mukaan juridiset entiteetit ovat maailma 3:n olioita, on eräänlainen platonistinen vaihtoehto *Vaihingerin* fiktioteorialle, jota lainoppineet, kuten edellä havaittiin, liturgianomaisesti tarjosivat vastaukseksi hankaliin ontologisiin kysymyksiin. Sen paremmuus fiktioteoriaan nähden on mielestäni ilmeinen. Toisin kuin fiktioteoria se liittää juridiset entiteetit osaksi pitkälle jäsennettyä ontologiaa. Toisin kuin fiktioteoria se kykenee myös justifioimaan ne operaatiot, joita juridisilla käsitteillä suoritettiin (ks. edellä s. 275 ss.).

Oikeusteoreettisesti hedelmällisemmältä vaikuttaa kuitenkin ajatustapa, jossa juridisten entiteettien ymmärretään *J. R. Searlen* ajatuksiin liittyen olevan *institutionaalisia tosiasioita.* Ne ovat lyhyesti sanottuna tosiasioita, jotka toisin kuin raa'at tosiasiat edellyttävät yhteiskunnallisten instituutioiden olemassaoloa.[6]

Tällaisia tosiasioita ilmaisevat esimerkiksi lauseet ''Matti ja Maija solmivat avioliiton'', ''Lapsi kastettiin ja sai nimen Pekka'' ja ''KTP teki maalin''. On huomattava, että näiden lauseiden esittämiä tosiasioita ei voida ilmaista puhtaasti fysikaalisin tai mentaalisin käsittein. Avioliiton solmiminen, lapsen kastaminen ja maalien tekeminen sisältävät tosin lukuisia fysikaalisia tapahtumia. Nämä tapahtumat, esimerkiksi veden valuttaminen lapsen päähän, eivät kuitenkaan ole identtisiä puheena olevien sosiaalisten tapahtumien kanssa. Fysikaalisesta tapahtumasta tulee institutionaalinen tapahtuma, kun tulkitsemme sitä käyttäen apuna sääntöä, joka antaa tapahtumalle sosiaalisen merkityksen. Sääntöjä, jotka kuvatuin tavoin luovat (konstituoivat) institutionaalisia tosiseikkoja, Searle nimittää konstitutiivisiksi säännöiksi.[7]

Oikeustieteen lauseiden, esimerkiksi niiden lauseiden, joita Hägerström analysoi, voidaan samalla tavoin tulkita viittaavan institutionaalisiin tosiseikkoihin. Esimerkiksi lause ''A:lla on saamisoikeus'' viittaa tällaiseen tosiseikkaan, jonka havaitsemme tulkitsemalla A:n ja hänen kumppaninsa käyttäytymistä saamisoikeuden syntymistä koskevan konstitutiivisen säännön avulla.

---

[6] Ks. *Searle,* Speech Acts s. 50—53.

[7] Konstitutiivisten sääntöjen looginen rakenne on muotoa ''X merkitsee Y asiayhteydessä C''. Tällaisten sääntöjen olemassaolo on välttämätön edellytys sille, että tosiseikka X voidaan ymmärtää institutionaalisena tosiseikkana, esimerkiksi kädenpuristus sopimuksen solmimisena.

Jos hyväksymme näkemyksen, jonka mukaan juridiset käsitteet viittavat institutionaalisiin tosiseikkoihin, käsitteistä päättelyn kritiikiltä putoaa pohja. Institutionaalisia tosiseikkoja voidaan samalla tavoin kuin muitakin tosioita käyttää operatiivisina tosioina, joihin liitetään oikeusseuraamuksia. Juridisesta käsitteestä päättely ei tällöin ole seuraamuksen johtamista olemattomasta, vaan se on sellaisen säännön (tai periaatteen) soveltamista, joka kytkee oikeusvaikutuksia mainittuun institutionaaliseen tosiseikkaan.[8]

Edellä on todettu, että oikeusvaikutusten kytkeminen subjektiivisiin oikeuksiin ja muihin juridisiin konstruktioihin väheni skandinaavisen realismin vaikutuksesta. Mikäli menettely perustui Upsalan koulukunnan filosofiseen argumenttiin, se perustui huonoon syyhyn. Metafysiikan karttaminen ei vaadi, että konstruktioiden käyttämisestä tosiseikastoissa luovutaan. Kokonaisuutena ottaen luopumisen merkitys jäikin marginaaliseksi. Instititutionaalisten tosiseikkojen asema oikeustosiseikastoissa on de facto erittäin vahva. Voidaan jopa väittää, että ilman niitä ei käyttäytymisen säätely olisi lainkaan mahdollista. Vain liittämällä oikeusvaikutuksia institutionaalisiin tosiseikkoihin voidaan sääntelyn kohteeksi tuoda sitä kaipaavat yhteisölliset ilmiöt.[9]

Kun siis lainopillinen tutkimus itsepintaisesti — ja osaamatta menettelyään tyydyttävästi selittää — kieltäytyi kokonaan luopumasta vanhasta ”metafyysisestä” (s.o. institutionaalisiin tosiseikkoihin viittaavasta) käsitteistöstään, se menetteli epäilemättä viisaasti. ”Hiljainen tekijän tieto” voi joskus olla reflektoitua teoreettista tietoa parempaa, mikä teoreetikoiden on hyvä muistaa.

Kuhn on tiedettä koskevissa tutkimuksissaan korostanut sitkeyttä, jolla tutkijat normaalisti tarrautuvat omaksumaansa paradigmaan.[10] Ajatus luonnehtii oivallisesti realistien suhdetta ahtaaseen ontologiaansa. Erityisesti *Ross* ja *Olivecrona* tulivat tutkimuksissaan havaintoihin, joista on hyvin lyhyt matka *Searlen* päätelmiin. Esimerkiksi Rossin teoria normeista tulkintaskeemoina vastaa jokseenkin tarkalleen tapaa, jolla Searle ymmärsi konstitutiivisten sääntöjen tehtävät. Viimeinen askel jäi kuitenkin aina ottamatta, koska sen astuminen olisi merkinnyt *Hägerströmin* ontologian hylkäämistä, mikä oli koko suuntauk-

[8] Esimerkiksi päättely omistuksen, panttioikeuden, odotusoikeuden tai irroittamisoikeuden käsitteestä, on de facto oikeusseuraamuksen johtamista periaatteesta, joka kytkee po. käsitteisiin oikeusvaikutuksia. Päättelyä voidaan kritisoida kyseenalaistamalla ao. periaatteen arvo ja oikeellisuus, mutta teoreettisia syitä, jotka tekisivät käsitteistä päättelyn rakenteeltaan epäkelvoksi, ei skandinaavinen realismi vastoin omaa näkemystään ole kyennyt esittämään. Ks. tästä tarkemmin *Helin,* Käsitteistä päättelemisestä s. 86—89.

[9] Institutionaalisiin tosiseikkoihin viittaavia termejä ovat esimerkiksi ”aviopuoliso”, ”osuuskunnan jäsen”, ”yhtiön hallitus”, ”omistaja”, ”myyjä”, ”ostaja”.

[10] Ks. *Kuhn,* The Structure of Scientific Revolutions s. 77—82.

sen perusta. Ontologian pelastava ratkaisu, vaikka huonokin, sai tällöin etusijan. Muisteltakoon esimerkiksi tapaa, jolla Olivercrona selitti kastamisen merkityksen. Ajatus, että lapsi olisi kastamisen kautta saanut nimen, ei ollut hyväksyttävissä, koska näkemys, että muutoin kuin kausaalisesti voitaisiin luoda jotakin, ei sopinut hänen ahtaaseen ontologiaansa. Hänen mukaansa lapsi ei kastamisen jälkeenkään ''todella'' ole Pekka. Me vain luulemme niin, koska rituaalin muotoja on tarkoin noudatettu.

Olivecronan selityksessä kiteytyy skandinaavisen realismin dilemma. Yhteiskunnallisille ilmiöille ja monille kulttuuri-ilmiöille on luonteenomaista, että niitä voidaan tuottaa ei-kausaalisesti, toimimalla tavalla, joka yhteisössä omaksutun konstitutiivisen säännön mukaan on relevantti.[11] Sellaisen teorian, jonka mukaan ilmiöiden ei-kausaalinen (illokutionaarinen) tuottaminen on magiaa ja metafysiikkaa, on mahdoton näitä ilmiöitä ymmärtää.

Juuri sanottua ei pidä tulkita niin, että skandinaavinen realismi olisi ollut tieteen harhapolku. Päin vastoin sen edustajat tutkivat ongelmia, jotka olivat tärkeitä, ja saavuttivat tuloksia, jotka ovat kiistämättömiä ja pysyvästi arvokkaita. Tulosten tulkinta ja niistä tehdyt johtopäätökset voidaan sitä vastoin riitauttaa. Jos omaksumme sallivamman ontologian, johtopäätökset muuttuvat. Ajatustapa, joka tunnustaa institutionaalisten tosiasioiden merkityksen oikeusjärjestyksessä ja näkee oikeusjärjestyksen systeeminä, jossa konstitutiivisilla säännöillä on regulatiivisten sääntöjen ja periaatteiden ohella keskeinen sija, sisältää mielestäni lupauksen lainopin ja juridisten ilmiöiden luonteen paremmaksi ymmärtämiseksi.[12] Sen avulla voidaan — skandinaavisen realismin harteilla seisoen — mahdollisesti nähdä kauemmas.

---

[11] Tämä ajatus ei suinkaan ole lingvistisen filosofian edustajien (J. L. Austinin ja hänen seuraajiensa) keksintö, vaan jo paljon aikaisemmin sillä on ollut keskeinen merkitys esim. *Kelsenin* oikeusteoriassa. Ks. esim. Puhdas oikeusoppi s. 2—4. Samaa oivallusta tavoittelee myös *Fullerin* lausuma: ''In human affairs (even) what men mistakenly accept as real tends, by the very act of their acceptance, to become real''. Ks. Positivism and Fidelity to Law s. 631.

[12] Searlen ajatuksille rakentuvista kehitelmistä ks. *MacCormick,* Law as Institutional Fact ja *Helin,* On the Semantics of the Interpretative Sentences in Legal Dogmatics. Kokonaisvaltaisen teorianmuodostuksen alkua voidaan havaita teoksessa *MacCormick—Weinberger,* An Institutional Theory of Law.

VIII SUMMARY

Legal dogmatics and metaphysics. A study on the conception of science of Scandinavian Legal Realism and its effects on Finnish civil law research in 1920—1960.

1. OBJECT OF STUDY

The object of this study is the change in Finnish research on civil law. Anyone who becomes familiar with legal dogmatics as practised at the beginning of this century will notice the essential differences between it and the modern research. The change that has occurred is not a consequence of legislative reforms. Despite the changes in laws, the present juridical system could be studied structurally in the same way as almost 100 years ago. The change has come about because the theoretical and non-theoretical commitments in the background of research have changed.

The change that has occurred in Finnish research on civil law can briefly be described as *becoming closer to the Scandinavian legal tradition.* Research models had previously been taken from Germany. German jurisprudence gradually lost its attraction, however; attention was focused on Scandinavia, where jurisprudence had begun to develop rapidly at the turn of the 20th century.

The treatise concentrates on the process of change in civil law research from the 1920s until the start of the 1960s. The reference model used for comparisons and for structuring the process of change is the one put forward by the School of Scandinavian Legal Realism. The goal is to determine the extent to which the change can be explained and justified by referring to this model. Another central consideration is to show which aspects of the development deviate from the model of Scandinavian Legal Realism, an important factor in assessing the

extent to which a theory like Scandinavian Legal Realism can be applied as a theoretical basis of legal dogmatics.

Comparison of the conception of science of Finnish legal dogmatics and Scandinavian Legal Realism is interesting because of the values and views that Scandinavian Legal Realism stands for. Legal dogmatics is a part of our cultural context with abundant and direct applications in society. Through practical applications, the views in the background of legal dogmatics influence everyday life in a concrete way, and for this reason they deserve publicity. The issue also has its jurisprudential side. The legal dogmatics in its Scandinavian form constitutes the theoretical background of the present civil law research. Use of this tradition, and its abandonment if necessary, is easier if the content of the tradition is clear in a structured form.

2. PHILOSOPHICAL BACKGROUND OF SCANDINAVIAN LEGAL REALISM

The philosophical background of Scandinavian Legal Realism rests on the so-called Uppsala school of philosophy. The most important influences came from *Axel Hägerström,* master of this school. The basic philosophical ideas of Hägerström and the Uppsala school are presented in Part II.

The treatise deals with e.g. the Uppsala School's idea of philosophy as conceptual analysis and the School's epistemological notions, (criticism of epistemological idealism and defence of epistemological realism). The most attention, however, is paid to Hägerström's theory of reality (verklighetsteori) and to his theory of value.

Part of Hägerström's theory of reality is his ontology, which became to have crucial importance in the views of Scandinavian Legal Realism. According to Hägerström, only physical and mental entities are real. Everything which is real belongs to the spatiotemporal context of our experience, either directly or indirectly through being a quality of something that belongs to the context directly. Entities not belonging to the spatiotemporal world in the above way are metaphysical. Science cannot study them, and concepts referring to them must be deleted from the language of science.

Hägerström's interest in the theory of value was largely a result of his ontological views. He wanted to determine whether values belong to reality. The conclusion was negative. The spatiotemporal world does not include values or norms. Value judgments are not real judgments, but expressions of emotion, and they have no truth value.

Because values are not part of reality, practical knowledge in Kant's sense of the term is impossible. The task of science is to study reality by empirical means. Science cannot tell us what is good or how affairs should be arranged. The only way in which science can study values and norms is the meta-ethical approach. Attention should be focused, instead of on values and norms, on people's actual evaluations and normative ideas, which can be studied like other natural phenomena.

Seen against this background, one can understand the challenge of evaluating jurisprudence in the light of the above idea of science. Significant questions arise. Is the object of study of the science of law a phenomenon of the real world, and thus appropriate for study? Does legal dogmatics study it's object by scientific means? Do the concepts applied in legal dogmatics refer to the realm of the empirical? What does the analysis of the sentences used in legal dogmatics reveal? Are they statements describing the empirical world, or are they no more than metaphysics attempting to present practical knowledge? The proclamation of study is highly interesting, and partly explains the enthusiastic tone characteristic of the School's writings on legal theory.

3. PROBLEMS OF THE OBJECT OF STUDY AND METHOD IN JURISPRUDENCE

Part III is concerned with how the representatives of Scandinavian Legal Realism saw the problems of the legal dogmatic object of study and method. The crucial questions are: (*i*) Does the legal dogmatic object of study, as currently understood in the profession, belong to reality? (*ii*) If the answer to (*i*) is negative, how should the object of study be reconstructed so that it fulfills the demands set by Hägerström's ontology? And (*iii*) what are the consequences of the reconstruction of the object of study with respect to the method of legal dogmatics?

This section concentrates on responses given to these questions. The ideas of *Hägerström* (p. 52—89), *Olivecrona* (p. 89—104), *Lundstedt* (p. 104—129), *Ekelöf* (p. 129—139), *Ross* (p. 139—176) and *Illum* (p. 177—181) are analysed in detail. The results of the analysis are described briefly in chapter 5 below.

4. LEGAL CONCEPTS AND THEIR RELATION TO REALITY

Part IV is concerned with the analyses of subjective legal rights carried out

by the Scandinavian realists. The theme is connected with the general issue of the fundamental legal concepts. The discussion, however, did not spread to cover other legal concepts — probably because, subjective rights proved to be ontologically highly problematic and constituted a sufficient challenge for the scholars.

Questions important to the Scandinavian realists were: (*i*) To what state of affairs do terms labelling subjective rights (such as a 'proprietary right' or a 'right of lien') refer in the legal use of language?, or (*ii*) To what state of affairs do statements concerning subjective rights refer in the legal use of language? Many other issues linked in one way or another with the above questions were also considered.

A rather common — though not an exclusive — answer to the above questions was that the concepts in question do not refer to anything. They lack denotation and connotation, and thus are unsuitable for the purposes of science, which seeks to describe reality. This, in turn, generated the following question: (*iii*) Should the concepts of legal dogmatics be changed because of this, and if so, how?

Analysis of subjective legal rights received extensive attention in Scandinavian theory of law in 1920—1950. In this section the theories of *Hägerström* (p. 184—192), *Lundstedt* (p. 192—199), *Olivecrona* (p. 199—211), *Undén* (p. 211—217), *Ross* (p. 217—224 and 238—241), *Hedenius* (p. 224—233), *Ekelöf* (p. 233—236) and *Strahl* (p. 236—238) are considered. Some of the results are presented below in chapter 5.

5. HOW SHOULD LEGAL DOGMATICS BE CHANGED ACCORDING TO SCANDINAVIAN LEGAL REALISM

Part V is a kind of summary striving to sum up, on the basis of the above analysis, the types of demands for changing legal dogmatic method according to the conception of science of Scandinavian Legal Realism.

a. According to Scandinavian Legal Realism, the way in which those practising legal dogmatics understood their object of study was metaphysical. The legal system was the currently prevailing social system, but at the same time it had a binding force and belonged to the "World of Sollen". Being metaphysical monists, the Scandinavian realists could not accept the dualism between 'Sein' and 'Sollen'. The "World of Sollen" had no place in their ontology. The ob-

ject of study thus had to be reconstructed by using concepts referring to raw empirical facts.

The psychologizing of the binding or normative element of the legal system was crucial to the reconstruction of the object of study of legal dogmatics. It was made ontologically acceptable by reducing it to a mental entity, a sense of duty or — as *Ross* called it — a disinterested behavioural attitude. In this way the demand for psychological, ideological efficiency came to be included in the object of legal study, in the conceptual definition of valid law. The system of valid law was regarded as consisting of norms which were both efficiently observed on the level of human behaviour and experienced as binding on the level of human attitudes. Many representatives of Scandinavian Legal Realism accepted this idea, though in various forms.

To what *conclusions on method* did reconstruction lead? Very close seems to be the idea that legal dogmatics should be abandoned altogether, and that the methods of social science should be used in studying what kind of behavioural models de facto were followed or considered binding. This hypothesis proved to be false, however. None of the leading figures of Scandinavian Legal Realism proposed this conclusion. On the contrary, the idea of changing jurisprudence into sociology was foreign to all of them, and many — with *Alf Ross* in the forefront — actively opposed it. Theory of the sources and interpretation of law remained the basis of legal dogmatic method. Legal dogmatics was still clarification of the content of legal rules by means of legal interpretation of enactments — and in their absence, with the help of other legal source material.

How could such a solution concerning method be possible in view of definition of the object of study? The fact that a norm can be brought into the open from legal source material is no guarantee that the norm is efficient on the behavioural or ideological level. Two answers can be given; one is that of *Olivecrona,* the other being that of *Ross.*

Olivecrona seems to have thought that it is not normally necessary to study independently which behavioural models de facto are followed and considered binding. In our established legal conditions, one can simply start from the assumption that norm addressees rather efficiently have internalized the norms confirmed by legislative acts, and follow them. They are guided by a *law-abiding attitude,* a general readiness to behave according to models confirmed by law, regardless of their content. This attitude makes legal dogmatic research meaningful in practice. By clarifying the content of behavioural models, legal dogmatics gives that content the law-abiding attitude it lacks, and thus performs a useful function in regulating behaviour. The efficiency of legal norms,

in other words, is a *practical precedent condition* of legal dogmatic research. It would not be meaningful to study behavioural models which no one regards as binding. On the other hand, the requirement of efficiency is not necessarily followed by any consequences as far as the method of legal dogmatics is concerned. Legal dogmatic practice could be continued as previously, as argumentation based on legal sources.

Alf Ross's conception is somewhat more complicated. According to Ross, sentences that express the results of legal dogmatics — to the extent that they are scientific — are statements concerning the future behaviour of the courts (i.e. predictions). In Ross' opinion, this does not mean, however, that the only, or even the best way to generate such statements would be the external observation of the behaviour of the courts, using sociological methods. On the contrary, a better result may be obtained by paying attention to the chief motivation factor of judicial decision making in courts, the *ideology of the judges*. The most important manifestation of this ideology is the doctrine of the sources of law and legal interpretation. In jurisprudence, application of this doctrine and simulation, as it were, of judges' thought process in advance would yield a probable prediction. In following such a procedure, one should remember to apply *judges'* doctrine of the source of law, ignoring the scholarly jurisprudential notion to the extent that it does not correspond with the principles living in legal practice.

The traditional research method of legal dogmatics was thus maintained in Ross' theory. It kept its place in the sphere of the *context of discovery* of judicial sentences, though partly losing ground in the context of justification. The demands for change directed at legal dogmatics from reconstruction of the object of study were thus restricted within the framework of legal argumentation. The demands for change are dealt with in what follows, using the established classification of legal sources into statutes, precedents, "travaux préparatoires" and substantial arguments.

No specific demands for change were directed at the status of legal statutes. In the same way as legal positivism, legal realism, too, recognized their status as the primary source of law. The only difference was the reason for this recognition. Whereas legal positivism based its concepts on theories of social philosophy, such as the doctrine of the tripartition of power, it counted for enough justification for Scandinavian Realism that laws were, de facto, efficiently obeyed and that they had a strong status in the ideology of judges.

Comparison of the place of enactments in the conception of legal science held by Scandinavian Realism with that of the so-called conceptual jurisprudence

("Begriffsjurisprudenz") shows that their significance was somewhat *emphasized.* This is because of the differences in the way the two traditions understood the nature of the legal system. According to "Begriffsjurisprudenz", the legal system consists of legal principles, axioms, with respect to which legal rules were either special cases obtained through deduction or exceptions. Scandinavian Realism, however, saw the legal system as consisting of legal rules that were interpreted as fact-consequence relationships, as a means serving social goals. As a result, the procedure in which laws were interpreted in the context of principles formed by "Begriffsjurisprudenz" was seen in a negative light. The interpretation devices offered by the older theory had to be disregarded; it was now considered necessary to take a closer look at the enactments. Ignoring a statute with reference to systematic grounds (i.e. as 'theoretically erroneous') became prohibited.

Scandinavian Realism, however, had its own ways to muddle the linguistic content of the law. The difference was that according to "Begriffsjurisprudenz", the selection between the alternative interpretations had to be justified with reference to the legal principles in the background of the statute, whereas the realistic attitude required a reference to the material consequences of the alternative. In general, it probably cannot be determined which of the two leads to greater freedom from the wording of the statute.

The status of *precedents* changed more clearly than that of statutes. Their significance became considerably emphasized. According to "Begriffsjurisprudenz", precedents had no independent significance in deciding the contents of valid law. The answer to this problem was to be discovered, by means of deduction, from the legal principles in which the valid law was hidden. According to Scandinavian Realism, however — and especially according to *Ross* — the supreme court of law could not be wrong unless it self admitted its mistake. In this respect, though, there were differences of opinion. *Illum,* in particular, disagreed; he contended that the law is too important a matter to be left (solely) in the hands of the judges. The general line, however, was clear. Legal cases are manifestations of the prevailing ideology of judges, and thus a good guide to those striving to present the law in action.

The most significant demands for change were directed at the *substantial arguments* ("reella övervägande"). The demand to increase their weight in legal dogmatics arose from two sources. Firstly, one can refer to the prevailing ideology of the judges, which in decision-making allows extensive considerations of equity, justice and goal-rationality. If jurisprudence does not proceed in the same way, it fails in its simulation attempts.

The same demand can also be justified on the basis of the social engineering attitude adopted by Scandinavian Realism. Because legal enactments are tools for the implementation of social goals, selection of the statute (and choice between alternative interpretations) in situations involving a legal gap or interpretation of the law must be justified with reference to the consequences of its application. In such cases, the substantial reasons concerning the instrumental goodness of the alternative provision with respect to that goal become central.

It can be said that Scandinavian Realism — with *Lundstedt* in the forefront — set new demands for the use of free substantial arguments. Appealing to such arguments as equity, justice and weighing of interests was, for many reasons, not regarded as first-class argumentation in the opinion of many members of that school. It was thought that such argumentation could cause jurisprudence to slide back into the old metaphysical ideology of law and the values latent therein. Nor was there any certainty that the legal principle to which such argumentation would lead would be justifiable as a means of social engineering. It was felt that the arguments characteristic of this 'method of justice' had to be replaced by substantial (real) arguments in the ontological sense. Above all, such arguments comprised the people's societal aspirations, together with their factual and concrete evaluations.

The above shows that Scandinavian Realism gave social evaluations considerable importance in legal dogmatics, leading to the question of whether a conflict with the value-theoretical noncognitivism has not taken place. Because value judgments lack a truth value, the results of legal dogmatics obtained using value judgments as premises lack a truth value too. Does it not thus follow that the model of legal dogmatic research suggested by Scandinavian Realism is proved to be unscientific according to its own definition of science? A second problem is related, in particular, with the thoughts of *Alf Ross*. How could he suggest changes in the traditional doctrines on the sources of law and methods of legal interpretation when it was just stated earlier that precise following of the decision-making process of the prevailing ideology of judges leads to a reliable prediction of their behaviour?

Scandinavian Realism responded by dividing the legal dogmatics in practice into two, with science on the one hand and legal policy on the other. This was due to a demand for practical benefit directed at jurisprudence, a demand which displaced the purely scientific points of view. In the sphere of Scandinavian Realism, it was generally thought that a science satisfied with merely bringing forward the various alternative decisions allowed by the doctrine of the sources

of law, but making no choice between them, yields very shallow results and gives too little assistance to the administrator of law. The researcher normally has better prerequisites to analyse the consequences of various alternative decisions and to make a choice than does the judge, who has to work under time pressure and often even lacking information. Keeping value premises in the argumentation was thus permissible; all that was required was that the researcher should make it clear at what stage he ceases to work as a scholar and begins to make recommendations of legal policy, i.e. at what stage he begins to supplement the arguments bound to the doctrine of the sources of law with free value premises. The consequences of value-theoretical noncognitivism can thus be summarized by saying that legal argumentation should be open and that the demarcation line between science and policy should be kept clear. Legal dogmatics, however, was allowed to cross that line.

b. The Scandinavian realists fairly well agreed on the above issue. Their conclusions based on analysis of subjective rights differed, however. At one extreme was *Lundstedt,* who when young thought that the best solution would be a total abandonment of all terms referring to subjective rights. At the other extreme was the tû-tû analysis of *Alf Ross,* which allows legal dogmatics to continue in much the same way as before.

Despite the differences, however, the main line of Scandinavian Realism is clearly visible. Methodological requirements pertained to the status of subjective rights and other judicial concepts in legal dogmatic reasoning. Demands for considerable weakening of their role were put forward. In *Hägerström*'s analysis, terms expressing subjective rights (proprietary right, right of lien, etc.) proved to be like empty shells, terms without denotation and connotation. Rights and duties, de facto, do not exist, and therefore juridical decisions or recommendations cannot be justified by referring to them. The method of "Begriffsjurisprudenz" in which the persons legal status is first characterized as certain subjective rights, with legal consequences derived from this characterization, could not be defended, because nothing can be justified with reference to inexistent entities.

This was not, however, the only way to justify the prohibition of deduction from concepts. The same methodological conclusion is found in the thoughts of those legal realists who consciously (*Lundstedt*) or unconsciously (*Hedenius*) gave terms expressing subjective rights a new 'realistic' meaning. According to their interpretation, the terms in question referred to the behaviour of the courts. For instance, in their opinion the term 'proprietary right', referred,

i.a., to the fact that, with certain conditions, the court imposes a punishment upon someone who uses an object without the owner's permission. If this is the case, punishment or the recommendation of punishment naturally cannot be justified by referring to the plaintiff's proprietary right. The concept definition changes the statement of reason into a vicious circle (petitio principii).

It is interesting to note that the methodological conclusion does not change if rights are considered, as by *Ekelöf* and *Undén,* to refer to the enforced legal consequences validated by laws or other legal sources. Justification of legal consequence by referring to a right in this case means basing the decision on itself. It thus seems justified to say that *the rejection of conceptualistic legal argumentation (i.e. Begriffsjurisprudenz) was a logical consequence of the analysis of subjective rights.*

What was said above also applies to the use of other legal concepts as a basis for decision recommendations. To avoid charges of being metaphysical, such concepts, e.g. according to *Lundstedt,* had to refer to the decision-making behaviour of the courts, and therefore they could naturally no longer be used as a justification for judicial behaviour in decision-making. A considerable amount of Lundstedt's criticism, such as his criticism of theories in the law of torts, and his inclinations of finding vicious circles in legal thought were based on this argument.

6. CHANGES IN FINNISH CIVIL LAW RESEARCH

Part VI is concerned with the changes in Finnish civil law research during the period 1920—1960. Of particular interest is the extent to which Scandinavian Legal Realism's methodological demands for change were realized.

This part of the thesis is divided into four chapters. The first one is a short introduction. The second deals with how the lawyers (legal dogmaticians) understood the object of legal study and what concepts they considered necessary for its description. The third chapter deals with legal dogmatic argumentation and its change. The chapter has two sections. The first section concentrates on the use of the method of "Begriffsjurisprudenz" (constructive argumentation). The second section studies the change in the weights given to the various legal sources, especially with respect to precedents and free substantial arguments. The fourth chapter studies problem-setting in legal dogmatic research and the observed changes in problem-setting.

7. RESULTS AND CONCLUSIONS

a. A general overview on the results of the study reveals that civil law research changed in accordance with the model of Scandinavian Legal Realism to a high degree. The development was not singular, but the general trend was clear.

The greatest deviation was in the way how the lawyers saw their object of study. The valid civil law was not an empirical phenomenon, at least not in the sense that it could be identified with the norms effectively followed and internalized in the legal community. Nor did researchers experience themselves as predicting decisions of the courts, although their methods sometimes clearly resembled the simulation of judges' thought process as characterized by *Ross*. Researchers' own comprehension of their object of study remained rather superficial. They had no reflected idea about which aspect of reality they were in fact studying. This issue, which was crucial to the Uppsala philosophy, thus gained little attention among jurists. As to the idea of the object of study of legal dogmatics as it is reflected by civil law research, valid law can be said to be a type of social rationality which is made visible by following the method rules of legal dogmatics. As such it is not a phenomenon which according to the ontology of the Uppsala school would belong to the scope of reality.

Conversely, the *method* demands set by Scandinavian Realism for the new, realistic jurisprudence were fulfilled much better. The significance of subjective rights decreased fairly much in the desired way, although young *Lundstedt*'s demand for the total obliteration of rights and duties was not realized. The juridical system, according to the new concept of civil law, was no longer a system of rights and duties and the principles associated with them; rather it was a collection of rules which were interpreted as legal fact-consequence relations. Categorization and deduction on the basis of principles were replaced by free substantial argumentation. The juridical problem under scrutiny was no longer seen as a special case of a wider juridical problem; on the contrary, it was being considered in all its concreteness and detail. The aim was to provide a tailor-made decision in the case appropriate as to the objectives of social engineering.

As a consequence, the norms, which legal dogmatics presented as its end results, changed essentially. Their fact-descriptions became very rich in detail, and often included loosely-worded elements making it possible to take the special features of the individual case into consideration. Moreover, it became common to present flexible norms as research results. It also became more frequent

to encourage those applying the law to make decisions "tailored" individually for the case in question.

The peak of the change occurred during a slightly over ten-year period, from the beginning of the 1940s until the early 1950s. The ideas described above were then widely implemented in concrete research work. Model studies were carried out in various sectors of civil law, and these could be applied as patterns in later research. The change, however, did not occur suddenly and unexpectedly. As early as in the 1920s, studies were published which 25 years later would have been praised for their modern approach. The Scandinavian conception of legal science was also in the constructivist period of the 1930s, visible in the treatises of *af Hällström*.

The change, however, did not lead to a sudden disappearance of "Begriffsjurisprudenz". There was still room in the scientific community for studies applying the traditional approach. The situation changed only in the 1950s, when professors *Caselius* and *Kivimäki* retired. I do not think that research based knowingly on the approach of conceptualist jurisprudence would have received a sympathetic reception any longer at the end of the 1950s. By that time the scientific community was more method-conscious and monolithic than ever before.

Swedish-speaking Finnish researchers made a major contribution to bring the civil law research closer to the Scandinavian model. The saying that Finland's Swedish-speaking intellectuals serve as the bridge between Finland and Scandinavia is fairly accurate in this respect. With few exceptions, the Finnish-speaking researchers came over to the change only in the 1950s, and even after that time there still seems to be a difference of degree that follows the linguistic demarcation line. The concept analysis of Scandinavian Legal Realism perhaps interested Finnish-speaking researchers more, especially *Zitting* and his followers. Free substantial argumentation and its skepticism of rules, on the other hand, shows up more clearly in the works of the Swedish-speaking researchers.

Along with the process of Scandinavian reception, the view of legal dogmatics as a rational, dogmatic science was partly replaced by the view seeing legal dogmatics as social engineering. The practical differences between these two views are significant. According to the first legal dogmatics is a science of principles, closely bound with the tradition in which the principles have their origin. Legal rules are deductive special cases of legal principles. The method with which the research can study the content of legal rules is an articulation of an old and refined tradition. Expertise, which enables the solution of concrete legal questions, comes to the fore as management of the totality. It also forms the base for juridical criticism of decisions given in legal practice.

According to the social engineering view legal science is, on the contrary, knowledge and refinement of the legal fact-consequence relations. Legal dogmatics seen as social engineering takes a critical stand towards tradition. Accordingly, the wisdom crystallized in legal principles is too rough and overgeneralizing. A general legal principle in all its scope can never be defended from the point of view of social engineering. Along with change in society, such guide may even have lost its purpose. The objectives previously sought in legal dogmatics may also have become outdated. Legal dogmatics with a social engineering orientation thus cannot learn anything from its own tradition except the method of argumentation. The content of a legal decision cannot be derived from tradition; it must be determined on the basis of the needs of the time. Expertise, which makes it possible to reach a rational decision in a concrete legal case, appears in the management of the fields details and previous legal case material. The skilled researcher is a specialist with good mastering of a narrow field.

The described views are ideals, neither of which has appeared in pure form in Finland. Observation of the tension between them is still highly important, in my opinion, to be able to understand the present legal dogmatics, its predecessor and its possible successor. Legal dogmatics conceived as social engineering has already lasted for over 30 years. It is probable that its position will not prevail much longer without debate. In their articulation, paradigms tend to reveal their own weaknesses. The disadvantages of conceptualist legal dogmatics became clearly evident in their time, and the Scandinavian reaction against it was justified. On the other hand, danger lurks at the end of the present road.

The development trends visible in the realistic jurisprudence of the 1950s have been reinforced ever since. In accordance with rule skepticism, the flexibility of civil law legislation is still increasing. To offset this flexibility, the precedence value of decisions made by higher courts — even the courts of appeal — has increased. Judges are reaching the status which *Alf Ross*'s theory of law planned for them.

If we ask what kind of tasks are left for legal dogmatics when the conceptions of legal sources described above prevail, the answer, I think, is obvious. Legal dogmatics which adopts rule skepticism and accepts the strong position of precedents becomes a collection of precedents and recommendations for case-specific decisions whenever there is no precedent. If it is desired that, in addition to disseminating information, legal dogmatics should have some cultural significance, then its concept of science should include characteristics connected with the idea of rational science. It can be assumed that these characteristics will gradually begin to be strengthened. There is certainly no return

to "Begriffsjurisprudenz" in its previous form. Its representatives' hope of finding general principles, when deductively applied, would lead to the optimal decision in all cases within its scope, is Utopian. A solution to the conflict between general and individual may be in making the principles more relative than previously. *Ronald M. Dworkin*'s theory of law is based on this idea. In his model difficult juridical problems are solved on the basis of general principles, but at the same time there is a possibility of deviating from the decision so obtained, if the reason for such deviation can be justified acceptably. Perhaps this direction leads to a solution, in which the advantages of both lines of thought can be exploited without including their weaknesses.

b. The views of Scandinavian realists concerning the idea of legal dogmatics as a rational science was very clear. A study which infers legal effects from juridical categories is purely metaphysical. The grounds for the conception deserve consideration.

The view was based on the thought that rights, duties and other juridical entities, which legal dogmatics deals with as real things, do not belong to the scope of world of experience. Legal dogmatics which extracts legal effects from them, extracts legal effects from nothing, and is thus typical practical metaphysics.

The way in which *Hägerström* proved his views was based on two premises: (*i*) ontology, according to which reality comprises only physical and mental facts; and (*ii*) a conception according to which statements containing juridical concepts cannot be regarded as statements concerning physical or mental facts.

The evidence Hägerström used in attempting to prove the validity of the latter premise, was based on analysis of several example statements and generalization of its results. Like other inductive generalizations, the result is not logically binding, but it is, in my opinion, fully convincing. The younger generation of Scandinavian Realists (e.g. *Hedenius* and *Ekelöf*) failed in their attempts to disprove it, thus enhancing the credibility of Hägerström's results. On the contrary, the first premise, however, does not seem convincing. Although ontological stands cannot ultimately be justified, it still seems obvious that the world contains more than physical and mental things. Ontology recognizing only raw facts lacks the capacity to reach 'artefacts' born of people's cultural activity, entities with function and effects, like facts without yet being raw facts. The scope of philosophical research outlines of various ways of understanding facts of the latter type. Popper's 'World 3' is a famous example of this kind of structuring.

Rights, duties, agreements and other juridical entities, in my opinion, can well be seen as things belonging to World 3. The objects of World 3 are entities made by people. They may be 'concrete', such as books, which also are part of physical reality (World 1), or 'abstract', such as the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy. The latter are also without local ties. On the other hand, the objects of World 3 are not outside of time. They have their own history. They are born as products of people's social activities, and they can be destroyed or recreated. Popper emphasized that World 3 is not a mental phenomenon (a phenomenon of consciousness). The existence of its entities does not depend on whether we are actually aware of them.

The view according to which juridical entities are objects of World 3 is a sort of Platonic alternative to *Vaihinger*'s theory of fiction, which Finnish scholars usually gave as an answer to difficult ontological questions. In my opinion, the superiority of World 3 over the theory of fiction is obvious. Contrary to the theory of fiction, World 3 links juridical entities in part with a highly structured ontology, and it is also able to justify the operations carried out by juridical concepts.

More fruitful from the point of view of jurisprudence, however, seems to be that juridical entities be understood, as in the thoughts of *J. R. Searle*, as *institutional facts*. In brief, they are facts which, contrary to raw facts, require the existence of social institutions.

Examples of such facts are reflected in the sentences: 'John and Mary were married', 'The child was christened, and called Peter', and 'Liverpool scored a goal'. It should be noted that the facts described in these sentences cannot be expressed by using purely physical or mental concepts. Getting married, christening a child and scoring a goal do involve many physical events. These events, such as wetting the child's head, are not identical, however, with the social events they describe. The physical event becomes an institutional event when we interpret it using a rule giving the event a social meaning. Rules which create (constitute) institutional facts in this way were called constitutive rules by Searle.

The statements of legal science, such as those analysed by *Hägerström,* can also be interpreted by referring to institutional facts. For example, the statement 'A has a claim' refers to such a fact, which we observe by interpreting the behaviour of A and his agreement partner by means of a constitutive rule belonging to the legal order.

If we accept the view according to which juridical concepts refer to institu-

tional facts, there is no base for ontological criticism of the method of conceptual deduction. Institutional facts, in the same way as other facts, can be used as operative devices to which legal consequences are linked. Deduction from juridical concepts then has no inherent assumption of a consequence being derived from nothing; rather it is the application of the rule (or principle) linking juridical effects to the mentioned institutional fact.

It was shown above that the linking of juridical effects with subjective rights and other juridical constructions was somewhat reduced by the influence of Scandinavian Realism. If this was based on the philosophical arguments of the Uppsala school, it was poorly justified. The avoidance of metaphysics does not require abandoning the use of constructions in the legal fact-descriptions. On the whole, the rejection of juridical concepts was rather slight in Finnish legal dogmatics. The status of institutional facts among legal fact-descriptions remained, de facto, very strong. It can even be said that without them, regulation of behaviour would not be possible at all. Only by linking legal effects to institutional facts does the regulation of social phenomena become possible. Thus when legal dogmatic research stubbornly — and without being able satisfactorily to explain why — refused to give up its old 'metaphysical' concepts (i.e. concepts referring to institutional facts), it did so wisely no doubt. Tacit knowledge can sometimes be better than reflected theoretical knowledge, which the theoreticians should bear in mind, too.

Kuhn, in his studies on science, has emphasized the perseverance, with which researchers normally adhere to the paradigm they have adopted. Kuhn's idea is a good description of the realists' relationship to their narrow ontology. In particular, *Ross* and *Olivecrona* made observations in their studies which are very close to Searle's conclusions. *Ross*' theory of norms as a scheme of interpretation is almost exactly the same as the way in which Searle understood the tasks of constitutive rules. The last step, however, was never taken, because having taken it would have meant rejecting Hägerström's ontology, which was the base of the Uppsala school. The solution which saved the ontology, although poor, thus gained the upper hand. Let us remember the way in which Olivecrona explained the meaning of christening a child. The thought that christening gave the child its name was not acceptable, because the view that something could be created in a way not causal, did not agree with his narrow ontology. According to him, the child was not really 'Peter' even after his christening; we only thought so, because the ritual forms had been closely observed.

The dilemma of Scandinavian Realism is crystallized in Olivecrona's ex-

planation. It is peculiar to social and other cultural phenomena that they can be produced by non-causal means, e.g. by acting in a way that is relevant according to a constitutive rule adopted by the community. A theory according to which non-causal (illocutionary) creation is magic and metaphysics cannot understand such phenomena.

What has just been said should not be interpreted to mean that Scandinavian Realism was a dead end in jurisprudence. Quite the contrary, its representatives studied important problems and obtained findings that are unquestionable and permanently valuable. The interpretation of certain findings and the conclusions drawn from them, however, can be questioned. Many conclusions change if we adopt a more tolerant ontology. The way of thinking which recognizes the importance of institutional facts to the juridical system, and which sees the legal system as a system in which constitutive rules have an essential role together with the regulative rules and principles, in my opinion offers the means of gaining a better understanding of legal dogmatics and juridical phenomena.

HENKILÖHAKEMISTO

Ei sisällä alaviitteissä olevia henkilömainintoja

Aaltonen A. 419
Aarnio A. 88
Ahlander B. 237, 238
Alanen A. 315
Aubert V. 171
Austin J. 65
Austin J. L. 192, 203—204
Ayer A. J. 38, 41
Bentham J. 65, 114, 185
Berkeley G. 16, 19
Björne L. 355
von Bonsdorff P. E. 309, 412
Boström Ch. J. 3, 16
Broad C. D. 77
Brusiin O. 289, 293, 328, 365, 367, 368, 370, 404
Carlson B. C. 278, 279, 284, 289, 293, 329, 330, 344—346, 365, 367, 395
Caselius I. 268—270, 274—276, 282, 283, 302, 316—320, 325, 327, 331, 332, 357, 359, 363, 367, 378, 393, 401, 403, 408, 419, 424
Cassirer E. 20
Comte A. 118
Dalberg-Larsen J. 261
Darwin Ch. 125
Descartes R. 18, 19, 26
Duguit L. 193, 222
Dworkin R. M. 426
Ek C. H. 284, 285, 295, 336, 370, 372, 375, 376
Ekelöf P. O. 7, 49, 125, 129—139, 157, 209, 233—238, 242, 243, 245, 253, 256, 382
Ekström F. W. 354—357, 366, 369, 415
Engberg A. 5
Erich R. 267
Erma R. 419, 420
Federley M. 391
Fröström L. 67
Geiger T. 50, 170, 179
Gierke O. 58
Godenhielm B. 284, 289, 295, 339, 344, 386, 387, 389, 390, 412, 419
Granfelt O. Hj. 279
Gray J. C. 164
Haataja K. 268, 327, 328, 341, 355—358, 366, 367, 401, 402, 404
Hakulinen Y. J. 264, 280, 283, 322—324, 331, 337, 362, 363, 366, 378, 403, 406, 419
Hannikainen A. 286, 287, 331—333, 376, 408
Hare R. M. 190
Hart H. L. A. 55, 185
Heck P. 359
Hedenius I. 7, 35, 50, 224—233, 238, 239, 246, 252, 256
Hedvall K. 3
Heikonen A. 264, 331, 362, 363, 366, 372, 403, 409, 419
Hermansson R. 267
Hoel A. 7, 50, 325, 358
Hohfeld W. N. 304, 347
Hume D. 19
Hägerström A. 3—7, 10, 11, 13—16, 19, 20—45, 47—89, 90—92, 96, 99, 100, 104, 106, 107, 110, 111, 119, 121, 125,

127, 128, 139—142, 144, 145, 150, 164, 176, 183—193, 199, 201, 203, 205, 209—212, 214, 216, 224, 226, 228, 231, 232, 233, 235, 243, 256, 267, 271, 274, 276, 320, 427—429
af Hällström E. 276, 277, 279, 284, 286, 288, 327—329, 335, 360—365, 367, 369, 371, 373, 375, 376, 404, 405, 407—411, 424
Illum K. 7, 49, 100, 177—181, 252
Jellinek G. 58
Jhering R. 115, 193, 260
Jørgensen S. 260
Kaila E. 418
Kaila El. 266
Kant I. 15, 26, 28, 29, 42
Kastari P. 328
Kauppi K. 359
Kelsen H. 6, 55, 78, 79, 101, 145, 148, 163, 246, 294, 295, 348
Kianto I. 260
Kivimäki T. M. 315, 320, 326, 331, 344, 356—359, 364, 365, 368, 390, 400, 402, 404, 419, 424
Kuhn T. S. 7—9, 111, 248, 429
Lahtinen O. 293, 304, 333, 339, 372, 379, 381, 382, 388, 412, 417
Lassen Jul. 213, 283, 287, 328, 340, 410, 411
Lehtinen J. N. 293
Leibnitz G. W. 19
Lenin V. I. 19
Lilius F. O. 360
Lundstedt A. V. 4—6, 49, 104—129, 132, 137, 139, 157, 176, 183, 192—199, 201, 209, 214, 217, 222, 224, 226, 230, 231, 233, 248, 252, 253, 255, 256, 259, 262, 271, 274, 276, 278, 292, 306, 311, 312, 320, 330, 336, 339, 358, 359, 375
Mach E. 19
Makkonen K. 133, 293, 294
Malmström Å. 7
Marc-Wogau K. 15, 20, 22, 23, 30
Marx K. 120—121
Merkel A. 270
Montgomery R. 369
Moore G. E. 19, 38, 76
Muukkonen P. J. 306, 412, 417
Myrdal G. 103, 138, 176, 181
Nikupaavola E. 290, 338, 419
Noponen V. K. 363
Norström V. 52
Nybergh G. 376, 407
Olivecrona K. 5, 6, 49, 89—104, 105, 127, 129, 139, 141, 176, 183, 184, 199—211, 217, 224, 226, 229, 231, 241, 242, 248, 250, 271, 279, 311, 312, 429, 430
Olsson C. 295—299, 304, 339, 349, 372, 376, 379, 380, 386, 390, 393—395, 412, 416
Oxenstierna G. 3, 12, 14
Palmgren G. 364, 369, 376
Phalén A. 3, 13, 16—18
Platon 23
Popper K. 8, 96, 126, 427, 428
Portin G. 388
Puchta G. 316
Raninen H. 281, 363
Rautiala M. 376
Rekola A. 277, 281, 325, 363, 403
Riska O. 421
Rodhe K. 129—130
Ross A. 5, 6, 42, 45, 47, 49, 50, 85, 87, 99, 121, 122, 139—181, 183, 190, 205, 209, 217—224, 231, 233, 238—246, 248—250, 252, 254—258, 272, 281, 289, 295, 297, 311, 312, 349, 370, 410, 415, 416, 423, 426, 429
Russell B. 19
Sainio V. 270—276, 279, 313, 320—322, 359, 400, 424
Salmond J. 64
von Savigny F. C. 316
Schmidt F. 7
Schweigaard A. M. 260
Searle J. R. 190, 428, 429
Sipilä A. 363
Strahl I. 236—239, 242, 243, 245
Stuer Lauridsen P. 171
Summers R. 253, 371
Tawaststjerna I. 402

Taxell L. E. 284, 286, 288, 336, 371, 372, 374, 382, 386, 388, 409, 410
Tegen E. 3, 39
Telaranta K. A. 294, 306, 338, 385, 419, 420, 421
Thyrén J. 6
Undén Ö. 7, 193, 205, 211—217, 220, 222, 228, 245, 256—258, 270, 287, 294, 321, 328, 340, 345, 402, 405, 410, 411
Ussing H. 7, 335, 344, 421
Vaihinger H. 211, 212, 270, 278
Vihma V. 339, 383, 419, 420
Vinding Kruse Fr. 6, 370
Voipio V. 268, 405
Vuorio J. 294, 295, 306, 339, 396, 412, 418
Wedberg A. 7, 20
Windscheid B. 320
Wittgenstein L. 9, 12, 22, 30, 32, 42
Wróblewski J. 96, 243
Ylöstalo M. 298, 299, 306, 344, 380, 412, 417
Zitting S. 295, 298—300, 304, 306—308, 311—313, 342, 346—351, 383, 390, 393, 396, 412, 413, 416—418, 422
Ørstedt A. S. 155, 260

ASIAHAKEMISTO

Aineellinen oikeus ja prosessioikeus; 82, 196, 211, 279, 320—321
Amerikkalainen realismi; 7, 371
Analoginen tulkinta; 340, 345, 349, 350, 352, 383, 398
Analyyttinen siviilioikeus; 314, 349, 372, 379, 383, 411, 417, 418, 422
Arvonihilismi; 20, 41, 42
Arvoarvostelma;
— totuusarvo; 39
— mentaalianalyysi; 40, 42
Arvostelma; 14, 33, 34
Arvoteoreettinen nonkognitivismi; 39, 102, 127, 254, 255
Asian luonto; 156
Avoin argumentointi; 103, 129, 139, 175, 181, 223, 259, 399
Boströmiläinen filosofia; 3, 4, 16, 35
Context of discovery; 250, 398
Context of justification; 250, 398
Dualismi (oikeustieteen käsitteiden); 140—144
Eksistenssi; 25
— oikeusnormin 97
Empirismi;
— lainopissa; 169, 171, 284, 285, 290, 291, 294, 295, 333, 341
Ennakkotapaukset, ks. prejudikaatit
Epätäydelliset oikeudet; 282
Etologia; 45
Fakta-seuraamus -relaatio kysymyksenasettelussa; 400, 402, 407, 410, 412—414, 420
Fasadilegitimaatio; 168, 319, 399
Fiktiot, ks. myös subjektiiviset oikeudet; 211—217
Funktiokäsitteet; 211—217, 283 av. 24, 303, 305
Henkilösuhteiden erottelu; 258, 304, 384, 407—408, 410, 415—417
Henkitieteet; 34 av. 41
»Hiljainen tieto»; 429
Historiallinen koulu; 181
Historisismi; 125, 126
Humen giljotiini; 37
Illokutionaarinen kieliteko; 105, 192
Illokutionaarinen vaikutus; 203 erit. av. 17, 302, 430
Induktiivinen metodi; 284, 316, 328, 334, 405
Intressilainoppi; 50, 314
Instrumentalismi; 216, 333, 352, 360, 371
Justifiointi, ks. myös Luonnepohdinnat; 109—114, 167, 272
Kategorisointi, ks. Luonnepohdinta
Kohtuusargumentit, ks. oikeudenmukaisuusperusteet
Konstitutiivinen sääntö; 203, 421, 428, 430
Konstruktiivinen argumentaatio, ks. kirjan sisällysluetteloa
Konventionalismi; 304, 305 av. 34, 307
Kriittinen objektivismi; 29
Käsiteanalyysi;
— Upsalan koulun; 11—15, 106, 107
— mentaalianalyysinä; 13, 14
Käsitelainoppi;
— positiivista oikeutta kunnioittava; 317
— suomalainen; 314—320, 322—326, 329—333, 337—339, 344—346, 424
Käsitemääritelmä;
— deskriptiivinen; 48, 53

— normatiivinen; 48
Käsitenihilismi; 276
Käsiterealismi; 31
Käsitteistä päättelyn kielto (kritiikki); 198, 214, 218, 256—259, 273, 320—321, 327—329, 333—336, 339—342
Käyttäytymisasenne;
— epäitsekäs (pyyteetön); 45, 146—150, 161, 177, 221, 249
— itsekäs; 147—150
— oikeudellinen; 154, 155
Lainopin ongelma; 285, 286, 396—422
Lainopin tuloslauseet;
— käsite; 352 av. 1
— ennusteina; 98, 99, 173, 295—297, 301, 302, 395
— suositteina; 130, 131, 173, 301, 302
— tulkintaväitteinä; 99
— muuttuminen yleislausekkeiksi; 286, 374—376, 387—388, 424
— dogmeina; 151, 152
— rationalisaatioina; 153
— oikeudellisia käyttäytymisasenteita koskevina väitteinä; 154
— voimassaoloväitteinä; 159, 165, 167 av. 67
Lainoppi ja arvostukset; 51, 101—103, 127—139, 174—176, 180, 223, 288—289
Lainoppi ja sosiologia; 139, 144, 145, 153, 170, 386
Lainsäädäntö oikeuslähteenä; 251, 348, 352, 379—385
Lakien esityöt oikeuslähteenä; 252, 365, 390
Lakipositivismi; 52, 53, 273, 313
Lex specialis -sääntö; 344
Looginen empirismi (positivismi); 12, 140, 157, 162
Luonnepohdinta;
— heuristisjustifikatorinen; 316, 318, 397, 398, 401, 403, 409, 419
— itseisarvoinen; 397, 401, 408, 419
— justifikatorinen; 339 av. 6, 350, 398, 399, 401, 404, 420—422
— puhtaasti systematisoiva; 316, 399, 411
— kritiikki; 405
»Maailma 1»; 427
»Maailma 2»; 96, 100
»Maailma 3»; 96, 100, 427, 428
Magia; 119, 190, 192, 202—204, 292 av. 5
Marxilaisuus; 120, 121, 274—276
Mentaalianalyysi;
— käsite; 13, 67
— arvoelämyksen; 40, 42
— velvollisuuselämyksen; 68—74
— aikomuksen; 72 av. 54
— oikeuselämyksen; 75—77
— käskyn synnyttämän mielentilan; 93
— tahdonilmauksen; 190
Mentaalinen akti; 33, 34, 71, 140
Merkitys;
— merkitys; 13, 68, 226
Merkitys- ja motivaatioyhteys; 160
Metafysiikka; 21 av. 5, 32, 45, 79 av. 75a, 145, 194
Metafyysinen kahdentaminen (hypostaasi); 219, 281
Metafyysinen monismi; 23, 24, 79, 142
Mielekkyysteesi; 157—158
Monimerkityksisyys; 235, 379, 380
Naivi realismi; 29
Normatiivisuus;
— heikko; 88, 103
— vahva; 88, 103
Normin tehokkuus;
— behavioristinen; 83, 293
— ideologinen; 249
— ideologisbehavioristinen; 161, 163
Normin voimassaolo, ks. myös oikeusjärjestys, oikeussääntö ja voimassaoleva oikeus; 157—169, 227, 392
Normit tulkintaskeemoina; 159—163, 429
Oikeudenmukaisuusmetodi, ks. myös oikeudenmukaisuusperusteet; 124, 365
Oikeudenmukaisuusperusteet (rightness reasons); 253, 359
Oikeusjärjestelmä;
— apriorisuus; 283, 286, 287, 302, 338, 407
Oikeusjärjestys;
— dualistisena, olemisen ja pitämisen

maailman entiteettinä; 143
— empiirisinä fakta-seuraamus -relaatioina; 293, 295
— normatiivisina fakta-seuraamus -relaatioina; 291, 293, 303, 308, 342, 384, 400, 411, 423
— faktisena rationaliteettina; 169, 179, 272, 290, 297, 302, 423
— kausaalisena vuorovaikutusilmiönä; 149, 150
— realiteettina; 150, 169, 179
— viranomaistoimintana; 82
— yhteisöllisenä vuorovaikutuskompleksina; 162
— oikeusperiaatteiden järjestelmänä; 290—291, 425
— lainsäännösten järjestelmänä; 273, 333
— systemaattisena kokonaisuutena; 278, 283, 329, 330, 345, 418, 423
— velvoittavina sääntöinä; 66, 78, 80, 90, 177, 294
— Zittingin rakenteelliset olettamat; 347
Oikeuskoneisto (Lundstedtin); 106, 194
Oikeuslauseet;
— varsinaiset/epävarsinaiset; 225
— funktiot; 239
Oikeuspolitiikka;
— oikeustiede/oikeuspolitiikka; 172, 173—175, 254, 255, 279, 289
Oikeussääntö, ks. myös oikeusjärjestys, normin voimassaolo ja voimassaoleva oikeus; 89, 90—92, 95, 104, 170, 177—179, 293
— ohjailufunktio; 126, 389, 390
— ratkaisufunktio; 389, 390
— signaalifunktio; 151
Oikeustiede;
— oikeuslähteenä; 370
— puhtaus; 295, 305, 306, 346, 383, 396
— tehtävät; 85—89, 97—99, 103, 104, 135, 152—154, 169—176, 180, 181, 209—211, 223
Oikeustosiseikkojen teoria; 117, 123, 199
Ontologia;
— Hägerströmin teoria; 30—32, 44, 429
— arvojen; 35—37, 40 av. 20, 41
— juridisten entiteettien; 96, 97, 265, 267, 269, 270, 284, 293, 329, 339, 427
— uusien alakäsitteiden; 311—313
— ontologisten ongelmien häivyttäminen; 293—294
Pandektioikeus; 313, 334, 360, 361 av. 24, 374, 422
Paradigma; 7—10, 248, 272, 286, 412, 425, 429
Pendenssitila; 308—310
Performatiivit; 105, 192, 203, 204
Perheyhtäläisyys; 9
Periaaterationaalisuus; 330
Perlokutionaarinen vaikutus; 111, 172, 202, 203 av. 17
Perusnormi; 101
Praktinen syllogismi; 69
Prejudikaatit (merkitys oikeuslähteenä); 251, 354—356, 365—368, 376, 377, 391—395, 426
Rationaalinen rekonstruktio; 49, 91, 169
Rationaalisen tieteen idea lainopissa; 89, 103, 181, 259, 278, 424—429
Rationalisaatio; 145, 146
Reaaliset argumentit;
— käsite; 370—371
— merkitys oikeuslähteenä; 156, 176, 222, 252, 253, 289, 314, 335, 345, 357—365, 369, 371—374, 379—384
— argumenttien sisältö; 361, 372—373, 385, 395, 396
Regulatiivinen sääntö; 421, 430
Semanttinen epämääräisyys; 379, 380
Skolastiikka; 78, 107, 110
Social engineering; 7, 89, 126, 135, 137, 174, 199, 285, 309, 352, 360, 361, 365, 368, 371, 382, 385, 386, 388, 389, 417, 424—425
Sosiaalitekniikka, ks. social engineering
Subjektiiviset oikeudet;
— mystistä valtaa; 188
— sanoja vailla konnotaatiota; 193, 200, 256, 278
— sanoja vailla referenssiä; 187, 239, 256, 410, 412

— hyödyllisiä fiktioita; 212, 270, 275, 278, 428
— luonnonilmiöitä; 194, 195, 272
— substansseina; 218, 302, 322
— viranomaistoiminnan tuloksina; 197
— käyttäytymisasenteiden vuorovaikutusilmiöitä; 221
— oikeustosiseikkojen kuvauksena; 199, 235, 237
— oikeusseuraamusten kuvauksena; 199, 235
— oikeussäännön kuvauksena; 200, 238
— funktiot oikeuskielessä; 191, 192, 202—208
— merkitys oikeuspoliittisessa keskustelussa; 198
— merkityksen väheneminen lainopissa; 197, 198, 255, 256, 281, 282, 288, 302, 306, 343 av. 31, 386, 409, 410, 412, 423
— järjestelmän primäärisyys (apriorisuus); 287, 331, 332
— käyttäytyminen; 280, 281, 287
— hajoittelu alakäsitteiksi; 217—219, 288, 303, 306—308, 310—313, 379 av. 4, 384
Subjektivismi, ks. Tietoteoreettinen idealismi
Sääntöskeptisismi; 286, 388
Sääntötieto; 411, 412, 419
Sääntötodellisuus; 311—313
Tahtoteoriat, ks. kirjan sisällysluetteloa
Tavoite-keino -hierarkiat; 385
Tavoiteperusteet (goal reasons); 253, 359
Tavoiterationaalisuus; 330
Tekninen normi; 88
Teleologinen tulkinta; 125, 129—139, 157, 181, 222, 253, 254, 371, 380—382
Tieteenkuva; 7—10
— Upsalan koulun; 44
Tietoteoreettinen idealismi;
— käsite; 15, 16
— kritiikki; 17, 18
Todellinen[1—3]; 30—32
Todellisuuden teoria;
— Hägerströmin; 19—34
Todellisuus;
— itseidenttisyytenä; 22
— ristiriidattomuutena; 22
— käsitteenä vailla intensiota; 23
— eksistenssinä; 25
Tosiseikka;
— institutionaalinen; 96, 117, 428—430
— hypoteettinen; 228, 229, 231, 232
— relationaarinen; 96, 243
— raaka; 118, 413, 427
— yhteisöllinen; 169
Tuomarinideologia; 164, 170, 172, 250, 272
Tuomioistuinrealismi; 164—169, 227, 272, 295—297
Tû-Tû-kieli; 246
Utilitarismi;
— sääntö-; 137
— teko-; 138
Vapaaoikeuskoulu; 50, 104, 314—316
Verifioitavuusteesi; 99
Vapaat imperatiivit; 92, 93
Voimassaoleva oikeus, ks. myös Oikeusjärjestys, Oikeussääntö ja Normin voimassaolo; 82, 164
Yhteiskuntahyöty; 104—128, 274, 276, 292 av. 5, 329, 360, 378
Yleinen oikeuskäsitys; 177—179
Yleiset oikeusperiaatteet; 338, 344, 361—362
Yleiset opit; 323, 333, 335—336, 342—344, 406
Yleislausekkeet; 286, 374—376, 387—388, 424