

JUHLAJULKAISU

PAAVO KASTARI

1907 · 13/11 · 1977

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS

Vammala 1978. Vammalan Kirjapaino Oy.

ISBN 951-9068-80-5 (sid.)

ISBN 951-9068-81-3 (1/2 nahk.)

ISBN 978-951-855-872-2 (PDF)

Oikeuden muoto ja sisältö

Näkökohtia oikeuspositivismista

1. Oikeuspositivismin kolmet kasvot

Joskus on sanottu, että oikeusajattelulle, erityisesti lainkäytölle antaa hengen se jännitys, joka alati vallitsee lain jäykän kirjaimen ja elämän kirjavan monimuotoisuuden välillä.¹ Oikeudenkäyttö itse asiassa on, niin saatetaan väittää, näiden kahden elementin jatkuvaa yhteensovittamista. Nuo samat elementit kuitenkin myös jakavat ajattelijoin eri leireihin, ne lyövät raja-aitoja koulukuntien ja oppisuuntien väliin. Toisille merkitsee enemmän oikeuden muoto, säännöt sellaisenaan, toiset taas pitävät silmämääränään pikemminkin oikeuden *sisältöä*, tapaa, jolla oikeusjärjestys tyydyttää erilaiset yhteiskunnassa esiintyvät edut ja vaatimukset. Teorian kannalta katsoen eroa on luonnehdittu puhumalla yhtäältä positivistisesta ja toisaalta ei-positivistisesta lähestymistavasta.² Edellisen painopiste on oikeuden muodossa, jälkimmäisen taas sen sisällössä. Tällainen ryhmittely on samalla kertaa sekä selkeä että hämmentävä. Selkeä se on opettaessaan, millaisten ääripisteiden välimaastoon oikeutta teoreettisesti jäsentävät käsitykset tulisi sijoittaa. Hämmentäväksi sen tekee käytettyjen käsitteiden monimielisyyys. Oikeusfilosofit ovat puhuneet positivismista monella eri tavalla ja monella eri tasolla. Erityisen pulmalliseksi asian tekee se, että oikeudellisen positivismin määrittelyssä on pidetty toisaalta silmällä sen *filosofista* vastinetta (filosofista positivismia) ja toisaalta erältä nimenomaan *oikeusfilosofialle* luonteenomaisia ryhmittelyitä. Hyvän kuvan määrittelyvaikeuksista saamme, jos luomme pikaisen katsauksen muu-

¹ Ks. esim. Peczenik, Alexander, Empirical Foundations of Legal Dogmatics. Etudes de Logique Juridique III. 1969 s. 32 ss.

² Ks. tästä yleiseltä kannalta esimerkiksi Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 3. Aufl. 1975 s. 13 ss.

tamiin oikeusfilosofien asiaa koskeviin ratkaisuyrityksiin. Vallikoi-
mani ei ole systemaattinen eikä siihen ole yritetty mahdollistaa kovin-
kaan montaa oppisuuntaa. Silti se lienee omalla tavallaan edustava.
Aloitan joistakin *Helmut Coingin* ajauksista.

Coing lähtee liikkeelle — tyypillistä kyllä — filosofisen positivis-
min määritelmästä. Hän ymmärtää filosofisella positivismilla oppia,
jonka mukaan kaikki tieto on viime kädessä havaintotietoa ja sitä
paitsi tietoa, joka voidaan esittää logiikan ja matematiikan käsittei-
den avulla.³ Oikeusfilosofian kannalta tämä on Coingin mukaan
merkinnyt mm. seuraavaa:

1. Positivismi pitää mahdottomana tutkia oikeussääntöjä ideaa-
lisina asioina, sääntöinä sinänsä. Tietoa on mahdollista saada vain
aineellisen maailman tosiasioista. Tuottaakseen tietoa oikeustieteen-
kin on siten suuntauduttava empiriaan. Sen on tutkittava viran-
omaisten tai kansalaisten käyttäytymistä.

2. Arvoarvostelmat ovat irrationaalisina kaiken tieteellisen tiedon
saavuttamattomissa. Siitä seuraa, että arvostuksia sisältävä oikeus-
tutkimus ei ansaitse tieteen nimeä.

Kaiken kaikkiaan Coing siis pitää sekä filosofiselle että oikeu-
delliselle positivismille luonteenomaisena *Seinin* ja *Sollenin*, olemi-
sen ja pitämisen jyrkkää erottamista toisistaan. Tältä pohjalta hän
lukee (oikeudellisiin) positivisteihin esimerkiksi Uppsalan koulukun-
nan edustajat (mm. Axel Hägerströmin, Wilhelm Lundstedtin ja Alf
Rossin), englantilaisen analyyttisen koulun filosofit (Jeremy Benthamin
ja John Austinin),⁴ puhtaan oikeusopin kannattajat (Adolf Merklin ja
Hans Kelsenin) sekä saksalaisen »juridisen» positivismin edustajat
(mm. Carl Bergbohm).

»Juridista» positivismia Coing ei tulkitse yksinomaan filosofisen
positivismin sovellutukseksi eikä pelkästään sen henkisestä ilmas-
tosta kasvaneeaksi. Se on tärkeällä tavalla heijastumaa myös esi-
merkiksi historiallisesta koulusta ja ylipäättään saksalaisesta 1800-
luvun oikeusajattelusta sekä Saksan valtiollisista oloista ennen yhdis-

³ Coing, Helmut, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*. 3 Aufl. 1976 s. 58 ss. Filo-
sofista positivismia ja sen ongelmia valaisee oivallisesti Giedymin kirjoitus. Vrt.
myös Aarnio, *On Legal Reasoning*. 1977 s. 4 ss.

⁴ Ks. tästä myös *Mazurek, Per*, *Analytische Rechtstheorie*; teoksessa *Ein-
führung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart* (toim. Arthur Kauf-
mann—Winfried Hassemer). 1977 s. 164 ss.

tymistä. Kaiken kaikkiaan näin syntyneelle ilmiölle, »juridiselle» positivismille, on kuitenkin ollut tunnusomaista kolme seikkaa:

1. Vain positiivinen, annettu oikeus on tunnustettu oikeudeksi,
2. positiivisen oikeuden on katsottu edellyttävän ehdotonta kuullaisuutta laille ja
3. lakien tulkinta on haluttu periaatteessa rajoittaa lakitekstien kielipilllis-loogiseen tulkintaan.⁵

Coing on valmis myöntämään, että kolmannen kohdan osalta mielipiteet ovat käyneet pahoin ristiin: tulkinnan on ymmärretty olevan paljon muutakin kuin logiikkaa. Tätä kautta on syntynyt useita erilaisia koulukuntia, esimerkiksi intressijuridiikka ja monet sosiologiset suuntauksset, joille lain tulkinta on ollut enemmänkin erilaisten etujen ja näkökohtien yhteen sovittamista kuin muodollista päättelyä. Coing kuitenkin katsoo, että myös nämä koulukunnat ovat esiintyneet »juridisen» positivismin tunnuksin sikäli, että ne ovat allekirjoittaneet kaksi ensiksi mainittua teesiä (teesit 1 ja 2). Näin ollen sanokaamme intressijuridiikka tulee sijoittaa positivismiin *sisään*, yhdeksi sen esiintymismuodoksi.

Coingin esityksessä tulevat esiin yhdellä kertaa oikeastaan kaikki positivismikeskustelulle tyypilliset teemat. Hän jäljittää oikeudellisen positivismin juuria filosofisen positivismin suunnalta mutta toisaalta hän määrittelee ns. juridisen positivismin osin filosofisesta positivismista riippumatta, »oikeudellisin» kriteerein. Eräs tapa purkaa äskeistä selkeämmin esiin Coingin tarkasteluun kutoutuvat erilaiset ajatusaiheet, on poimia käsittelyyn muutamia sellaisia oikeudellisen positivismiin määrittymiä, joissa aihetta lähestytään jostakin *rajatusta* näkökulmasta.

Hyvän esimerkin näkökulman rajoittamisesta tarjoaa *Günter Ellscheidin* esittämä määrittely.⁶ Hän tulkitsee positivismiksi ajatustavat, joiden mukaan säädettyssä järjestyksessä syntynyt laki on sitova sen sisällöstä riippumatta. Tällaista käsitystä Ellscheid nimittää lakipositivismiksi (*Gesetzespositivismus*). Näin ajatellen ero luontaisoikeuteen tulee selväksi. Lakipositivismi ei aseta oikeuden sitovuudelle minkäänlaisia sisällöllisiä (moraalisia) vähimmäisvaatimuksia. Oikeus on sitovaa pelkän muodon perusteella.

⁵ Coing, mt. s. 75—76.

⁶ Ks. *Ellscheid, Günter*, Das Naturrechtsproblem in der neueren Rechtsphilosophie. Kaufmann—Hassemer s. 23 ss.

Osittain samalta pohjalta lähtee *Karl Olivecrona*.⁷ Hän määrittelee positivismiin yksinkertaisesti teoriaksi, joka väittää kaiken todellisen oikeuden olevan inhimillisen vallankäytön tuotetta. Positivismi on tämän mukaan siis voluntaristinen oppi oikeuden alkuperästä. Olivecronan esityksen tekee kuitenkin kiintoisaksi se, että hän katsoo myös luonnonoikeuden (tietyissä mielessä) voluntaristiseksi näkemykseksi. Sekin tunnustaa yhteiskunnassa, asianomaisten orgaanien toimesta syntyneen oikeuden olemassa olon. Eroa oikeudellisen positivismiin — tai niinkuin Olivecrona sanoo »oikeuspositivismiin» (rättspositivism) — ja luonnonoikeuden välillä tuleeikin etsiä muualta kuin niiden voluntaristisista piirteistä. Erona on se, että positivistinen käsitys ei tunnusta luonnonoikeutta *todelliseksi* oikeudeksi eikä luonnonoikeusoppi vastaavasti pidä positiivista oikeutta sitovana, ellei se ole harmooninen luontaisten periaatteiden kanssa.

Alf Ross moitiskelee Olivecronan käsitystä ennen muuta siitä, että se aiheuttaa metodisia vaikeuksia. Oikeuspositivismi olisi määriteltävä kokonaan toisin kuin Olivecrona tekee. Se on Rossin mukaan laaja-alainen ja osin epätasällinen nimitys sellaiselle oikeusfilosofialle ja oikeusteorialle, joka rakentuu empiristisille ja anti-metafyysisille tietoteoreettisille periaatteille.⁸ Tämä tietää sitä, että kaikkalainen moraaliiin kuuluva aines on poistettava oikeusteoriasta. Näin ajatellessaan Ross tulee hyvin lähelle sen tapaista käsitystä oikeuden sitovuudesta, jota totesimme Ellscheiden edustavan. Mutta ei tässä kaikki. Ross menee paljon pitemmälle. Hän katsoo, että esimerkiksi 1800-luvun saksalaiset »juridisen» positivismiin edustajat eivät olleet positivistejä sanan aidossa mielessä. Bergbohm ja hänen tavallaan ajattelevat olivat eräänlaisia luontaisoikeusteoreetikkoja (»en slags naturretsfolk»), Ross sanoo. Positivistejä voivat olla vain ne, jotka tyylipuhtaasti ponnistavat empiristisen tieteen-teorian maaperältä tai yllisummaan filosofisesta positivismista.

Keskustelusta saatavan kuvan täydennykseksi poimin vielä esimerkin, tällä kertaa suomalaisesta oikeusteoriasta. *Juha Tolonen* on useissa yhteyksissä tarkastellut oikeusfilosofian päävirtauksia, niiden joukossa oikeudellista positivismia. Hän käyttää siitä samaa nimitystä kuin Ellscheid, mutta antaa käsitteelle eri sisällön. Lainaan tähän Tolosen esittämän määrittelyn in extenso: »Lakipositivismilla ymmärrämme katsomussuuntaa, jonka mukaan oikeus on objektiivinen, juridisen rakennelman ja ratkaisun muotoon liittyvä

⁷ *Olivecrona, Karl*, Rättsordningen. 1966 esim. s. 83.

⁸ *Ross, Alf*, Arvostelu teoksesta Olivecrona, Rättsordningen. TfR 1967 s. 289 ss.

kvaliteetti. Juridisen struktuurin materiaallinen, vaihteleva sisältö (aineellinen oikeudenmukaisuus) on yhteiskuntapoliittinen kysymys ja sellaisena oikeustieteen ulkopuolella.»⁹ Toisaalla Tolonen toteaa, että Suomessa lakipositivismi kulkee paljossa analyttisen tutkimustavan nimellä. Analyttikot edustavat muodollista oikeuskäsitettä ja jättävät oikeuden sisällön, mm. arvokysymykset tieteen ulkopuolelle.

Lukija saattaa nämä eri käsitykset nähtyään joutua ymmälle. Ei niinkään ehkä siksi, että esiin otetut mielipiteet sinänsä olisivat epäjohdonmukaisia tai monikäsitteisiä, vaan pikemminkin sen vuoksi, että saatettuna *toistensa yhteyteen* eri käsitykset muodostavat sangen kirjavan yhdistelmän. Kirjoittajat eivät ainoastaan käytä eri termejä (juridinen positivismi, oikeuspositivismi, lakipositivismi), vaan he ymmärtävät positivismilla osittain myös eri asioita. Näyttää kuitenkin siltä, että keskusteluun voidaan saada tiettyä johdonmukaisuutta erottamalla *kolme eri tapaa* puhua (oikeudellisesta) positivismista:¹⁰

1. Oikeudellisella positivismilla voidaan ensinnäkin tarkoittaa *oppia oikeuden alkuperästä ja sitovuudesta*. Tässä mielessä positivismista puhuu ennen muuta Ellscheid, mutta tämän aspektin sisällyttävät määritelmiinsä joko eksplisiittisesti tai kätkeytyä myös muut edellä viitatut kirjoittajat. Käytän jäljempänä tästä oikeudellisen positivismin muodosta nimitystä *oikeuspositivismi*₁.

2. Joissakin tapauksissa oikeudellisesta positivismista puhutaan tarkoittaen *teoriaa lain soveltamisesta*. Sanottu piirre näyttää sisältyvän ainakin Coingin käsitykseen positivismista oikeussäännösten tulkintaoppina. Tällaiselle käsitteen käyttötavalle on varattu esityksessäni nimi *oikeuspositivismi*₂.

3. Kolmas oikeudellisen positivismin merkityssisältö viittaa *teoriaan oikeuden (lain) tutkimisesta*. Näin käsitettä käyttävät yhtä hyvin Coing kuin esimerkiksi Ross ja Tolonen. Viimeksi mainittu liittyy sen sitä paitsi lakipositivismi-nimikkeellä aivan nimenomai-

⁹ Tolonen, Juha, Muutamia näkökohtia oikeustieteen nykytilasta. LM 1970 s. 138 verr. s. 142—145. Vrt. kirjoitustani Sananen »lakipositivismista». LM 1970 s. 276 ss.

¹⁰ Olen viittannut näihin näkökulmiin jo teoksesani *Laki, teko ja tavoite* 1975 s. 30 ss. Ks. erityisesti mitä H. L. A. Hart sanoo termin 'positivismi' merkityksistä artikkelissa *Positivism and the Separation of Law and Morals*. Teoksessa *The Philosophy of Law* (ed. R. M. Dworkin). 1977 s. 17 ss. erit. alaviite 1.

seen tutkimussuuntaukseen, suomalaiseen analyttiseen koulukuntaan. Nimitän tutkimuksen teoriaan viittaavaa oikeudellisen positivismin muotoa *oikeuspositivismi₃:ksi*.

2. Positivismi oppina oikeuden alkuperästä

Oikeuspositivismi₁ voidaan lyhyesti määritellä teoriaksi, jonka mukaan oikeus on yhteiskunnassa valtaa pitävän suvereenin toimesta syntynyt järjestys.¹¹ Hieman näkökulmaa muuttaen sama asia on ilmaistavissa muodossa: oikeus on annettujen positiivisten sääntöjen summa. Oikeuspositivismi₁ liittyy näin ollen siis roomalaisperäiseen ja keskiajalla paljon keskusteltuun käsitteeseen *ius positivum*, joka puolestaan oli luontaisen oikeuden, *ius naturalen* vastapooli. Juuri tämä erottelu kertookin erään olennaisen, kenties tärkeimmän puolen oikeuspositivismi₁:stä. Se on antiluontaisoikeudellinen suuntaus.

Erittäin selkeästi tämä tulee esiin englantilaisen analyttisen koulun opeista. *Jeremy Bentham* sai vahvoja vaikutteita *David Humen* empirismistä ja muotoili paljolti sen pohjalta tunnetun utilitaristisen moraaliteoriansa. Tätä Bentham puolestaan tarvitsi pohtiessaan tapoja sosiaalisten kysymysten ratkaisemiseen ja määrittäessään lainsäädännön roolia tässä tehtävässä. Bentham katsoi, ettei luonnonoikeuden periaatteista ollut apua yhteiskuntajärjestyksen rakentamisessa. Ne olivat lainlaatijan kannalta sisällyksettömiä. Toisaalta oikeusjärjestys ei tarvinnut »ulkopuolisia» takeita pätevyydelleen. Oikeus on yhteiskunnallinen valtajärjestys. Näin ajatellessaan Bentham erotti oikeussäännöt muista säännöistä sen perusteella, että oikeussäännöt olivat poliittisen tahdon ilmauksia. Lähemmin sanoen: oikeussääntö ilmaisee tiettyä käyttäytymismuotoa koskevan »tahdon» ja sisältää samalla jonkin sanktion noudattamatta jättämisen varalta.¹²

Ranskasta tapaamme olennaisesti eri pohjalta kasvaneen oikeuspositivismi₂:n version. Sitä on tavallisesti nimitetty *eksegeettiseksi kouluksi*. Tämän oppisuunnan pääasiallinen sisältö keskittyy oikeuspositivismi₂:een ja oikeuspositivismi₃:een, mutta sen taustalla on sel-

¹¹ Ks. tästä esimerkiksi *Larenz*, m.t. s. 13—16. Näin myös *Jørgensen*, *Stlg*, *Retspositivisme og Naturret*. Acta Jutlandica XLVI, 1977 s. 3, *Kaufmann*, *Arthur*, *Rechtsphilosophie im Wandel*. 1972 s. 71 ss. sekä *Fechner*, *Erich*, *Rechtsphilosophie*. Soziologie und Metaphysik des Rechts. 2. Aufl. 1962 s. 41 ss.

¹² Ks. tekstissä sanotusta *Bentham*, *Jeremy*, *Of Laws in General*. (toim. H. L. A. Hart) 1970.

västi tunnistettavissa myös positivistinen oikeuden alkuperää koskeva käsitys. Myös eksegeettinen koulu rakensi näet koko ajatusmallinsa oletukselle, että oikeusjärjestys on lainsäätäjän tahdon tuote.¹³ Ajatus onkin luonnollinen, kun otetaan huomioon historiallinen tilanne: Ranska oli juuri saanut suuret lakikodifikaationsa. Yleiseltä kannalta katsoen taas näyttää siltä, että jokaisen kodifikaation laadintaa seuraa eräänlaisena välttämättömyytenä ajatus kodifioitujen säännösten riittävydestä, voisi miltei sanoa itseriittoisuudesta.¹⁴ On lisäksi kuvaavaa, että vielä Ranskan kodifikaatioitten laadinnan alkuvaiheessa monet luontaisoikeuden periaatteet ja ajatustavat hyväksyttiin työn pohjaksi. Sittemmin luontaisoikeus sai vähin eri väistyä kodifikaation välittömänä käyttövoimana kunnes se jäi tykkänään sivuun eksegeettisen koulukunnan ajatusten tieltä.

Saksalainen oikeuspositivismi, on versonut useasta eri lähteestä. Se on saanut vaikutteita historialliselta koulukunnalta ja sitä on edistänyt kamppailu yleissaksalaisesta oikeudesta. Mutta kokonaan vailla merkitystä ei ole ollut myöskään filosofinen positivismi.¹⁵ Sen antimetafyysinen asenne ja pyrkimys kaikenlaatuisten spekulatioiden välttämiseen, loi epäilemättä suotuisaa »aatteellista ilmastoa» luontaisoikeuden karkoittamiselle oikeuden alkuperää koskevasta opista. Myös saksalaiselle oikeuspositivismi:lle onkin ominainen käsitys, että säännös on oikeussäännös, kun se on yhteiskunnan asianomaisen viranomaisen antama. Toisin sanoen: oikeussääntö on »valtiotahdon» ilmaus.¹⁶

Oikeuspositivismi:n mukaisen perusajatuksen allekirjoittaa niin ikään ns. *puhdas oikeusoppi*. Se leikkaa johdonmukaisesti oikeudesta pois kaikki »vieraat ainekset» niiden mukana arvot ja arvo sisältöiset yleiset periaatteet. Oikeusjärjestys on puhtaalle oikeusopille hierarkkinen sääntöjen järjestelmä. Jo *Adolf Merkl* kirjoittaa sitä tarkoittaen: »Die Reihe bedingender und bedingter Rechtssätze stellt sich demnach als eine Rangreihe, bildlich gesprochen als Hierarchie höherer und niederer Akte dar».¹⁷ Sanotun opin kehitti, kuten tunnettua, kuitenkin viimeisteltyyn muotoon vasta *Hans Kelsen*.

¹³ Ks. siitä esimerkiksi *Coing*, m.t. s. 302 ss.

¹⁴ Näin huomauttaa *Erik Anners* teoksessa *Europas rättshistoria* 2. 1971 s. 49 ss.

¹⁵ Taustaa kuvaa esimerkiksi *Björn Ahlander* teoksessa *Om rätt och rättstillämpning*. 1952 s. 66 ss.

¹⁶ Näin mm. *Bergbohm, Carl*, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. Kritische Abhandlungen*. Bd. 1. 1892 s. 390 ss.

¹⁷ *Merkl, Adolf*, *Prologomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus*. Teoksessa *Wiener Rechtstheoretische Schule* (toim. *H. R. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck*) Bd. I. 1968 s. 1336.

Hänen maalitaulunaan oli alunpitäen luontaisoikeus. Oikeuden positiivisuus oli Kelsenin mukaan siinä, että oikeussäännöt on annettu inhimillisen tahdontoiminnan kautta. Oikeus on myös, erotuksena luontaisista, moraalien maailmaan kuuluvista periaatteista, pakkojärjestys. Aiheemme kannalta kenties tärkein on kuitenkin Kelsenin erottelu *staattisiin* ja *dynaamisiin* normisysteemeihin. Luontaisen oikeuden järjestelmän hän lukee kuuluvaksi edelliseen ryhmään. Staattisessa normisysteemissä yksilöidyt käyttäytymisvaatimukset voidaan subsumptiolla johtaa ylemmistä periaatteista. Dynaamisessa systeemissä, jollainen oikeusjärjestys on, ylimmät normit — viime kädessä perusnormi (Grundnorm) — eivät mahdollista subsumptiota, vaan antavat valtuuden alemmanasteisten normien *luomiseen*. Dynaamisen systeemin normien yhteys on, kuten Kelsen itse sanoo, delegointiyhteys. Vain oikeusjärjestykseen liittyy ja voi liittyä tällainen yhteys. Sen vuoksi Kelsen katsoo luontaisen ja positiivisen oikeuden eron pelkistyvän lopulta juuri staattisen ja dynaamisen systeemin luonne-eroihin. Ainoastaan oikeusjärjestys voidaan *luoda* perusnormin antaman kelpuutuksen turvin.¹⁸

Tässä luonnostelluista oikeuspositivismi₁:n versioista Kelsenin puhdas oikeusoppi näyttää olevan yhtä selvästi sidoksissa kuluvan vuosisadan filosofiseen positivismiin kuin englantilainen analyyttinen koulu oli yhteydessä Humeen empirismiin. Paavo Kastari onkin todennut Kelsenin ajatukset vain »haarautumaksi yleisfilosofisesta ns. logistisesta virtauksesta».¹⁹ Ennen muuta Seinin ja Sollenin erottaminen toisistaan ja tiukka pitäytyminen Sollenin maailmaan on suoranaista perua 1900-luvun alkupuolella voimistuneesta loogis-empiristisestä näkemyksestä.

Kaiken kaikkiaan esimerkkimme osoittavat, että oikeuspositivismi₁ on osin tietyille valtiollis-yhteiskunnallisille edellytyksille rakentunut oppi oikeussääntöjen alkuperästä. Näin on asian laita erityisesti eksegeettisen koulun osalta mutta sama koskee tietysti mitassa myös saksalaista 1800-luvun oikeuspositivismia. Osittain oikeuspositivismi₁:n lähteitä on kuitenkin etsittävä myös ajalle ominaisista oikeusfilosofisista oppirakennelmista, kuten saksalaisen oikeuspositivismin kohdalla historiallisen koulun perinteestä. Osin taas oikeuspositivismi₁ selittyy yleisillä, filosofisen positivismin eri muotojen

¹⁸ Ks. tekstissä lausutun johdosta esim. *Kelsen, Hans*, Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus. 1928 s. 8—9 ja 18 ss. sekä sama, Puhdas oikeusoppi (suom.) 1968 s. 1—3 sekä s. 207 ss.

¹⁹ *Kastari, Paavo*, Hans Kelsenin valtiokäsitys. LM 1937 s. 18.

leviämiseen vaikuttaneilla tekijöillä. Tämä ei kuitenkaan oikeuta *samaistamaan* oikeuspositivismi₁:tä filosofiseen positivismiin eikä edes etsimään siitä suuntauksen ainoata selistysperustaa.²⁰

3. Positivismi lainkäytön teoriana

Oikeuspositivismi₂:n keskeinen taustaoletus voitaisiin kirjoittaa pelkistettynä muotoon: oikeusjärjestys on *aukoton* sääntösystemi.²¹ Tähän perusoivallukseen liittyen väitetään, että jokainen yksittäinen ratkaisu on tehtävissä suoraan oikeusjärjestykseen viitaten ja käyttäen hyväksi loogista päättelyä. Äärimmäisessä muodossaan oikeuspositivismi₂ lausuu, että juridinen ratkaisu on aina *tehtävä* muodollisloogiseen päättelyyn nojautuen. Lievempi teesi sanoo ainoastaan, että ratkaisu on *mahdollista* muodostaa tällä tavoin.

Tämänsuuntaisen oikeuspositivismin taustalla voidaan monesti erottaa tietynlainen mielivaltaa vastustava ideologia. Se tulee esiin mm. von Savignyn eräissä varhaisissa töissä. Hän katsoo, että mieli- valtaisuuden välttämiseksi oikeusjärjestyksen tulee olla jotakin täysin objektiivista. »Da das Gesetz zur Ausschliessung aller Willkür gegeben wurde, so ist die einzige Behandlung und das einzige Geschäft des Richters eine rein logische Interpretation».²²

Sama asenne tulee esiin edellä mainitun eksegeettisen koulun opeissa. Lain soveltaminen on läpikotaisin *tiedon* asia.²³ Tuomarin on vain todettava lainsäätäjän tahto ja ratkaistava asia näin selville saamansa tarkoituksen mukaan. Tämä on mahdollista ilman muuta aina silloin, kun asia on suoraan lakitekstissä säännelty. Mutta myös muissa tapauksissa voidaan lainsäätäjän tarkoitus päätellä tiedollisin keinoin. Selvien lainsäännösten perusteella on nimittäin aina muo-

²⁰ On toisaalta muistettava, että oikeuspositivismi₁ saattaa esiintyä useassa eri muodossa, joista osa on jyrkästi, osa vain osittain vastakohtaisasemassa luontaisoikeuteen nähden. Esimerkiksi H. L. A. Hart edustaa tietyssä suhteessa oikeuspositivismi₁:n mukaista lähtökohtaa. Hän tunnustaa annetun oikeuden sitovuuden. Siitä huolimatta hän edellyttää oikeussäännöksiltä tietyn moraalisen minimisisällön, piirteen, jota hyvin voisi sanoa luontaisoikeudelliseksi. Ks. Hart, *The Concept of Law*. 1961 s. 189 ss.

Ks. myös mitä Hannu Tapani Klami sanoo Robert Hermanssonin luontaisoikeuskonseptiosta. Oikeustaistelijat. 1977 s. 124—125.

²¹ Marx, Michael, *Systeme des 19. Jahrhunderts*. Teoksessa Kaufmann—Hassemer s. 89.

²² von Savigny, C. F., *Juristische Methodenlehre*. (julk. Gerhard Wesenberg), 1951 s. 15.

²³ Tästä huomauttaa useaan otteeseen Ahlander. Ks. m.t. esim. s. 68—69.

dostettavissa yleisiä oikeusperiaatteita, jota puolestaan antavat ratkaisun »tuntemattomiin» yksityistapauksiin.

Selväpiirteisesti oikeuspositivismi₂:n kannalle asettui myös ns. käsitelainoppi 1800-luvun loppupuolen Saksassa. Käsitelainoppi lähti ajatuksesta — jota sittemmin erityisesti *Georg Friedrich Puchta* kehittäeli — että oikeusjärjestys on looginen systeemi.²⁴ Oikeussäännökset ovat orgaanisessa yhteydessä keskenään. Toisaalta kaiken alati muuntuvan ohella oikeusjärjestykseen sisältyy myös jotakin pysyvää, muuttumatonta. Tämän konstantin ja yleispätevän elementin muodostavat oikeudelliset käsitteet. Niissä on universaalisesti pätevä ydin. Se puolestaan tekee mahdolliseksi konstruoida oikeudellisista käsitteistä oma hierarkiansa, käsitepyramidi, jonka avulla voidaan esittää oikeusjärjestykseen sisältyvä yleispätevä, konstantti aines. Lain soveltamisen kannalta tämä taas tiesi sitä, että tuomarilla oli periaatteessa aina mahdollisuus subsumoida ratkaistava tapaus jonkin yleisen käsitteen alaan ja sitoa ratkaisu siten luotettavasti oikeusjärjestykseen. Myös tämäntyyppiselle käsitelainopin ääriasenteelle lain soveltaminen oli siis tiedon asia, se oli kysymys käsitteiden konstruoinnista ja subsumptiotoimenpiteestä.

Sittemmin oikeuspositivismi₂ on käynyt läpi monia kehitysvaiheita ja -muotoja. Sen eri versiot eroavat toisistaan lähinnä sen mukaan, miten vahva asema laille päättelyssä annetaan. Useat ajattelumallit ovat tätä pohtiessaan tavalla tai toisella kiertyneet ns. *lain ratiota* koskevan ongelman ympärille.²⁵ Toisinaan ration selville saamista on pidetty, niinkuin eksegeettisen koulun opeissa, puhtaasti tiedollisena operaationa ja lisäksi sellaisena, jonka tuloksena saadaan selville lainsäätäjän todellinen tarkoitus. Toiset taas ovat painottaneet, että milloin todellista tarkoitusta ei ole mahdollista selvittää, on konstruoitava lainlaatijan hypoteettinen tahto. Toisin sanoen: on otettava selko siitä, miten lainsäätäjä *olisi* asian ratkaissut, mikäli esillä oleva ongelma olisi säättämismvaiheessa ollut selvillä.

Jos esimerkiksi käsitelainopin käsitepyramidi-ideaa pidetään oppina lain soveltamisen rakenteesta (soveltamisteorian), lienee

²⁴ *Puchta, G. F., Cursus der Institutionen. Bd. 1. 10. Aufl. 1893 s. 35 ss.* Suomalaisessa kirjallisuudessa aihetta on käsitelty mm. seuraavissa töissä: *Tolonen, Juha*, Om begreppet rättshandling inom det traditionella rättsystemets ram. JFT 1973 s. 340 ss., *Mahkonen, Sami*, Käsitelainopista — erään ajatussuunnan aatehistoriallista taustaa. LM 1976 s. 19 ss., *Björne, Lars*, Siviilioikeuden yleiset opit. Tutkimus saksalaisen oikeuden vaikutuksesta Suomen siviilioikeuden yleisiin oppeihin lähinnä vuosina 1889—1945. 1977 s. 27 ss.

²⁵ Ks. siitä esimerkiksi *Ahlander, m.t. passim*.

oikeinta sanoa, että hypoteettisen tarkoituksen konstruktio on väljentynt pelkäksi lain soveltamista koskevaksi ideologiaksi. Viimeksi sanottu ajatustapa ei näet enää anna mitään vastausta siihen, mitä metodia käyttäen ratio voidaan selvittää.

Erityisesti oikeuspositivismi₂:n äärimuotoja ajatellen on kiintoisaa todeta, että menetelmälliseltä kannalta ne eivät asiallisesti eronneet *luontaisoikeudellisista* konseptioista. Vaikka luontaisoikeus sisällöllisenä oppina »oikeasta» oikeudesta sysähtiin syrjään, säilyi nimittäin tallella vanha ajatus oikeusjärjestyksestä suljettuna systeeminä ja ajatus loogisen päättelyn keskeisestä roolista.²⁶ Esimerkiksi käsitelainopissa olennaisin muutos metodisesti se, että luonnonoikeudellisten premissien sijalle tulivat päättelyssä juridiset käsitteet.

Oikeuspositivismi₂:n yksinomaisena vastapoolina ei muutoinkaan olet luontaisoikeus. Päinvastoin voidaan sanoa, että oikeuspositivismi₂:ta polemisoiivat kaikki sellaiset suuntaukset, jotka korostavat lain soveltamisessa ilmenevää *oikeutta luovaa* tekijää. Tässä mielessä oikeuspositivismi₂:n kriitikkoihin voidaan lukea mm. intressi-juridiikka, joka on sitä jo historiallisesti ja Rudolf Iheringin henkilön kautta. Käsitelainopin harras kannattaja Iheringhän muuttui myöhemmin omien ajatustensa kiivaaksi opposentiksi.²⁷ Yhtä hyvin oikeuspositivismi₂:n vastaiseen leiriin on luettava vapaa-oikeudellinen koulukunta²⁸ (esimerkiksi *Ernst Fuchs*), erilaiset realistiset suuntaukset, kuten amerikkalainen ja skandinaavinen realismi sekä hermeneutiikan yhteisnimikkeen alle mahtuvat, hieman toisistaan poikkeavat lähestymistavat. Aiheemme kannalta kiintoisinta on kuitenkin panna merkille, että oikeuspositivismi₂:n kriitikkoihin kuuluu myös puhdas oikeusoppi. Jo *Adolf Merkel* painotti, että jokainen lainsovel-lutusakti on samalla lainkäyttöä ja oikeuden luomista. *Hans Kelsen* puolestaan toteaa saman asian sanoin: »Mutta tuomarikin on oikeuden synnyttäjää, ja hänkin on tässä toimessaan suhteellisesti vapaa. Juuri tämän takia yksittäisnormien aikaansaaminen lainkäyttömenetelyssä on tahdonfunktio, sikäli kuin sillä täytetään yleisnormin puitteet.»²⁹ Toisaalta Kelsen huomauttaa siitä, että lain soveltamisessa

²⁶ Tästä olen huomauttanut teoksessani *Laki, teko ja tavoite*. Ks. m.t. s. 33 ja siinä viitattua. Samaan seikkaan kiinnittää huomiota myös *Fechner*, m.t. s. 41.

²⁷ Ks. esimerkiksi *Larenz*, m.t. s. 47 ss. tai *Marx*, m. kirj. 98 ss.

²⁸ Hyvän yleiskuvan vapaa-oikeudellisesta koulusta saa *Arthur Kaufmannin* kirjoituksesta *Freirechtsbewegung — lebendig oder tot?* teoksessa *Rechtsphilosophie im Wandel* s. 251 ss.

²⁹ *Kelsen*, *Puhdas oikeusoppi* s. 368.

tiedostava tulkinta yhtyy tahdonaktiin, jolla soveltaja suorittaa valinnan eri vaihtoehtojen kesken. Tuomari jatkaa lainsäätäjän työtä.

Syyttä ei olekaan muistutettu, että Kelsenin puhdas oikeusoppi on lain soveltamistapahtumaa kuvatessaan oikeastaan hyvin lähellä vapaaoikeudellista koulua. *Wolfgang Schild* — esimerkin ottaakseni — sanoo, että puhdas oikeusoppi suorastaan on rakentanut konstruktionsa sisään vapaaoikeudellisen koulun keskeisen oivaluksen tuomitsemisesta arvottavana kannanottona.³⁰ Tämä jos mikään osoittaa, ettei oikeuspositivismi₁:een omaksuttu kanta välttämättä sisällä oikeuspositivismi₂:n mukaista käsitystä tuomarista jonkinlaisena subsumptioautomaattina.

4. Oikeuspositivismi ja oikeustiede

Kuten jokaisessa oppisuunnassa myös oikeuspositivismi₃:ssa voidaan luonnollisesti erottaa useita eri vivahteita. On monesti makuasia, miten jokin yksittäinen suuntaus luokitetaan. Oikeustieteessä esiintyvän positivismin³¹ käsitteelle väkivaltaa tekemättä voitaneen siinä kuitenkin tunnistaa kaksi päähaaraa. Nimitän niitä *sääntöpositivistiseksi* ja *oikeusempiristiseksi* haaraksi.³²

Sääntöpositivismia — tai ainakin sen äärimuotoja — luonnehtivat hyvin *Helmut Coingin* esittämät tuntomerkit: (1) oikeuslähteeksi hyväksytään vain laki(teksti) ja (2) lain sisällön selvittämisen menetelmäksi kelpuutetaan ainoastaan muodollis-looginen tulkinta.

Näitä tuntomerkkejä puolustaessaan positivistien päämääränä oli selvästikin tehdä oikeudellisesta tutkimuksesta *tiedettä*, tosin tiedettä aivan määrättyssä mielessä.³³ Heidän käsityksensä mukaan tieteestä on puhdistettava pois kaikkinaiset arvostukset. Tieteellisen päättelyn on oltava diskursiivista, logiikan sääntöihin pohjaavaa. Tämä peruskannanotto sopii hyvin yhteen filosofisen positivismin

³⁰ *Schild, Wolfgang*, Die Reine Rechtslehre teoksessa Kaufmann—Hassemer s. 103 ss.

³¹ Ks. siitä yleisesti esimerkiksi *Dilcher, Gerhard*, Der rechtswissenschaftliche Positivismus, wissenschaftliche Methode, Sozialphilosophie, Gesellschaftspolitik. ARSP 1975 s. 497 ss., *Jørgensen, Stig*, m. kirj. s. 17 ss., *Pattaro, Enrico*, Der italienische Rechtspositivismus von der Wiedergeburt bis zur Krise. Rechtstheorie 1974 s. 67 ss.

³² Erottelun olen esittänyt kirjoituksessa So-called hermeneutic trend in Finnish legal theory. Sisältyy teokseen Legal Point of View. 1977.

³³ Asiasta huomauttaa myös *Ahländer*, m.t. s. 69.

asettamusten kanssa.³⁴ Se ei kuitenkaan ole yksinomaan filosofisesta positivismista peräisin.

Oikeuspositivismi₃:n tyypiesimerkkeinä voidaan nimittäin jälleen esittää eksegeettinen koulu ja käsitelainoppi 1800-luvun Saksassa. Kuten edellä huomautettiin, näistä vain jälkimmäinen näyttää selväpiirteisesti kytkeytyvän filosofisen positivismin aatemaailmaan, ja sekin kytkeytyi siihen vain eräin osin. Näin ollen sääntöpositivismin ja filosofisen positivismin välille ei ilman varauksia tule liittää yhtäläisyysmerkkiä. Ne ovat sekä sisällöllisesti että historiallisesti osin eri asioita.

Myöhemmältä ajalta peräisin olevista ajatustavoista *Hans Kelsenin* käsitys oikeustieteen tehtävistä täyttää puhdaspiirteisimminkin edellä viitatuut sääntöpositivismin tuntomerkit.³⁵ Kelsen lähtee siitä, että oikeustiede voi osoittaa tulkintatilanteessa vain säännöksen *mahdolliset* tulkintavaihtoehdot. Oikeustiede ei voi ottaa kantaa näihin vaihtoehtoihin nähden. Tutkija ei toisin sanoen tieteen nimissä voi piilottaa omia arvostuksiaan tutkimuksen nimissä esitettyihin kannanottoihin. Oikeustieteessä tapahtuva tulkinta on tiedon eikä tahdon asia. Vaikka Kelseniä ei oikeuspositivismi₃:n mielessä voidakaan pitää »positivistina», on hän sitä mitä suurimmassa määrin oikeustieteen tutkimusmetodia ajatellen. Hän on sääntöpositivistiksi sanan varsinaisessa merkityksessä.

Esityksen alussa lainasin eräitä *Juha Tolosen* ajatuksia. Tolonen tulkitsee »lakipositivistisiksi» mm. Suomessa 1950-luvulta lähtien edustettuna olevat analyyttiset tutkimusotteet. Näyttää siltä, että Tolosen käsityksessä ovat näin sanottaessa kietoutuneet yhteen positivismin eri merkityssisällöt tavalla, joka ei tee täysin oikeutta suomalaiselle analyyttiselle oikeustieteelle ja -teorialle. On totta, että analyyttinen oikeusteoria, sellaisena kuin se esiintyy sanokaamme *Osvi Lahtisen* ja *Kaarle Makkosen* töissä sekä useissa siviilioikeudellisissa tutkimuksissa, allekirjoittaa *oikeuspositivismi₃*:n mukaisen teesin — ainakin jossakin muodossa. Olennaista on, että oikeuden alkuperää ja sitovuutta ei etsitä positiivisen oikeuden ulkopuolelta. Lähtökohtana on sananmukaisesti ius positivum. Sen sijaan analyyttisen koulukunnan edustajat eivät näytä missään tapauksessa

³⁴ Oikeuspositivismi₃:n filosofisesta taustasta kirjoittaa mielenkiintoisesti *Kaufmann* teoksessa *Rechtsphilosophie im Wandel* s. 71 ss. Hän erottaa mm. ontologiset ja gnoseologiset taustaoletukset. Ks. myös *Jørgensen, Stig*, *Idealisme og realisme i retslaeren*. JFT 1976 s. 7 ss.

³⁵ *Kelsen*, m.t. s. 370—371.

hyväksyvän *oikeuspositivismi*₂:n edellyttämää subsumptioajattelua eivätkä ilmeisesti myöskään rakenna oikeustieteen konseptiotaan jyrkän sääntöpositivismin varaan. Osoituksena tästä voidaan vain viitata siihen, että jo 1950-luvun analyyttisessä siviilioikeudessa ns. *argumentaatio* sai huomattavan jalansijan.³⁶ Erilaisten reaalisten näkökohtien huomioon ottamista pidettiin tärkeänä ja lähdettiin avoimesti siitä, että tulkintaan sisältyi arvostuksia. Sittemmin argumentaatiokeskustelua jatkettiin mm. *Kaarle Makkosen* väitöskirjassa *Zur Problematik der juristischen Entscheidung*.³⁷ Analyyttinen suuntaus sisällytti toisin sanoen arvot oikeustieteen harjoittamaan tulkintaan ja edusti siis tässä mielessä selvästi anti-positivistista trendiä. Mutta analyyttinen oikeusteoria ja -tiede eivät olleet oikeuspositivismia₃ myöskään sen oikeusempiristisessä merkityksessä.

Oikeusempirismiin näet luonnehtia käsitykseksi, jonka mukaan tieteellisen lauseen tulee olla *joko* analyyttinen lause *tai* ns. havaintolause taikka sen tulee ainakin olla palautettavissa havaintolauseeksi. Oikeuselämän alueella inhimillinen käyttäytyminen taas on kohde, josta voidaan saada äskeiset ehdot täyttävää tietoa. Sen vuoksi oikeustieteen tuleekin tuottaa oikeusempirismiin mukaan tietoa joko kansalaisten taikka viranomaisten käyttäytymisestä.³⁸

Tavallisesti oikeusempirismiin on luettu ennen muuta ns. realistiset suuntaukset, amerikkalainen ja skandinaavinen realismi. Yhtä hyvin oikeusempirismi kuitenkin kattaa sellaiset suuntaukset, jotka tulkitsevat oikeustieteen tehtäväksi »elävän oikeuden» tutkimisen. Esimerkkinä tähän tähtäävästä teorianmuodostuksesta voidaan mainita *Eugen Ehrlichin* työt.

Oikeusempiristit kritikoivat voimakkaasti sääntöpositivisteja. Erityisesti tulilinjalla ovat olleet käsiteläinopin ja sille sukua olleiden ajatustapojen edustajat. Viittasin edellä mm. *Alf Rossin* huomautukseen siitä, että saksalaiset 1800-luvun positivistit eivät olleet »aitoja» positivistejä, vaan pikemminkin peitellysti luontaisoikeuden kannattajia. Oikeusempiristit eivät toisaalta Kelsenin tavoin pitäydä pelkästään lain eri sisältövaihtoehtojen analyysiin. He pyrkivät lausumaan jotakin myös todellisuudesta, tuottamaan *synteettistä* tietoa.

³⁶ Niistä mainittakoon vain *Simo Zittingin*, *Lauri Drockilan* ja *P. J. Muukkosen* työt. Erityisesti viimeksi mainittu on useissa yhteyksissä korostanut reaalisen argumentaation merkitystä (ns. reella överväganden-oppi).

³⁷ Ks. m.t. esimerkiksi s. 187 ss.

³⁸ Ks. siitä yleisesti esimerkiksi *Aarnio*, Oikeusteorian nk. hermeneuttisesta suuntauksesta. LM 1977 s. 350 ss. sekä teostani *On Legal Reasoning*. 1977 jakso I.3.4.

Oikeusempiristien mukaan tutkimuksen kohteena eivät nimittäin ole primäärisesti säännöt vaan oikeuselämän säännönmukaisuudet (invarianssit).

Oikeusempirismin yhteys filosofiseen positivismiin on suoraviivainen. Esimerkiksi Alf Rossin teoria perustuu suorastaan loogisen positivismin tietoteoreettisille oletuksille: tieto on havaintotietoa. Tämä tekee toisaalta oikeusempirismin ja sääntöpositivismin suhteen ambivalentiksi. Myös eräät sääntöpositivismin muodot — ennen kaikkea Kelsenin puhdas oikeusoppi — nojautuvat, kuten havaitsimme, filosofisen positivismin teeseihin. Ero näyttääkin olevan siinä, mitä *aineksia* filosofisesta positivismista teoriaan poimitaan. Kelsen hyväksyi Olemisen ja Pitämisen välisen eron, puhdisti positivismia myötäillen arvot oikeusopistaan mutta poisti siitä samalla kaiken, mikä viittaa Seinin maailmaan. Oikeusempirismi lähti samoista perusoivalluksista, mutta rakensi teoriansa nimenomaan realiteettien, Seinin varaan.

Tämän huomioon ottaen voi myös helposti aavistella, miltä suunnalta oikeuspositivismi₃ on kohdannut kritiikkiä, olipa sitten kysymys sääntöpositivismin tai oikeusempirismin arvostelusta. Kritiikin yhteisenä nimittäjänä on kielteinen, epäilevä taikka pidättyväinen suhtautuminen *filosofiseen positivismiin*. Tämä tulee hyvin esiin esimerkiksi polemiikissa, jota ns. hermeneuttinen lähestymistapa on kohdistanut oikeuspositivismi₃:een. Hermeneutiikkaa voisi luonnehtia sekä sääntöpositivismin että oikeusempirismin kritiikiksi. Siinä tosin hyväksytään eräs sääntöpositivismin perusteeseistä väljennetyssä muodossa. Myös hermeneutiikka tulkitsee oikeustieteen tutkimuskohteiksi *säännöt*. Sääntöjen tulkintaa ei kuitenkaan rajoiteta pelkästään muodollisloogisiin operaatioihin eli analyttisten lauseiden tuottamiseen. Hermeneutiikka vetää tutkimukseen mukaan *arvot*. Ja koska se näin tekee, se joutuu oppositioasemaan myös oikeusempirismiin nähden, joka yleisen filosofis-positivistisen lähtökohdan mukaisesti haluaa poistaa ne tieteen reviiriltä.³⁹

Jos nyt suomalaista oikeusteoriaa ajatellen hermeneuttinen suuntaus luetaan, niinkuin nähtävästi pitäisi, analyttiseen traditioon kuuluvaksi, ei Juha Tolosen luonnehdinta analyttisen suuntauksen »laki-positivistisista» piirteistä osoittaudu onnistuneeksi. Hermeneutiikka on oikeuspositivismia enintään oikeuspositivismi₁:n merkityksessä.

³⁹ Laajemmin olen asiaa tarkastellut erityisesti kirjoituksessa So-called hermeneutic trend in Finnish legal theory. Teos: Legal Point of View. 1978.

5. Lopuksi

Rajalinja oikeuspositivismin ja ei-oikeuspositivismin välillä näyttää kulkevan melko tarkoin siinä, missä joudutaan ottamaan kantaa *arvoihin ja arvostuksiin*. Jos arvot suljetaan teorian ulkopuolelle, on kysymys oikeuspositivismista. Tämä pitää paikkansa riippumatta siitä, onko kysymys positivismista oikeuden alkuperää, lain soveltamista tai oikeussäännösten tutkimista koskevana oppina. Vastaavasti arvot teoriaan mukaan hyväksyvä suunta pitää sisällään anti-positivistiset ainekset. Kuvaava esimerkki siitä, miten rajalinja saattaa mutkitella, on *Hans Kelsenin* puhtaan oikeusopin sijoittuminen asteikolle oikeuspositivismi/ei-oikeuspositivismi. Käsitteen merkityksissä 1 ja 3 Kelsenin voitiin todeta olevan selvästi (oikeus)positivisti, mutta oikeuspositivismi₂:n mielessä häntä on kiistatta pidettävä antipositivistina.