
Kimmo Nuotio (toim.)

Oikeusteoreettisia katkelmia

Julkaisuvaliokunta

Raimo Lahti, puheenjohtaja

Markku Helin

Mika Hemmo

Risto Nuolimaa

Lea Purhonen, sihteeri

Tilausosoite

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki

p. (09) 603 567

f. (09) 604 668

sly@lakimies.org

www.lakimies.org

Kannen suunnittelu: Heikki Kalliomaa

© Suomalainen Lakimiesyhdistys ja kirjoittajat

ISSN 1458-0446

ISBN 951-855-208-8

Gummerus Kirjapaino Oy, Saarijärvi 2003

Sisällys

Esipuhe	7
---------------	---

Tapio Määttä

Kyösti Haataja – sosiaalireformistinen käsitelainopin varhais- kriitikko ja taloushistoriallisen oikeustutkimuksen uranuurtaja	11
---	----

Aulis Aarnio

Alf Ross ja realistinen oikeustiede	55
---	----

Eerik Lagerspetz

G. H. von Wright ja käytännöllinen järki	77
--	----

Kaarlo Tuori

Kaarle Makkonen ja suomalainen hallinto-oikeus	111
--	-----

Kimmo Nuotio

Valikoivia huomioita Aulis Aarnion analyttisestä hermeneutiikasta	143
--	-----

Kirjoittajat	178
--------------------	-----

Kaarlo Tuori

Kaarle Makkonen ja suomalainen hallinto-oikeus

Käsitelainopin valtakausi

Jos suomalaisesta julkisoikeustieteestä pitäisi osoittaa kaksi vaikutusvaltaista kirjoitusta, eräs perusteltavissa oleva ehdotus olisi seuraava: *Robert F. Hermansonin* ”Om juridisk konstruktion i statsrätten”, joka ilmestyi JFT:ssä 1878–1879, sekä *Kaarle Makkosen* ”Toimivalta”, joka ilmestyi Lakimieslehdessä vuonna 1964. Hermanson introdusoi artikkelillaan Suomeen saksalaisen myöhäisperustuslaillisen koulukunnan konstruktiivisen, joku sanoisi käsitelainopillisen, metodin. Makkonen taas välitti kirjoituksellaan analyyttisen vallankumouksen julkisoikeudelliseen tutkimukseen. Analyytikkojen kritiikin kärki puolestaan suuntautui juuri käsitelainoppiin, siihen suuntaukseen, jonka Hermanson oli esitellyt suomalaiselle lukijakunnalle. Hermansonin kahdessa osassa ilmestynyt artikkeli oli laaja, satakunta sivua, kun taas Makkonen tarvitsi toimivalta-käsitteen analyysiinsä sivuja vain seitsemän.

Hermansonin esittelemä uusi suuntaus, jonka edustajista hän erityisesti mainitsee *Carl Friedrich von Gerberin* ja *Paul Labandin*, oli hänen mukaansa tuonut valtio-oikeustieteeseen yksityisoikeudessa jo aikaisemmin omaksutun ”tiukan juridisen tarkastelutavan”. Väitöskirjatutkimuksensa esipuheessa Hermanson (Hermanson 1884, ei sivunumeroa) luonnehti tätä tarkastelutapaa seuraavasti:

”Hvad ifrågavarande riktning vill och menar är i sjelfva verket ej annat än att statsrätten, liksom hvarje annan till lagfarenheten hörande disciplin, skall hafva till uppgift utläggning af gällande lag; att denna uppgift ej kan fullföljas anorlunda än genom användande af riktiga begrepp; att man därför måste känna betydelsen af de begrepp hvilka man använder; att de enkla begrepp med hvilka man i statsrätten opererar förekomma äfven på andra delar af rättsvetenskapens gebit, om ock i andra sammansättningar; samt att man, om man träffat de riktiga begreppen, skall kunna vara i stånd att klart inse hvad är enligt med lag äfven der uttryckligt stadgande saknas.”

Luonnehdinta ilmentää valtio-oikeustieteen käsitelainopillisessa mullistuksessa niitä kahta puolta, joita Hermanson artikkelissaan kutsui negatiiviseksi ja positiiviseksi. Negatiivinen puoli tarkoitti tutkimuskohteen puhdistamista ei-oikeudellisista aineksista; valtio-oikeustiede ei tämän mukaan ollut tiedettä valtiosta yleensä vaan ainoastaan yhdestä sen aspektista. Positiivisessa puolessa oli taas kyse konstruktiiivisesta metodista: oikeuslauseista muodostettiin ikään kuin induktiivisesti oikeudellisia käsitteitä, ja näistä käsitteistä taas voitiin deduktiivisesti johtaa uusia oikeuslauseita (Hermanson 1878, s. 2–3). Tätä metodia Paul Laband (1888, s. XI) kuvasi klassiseksi muodostuneella tavalla muutama vuosi Hermansonin artikkelin jälkeen julkaisemansa *Das Staatsrecht des deutschen Reiches* -teoksen esipuheessa seuraavasti:

”Die wissenschaftliche Aufgabe der Dogmatik eines bestimmten positiven Rechts liegt ... in der Konstruktion der Rechtsinstitute, in der Zurückführung der einzelnen Rechtssätze auf allgemeinere Begriffe und andererseits in der Herleitung der aus diesen Begriffen sich ergebenden Folgerungen ... Zur Lösung dieser Aufgabe gibt es kein anderes Mittel als die Logik.”

Hermansonin esittelemästä lakipositivistisesta suuntauksesta tuli suomalaisen julkisoikeuden hallitseva paradigma vuosikymmeniksi. Sen lähtökohdat omaksuttiin tavallaan itsestään selvyyksinä siten, että esimerkiksi sellaiset suomalaisen hallinto-oikeuden systematisoinnin ja yleisten oppien kehittelyn kannalta keskeiset henkilöt kuin *K. J. Ståhlberg* tai *V. Merikoski* eivät tunteneet tarvetta reflektoida tai eksplikoida niitä tutkimuksissaan tai oppikirjoissaan. Nuori Ståhlberg, joka oli 1890-luvun alkupuolella valmistellessaan väitöskirjaansa Berliinissä, oli kuitenkin hyvin tietoinen uudesta metodisesta suuntauksesta. Hän kertoo kirjeessään Hedda-morsiamelleen, miten metodinen suuntaus Saksassa oli muuttunut ja pääasiaksi oli tullut ”olevain oikeusmääräysten selittäminen, saattaminen oikeuskäsitteitä niistä selville ja niistä lähtevien johtopäätösten tekeminen”. Hän toteaa hieman kaihoisasti, että vanhalla metodilla ”olisin saanut hauskan kirjan, mutta nyt pitää heittää tuo puheena oleva puoli kokonaan pois, mikäli se ei ole tarpeellinen irtolaisoikeuden, lain käsittämiseen”. (Blomstedt 1969, s. 52–53.) – Julkisoikeudellisen tutkimuksen metodisesta vaitonaisuudesta on poikkeuksiaakin. Niinpä *Rafael Erich* (1924, s. 141–147) ja *Urho Kekkonen* (1936, s. 20–50) ovat varsin seikkaperäisesti ja asiantuntevasti esitelleet erityisesti *Georg Jellinekin* käsityksiä valtion oikeushenkilöllisyydestä ja valtio-orgaaneista (ks. Jellinek 1914, s. 418 ss. ja s. 544 ss.).

Saksassa käsitelainopillisen positivismin valtakausi valtio-oikeudessa päättyi jo Weimarin tasavallassa. Positivismi ajautui puolustusasemiin materiaalisiksi luonnehdittavien doktriinien edessä: sitä syytettiin yhtäältä arvorelativismista tai jopa -nihilismistä sekä yhteiskunnallis-poliittisen todellisuuden syrjäyttämisestä. Uuden suuntauksen etulinjassa olivat sellaiset hahmot kuin *Carl Schmitt*, *Rudolf Smend* ja *Hermann Heller*. Kiinnostavaa on, että Saksan tilanteeseen yleensä herkästi reagoanut suomalainen tutkimus ei uusista lähestymistavoista innostunut. Yksinäisenä poikkeuksena käsitelainopillis-positivistisesta valtavirtauksesta oli *Paavo Kastari*, joka jo vuonna 1940 ilmestyneessä väitöskirjassaan painotti tosiasiallisen valtiokäytännön merkitystä valtiosääntöoikeudellisessa tutkimuksessa. Mutta kuvaavaa on, että vastaväittäjä *Kaarlo Kairan* ankarin kritiikki suuntautui juuri tähän puoleen Kastarin väitöskirjassa (Kaira 1941).

Syitä siihen, miksi käsitelainopillisen positivismin lähtökohdat juurtuivat niin syvälle suomalaiseen julkisoikeudelliseen tutkimukseen, voi vain arvailla. Legalismi-teesiin on aihetta suhtautua kriittisesti. Silti minusta on selvää, että legalististen tunnusten alla käydyllä autonomia-taistelulla, jossa valtio-oikeuden tutkijat olivat eturintamassa, on tässä ollut tärkeä merkitys.

Analyttiset lähtökohdat

Kaarle Makkosen dogmaattinen kotipaikka oli hallinto-oikeudessa, ja hänen kahdesta monografiastaan toinen, *Kunnallinen säädösvalta* (1968), on luonteeltaan hallinto-oikeudellista lainoppia. Siinä Makkonen pyrki osoittamaan, että oikeusteoreettiset lähtökohdat, joita hän esitteli artikkeleissaan ja sitten väitöskirjassaan *Zur Problematik der juristischen Entscheidung* (1965, suomeksi 1981) olivat sovellettavissa myös hallinto-oikeudellisessa tutkimuksessa. Väitöskirjaankin sisältyi lyhyehkö jakso, jossa eriteltiin hallinnollista ratkaisutoimintaa.

Käsitelainopillinen metodi oli 1800-luvun Saksassa alkuaan kehitelty yksityisoikeuden puolella. Kun Hermanson (1879, s. 488–489) esitteli uuden metodin negatiivista puolta, tutkimuskohteen puhdistamista ei-oikeudellisista aineksista, hän turvautuikin yksityisoikeudelliseen esimerkkiin:

”Redan den ytligaste bekantskapen med henne (privaträttslig forskning – KT) ger vid handen, att hon aldrig spörjer efter grunden till rättsinstitutet i den mening, att hon skulle fråga om ett sådant öfverhufvudt är berättigadt eller hvad det är, som gifver detsamma sitt berättigande ... Sålunda spörjer privat-

rätten t.ex. icke efter grunden till eganderätten, hvad det är som rättfärdigar enskild eganderätt, eller hvilka sätt att förvärfa eganderätt som böra anses för berättigade ... ”

Saksassa niin von Gerber kuin Labandkin olivat aloittaneet uransa sivilisteinä, ja uuden valtio-oikeudellisen doktriinin peruskäsitteet – kuten valtion oikeushenkilöllisyys – oli konstruoitu siviilioikeudellisten esikuvien mukaisesti. Laband tunnusti avoimesti valtio-oikeuden kiitollisuudenvelan siviilioikeudelle. Esipuheessaan teokseensa *Das Staatsrecht des deutschen Reiches* (Laband 1888, s. VII) hän vastasi arvostelijoille, jotka olivat moittineet häntä yksityisoikeudellisten käsitteiden soveltamisesta. Hänen mukaansa kyseisten käsitteiden käyttäminen valtio-oikeudellisessa tutkimuksessa on oikeutettua siksi, että ne eivät ole olemukseltaan erityisesti yksityisoikeudellisia vaan yleisiä oikeuskäsitteitä. Yksityisoikeudellinen tutkimus on saavuttanut muihin oikeudenaloihin nähden niin merkittävän etumatkan, että ”die letzteren nicht zu scheuen brauchen bei ihrer reiferen Schwester zu lernen”. Ne, jotka ovat moittineet häntä yksityisoikeudellisen metodin soveltamisesta, puoltavatkin usein luopumista valtio-oikeuden juridisesta tarkastelusta ja ovat taipuvaisia korvaamaan oikeuskäsitteet filosofisella tai poliittisella näkökulmalla. Laband olisikin voinut yhtyä *Evgenij Paschukaniksen* toteamukseen, jonka mukaan juridinen logiikka on sivistin logiikkaa (Paschukanis 1969, s. 71).

Myös analyttinen kumous, joka suisti käsitelainopillisen metodin valtaistuimeltaan, alkoi esimerkiksi Suomessa siviilioikeudesta. Ennen muuta on syytä mainita *Simo Zittingin* 1950-luvun alussa julkaisemat työt (Zitting 1951 ja 1952). Artikkelissaan ”Ajatuksia juridisen kielen loogisesta analyysistä” Makkonen (1959, s. 60–61) esittelee Zittingin perinteisen omistusoikeus-käsitteen kritiikkiä ja tämän analyysia omistajan oikeuksista ja velvollisuuksista. Zittingiin viitaten hän toteaa, että traditionaalisessa oikeustieteessä omistusoikeus-termin ”merkityssisältö on jäänyt varsin hämäräksi” ja että ”yhdenmukaisesti monien muiden käsitekonstruktioiden kanssa on koetettu selvittää omistusoikeuden ’olemusta’”. Tällöin ”se on käsitetty eräänlaisena valmiiksi annettuna, irrationaalisena substanssina, kaikkien esineoikeuksien perustana”. Zittingin mukaan ”kun oikeutettuna oleminen on suhteissa olemista, ei oikeusaseman eri momenteista saada täsmällistä kuvaa muuten kuin tarkastelemalla niitä eri korrelaatiosuhteiden pohjalla”. Zittingin tutkimuksessa ”’omistusoikeus’ merkitsee ... määrätyn henkilön lakiperusteista oikeusasemaa”, ja ”käsite ... määrää tietyn monipaikkaisen sosiaalisen relaation alueen”. Siten ”on löysästi käytetylle arkikielen termille an-

nettu täsmällinen ja arvovapaa merkityssisältö, jolloin enemmän tai vähemmän sumeasta ontologisesta substanssista on tullut kylmän puhdas tieteelle kelvollinen käsite, tai niin kuin jossain on sattuvasti sanottu, suhdeverkon silmukoista ovat kvaliteetit rapisseet pois”!

Zitting edustaa suomalaisen analyyttisen oikeustieteen ensimmäistä vaihetta, kun taas Makkonen avasi vuonna 1959 julkaisemallaan artikkelilla toisen kehitysvaiheen. Makkosen ajatteluun jäi kuitenkin pysyvästi, kenties eniten *Osvi Lahtisen* (erit. Lahtinen 1949 ja 1951) vaikutuksesta, piirteitä, jotka hän itse on liittänyt ensimmäiseen vaiheeseen. Makkonen on yleisen oikeustieteen luennoissaan todennut analyyttisen oikeustieteen ”pääideana” olevan ”juuri se modernissa filosofiassa esiintuotu tosiasia, että kieleen sinänsä, sen ominaisuuksiin ja rakenteeseen sisältyy tekijöitä, jotka sellaiseen voivat aiheuttaa sellaisia pulmia ja vaikeuksia, joiden selvittäminen on paljastanut jonkin pulmakysymyksen näennäisongelmaksi”. Suomalaisen analyyttisen oikeustieteen kehitys on kulkenut seuraavasti (kursivoinnit alkutekstissä):

”Aluksi inspiroi tutkijoita voimakkaasti looginen empirismi ja tällöin kiinnitettiin erityistä huomiota juuri *oikeustieteen kieleen* ja käsitteenmuodostukseen. Etsittiin myöskin välittömiä sovellutuksia luonnontieteellisille ajattelutavoille, jolloin ajatuksena oli se, että tällä tavoin saavutettaisiin parhaiten vaadittu metodinen puhtaus. Vähitellen siirryttiin, yleistä filosofista kehitystä seuraten, tieteen kielestä ns. *toimivaan kieleen*, jolla tarkoitetaan juridista kielenkäyttöä sellaisena, kuin se tosiasiallisessa juridisessa ajattelussa eri yhteisissä esiintyy.” (Makkonen 1998, s. 47.)

Lyhyt artikkeli ”Toimivalta” on esimerkki tällaisesta ”toimivan kielen” erittelystä. Makkosen mukaan pyrkimykseen luoda kiinteitä oikeudellisia peruskäsitteitä liittyy vaara ammattitermien jähmettymisestä ajatustottumukseksi, ”käsitteellisestä muumioitumisesta”. Tästä voi seurata todellisuudesta irronneita juridisia konstruktioita, jotka saattavat ”muodostua itsetarkoitukseksi, teoreettista ja käytännöllistä ajattelua suorastaan jarruttavaksi tekijäksi”. Siksi voikin joskus olla ”hyödyllistä eritellä vakiintuneen juridisen terminologian käyttöä ja tarkastella millaisia ajatustottumuksia siihen ehkä liittyy”. Makkonen ilmoittaaakin tarkastelevansa artikkelissaan ”eräitä semanttisia ongelmia ’toimivalta’ termin osalta, erittäinkin sitä silmällä pitäen, mitä reaalisesti merkitsee, kun sanomme, että jollakin on toimivaltaa ja että sitä siirretään”. (Makkonen 1964, s. 778–779.)

Makkosen esimerkkinä on kunnan toimivalta, joka vallitsevan mielipiteen mukaan ei ole kunnan itsenäistä vaan valtion sille delegoimaa, siirtä-

mää, valtaa. Makkosen (s. 779–780) mukaan delegointikonstruktio perustuu esineellistävään ajattelutapaan: ”kuvitellaan, että jotain esineeseen verrattavaa siirtyy valtiolta kunnille, kun viimeksi mainituille luodaan jokin kompetenssi lainsäädäntöteitse”. Näin ”toimivalta ajatellaan eräänlaisena substanssina, oliona, jota voidaan siirrellä niin kuin fyysistä kappaletta, vastaavassa mielessä kuin traditionaalisessa siviilioikeudessa vallitseva omistusoikeuden käsite on ymmärretty jonkinlaisena irrationaalisenä oliona”. Delegointikonstruktion toinen ”teoreettinen pääelementti” on siinä, että ajatellaan, että ”koko kysymyksessä oleva olioluokka, totaalin valta, kuuluu valtiolle ikään kuin omistusoikeudella siten, että viimeksi mainittu voi mielensä mukaan joko pitää sen itsellään tai luovuttaa toisille”.

Makkosen (s. 780) mukaan tarkasteltavana on kuitenkin vain ”eräs yhteiskunnalliseen todellisuuteen kuuluva faktumi, se, että määrätty yhteiskunnalliset organit voivat toimia määrättyllä tavalla oikeusjärjestyksen puitteissa”. Hän (s. 781) korostaa, että ”kysymys on vain ja ainoastaan tietystä lakiperusteisesta oikeusasemasta, sosiaalisesta relaatiosta, jossa kullakin organilla tosiasiallisesti on oma toimivaltansa”. Hallinto-organisatorinen ratkaisu, toimivallan jako tietyllä tavalla, on toteutettu lainsäädäntöteitse, oikeusjärjestyksen edellyttämin juridisin muodoin. Jos näin on, Makkosen mielestä ”ei ole välttämätöntä eikä tarpeellistakaan asettaa kysymystä siitä, m i s t ä kunnan toimivalta on peräisin”, sillä ”faktillisesti on kysymys vain eräästä suhdejärjestelmästä, jossa eri orgaaneille kuuluva toimivalta kuuluu määrättyyn relaation alueeseen, ikäänkuin ... omaan silmukkaansa suuressa verkossa, joka sovitetaan yhteiskunnalliseen todellisuuteen”. Se, että oikeusjärjestys edellyttää eri ”yhteiskuntaorgaaneilla” olevan tietty kompetenssi, on Makkosen (s. 782–783) mukaan vain ilmaus ”määrätystä yhteiskunnallisesta tilasta, jossa ei, reaalisesti ottaen, ole mitään sijaa vallan substanssille”. Kun sanotaan, että jollakin organilla on toimivalta, tämä merkitsee vain sitä, että kyseessä olevilla toimenpiteillä on oikeudellisia vaikutuksia. Näin ”toimivalta tarkoittaa oikeustositseikkojen ja oikeusseuraamusten suhdetta, sitä, että oikeusjärjestys liittyy tiettyihin tosiseikkoihin tiettyjä seuraamuksia”. Tästä myös seuraa, että ”itse asiassa joku hallintotoimi ei ole pätevä siitä syystä, että asianomaisella instanssilla on kompetenssi, vaan päinvastoin sillä on kompetenssi sen vuoksi, että hallintotoimi on pätevä eli että tarkoitetut oikeusseuraamukset syntyvät”. Toimivaltaa siirrettäessä ei puolestaan luovuteta mitään, vaan se, mitä kutsutaan toimivallan siirtämiseksi, merkitsee ainoastaan, että ”vallitseva sosiaalinen relaatiojärjestelmä jäsenetään uudelleen, oikeustositseikka/oikeusseuraamussuhteet muuttuvat”.

Makkonen (s. 783) viittaa jälleen Zittingiin – erityisesti tämän artikkeliin ”Omistajan oikeuksista ja velvollisuuksista” (1952) – ja toteaa näyttävän siltä, että ”samalla tavoin kuin epäilemättä monien muidenkin juridisten käsittelyn selvittelyssä, siirtyminen suhdeajatteluun ontologisten spekulatioiden sijasta on omiaan tuomaan selvyttä käsillä olevaan probleemaa”.

Makkosen (s. 783–784) mukaan sellaisilla termeillä kuin ”toimivalta”, ”delegoiminen”, ”hallinto” jne. on eri yhteyksissä oma käyttösäätönsä, niitä voidaan ymmärrettävästi käyttää ja niiden avulla voidaan selvittää erilaisissa asiayhteyksissä. Wittgensteinin myöhäisfilosofian hengessä hän toteaa tämän kaltaisten seikkojen olevan ”omiaan viemään ajatuksen pois yksityisten sanojen ja erillisten ilmaisujen merkityssisällön selvittelystä yleisempien toimintasääntöjen ja kielen tosiasiallisen käyttämisen ongelmiin”. Artikkelin loppuun sitaattiin Wittgensteinin *Philosophische Untersuchungen* -teoksesta:

”Ehkä on niin, että sanojen merkityssisällöstä voidaan täsmällisesti puhua vain jonkun täysin määrätyn käyttötilanteen yhteydessä. ’Die Frage ’Was ist eigentlich ein Wort?’ ist analog der ’Was ist eine Schachfigur?’”

Pyrkimys soveltaa tavallisen kielen filosofiaa oikeudelliseen käsiteanalyysiin oli havaittavissa jo aikaisemmassa, vuonna 1959 julkaistussa artikkelissa ”Ajatuksia juridisen kielen loogisesta analyysistä”. Tässä artikkelissa Makkonen esittelee analyttisen (kieli)filosofian lähtökohtia ja sen käsityksiä erityistieteiden ja filosofian työnjaosta. Filosofian kohteena on tieteellinen kieli ”esityssysteeminä”, ja filosofia on luonteeltaan kielen kritiikkiä. Hän (s. 52) viittaa *Alf Rossiin*, joka *Om ret og retfaerdighed* -teoksessaan ”on ... tehnyt modernin filosofian luonteesta äärimmäiset johtopäätökset määrittelyssään oikeusfilosofian ainoaksi tehtäväksi oikeustieteen lauseiden kriittisen analyysin”. Tällöin oikeusfilosofia edustaa metakieltä suhteessa lainopin objektikieleen.

Makkosen (s. 54) arvion mukaan juridiikalla on taipumus käsitteiden ”muumiointiin” ja ”ns. käsitejuridiikkaan, jonka mukaan – niin voitaneen sitä luonnehtia – asianlaita oli siten, että jos käsite tai teoria ei vastannut todellisuutta, niin sen pahempi todellisuudelle”! Hän tulkitsee loogisesta empirismistä vaikutteensa saaneen, esimerkiksi Rossin edellä mainitussa teoksessaan edustaman epistemologisen oikeusrealismin reaktioksi tähän asiointilaan: ”Eräänä vaatimuksena tällaisten ilmiöiden ja niihin liittyvien metafysillisten spekulatioiden eliminoimiseksi ovat oikeusteoreetikot yhdenmukaisesti muiden yhteiskuntatieteilijöiden kanssa mm. esittäneet, että

oikeustieteen lauseiden tulee sisältää reaalitytöä ja käytettyjen käsitteiden olla reaalitykäsitteitä.” Makkonen ei kuitenkaan tässä artikkelissaan näytä olevan kiinnostunut analyttisen oikeustieteen empiristis-realistista epistemologiaa edustavista juonteista; myöhemmässä tuotannossaan hän on kyllä itsekin eräänlaista realistista minimiohjelmää noudattaen pyrkinyt osoittamaan eräille oikeudellisille peruskäsitteille kuten ”oikeusnormille” semanttisen referenssin ”empiirisessä todellisuudessa”. Vuoden 1959 artikkelissaan hän (s. 55) esittää kysymyksen, mikä on loogisen empirismin koeteltavuusteesiä sovellettaessa oikeustieteen kohteena oleva todellisuus, mutta toteaa, että kysymykseen ei voida tuossa yhteydessä puuttua. Sen sijaan hän kiinnittää huomiota siihen, että ”myöhemmässä analyttisessä filosofiassa on pohdiskeltu reaalitytiedon luonteesta saanut väistyä semanttisten kysymysten tieltä”. Tämä olisi hänen luullakseen ”suositeltavaa myöskin juridisessä käsitteanalyysissä”.

Makkonen (s. 55) perääntyykin ehdottomasta reaalitytiedon vaatimuksesta. Juridisessä käsitteanalyysissä kysymys on asetettava semanttisesti, on kysyttävä mitä merkitsee, kun esimerkiksi sanomme, että jokin on juridinen henkilö. Mikään ei estä samalla pitämästä voimassa reaalitytiedon vaatimusta, mutta tämä ei saa määrätä kysymyksenasettelua. Juridiikassa on termejä, kuten ”hyvä kauppiastapa”, joille ”tuskin voidaan reaalitysisältöä antaaakaan, mutta joiden merkityksestä silti on voitava keskustella, koska ne tosiasiallisesti kuuluvat juridiseen kielenkäyttöön”. Makkonen korostaa, että ”parempi kuin on modernin filosofian aseinen karkoittaa mainitunlaiset termit tieteen piiristä muun toimeentulon maailmaan, on koettaa samoin aseinen selvittää niiden merkitystä ja käyttöedellytyksiä”. Makkonen (s. 55–61) antaa esimerkkejä siitä, miten juridiikassa käsitteille voidaan antaa täsmällinen merkityssisältö ja joskus samalla täyttää myös reaalitytiedon vaatimus. Esimerkit ovat suomalaisen oikeusteorian historiaa siinä missä Makkosen artikkelikin: Osvi Lahtisen (1949) erittely oikeushenkilön käsitteestä ja Zittingin (1951 ja 1952) omistusoikeusanalyysi. Mutta, Makkonen (s. 61) toteaa, ”on olemassa lukemattomia termejä, jotka ovat vailla selvää merkitystä ja joille sellaista tuskin voitaisiin antaaakaan, mutta joita siitä huolimatta on pakko tosiasiallisesti käyttää”.

Makkosen kirjoituksessa semanttinen kysymys viittaa eräiden juridiikassa käytettyjen ilmausten – kuten ”hyvän tavan” – kautta kielen pragmaattiseen ulottuvuuteen ja sitä korostavaan Wittgensteinin myöhäistuotantoon sekä tästä vaikutteita saaneeseen tavallisen kielen filosofiaan. Makkonen (s. 63–64) selostaa, miten Wittgensteinin *Philosophische Untersuchungen* -teok-

sessä metodina on ”tarkastella kielenilmiöitä niiden oikeissa ympäristöissä, ja siten pyrkiä paljastamaan niitä kätkeytyjä edellytyksiä, joita kieltä käyttäessämme aina joudumme tekemään”. Niinpä ”jos ylipäänsä halutaan puhua sanan merkityksestä (Bedeutung), voidaan useassa tapauksessa sanoa, että se on sanan käyttö kielen piirissä”. Ongelmana ei tällaisessa kielianalyysissä ole, ”miten joku käsite muodostetaan, vaan mitenkä tiettyä sanaa tosiasiallisesti käytetään eri yhteyksissä”. Makkonen ennakoi, että ”tällä tavoin tutkimalla todellisuudesta otettuja tai keinotekoisesti muodostettuja termin käyttötilanteita, kielipelejä, voidaan ehkä juridisenkin kielenkäytön kokonaisuudesta ’kuoria esiin’ sellaisia piileviä edellytyksiä erilaisten termien ja ilmausten käyttämiselle, että niiden paljastaminen kokonaan hävittää jonkun ongelman, tai että ainakin kysymys voidaan asettaa täsmällisemmin”.

Makkonen (s. 67) kokoaa johtopäätöksensä seuraavasti:

”Yhteenvetona voidaan todeta, että oikeustieteessä on periaatteessa mahdollista luoda käsitteitä, joita tarkoittavilla termeillä ei, ainakaan sanottavasti, ole käyttöä varsinaisen tieteellisen kielenkäytön ulkopuolella ja joita termejä voidaan käyttää varsin yksimerkityksellisinäkin. Samoin voidaan monille arkikielen sanoille antaa oma, melko täsmällinenkin juriidis-spesifinen merkityksensä. Mutta kaikesta huolimatta jää tosiasiaksi huomattava terminologinen väljyys ja epätäsmällisyys, tieteessäkin on pakko operoida arkikielellä.

Asianlaidan ollessa tällainen, lienee selvää, että käsite- ja kielianalyysi puolustaa paikkaansa oikeustieteen menetelmien joukossa.”

Makkosen artikkelille on leimallista horjunta analyttisen oikeustieteen kahden suuntauksen välillä: yhtäältä empiristis-realistisen tietoteoreettisen omakseen, esimerkiksi Rossin, Lahtisen ja *Theodor Geigerin* (erit. Geiger 1947) edustaman suuntauksen, ja toisaalta tämän kaltaisista ”puristisista”, tietoteoreettisessa mielessä positivistisista lähtökohdista irrottautuneen, tavallisen kielen filosofiasta innoituksensa saaneen suuntauksen. Kyse on tavallaan kahden Wittgensteinin, *Tractatus logico-philosophicus* ja *Philosophische Untersuchungen* -teosten Wittgensteinin välisestä taistelusta. Niinpä tavallisen kielen filosofian antia tarkasteltuaan Makkonen palaa vielä kirjoituksensa lopuksi realistiseen perusasennoitumiseen, jota hän kuitenkin puoltaa tieteen ”kielipelin” näkökulmaksi. Samalla hän (s. 69), ehkä hieman yllättävästi, painottaa oikeustieteen ja muiden yhteiskuntatieteiden välisiä yhteyksiä:

”Tarkasteltaessa jonkun menetelmän soveltuvaisuutta oikeustieteeseen, on tietysti huomattava, ettei viimeksi mainittuakaan ole mahdollista reväistä irti muiden yhteiskuntatieteiden muodostamasta yhteydestä. Kaikki suuntaavat

katseensa samaan yhteiskunnalliseen todellisuuteen, vaikka tarkastelukulma on erilainen. On helppo osoittaa, ettei minkään yhteiskunnallisen alan kysymyksiä voida tutkia täysin riippumattomana toisesta alasta. Vasta tämä kokonaisnäkemys antaa ongelmien ratkaisuille kantavuutta. Oikeustieteen päätehtävä, positiivisen oikeuden sisällyksen selvittäminen ja systematisointi, ei ole läpivietävissä täysin riippumatta sosiaalitutkimuksen muista sektoreista.”

Makkosen tietty sidonnaisuus analyttisen oikeustieteen ”ensimmäiseen sukupolveen” ja sen empiristisiin tietoteoreettisiin lähtökohtiin ilmenee hänen pyrkimyksessään osoittaa oikeusnormin käsitteelle semanttinen referenssi empirisessä todellisuudessa. Tässä hän seuraa Theodor Geigerin ja Osvi Lahtisen esikuvia. Lähtökohtana on, että järjestäytynyt yhteiskuntaelämä perustuu siihen, että yhteiskunnan jäsenet noudattavat tiettyjä käyttäytymismalleja: ”Jotta ylipäänsä voitaisiin puhua yhteiskunnasta, täytyy siis vallita sellainen säännönmukaisuus, että tiettyjen tyypillisten tilanteiden ja tyypillisten käyttäytymistapojen välillä vallitsee seuraamussuhde” (Makkonen 1968, s. 2). Yhteiskunnan jäsenet voivat kuitenkin tosiasiallisesti valita myös vallitsevasta kaavasta poikkeavan toimintamuodon. Oikeusnormi on kysymyksessä vasta sitten kun ”yhteiskunnan jäsenen tietynlaisen käyttäytymisen perusteella on mahdollista määrättyjä muotoja noudattaen aikaansaada toimenpiteitä organisoidun yhteiskunnan taholta eli orgaanireaktio” (Makkonen 1968, s. 2–3; ks. myös Makkonen 1981, s. 40–41).

Kuitenkin Makkonen muistaa oikeudellisen käsiteanalyysin tehtäviä esitellessään aina tähdentää, että kaikille oikeudellisille käsitteille ei voida osoittaa empiristä referenssiä ja että tämä ei vielä oikeuta näiden käsitteiden hylkäämiseen. Käsitteillä voi olla juridiikassa hyödyllinen tehtävänsä, vaikka ne eivät läpäisisikään koeteltavuus-testiä, ja käsiteanalyysin tavoitteeksikin riittää käsitteiden merkityksen selvittäminen niiden tosiasiallisia käyttöyhteyksiä erittelemällä. Vaatimus käsitteiden empirisestä semanttisesta referenssistä samaistaa merkityksen pelkkään nimorelaatioon ja edustaa näin Makkosen (1967, s. 112) ekstensionaaliseksi kutsumaa ajattelutapaa. Paradoksaalista ehkä on, että myös eräät perinteisen, käsitelainopillisen substanssiajattelun kriitikot kuten *Vilhelm Lundstedt* näyttävät syyllistyvän tällaiseen ekstensionaaliseen ajatteluun: kun ilmauksen ”subjektiivinen oikeus” ei voida osoittaa olevan nimorelaatiossa mihinkään empirisen todellisuuden ilmiöön, ilmauksella ei ole lainkaan mieltä (*Sinn*). On oletettavaa, että Makkosella (1967, s. 116) on mielessään juuri Lundstedtin kritiikki, kun hän toteaa, että on metodinen virhe lähestyä subjektiivisen oikeuden ongelmaa ekstensionaalisesti:

”Wenn man im Ausdruck ’subjektives Recht’ einen Namen erblicken will, der einen bestimmten Gegenstand im empirischen Sinn hat, wird die Frage nach den faktischen Anwendungsvoraussetzungen erschwert oder sogar vergessen. Und gerade das ist theoretisch und praktisch das wichtigste Problem, wenn man sich bemüht zu verstehen, was es eigentlich bedeutet, von subjektivem Recht zu sprechen. Der Forscher muss in erster Linie den alltäglichen rechtlichen Sprachgebrauch beachten, die Sprache als tatsächliches Geschehen betrachten und nicht so sehr als Zeichensystem.”

Lainaus *Philosophische Untersuchungen* -teoksesta selventää jälleen käsiteläyksiin lähtökohtia:

”Die Bedeutung eines Wortes ist sein Gebrauch in der Sprache. ... Mit dem Benennen eines Dings ist noch nichts getan. Es hat auch keinen Namen, ausser im Spiel. Das war auch, was Frege damit meinte: ein Wort habe nur im Satzzusammenhang Bedeutung.”

Tämän kritiikkinsä Makkonen toistaa *Kunnallisen säädösvallan* Johdanto-osassa. Hän toteaa viimeaikaisessa oikeusteoreettisessa keskustelussa kiinnitetyn huomiota siihen, että ”juridisia käsitteitä on yleensä lähestytty olettamalla, että ao. termit todella peittävät jotakin reaalista ja että voimme selvittää mikä se on”. Tarkoituksena on ollut antaa käsitteille oikea määritelmä. Mutta ”tämä traditionaalinen asennoituminen on ilmeisesti virheellinen ja saattaa viedä tutkimuksen harhaan”, sillä ”useimmat juridiset termit ovat ’tyhjiä’ sikäli, ettei niillä ole semanttista referenssiä empiirisessä todellisuudessa”. Juridisen kielen ilmaisuilla on yleensä muu tehtävä kuin kuvata todellisuutta. Ja ”tästä seuraa, että ehdottomien ja yleispätevien määritelmien laatiminen ei voi onnistua, vaan on sellaisen yrittäminen omiaan johtamaan näennäisproblematiikkaan ja hedelmättömään spekulointiseen sanoilla”. Johtopäätöksenä on myös, että emme voi tulkintaongelmien yhteydessä puhua ”oikeasta” tulkinnasta:

”Juristi liikkuu oikeusjärjestystä selvitellessään paljon kielen tasolla olevissa probleemoissa, hän antaa lakiteksteille ym. ilmaisuille merkityssisältöjä pikemmin kuin toteaa niitä (’on katsottava’, ’pitää’), hän systematisoi ja muodostaa käsitteitä jne. Hänellä ei ole edessään aksiomatisoitua järjestelmää loogisine päättelysääntöineen eikä tiettyjä lainmukaisuuksia noudattavaa fyysikaalista todellisuutta, vaan inhimillisellä kielellä, valtaosaltaan jokapäiväisellä arkikielellä ilmaistu ideoiden ja periaatteiden sokkelo, jota kutsutaan oikeusjärjestykseksi. Näin ollen oikeustieteilijä, sen paremmin kuin tuomariakaan, ei lainkaan voi asettaa kysymystä yhdestä ainoasta oikeasta ratkaisusta tai pohtia sitä, mikä jonkun ilmaisun merkityssisältö todella on tai mikä on **oikea** tulkinta jossain tulkintaongelmassa.” (Makkonen 1968, s. 8–9.)

Lähtökohtien soveltaminen hallinto-oikeuteen

Toimivaltakäsitteen erittely on esimerkki siitä, miten Makkonen soveltaa yleisiä (filosofisia) lähtökohtiaan hallinto-oikeudellisiin kysymyksenasetteluihin. Väitöskirjan 6 § tarjoaa toisen esimerkin (Makkonen 1981, s. 164 ss.). Siinä on kyse hallinnon ja (hallinto)lainkäytön sekä sidotun ja vapaaharkintaisen hallintotoiminnan välisen eron analyysistä. Perinteisessä doktriinissa hallintoa on pidetty tulevaisuuteen suuntautuvana, oikeutta konservatiivisena. On kiinnitetty huomiota siihen, että ”lainkäyttö on tiukkojen prosessisääntöjen sitomaa, sen välittömänä tarkoituksena on oikeussäännösten soveltaminen konkreettisiin tapauksiin, jota vastoin oikeussäännöksiä hallinnossa käytetään vain sille ominaisten tarkoituksien saavuttamiseen”. Näin ”hallinnon perustana on harkinnan vapaus”. On myös katsottu, että ”hallinnossa ei tule esille lainkäytölle ominainen oikeussuojamomentti”: ”lainkäyttömenettelyn olennaisena tarkoituksena on nähty juuri oikeussuojan antaminen, koko lainkäyttökoneisto pannaan käyntiin nimenomaan sanotussa tarkoituksessa, mikä puuttuu hallintomenettelyltä”. (s. 165–166.)

Vapaaharkintaisen hallinnon ohella perinteisessä doktriinissa puhutaan kuitenkin myös sidotusta harkinnasta, joka jakaa eräitä yhteisiä tunnusmerkkejä lainkäytön kanssa. Sille on pidetty ominaisena, että ”on olemassa oikeussäännös, joka selvästi osoittaa, miten asiassa toimivan viranomaisen on meneteltävä ja asia ratkaistava”. Näin ”sidottu hallintotoimintakin on ... oikeussäännösten soveltamista”. On myös korostettu, että se on ”periaatteessa loogista päättelyä, jossa vain yksi ainoa ratkaisu on oikea, vapaan harkinnan ollessa tahdonvaraista”, jolloin useat ratkaisut ovat mahdollisia. (s. 166.)

Makkonen määrittelee hallinnon ja lainkäytön sekä sidotun ja vapaaharkintaisen hallinnon erot väitöskirjassaan kehrittelemänsä normiluokituksen avulla. Hän (s. 38 ss.) erottaa kolmentyyppisiä oikeusnormeja: käyttäytymisnormeja, reaktionormeja ja reaktiotapanormeja. Käyttäytymisnormit velvoittavat kansalaisia (x) tiettyyn käyttäytymiseen (g). Reaktionormien mukaan taas tuomioistuimen (y) on langetettava tietty seuraamus (m), silloin kun kansalainen (x) käyttäytyy käyttäytymisnormin vastaisesti (~g). Hallintotoiminta, niin vapaaharkintainen kuin sidottukin, rinnastuu Makkosen mukaan (s. 167–168) siihen kansalaisen (x) käyttäytymiseen (g), jota käyttäytymisnormit sääntelevät. Kun kaupunginhallitus esimerkiksi myöntää virkamiehelle vuosiloman, kaupunginhallitus on muuttuja x:n arvo käyttäyty-

misnormin ilmaisevassa kaavassa eikä muuttuja y:n arvo reaktionormin ilmaisevassa kaavassa. Kaupunginhallitus käyttäytyy eikä sovelleta oikeusnormia. Jos kaupunginhallitus evää asianomaisen säännöksen vastaisesti vuosiloman, kysymyksessä on ~g, johon lainkäyttöelin esimerkiksi virkamiehen muutoksenhaun johdosta reagoi. Lainkäyttöelin on tällöin reaktionormin ilmaisevan kaavan muuttuja y:n arvo.

Sama viranomainen voi harjoittaa sekä hallintoa että lainkäyttöä, olla sekä käyttäytymisnormin kaavan muuttuja x että reaktionormikaavan muuttuja y (Makkonen 1981, s. 170). Se, mitä esimerkiksi Merikoski on kutsunut prosessuaaliseksi hallintomenettelyksi, eli hallintomenettely, jossa ”yleisissä tuomioistuimissa tapahtuvassa oikeudenkäynnissä seurattavien muotojen noudattamista on erityisesti tehostettu”, on Makkosen (s. 169–170) erittelyn mukaan rakenteellisesti lainkäyttöä, jossa reagoidaan käyttäytymisnormin vastaiseen käyttäytymiseen ~g. Merikosken esimerkkejä ”prosessuaalisesta hallintomenettelystä” olivat kurinpito, tilimuistutusasian käsittely ja irtolaisen määrääminen työlaitokseen.

Entä sitten sidotun ja vapaan harkinnan välinen ero hallintotoiminnassa? Makkonen (s. 172 ss.) kiinnittää huomiota siihen, että Suomen lainsäädäntö mahdollistaa eräissä tapauksissa valittamisen hallintopäätöksistä paitsi oikeus- myös tarkoituksenmukaisuusperusteilla. Esimerkiksi Merikoski on katsonut, että tarkoituksenmukaisuusvalituksen käsittely on vain eräänlaista toimivallan siirtoa, jossa toinen instanssi suorittaa tarkoituksenmukaisuusharkinnan uudestaan, eikä oikeastaan lainkaan lainkäyttöä. Makkonen puolestaan konstruoi aselman siten, että alemman instanssin velvollisuutena on ollut tehdä tarkoituksenmukainen päätös, jolloin asian päättäminen epätarkoituksenmukaisesti on kielletty eli siis ~g. Tarkoituksenmukaisuusvalituksen hyväksyvä muutoksenhakuelin on muuttuja y:n arvo, joka reagoi ensimmäisen instanssin käyttäytymiseen ~g. Makkonen (s. 174) katsookin, että ”vapaata harkintaa Suomen oikeusjärjestyksessä on ... vain sellainen tarkoituksenmukaisuusharkinta, johon ei ole muutoksenhakuoikeutta ja joka ei ole jälkikontrollin alaista”. Hänen mukaansa sidotun ja vapaaharkintaisen hallintotoiminnan välinen ero on periaatteessa mahdollista säilyttää. Niinpä hän (s. 176) korostaa, että ”se seikka, että kaiken hallintotoiminnan voidaan sanoa olevan johonkin määrään sidottua (vrt. objektiviteetti-, tarkoitussidonnaisuus ym. periaatteet), ei muuta asiaa, koska kysymys on vain siitä, että ainakin jossain rajoissa hallintotoiminta on juridisesti irrelevanttia toimintaa, joka ei voi perustaa viranomaisreaktioita”.

Kunnallinen säädösvalta -teoksen (1968) alaotsikkona on Hallinto-oikeudellinen tutkimus. Se ei ehkä monen lukijan mielestä kovinkaan paljon poikkea perinteisestä hallinto-oikeudellisesta dogmatiikasta. Makkonen (s. 2 ss.) kuitenkin soveltaa siinä esimerkiksi oikeusnormikäsitteen analyysiaan. Sen avulla hän rajaa tutkimuskohteensa vain sanktioituihin säädöksiin, jotka täyttävät reaktiomahdollisuuden avulla määritellyn oikeusnormin käsitteen tunnusmerkin. Hän myös (s. 82 ss.) erottaa samaan tapaan kuin väitöskirjassaan hallinnon ja lainkäytön oikeusnormiluokituksensa avulla. Samalla hän korostaa, että ”on täysin turha yrittääkään etsiä tyhjentävää määritelmää olettamalla, että olisi olemassa jotakin, joka on *todella* hallintoa, *todella* lainkäyttöä ja *todella* lainsäädäntöä”. Tutkijan lähtökohtana on vain se, että oikeudellisessa kielessä tosiasiallisesti käytetään ilmauksia ”hallinto”, ”lainkäyttö” ja ”lainsäädäntö”. Kysymystä ”näiden ilmausten o i k e a s t a merkitysisällöstä tai määritelmästä ei voida asettaa vaan tutkijan on tyydyttävä erittelemään niiden tosiasiallisia käyttöyhteyksiä ja näin pyrkiä valaisemaan pulmallisten termien merkitystä”. Omassa erittelyssään hän pitää silmällä yksinomaan rakenteellisia seikkoja; tämä on hänen mukaansa muuan tapa toteuttaa käsiteanalyysi (s. 83–84). Erittelynsä pohjalta hän (s. 89) myös toteaa, että kunnallisten säädösten hyväksyminen on rakenteellisesti hallintoa.

Makkonen hyödyntää *Kunnallinen säädösvalta* -teoksessaan myös ”Toimivallan käsitteestä” -artikkeliaan. Hän (s. 104) korostaa, että lainsäädännön kunnalle osoittama toimivalta ei vaadi oikeudelliseksi perustukseksi spekulointia vallan alkuperästä. Artikkelissaan hän oli arvostellut puhetta toimivallan delegoimisesta siitä, että se viittaa esineellistävään tai substanssijatteluun. Hivenen uudenvuoden painotuksesta ehkä todistaa se, että *Kunnallinen säädösvalta* -kirjassa pyrkimyksenä on – tavallisen kielen filosofian lähtökohtien mukaisesti – vain selvittää tosiasiallisen oikeudellisen kielen ilmausten käyttöedellytyksiä eikä karsia tällaisia ilmauksia substanssikäsitteinä juridisesta kielenkäytöstä: ”Jos joku viranomainen, jolla on valta päättää tietyistä asioista, suorittaa toimenpiteitä, joiden perusteella tuo valta sen jälkeen onkin toisella viranomaisella, voimme täysin luontevasti puhua päätösvallan ’siirtämisestä’, ’luovuttamisesta’ tai ’delegoimisesta’, kunhan vain muistamme, että näillä kuvainnollisilla sanoilla ei itse asiassa ilmaista muuta kuin tosiasiallisia kompetenssijärjestelyjä” (Makkonen 1968, s. 104–105).

Liian innokas oppipoika

Suomalaisessa hallinto-oikeudessa Makkosen uudet opit lankesivat otolliseen maaperään. Hallinto-oikeudellisen tutkimuksen uusi sukupolvi osoittautui eräissä suhteissa jopa paavillisemmaksi kuin paavi itse; vai pitäisikö sanoa luterilaisemmaksi kuin Luther itse. Analyytisesti suuntautuneet väitöskirjat seurasivat nopeasti toisiaan Makkosen väitöskirjan ilmestyttyä 1965 ja *Kunnallisen säädösvallan* 1968. *Toivo Holopainen* väitteli tutkimuksellaan *Kunnan asema valtiossa* 1969, *Eero Vilkkonen* tutkimuksellaan *Hallintotoimen mitättömyydestä* 1970 ja *Kari Sinisalo* tutkimuksellaan *Poliisin toimivallan määräytyminen* 1971.

Käsiteanalyysi on keskeisellä sijalla sekä Holopaisen että Vilkkosen väitöskirjassa. Holopaisen väitöskirja on teemamme kannalta sikäli mielenkiintoinen, että opponenttina oli Makkonen, joka näin saattoi arvioida oppinsa perille menoa. Holopaisen väitöskirja on eräänlainen käsitelainopin kritiikin *credo*, siksi painokkaasti tekijä ilmoittaa torjuvansa käsitelainopin konstruktivisen metodin positiivisen puolen – oikeudellisten johtopäätösten tekemisen käsitteistä – ja ottavansa käsitteiden sijasta lähtökohdakseen positiivisoikeudellisen normiston. Makkonen (1969, s. 467) toteaaakin vastaväittäjän lausunnossaan, että ”vaikka tekijä on pitänyt tarpeellisenä eritellä kunnallisoikeudellisia ns. peruskäsitteitä, tämä ei kuitenkaan ole tapahtunut siksi, että hän rakentamistaan käsitteistä ja konstruktioista käsin sitten pyrki johtamaan positiivisoikeudellisia kannanottoja”. Päinvastoin, ”käsiteanalyysin tarkoituksena on ... se, että tekijä haluaa *e l i m i n o i d a* useat niistä kunnan aseman selvittämistä vaikeuttavina tekijöinä”.

Käsitelainopin kritiikkiä julistaa Holopaisen ohjelmallisissa lausumissa myös substanssijattelun hylkääminen ja relaatioiden tutkiminen ”substanssien” tai ”olemusten” sijasta. Makkosen välittämiä myöhäiswittgensteinilaisia vaikutteita edustaa korostus, jonka mukaan olemusmääritelmien sijasta termien merkitystä on jäljitettävä niiden käyttöyhteyksiä erittelemällä; näin saman termin merkitys saattaa käyttöyhteyksistään riippuen vaihdella. Holopainen (1969 s. 281) toteaa tutkimuksestaan, että siinä ”lähtökohdaksi ei oteta sen enempää valtion, kunnan kuin itsehallinnonkaan käsitteitä, vaan tehtävänä on ilman ennakoasenneitumista voimassa olevan oikeusjärjestyksen mukaan selvittää, millainen on kunnan asema valtiossa”. Tässä tosin ”joudutaan kyllä operoimaan käsitteillä valtio ja kunta, mutta niille annetaan eri yhteyksissä toisistaan poikkeava ja kustakin käyttöyhteydestä ilmenevä merkitys”.

Esimerkiksi Holopaisen käsiteanalyttisesta lähestymistavasta käy valtio-käsitteen erittely (Holopainen 1969, s. 7–9). Hän korostaa valtio-sanana monimerkityksisyyttä ja toteaa olevan ”helppo huomata, ettei se valtio, joka maksaa avustuksia, ole sama kuin oikeusjärjestystä ylläpitävä valtio ja että valtiolla kulttuuritekijänä halutaan puolestaan ilmaista kokonaan muuta kuin kummallakin ensiksi mainitulla käsitteellä”. Tämän vuoksi ”kysymys, mikä on valtio, ei ... näitä tapauksia toisiinsa rinnastettaessa tunnu edes mielekkäältä”, vaan ”on pakko todeta, että se yhteinen tekijä – jos tällainen kaikesta huolimatta halutaan löytää –, joka oikeuttaa kaikissa mainituissa tapauksissa puhumaan samasta ilmiöstä, on niin kaukana, ettei sen etsiminen käytännön elämässä ole mahdollista eikä tarpeellista”. Kuitenkaan ”valtio-sanana käyttämisestä erilaisissa merkityksissä ei ... aiheudu haittaa eikä sekaannusta ihmisten keskinäisessä kanssakäymisessä”, koska ”valtion kulloinenkin merkitys ilmenee ... yleensä siitä yhteydestä, missä sanaa käytetään”. Siten ”valtio sanaa käytettäessä ei käytännön elämässä etsitä valtion ’olemusta’, vaan lähdetään yksinkertaisesti siitä, että sanalla valtio tarkoitetaan eri tapauksissa eri ilmiöitä”.

Käsiteanalyttisten lähtökohtiensa mukaisesti Holopainen perustaa kunnan oikeudellisen aseman selvittämisen Suomen oikeusjärjestyksen varaan. Kun Suomen oikeusjärjestys ei Holopaisen (s. 281) mukaan rakennu tietyn itsehallinnon käsitteen perustalle, kunnan asemaa koskevia kysymyksiä tutkittaessa ei ole aihetta itsehallinnon käsitteen selvittelyyn. Tällainen selvittely olisi ”mielekkästä ja hyödyllistä vain sillä edellytyksellä, että itsehallinnolla olisi tietynsisältöinen pysyvä olemus”, että ”on olemassa tai että on oltava olemassa yksi ainoa oikea ja hyväksyttävä itsehallinnon käsite, jonka etsimisellä ja löytämisellä voidaan ratkaista kunnan asemaan liittyvät ongelmat”. Varsinkin saksalaiset 1800- ja 1900-luvun taitteen tutkijat lähtivätkin tällaisesta olettamuksesta, ja Holopaisen kritiikin mukaan vielä 1950- ja 1960-luvun vaihteen suomalaisessa oikeustieteessäkin on todettavissa sama lähtökohta; Holopainen (s. 285–286) viittaa *Olli Ikkalan* (1959) teokseen *Kunnan yleinen toimivalta*. Sen sijaan Ståhlberg, Willgren ja Merikoski saavat Holopaiselta (s. 284–285) synninpäästön, koska he eivät näytä edellyttävän eri itsehallintomuotojen olevan ”tarkalleen samanlaisia ja yhteneviä”. Holopaisen mukaan Ståhlberg ja Merikoski tunnustavat, että ”itsehallinto-sanalla tarkoitetaan eri yhteyksissä erisisältöisiä entiteettejä”. Holopainen (s. 286) katsookin käyneen ”riidattomasti ilmi, ettei kunnan asemaa tutkittaessa voida lähtökohdaksi ottaa apriorisesti määrättyä yksiselitteistä itsehallinnon käsitettä, vaan että kunnan asema ja HM 51,2 §:ssä käytetyn itsehallintosa-

nan merkitys on määrättävä empiirisesti edellä esitettyjen tosiasioiden perusteella”. Pyrkimyksenä on kuvata kunnan asema voimassa olevan oikeuden mukaisena ”reaalisena ilmiönä”.

Vastaväittäjä Makkonen yhtyy Holopaisen käsiteanalyttisiin, käsitelainoppia kritikoiviin lähtökohtiin. Makkonen (1969, s. 472) luonnehtii olemuseli substanssijattelun torjumista Holopaisen tieteelliseksi perusasennoitumiseksi ja toteaa kiittäen, että ”juuri se on vaikuttanut ratkaisevasti uuden näkökulman avautumiseen tutkimukselle”. Makkosen (1969, s. 471) mukaan ”juridisessa tutkimuksessa on usein osoittautunut hedelmättömäksi asettaa sen tyyppisiä kysymyksiä kuin ’mikä valtio on’, ’onko kunta oikeushenkilö’, ’mikä on itsehallinnon käsite’ jne.” Tällaisiin kysymyksiin ei näet ole annettavissa yleispätevää vastausta: ”kokemus on osoittanut, että vastauksen etsiminen pyrkimällä kehittämään tietty määritelmä on johtanut konstruktioihin, joilla ei aina ole vastinetta positiivisessa oikeudessa”, ja ”kun konstruktioista sitten tehdään johtopäätöksiä, syntyy helposti näennäisongelmia”. Makkonen kytkee nämä ongelmat siihen, että ne on aina nähty ontologisina ja että esimerkiksi sellaisten termien kuin ”valtio” ja ”oikeushenkilö” on ajateltu olevan nimirelaatiossa joihinkin objekteihin. Makkosen mukaan ”vapautuminen tavoittamasta nimirelaatioon on häivyttänyt monia ongelmia”. Niinpä ”monet käsitteelliset probleemat selkiintyvät, jos luovutaan tavoittamasta yleispätevää määritelmää ja lähdetään siitä, että yksityisillä sanoilla voi olla merkitystä ainoastaan eri lauseyhteyksissä”, ja siten ”ongelma muodostuu usein kielenkäyttöprobleemaksi”.

Mutta oppipoika saa osakseen myös kritiikkiä. Makkonen (s. 471–472) oikoo Holopaisen erittelyä oikeushenkilön käsitteestä. Holopaisen mukaan ”oikeushenkilö” on samanlainen näennäisnimi kuin ”kentauri”. ”Oikeushenkilöön” ei siten voitaisi soveltaa ekstensionaalista ajattelua, koska siltä puuttuu empiirinen referenssi, vaan sitä olisi lähestyttävä intensionaalisesti, selvittämällä sen kulloisestakin käyttöyhteydestä riippuvaa merkitystä. Makkonen tähdentää, että ”kentaurista” poiketen molemmat näkökulmat ovat sovellettavissa ”oikeushenkilöön”. Niinpä ”Lahtinen on lähestynyt ongelmaa yksinomaan tunnusnimenäkökulmasta ja Aarnio puolestaan on, osoittan tämän riittämättömäksi, vienyt probleeman astetta pitemmälle, kielenkäyttöongelmaksi ylipäänsä”. Voimme ehkä ilmaista Makkosen Holopaiseen näiltä osin suuntaaman kritiikin niin, että Holopainen on vienyt ”esineellistävän” ajattelun arvostelun liian pitkälle: vaikka juridistenkin termien merkitys riippuu käyttöyhteydestä, tämä ei välttämättä sulje pois sitä, etteivätkö nämä joskus voisi olla nimirelaatiossa johonkin empiiriseen todellisuuteen

sijoittuvaan objektiin, etteikö niillä toisin sanoen voisi joskus olla semanttista referenssiä empirisessä todellisuudessa. Makkonen (s. 473) kirjoittaakin vastaväittäjän lausunnossaan, että ”väärinkäsitysten välttämiseksi on ... syytä huomauttaa, ettei nimirelaatio välttämättä k a i k i s s a yhteyksissä ole pois suljettu jonkun termin merkityssisällön analyysissa”. Kun sanojen merkityssisältöä tutkitaan niiden lauseyhteyksissä, ”sama termi voi jossakin yhteydessä olla nimi, toisessa yhteydessä taasen saattaa olla harhaanjohtavaa pyrkii nimirelaatioon”.

Toisaalta Makkonen (s. 472–473) myös epäilee, onko Holopainen kyennyt pitämään johdonmukaisesti kiinni substanssiajattelun vastaisesta lähtökohdastaan. Makkosen arvostelun mukaan Holopainen näyttäisi toisinaan vähintäänkin implisiittisesti oletavan olemus-ajattelua vastaavan nimirelaation sinne, missä siitä ei tutkimuksen julkilausuttujen lähtökohtien nojalla pitäisi voida puhua. Latinisti Makkosen mieleen on tullut Horatiuksen säe: *Naturam expellas furca, tamen usque recurret* (aja luonto pois heinähangolla, se tulee silti yhä takaisin). Holopainen (1969, s. 22) esimerkiksi lausuu organisaatioista ja orgaaneista, että niiden ”substanssina on oikeusjärjestyksessä konkretisoitu ihmisestä riippumaton oikeuspiiri ja siihen yhdistyvä kompetenssi”. Myös eräistä Holopaisen ”valtiota” koskevista luonnehdinnoista voi Makkosen mukaan ”saada käsityksen, että tekijä kuitenkin edellyttää valtion eräänlaisena oliona, ihmisistä riippumattomana substanssina”. Holopainen (s. 14) nimittäin toteaa valtion olevan yhtäältä se ”subjekti”, joka on välttämätön oikeusjärjestykselle, toisaalta se on kaikkien ihmisten yläpuolella oleva ”valtasubjekti”, joka pystyy huolehtimaan siitä, että valtion oikeusjärjestys on oikeudenmukainen.

Makkonen (s. 473) arvostelee Holopaista myös siitä, että tämä tuo nimirelaation toimivalta-käsitteenkin erittelyyn, vaikka ”näyttää ... siltä, että toimivaltaongelman selvittelyssä olisi vältettävä ekstensionaalista ajattelua, termin merkityssisällön selvittämistä nimirelaatiossa johonkin”. Holopaisen (s. 33) mukaan ”yksityisautonomia” ja ”julkinen valta” ovat kahden erilaatuisen toimivallan nimiä. Makkonen sen sijaan katsoo, että ””yksityisautonomia’, ’julkinen valta’, ’toimivalta’ ilmaisujen yhteydessä tuskin voidaan löytää mitään, jonka nimiä ne olisivat”, vaan ”kysymys on pikemminkin tietyistä asiantiloista, joiden vallitessa ilmaisuja on mielekästä käyttää”.

Vaikka Makkonen hyväksyykin Holopaisen julkilausutut käsiteanalyttiset lähtökohdat, hän pitää tämän ohjelmallisia lausumia eräässä mielessä liian radikaaleina; juuri tietynlaisessa ohjelmallisessa käsiteneihilismissään oppipoika on ehkä ollut luterilaisempi kuin Luther itse. Lisäksi Makkonen

(s. 474) toteaa tekijän esityksen tuntuvan muutamissa kohdin hämärältä ja lukijan saattavan ”jopa saada sen käsityksen, että kirjoittaja silloin tällöin syyllistyy siihen, minkä hän periaatteessa torjuu, nimittäin oikeudellisten johtopäätösten tekemiseen käsitelonstruktioista”. Saattaa tuntua yllättävältä, että Makkonen, jota on pidetty käsitelainopin kriitikkona *par excellence*, lisää tähän: ”Eri asia on, onko tätä a i n a edes pidettävä virheenä.”

Makkoselle Holopaisen esitys osoittaa, että ongelma käsitteiden käytöstä oikeustieteessä ei ole aina niinkään yksioikoinen. Makkonen (s. 474) muistuttaa, että kun käytämme kieltä, käytämme myös käsitteitä, joiden avulla kuvaamme todellisuutta. Ja kun annamme kielellisille ilmaisuille merkitysisältöjä, muodostamme käsitteitä, ajatuksellisia apuvälineitä. Niinpä ”kysymys ei ehkä ole niinkään siitä, käytämmekö käsitteitä tai ei, vaan siitä, miten ne muodostetaan tai eri yhteyksissä ymmärretään”. On myös ongelmallista sanoa, että eräät oikeusjärjestykset ovat käsitteellisiä ja toiset eivät. Makkonen kysyy, mitä itse asiassa tarkoittaa, että jokin oikeusjärjestys rakentuu tietyille käsitteille tai että jokin oikeusjärjestys on käsitteellisempi kuin jokin toinen. Käsitteiden avulla kuvataan oikeusjärjestyksiä, käsitteet ovat ”välttämättömiä ajatusvälineitä kaikissa yhteyksissä”: ”kyllä kai Suomenkin oikeusjärjestyksen kuvaamisen on tapahduttava käsittein, eri asia sitten on, mitä ne sisältävät”. Holopainen korostaa monessa yhteydessä, että kunnan asemaa on tutkittava ”reaalisena ilmiönä”, positiivisoikeudellisen lainsäädännön nojalla. Makkosen kritiikki taas tähdentää, että tähän ”reaaliseen ilmiöön” ei ole käsitteet ohittavaa oikotietä, että kunnan asemaa sääntelevää positiivisoikeudellista lainsäädäntöä ei voida kuvata ilman käsitteellisiä apuvälineitä. Makkonen (s. 476) arvostelee myös Holopaisen lakipositivistista purismia. Hän kysyy, ”mitä tarkoittaa se, että kunnan asema perustuu oikeusjärjestykseen eikä sen ulkopuolisiin sosiologisiin, ideologisiin ym. tekijöihin” ja jatkaa:

”Eivätkö mainitut tekijät aina ole oikeusjärjestyksien taustalla? Tuskin voidaan ajatella oikeusjärjestystä, joka ei ilmaisisi jotakin ideologiaa tai kytkeytyisi joihinkin sosiologisiin tekijöihin. Perustuessaan säädetyistä normeista muodostuvaan oikeusjärjestykseen, kunnankin asema kai liittyy niihin sosiologisiin ja ideologisiin tekijöihin, jotka ovat tämän oikeusjärjestyksen takana? Onko ylipäänsä mahdollista, että oikeusjärjestys pystyy, kuten tekijä sanoo, yksinomaan kunnan aseman funktionaaliseen säätelymiseen? Eivätkö niiden ideologisten ohjelmien ja päämäärien asettaminen, joka tekijän mukaan liittyy normatiivisten käsitteiden käyttämiseen, itse asiassa aina ole asian luonnosta johtuva välttämättömyys?” (s. 476–477.)

Nämä kysymykset viestivät Makkosen oman opettajan, Otto Brusiinin, vaikutuksesta. Makkosen tuotannon kokonaisuutta vasten niitä voi kuitenkin pitää jossain määrin vieraina: hänen omista tutkimuksistaan saa turhaan haakea oikeusjärjestyksen taustalla olevien sosiologisten ja ideologisten tekijöiden erittelyä.

Käsitelainopin itsepuolustus

Ohjelmallisen analyttisesti suuntautuneiden hallinto-oikeudellisten tutkimusten sarja päättyi Kari Sinisalon väitöskirjaan *Poliisin toimivallan määräytyminen*. Kirja on kiinnostava myös siksi, että vastaväittäjänä oli *Olavi Rytkölä*, jonka analytytikit ymmärsivät edustavan traditionaalista, käsitelainopillisesti asennoitunutta tutkimusta ja johon esimerkiksi Holopainen väitöskirjassaan suuntasi ankaraa kritiikkiä. Sinisalon väitöskirjan kautta voimme siis myös lähestyä edellisen tutkijapolven reaktiota osakseen saamaansa arvosteluun ja ylipäättään uuden tyyppiseen lähestymistapaan.

Sinisalo ilmoittaa tutkivansa väitöskirjassaan poliisin vallankäyttöä ”siltä osin kuin sen tavoitteena on *yleisen järjestyksen ja turvallisuuden* voimassa pitäminen”. Hän toteaa, että ”näin ollen olisi tähdellistä ilmoittaa, minkälaisia ilmiöitä mainitun termikompleksin piiriin poliisilain mukaan luetaan”. Hie-man yllättäen hän jatkaa, että ”sellaista esitystä ei tämä teos varsinaisesti kuitenkaan sisällä, vaan asian selvittäminen on täytynyt jättää tutkimuksen ulkopuolelle”. Hänen mukaansa työssä ”tutkitaan sen vallan määräytymistä, joka poliisilla on yleisen järjestyksen ja turvallisuuden voimassa pitämiseksi, mutta ei kuvailla yksityiskohtaisesti, mitä tuolla termikompleksilla tarkoitetaan”. Valintaansa hän perustelee ensinnäkin sillä, että ”sanallisen analyysin” avulla ei voida saada merkittäviä tuloksia: ”emme voi irrallisesti pohtia, mitä tarkoitetaan sanalla järjestys, mitä sanalla turvallisuus jne.” Arkikielessä järjestyksestä ja turvallisuudesta puhutaan monessa merkityksessä, ja asiayhteydestä ja kielenkäyttäjistä riippuu, mitä niillä kulloinkin tarkoitetaan. Sinisalo viittaa siihen, mitä Makkonen kirjoitti huoneenvuokralain käsitteestä ”pahan tapainen elämä” artikkelissaan ”Ajatuksia juridisen kielen loogisesta analyysistä”. Makkosen (1959, s. 62) mukaan ”tuomioistuin omaksuu jokaisessa yksityistapauksessa termien käyttöedellytykset, joita voi olla yhtä monta kuin tuomioistuimen ratkaistavaksi kysymyksessä olevilla perusteilla saatettua oikeustapausta”. Vastaavasti tulisi siten Sinisalon mielestä ”voida osoittaa oikeustapauksia hyväksi käyttäen, minkälainen merkityssisältö termikompleksil-

le yleinen järjestys ja turvallisuus on poliisitoiminnan yhteydessä annettu”. Tällaisia tuomioistuinratkaisuja ei kuitenkaan juurikaan ole, eikä edes kante-luratkaisuista kerry riittävää aineistoa. (Sinisalo 1971, s. 28–29.)

Sinisalon tutkimuksen peruskäsite on ”toimivalta”, ja väitöskirjan II luku onkin otsikoitu *Toimivalta terminologisena käsitteenä*. Jo luvun ensimmäisessä kappaleessa Sinisalo (s. 43) omaksuu Makkosen vuonna 1964 esittä-män toimivaltakäsitteen määritelmän: ”orgaanin toimivallalla ... tarkoite-taan tässä teoksessa sen *valtaa liittää oikeustosisekoihin tiettyjä oikeus-seuraamuksia*” tai – toisin ilmaistuna – ”sille kuuluvaa mahdollisuutta ai-kaansaada muutos hallintoalamaista tai toista orgaania koskevassa oikeudel-lisessä normistossa”. ”Toimivaltanormiksi” Sinisalo (s. 49) ilmoittaa ”kut-suvansa” ”oikeusohjetta, joka sääntelee jonkin orgaanin toimivaltaa”. Toi-mivaltaa taas käytetään siten, että ”orgaani reaali maailmassa havaittavalla tavalla liittää oikeustosisekkaan siihen kuuluvan seuraamuksen”.

Makkoseen vedoten Sinisalo (s. 50) viittaa ”esineellistävään ajatteluta-paan, jolla toimivallan siirtämiseen liittyviä probleemoja on koetettu ratkais-ta”. Sinisalon mukaan ”myös puhuttaessa toimivallan käyttämisestä ja ni-menomaan sen ylittämisestä syntyy helposti tämäntapainen mielikuva”: ”toi-mivalta on ikään kuin jokin alue, jolla orgaani liikkuu ja jonka rajan se liik-kuessaan saattaa ylittää”. Se, ”mitä todella tapahtuu”, kun toimivalta ”ylite-tään”, on Sinisalon (s. 50–51) erittelyn mukaan virheellinen kytkentä: ”toi-siinsa kuulumattomat tosiseikat ja oikeusseuraamukset liitetään yhteen tai sitten oikean kytkennän suorittaa väärä orgaani”. Itse asiassa jos ”toimivalta ylitettiin, sitä ei ollutkaan”, mutta jos orgaanin sanotaan toimineen ”toimi-valtansa rajoissa” tai ”toimivaltansa mukaisesti”, silloin orgaanilla yksinker-taisesti *oli* toimivalta. Sinisalon mukaan olisikin täsmällisempää puhua toi-mimisesta toimivaltanormien mukaisesti tai niitä rikkoen.

Sinisalon erittelyä, joka ponnistaa Makkosen ”Toimivalta”-artikkelis-ta, voi pitää julkisoikeudellisena esimerkkinä pyrkimyksestä korvata ”sub-stanssijattelu” relaatioanalyysillä. Varovaiseksi kritiikiksi voi tulkita Sini-salon (s. 55) kommentin Makkosen toteamukseen, jonka mukaan päättely itse asiassa käy hallintotoimen pätevyydestä asianomaisen instanssin kom-petenssiin eikä kompetenssista pätevyYTEEN. Sinisalo toteaa, että ”käytän-nössä ei kuitenkaan ole hallintotoimia, jotka apriorisesti *tiedettäisiin* päte-viksi ja joista niin ollen voitaisiin päätellä toimivallan olemassaolo”. Tilanne on päinvastoin se, että ”on hallintotoimia, joiden pätevyys halutaan tietää”. Kysymykseen vastataan toimivaltanormien nojalla, ja näin käytännössä päät-tely kulkee orgaanin toimivallasta hallintotoimen pätevyYTEEN.

Makkosen ohella Sinisalo (s. 60–63) nojautuu myös Hohfeldtin erittelyyn oikeudellisista perusrelaatioista. Näiden avulla hän etsii vastausta kahteen virkamiehen toimivallan ja virkavelvollisuuksien välistä suhdetta koskevaan kysymykseen. Ensinnäkin ”jos sanomme, että jonkin toimenpiteen suorittaminen on virkamiehen velvollisuus, sanommeko samalla, että hän on toimivaltainen suorittamaan tämän toimen”? Ja toiseksi ”jos sanomme, että virkamies rikkoo virkavelvollisuutensa, sanommeko samalla, että hän ylittää toimivaltansa”? Toimivallan ja velvollisuuden käsitteellisen suhteen kannalta olennaista on Sinisalon mukaan, ”aikaansaako velvollisuuden täyttäminen hallintoalamaista tai toista orgaania koskevan oikeustilan muutoksen”. Kun näin ei aina ole, Sinisalo päättelee, että ”orgaanin toimivallalla ja velvollisuudella ei ole sellaista yhteyttä, *että jommastakummasta esitettävät väitteet merkitsisivät sellaisinaan mitään toisen osalta*”. Niinpä ”positiivisen oikeuden pohjalta on erikseen ratkaistava, minkälaisia velvollisuuksia orgaanilla on, ja toisaalta, minkälainen toimivalta sillä on”.

Ei ole yllättävää, että vastaväittäjä Rytkölä ilmoitti pitävänsä teoksen positiivisoikeudellista toista osaa ”huomattavasti parempana” kuin ensimmäistä osaa, joka käsitti johdannon ja toimivalta-käsitettä koskevan luvun. Rytkölän mukaan ensimmäiseen osaan sisältyy ”liian paljon käsitelmärittelijä, jotka lisäksi eivät selvästi aina ilmaise, mitä kirjoittaja asianomaisilla käsitteillä kulloinkin tarkoittaa”. Rytkölä arvostelee erityisesti toimivaltakäsitteen erittelyä. Hän selostaa Sinisalon lähtökohtanaan käyttämää Makkosen toimivalta-käsitteen määritelmää ja toteaa, että hän ei omasta puolestaan ”voi hyväksyä enempää kirjoittajan omaksumaa lähtökohtaa kuin sitä varsin suppeaa toimivallan käsitettä, johon hän tutkimuksessaan päätyy”. Vastaväittäjän kritiikkiä ei voi pitää kovin vakuuttavana; siinä on vahvasti auktoriteettiargumentaation piirteitä. Rytkölä katsoo, että ”kun kysymys on niin keskeisestä asiasta hallinto-oikeudessa kuin viranomaisen ja virkamiehen toimivallasta, on ... *hallinto-oikeudellisessa tutkimuksessa* lähdettävä niistä toimivallan määrittelyistä, jotka hallinto-oikeustieteessä ja yleensä julkisessa oikeudessa ovat vallitsevia”. Ja sitten avoin auktoriteettiargumentti: ”Näin sitäkin suuremmalla syyllä, kun lukuisat hallinto-oikeuden tutkijat (*Forsthoff, Herlitz, Ståhlberg, Merikoski, Uotila* ym.) ovat samoin kuin allekirjoittanutkin määritelleet tai ainakin ymmärtäneet toimivallan paljon laajempisältöiseksi käsitteeksi.” (Rytkölä 1971, s. 752.)

Miten niin sanotun perinteisen doktriinin edustajat sitten yleisemmin vastasivat analyttikkojen kritiikkiin? Merikosken vastauksena oli vaikeneminen. Häneen olikin uuden sukupolven kirjoituksissa suhtauduttu sopivan

kunnioittavasti, ja arvostelu, silloin kun sitä esitettiin, oli puettu kohteliaaseen muotoon. Toisaalta se Makkosen väitöskirjan kritiikki yhden ainoan oikean ratkaisun oppia kohtaan, joka 1960-luvun lopulla ja 1970-luvulla eniten innosti ainakin oikeustieteellisen tutkijakunnan nuorta, radikaalia siipeä, kohdentui pitkälti juuri Merikoskeen. Merikosken aktiivinen tutkijauraa oli 1960-luvulla kuitenkin jo lopuillaan; sen päätepiirteenä voi pitää vuonna 1958 ilmestynyttä teosta *Vapaa harkinta hallinnossa*. Merikoskella ei enää seuraavalla vuosikymmenellä näyttänyt riittävän kiinnostusta vastata esimerkiksi siihen kritiikkiin, jota Makkonen oli väitöskirjassaan esittänyt yhden ainoan oikean ratkaisun mallista tai sidotun ja vapaaharkintaisen hallinnon määrittelemisestä. Vastaaminen perinteisen doktriinin kritikoille jäi lähinnä Rytkölän harteille.

Olisi epäoikeudenmukaista ja harhaanjohtavaa jättää Rytkölän vastaargumentaation selostaminen pelkästään tämän Sinisalon väitöskirjasta kirjoittamaan lausuntoon. Sisällöllisempää argumentaatiota edustaa esimerkiksi Lakimiehessä vuonna 1965 julkaistu artikkeli ”Hallinto- ja finanssioikeudessa sovellettavista oikeusnormeista”. Suurin osa niistä analyttisten lähtökohtien nimiin vannovista tutkimuksista, joita olen yllä tarkastellut, oli tuolloin vielä julkaisematta; lukijoiden saatavilla oli vasta Makkosen kaksi ensimmäistä artikkelia, joista vain toinen, toimivaltakäsitetä eritelty, sijoitui nimenomaan hallinto-oikeuden alaan. Voikin ehkä sanoa, että Rytkölä kirjoituksellaan tavallaan ennakoivat sitä perinteisen doktriinin käsiteanalyttistä kritiikkiä, jota Holopaisen väitöskirja ehkä kaikkein radikaaleimmin edusti.

Jos Holopaisen väitöskirjan ohjelmallisia jaksoja voi lukea eräänlaisena käsiteanalyttisenä uskontunnustuksena, Rytkölän kirjoitus alkaa oikeustieteellisen käsitteenmuodostuksen puolustuspuheella sitä kritiikkiä vastaan, jota käsitelainoppiin oli kohdistettu. Tämän päivän keskustelun kannalta mielenkiintoista on myös se, että Rytkölä pyrkii nimenomaisesti osoittamaan hallinto-oikeuden yleisten oppien merkityksen niin hallinto-oikeustieteelle kuin käytännön hallintotoiminnallekin.

Rytkölän mukaan ”oikeustiede pyrkii useiden muiden tieteiden tavoin oikeuselämän eri ilmiöiden perusteella muodostamaan tiettyjä käsitteitä sekä kokoamaan nämä käsitteet yhtenäiseksi järjestelmäksi”. Hallinto-oikeudessa tällaisella käsitteenmuodostuksella on hänen mielestään ehkä vielä suurempi merkitys kuin monilla muilla oikeudenaloilla. Syynä on se, että ”hallinto on siksi monivivahteista ja sen alalla esiintyvät oikeusilmiöt siksi moninaisia, että niiden oikea ymmärtäminen ja oikeussäännöksiin järjestäminen

vaatii ehdottomasti hallinnon kulkuun vaikuttavien johtavien periaatteiden selvittämistä ja tiettyjen yleiskäsitteiden muodostamista”. Rytkölä korostaa niin ikään, että ”myös lainkäytön yhtenäisyys hallinnon alalla edellyttää, että tapahtumia katsotaan tietyistä kiinteistä näkökulmista pyrkimällä arvos-telemaan samankaltaisia ilmiöitä samalla tavalla”. Kriitikoiden puoleen kääntyen Rytkölä toteaa, että ”vaikka tällaisella käsitelainopilla on varsinkin Skandinavian maissa runsaasti vastustajia, niin ei ainakaan hallinto- ja finanssioikeudessa ilman sanotunlaista käsitteenmuodostusta päästä lainkaan oikeudenmukaisiin tuloksiin”.

Rytkölä näyttää hyväksyvän myös käsitelainopin konstruktiivisen metodin deduktiivisen puolen, toisin sanoen käsitteiden käyttämisen perustana yksittäistapauksellisille oikeudellisille johtopäätöksille, mutta esittää tälle tärkeän reunaehdon. Hän näet tähdentää, että ”on aina muistettava, että tiettyihin käsitteisiin ja niihin liittyviin yleisluonteisiin oikeudellisiin periaatteisiin nojautuen ei ole koskaan lupa sivuuttaa yksityistapauksessa kenties toisensisältöisiä positiivisoikeudellisia säännöksiä”. Toisaalta yksittäisten oikeudellisten tilanteiden erityisluonnetta korostavaan kasuistiseen metodiin liittyvät myös omat vaaransa: ”kasuistinen metodi, pyrkiessään yleensä käsittelemään kunkin yksityistapauksen erillisenä ja siten pakostakin laajemmasta oikeudellisesta miljööstä riippumattomana ilmiönä sekä tekemään ratkaisunsa tämän mukaisesti, johtaa epäyhtenäiseen ja kirjavaan hallintokäytäntöön sekä vie helposti mielivallan tielle”. Rytkölän johtopäätöksenä on, että ”hallinto- ja finanssioikeudessa onkin erityisesti niillä oikeuskäsitteillä ja oikeusperiaatteilla, jotka sisältyvät ns. hallinto-oikeuden oppeihin, huomattava merkitys niin hallinto-oikeustieteen kuin myös käytännössä esiintyvien hallinnollisten ratkaisujen kannalta ... jopa niin suuri merkitys, että hallinto-oikeudellista tutkimusta ilman riittävää hallinto-oikeuden yleisten oppien tuntemusta ja huomioon ottamista ei juuri voida ajatella”.

Samaan tapaan kuin Paul Laband lähes 100 vuotta aikaisemmin, Rytköläkin joutuu vielä toteamaan julkisoikeuden olevan tieteellisen tutkimuksen kohteena yksityisoikeutta huomattavasti nuorempi oikeudenala. Niinpä ”hallinnon joutumisesta verraten myöhään laajemman oikeustieteellisen huomion ja tutkimuksen kohteeksi on ollut yhtenä seurauksena, että hallinto-oikeudellisessa käsitteenmuodostuksessa ja hallinto-oikeuden johtavien periaatteiden selvittelyssä on vielä olemassa paljon puutteita ja vajavaisuuksia”. (Rytkölä 1965, s. 172–173.)

Tilien päättämistä

Analyyttisen oikeustieteen kahta vaihetta tai sukupolvea voi kutsua analyyttiseksi realismiksi ja analyyttiseksi hermeneutiikaksi. Ensimmäisen vaiheen nimitys on tosin sikäli harhaan johtava, että kaikki tämän vaiheen edustajat Suomessa – erityisesti on mainittava Zitting – eivät olleet kiinnostuneita skandinaavisen realismin realistisesta puolesta. Mutta jos laajennamme tarkastelumme Suomesta pohjoismaiseen keskusteluun, luonnehinnat voitaneen yleistyksinä hyväksyä. Makkosen keskeinen merkitys on ehkä siinä, että hän on näiden kahden vaiheen välittäjä, joka suomalaisen oikeusteorian historiassa selkeästi viitoittaa tietä kohti *Aulis Aarniossa* henkilöityvään analyyttiseen hermeneutiikkaan. On kiinnostavaa havaita jo Makkosella viittauksia, joista Aarnio lähti kehittämään omaa ajatteluaan: Wittgensteinin myöhäisfilosofian ohella esimerkiksi *von Wrightin* praktisen syllogismin hyödyntäminen tuomioistuinten ratkaisutoiminnan erittelyssä tai argumentaatioteorian merkitys. Makkosesta Aarnioon johtava linja ei kuitenkaan ole tämän kirjoituksen teemana.

Ensimmäiselle vaiheelle voi asettaa kaksi tunnusmerkkiä: ensinnäkin käsite- ja kielianalyysin kohdentaminen oikeustieteen kieleen, oikeusfilosofian tai oikeusteorian tehtävän tulkitseminen nimenomaan oikeustieteen kielen ja käsitteistön puhdistamiseksi metafyyysisistä aineksistaan. Näinhän esimerkiksi Ross määritteli *Om ret og rettferdighed* -teoksessaan oikeusfilosofian tehtävät (Ross 1966, s. 9 ss.). Tässä on analyttisen realismin analyttinen puoli. Realistinen puoli, ensimmäisen vaiheen toinen tunnusmerkki, ilmenee puolestaan empiristisessä ontologiassa ja tieteenfilosofiassa: oikeustieteen tieteellisyys oli pelastettava osoittamalla sen peruskäsitteille semanttinen referenssi empiirisessä todellisuudessa. Esimerkeistä käyköön vaikka Rossin (1966, s. 41 ss.) voimassaolo-käsitteen analyysi tai Lahtisen (1951) oikeusnormin käsite. Jos käsitteillä ei ollut empiiristä semanttista referenssiä, ne oli hylättävä metafyyysisinä spekulatioina. Tämähän oli esimerkiksi Lundstedtin johtopäätös subjektiivisen oikeuden käsitteen erittelystä (ks. esim. Lundstedt 1929). Käsiteanalyysiin voi vielä liittää vaatimuksen substanssi- tai olemusajattelun hylkäämisestä ja korvaamisesta käsitteillä, jotka substanssien sijasta viittaavat relaatioihin. Esimerkkinä voi käyttää Zittingin (1951 ja 1952) kritiikkiä traditionaalista omistusoikeus-käsitettä kohtaan ja yhtenäisen, etten sanoisi möhkälemäisen, omistusoikeus-käsitteen hajottamista omistajan oikeusasemiksi eri relaatioissa.

Makkonen suhtautuu ihaillen Zittingin omistusoikeus-käsitteen erittelyn kaltaisiin analyyttisen oikeustieteen ensimmäisen vaiheen saavutuksiin; esineellistävän substanssi- tai olemusajattelun kritiikki saa häneltä täyden tuen. Ja myös häneltä voidaan osoittaa realisteilta vaikutteita saaneita yrityksiä paikantaa keskeisille oikeudellisille käsitteille semanttinen referenssi empirisestä todellisuudesta; Makkonenhan esimerkiksi nojaa käyttämänsä oikeusnormin käsitteen Geigerin ja Lahtisen realistisiin esikuviiin. Tällaisten pyrkimysten ansio on Makkosen mielestä ennen muuta käsitteiden täsmällisyyssasteen kohottamisessa.

Kuitenkin ensimmäisen vaiheen tapa asettaa oikeusfilosofian tai oikeusteorian tehtävät on Makkosen mielestä liian ahdas. Hän allekirjoittaa käsiteanalyysin merkitystä painottavan ja samalla käsitelainoppiin kriittisesti suhtautuvan lähtökohdan. Mutta käsiteanalyysia ei ole suunnattava vain oikeustieteen kieleen vaan ylipäättään toimivaan oikeudelliseen kieleen, tosiasialliseen oikeudelliseen kielenkäyttöön. Empiristisen koeteltavuus-teesin käyttäminen oikeudellisten käsitteiden hyväksyttävyyden mittarina merkitsee puolestaan oikeudellisten käsitteiden tehtävien ymmärtämistä liian kapeasti: oikeudellisilla käsitteillä on oikeudellisessa kielenkäytössä muitakin tehtäviä kuin vain kuvata (empiristä) todellisuutta. Oikeudellistenkin käsitteiden merkitys riippuu niiden kulloisestakin käyttöyhteydestä – kieliopelista, jossa niitä käytetään. On mahdollista, että joissakin käyttöyhteyksissä oikeudellinen käsite on nimirelaatioissa johonkin empirisen todellisuuden ilmiöön, mutta näin ei suinkaan aina ole asia. Oikeusfilosofian tehtävänä ei ole niinkään karsia oikeudellisesta kielenkäytöstä käsitteitä, jotka eivät täytä empiristisen tieteenfilosofian puristisia vaatimuksia, kuin selventää käsitteiden merkitystä niiden käyttöyhteyksiä erittelemällä. Analyyttinen realismi äärimuodoissaan jakoi, paradoksaalista kyllä, käsitelainopin esineellistävän substanssijattelun kanssa saman perusvirheen: ekstensionaalisen ajattelun, jossa käsitteet nähtiin aina nimirelaatioissa johonkin ilmiökokonaisuuteen. Näin oli siitä huolimatta, että näillä suuntauksilla oli tietysti kokonaan eri käsitys siitä, minkälainen oli luonteeltaan se todellisuus, joka muodosti nimirelaation toisen puolen.

Muissa Pohjoismaissa, ennen kaikkea Norjassa mutta osin myös Tanskassa, analyyttinen realismi on toiminut porttina oikeussosiologiseen kiinnostukseen. Voimme viitata *Torstein Eckhoffiin* tai Tanskassa vaikuttaneeseen Theodor Geigeriin. Mutta porttiteoria yksinkertaistaa tässäkin yhteydessä vaikutussuhteita. On mahdollista, että oikeusrealismi tyytyy pelkästään oikeudellisten peruskäsitteiden määrittelemiseen uudelleen eikä etene oikeus-

sosiologiseen suuntaan. Esimerkeistä käyköön Rossin ja Lahtisen tuotanto. Ja vaikka Makkonen korostaakin, että oikeustiede on yhteiskuntatiede, hän ei omassa tuotannossaan pureutunut oikeuden sosiaalisiin, poliittisiin tai ideologisiin tausta- ja ympäristötekijöihin. Makkonen oli läheisessä yhteydessä *Otto Brusiiniin*, ja Brusiinin vaikutteita voi todeta siinä moitteessa oikeusjärjestyksen irrottamisesta sosiologisesta ja ideologisesta taustastaan, jonka Makkonen suuntaa Holopaiseen. Mutta moitteen voisi kääntää Makkoseen itseensäkin.

Ne hallinto-oikeuden tutkijat, jotka pyrkivät soveltamaan Makkoselta saamia analyttisiä vaikutteita, eivät enää olleet kiinnostuneita analyttisen realismin empiristisistä lähtökohdista. Esimerkiksi Holopainen tosin korostaa voimakkaasti, että hän tutkii kunnan asemaa empiirisenä ilmiönä. Mutta ”empirialla” hän ei viittaa ”sosiaaliseen todellisuuteen” vaan positiiviseen oikeusjärjestykseen. Kyse on tässäkin käsitelainopin kieltämisestä: kun käsitelainoppi Holopaisen mukaan lähtee esineellistävistä ja substanssi- tai olemusajattelua edustavista käsitteistä, Holopainen ilmoittaa kiinnittävänsä tutkimuksensa ikään kuin välittömästi positiiviseen lainsäädäntöön. Samoihin aikoihin, 1960- ja 1970-lukujen vaihteessa, jolloin Holopaisen väitöskirja ilmestyi, oikeustieteen metodikeskustelussa esitettiin myös vaatimuksia oikeustieteen lähentämisestä, ellei peräti liudentamisesta, (muihin) yhteiskuntatieteisiin (ks. Jyränki 1969, Kivivuori 1969, s. 25–26, ja 1971 sekä Riepula 1973). Nämä vaatimukset kohosivat kuitenkin muulta teoreettiselta perustalta kuin analyttisesta realismista.

Makkosta seuranneet hallinto-oikeuden tutkijat omaksuivat analyttisen oikeustieteen toisen vaiheen lähtökohdat, ennen kaikkea käsitteiden merkityksen sidonnaisuuden käyttöyhteyksiinsä. Makkonen tosin saattoi joutua arvostelemaan Holopaista nimorelaation etsimisestä sieltä, missä se ei ole mielekäästä tai käyttöyhteyksistä riippumattomien ”substanssien” jäänteistä.

Hermanson (1878, s. 2–3) erotti 1800-luvun loppupuolen käsitelainopillisessa vallankumouksessa kaksi puolta, negatiivisen ja positiivisen. Negatiivinen puoli yhdistyi käsitelainopin positivistisuuteen: se tarkoitti oikeustieteen tutkimuskohteen puhdistamista ulko-oikeudellisista aineksistaan, sen rajaamista positiiviseen lainsäädäntöön. Positiivinen puoli puolestaan kytkeytyi käsitelainopin konstruktiviseen metodiin. Metodi oli kaksivaiheinen. Ensimmäisessä vaiheessa positiivisen lainsäädännön ilmentämien oikeuslauseiden perustalta muodostettiin oikeuskäsitteitä; voinemme kutsua tätä vaihetta induktiiviseksi. Toisessa, deduktiiviseksi kutsuttavassa vaiheessa näin muodostetuista käsitteistä puolestaan johdettiin – erityisesti aukkotapauk-

sisä – uusia oikeuslauseita. Tätä tarkoitti analyttisten kriitikoiden paljon arvostelema käsitteistä päättelyminen.

Painopiste kritiikissä, jota analyttinen oikeustiede yleensä sekä Makkonen ja hänen seuraajansa erityisesti kohdistivat perinteiseen doktriiniin, oli Hermansonin tarkoittamassa käsitelainopin positiivisessa puolessa, sen konstruktiivisessa metodissa. Negatiivisesta vaatimuksesta, oikeustieteen tutkimuskohteen puhdistamisesta ulko-oikeudellisista aineksistaan, analyttinen oikeustiede on ollut käsitelainopillisten edeltäjiensä kanssa samaa mieltä. Sallittakoon pitkäkö lainaus suomalaisen analyttisen oikeustieteen perustajaisältä, Simo Zittingiltä:

”Saadaksemme esille omistajan oikeusaseman eri momentit sekä niiden oikeudellisen luonteen ja keskinäiset suhteet yhtenäisen järjestelmän puitteissa, on työskenneltävä puhtailla oikeudellisilla käsitteillä ja oikeuslauseilla. Metodin puhtaus ja järjestelmän yhtenäisyys ovat erottamattomasti yhdistetyt ... Oikeudelliselta kannalta vieraat ainekset näet estävät järjestelmän osien aukotonta yhteenliittymistä. ... Vastaavasti on sosiaalinen, taloudellinen tms. intressi oikeudellisesti vierasta ainesta. Intressi sellaisenaan on riippumaton oikeusjärjestyksestä, joka voi sen suojata. Se voi olla aiheena käyttäytymistä koskevien imperatiivien antamiselle, mutta sitä ei voida asettaa viimeksi mainittujen rinnalle.” (Zitting 1952, s. 392.)

Toinen asia on, että positiivisen oikeuden ontologia hahmotettiin varsinkin Rossin tai Lahtisen edustamassa analyttisessä realismissa toisin kuin käsitelainopissa. Käsitelainopissa, sikäli kuin kysymystä ylipäätään pohdittiin, oletettiin uskantilaiseen tapaan erityinen normien todellisuus. Realistit taas pyrkivät palauttamaan oikeuden empiristisesti havainnoitavaan todellisuuteen; oikeuden normatiivisuutta voi jopa pitää oikeusrealismin sokeana pisteenä. Kohtaamme tässä oikeuspositivismin kaksinaismerkityksen: oikeuspositivismiksihan saatetaan kutsua yhtä hyvin oikeuden empiirisestä yhteiskuntatodellisuudesta jyrkästi erottavaa normativismia – ääripäänään Kelsenin puhdas oikeusoppi – kuin realismia, joka päinvastoin pyrkii palauttamaan kaiken oikeuden tähän todellisuuteen.

Sikäli kuin analyttikot kritikoivat edeltävän käsitelainopin negatiivista puolta, kyse oli – paitsi kuvailemistani ontologisten perusnäkemysten eroista – siitä, että käsitelainoppineiden katsottiin esineellistävillä substanssikäsitteillään luoneen spekulatiivisia, metafysisiä entiteettejä, kuten valtion ihmisistä ja näiden välisistä suhteista riippumattomana oliona. Tämän kritiikin mukaan käsitelainoppi ei siten olisi onnistunut negatiivisessa puhdistustyössään, vaan olisi päinvastoin olettanut uusia, positivismin negatiivisia rajoja rikkovia kuvitteellisia olioita.

Tällainen käsitelainopin negatiivisen puolen arvostelu liittyy jo konstruktivisen metodin tuomitsemiseen, missä analyytikkojen kritiikin pääpaino oli. Toistuva arvostelun aihehan oli, että perinteiset käsitteet ilmensivät esineellistävää olemusajattelua ja että niitä käytettiin perustana oikeudellisille johtopäätöksille; oikeudelliset johtopäätökset oli, kuten esimerkiksi Holopainen väitöskirjassaan tähdensi, tuettava yksinomaan positiiviseen oikeuteen. Holopaiselle perinteiset käsitteet olivat verho, joka oli käsiteanalyysin avulla riisuttava, jotta oikeudelliset ongelmat voitaisiin asettaa ja ratkaista välittömästi positiivisen oikeusjärjestyksen avulla. Niin Makkosella kuin esimerkiksi juuri Holopaisella käsiteanalyysi on lainopillisen tutkimuksen kannalta ikään kuin esivaihe. Käsiteanalyysin avulla voidaan karsia esineellistävän substanssiajattelun synnyttämät näennäisongelmat.

Pääpaino Makkosen ja hänen julkisoikeudellisten seuraajiensa edustamassa analyttisessä oikeustieteessä on pikemminkin de- kuin rekonstruktiossa. Siitä, miten tutkimuksen pitäisi edetä sen jälkeen, kun näennäisongelmat on käsiteanalyysillä häivytetty, näillä analyytikoilla ei ole kovin paljon sanottavaa. Holopainen näyttää jopa edustavan eräänlaista käsiteneihilismiä, josta Makkonen häntä moittiikin. Makkonen (1969, s. 474) tähdentää kaiken inhimillisen ajattelun käsitteellistä luonnetta; positiivinen oikeusjärjestys perustuu käsitteille, eikä sen sisällön selvittämiseen ole käsitteet ohittavaa oikeotietä. Makkonen ei kuitenkaan anna itsekään kovin pitkälle kantavia viitteitä siitä, miten oikeudelliset käsitteet pitäisi muodostaa ja miten niiden rooli oikeudellisessa tutkimuksessa ja muissa oikeudellisissa käytännöissä olisi ymmärrettävä. Viitteet rajoittuvat lähinnä monesti toistettuun vaatimukseen substanssikäsitteiden korvaamisesta relaatiokäsitteillä. Mutta sellaisia relaatiokäsitteitä, joita tyyppillisimmillään edustavat Zittingin omistajapositiot, ei julkisoikeuden puolella ole oikeastaan kyetty muodostamaan. Sinisalonkin kehitemiä Makkosen toimivalta-käsitteen pohjalta ja Hohfeldtiinkin tukeutuen voi pitää varsin vaatimattomina. Jos kiinnitämme Aarnion (1997, s. 242 ss.) tavoin edistyksen oikeustieteessä siihen, että entistä hienojakoisemmat ja analyttisemmat käsitteet mahdollistavat uusia oikeudellisia kysymyksenasetteluita ja samalla uusia oikeudellisia vastauksia, on kyseenalaista, voimmeko juurikaan puhua tällaisesta edistyksestä analyttisesti suuntautuneessa hallinto-oikeudellisessa tutkimuksessa.

Innostus analyttisen oikeustieteen lähtökohtiin laantuikin hallinto-oikeudessa varsin nopeasti Holopaisen, Vilkkosen ja Sinisalon väitöskirjojen jälkeen. *Matti Niemivuo* (tuolloin vielä Nieminen) julkaisi vuonna 1976 Aarnion tutkijapiirissä pitämänsä alustuksen ruotsinkielisenä. Uutta materiaalia

teemasta ”Den senare analytiska rättsteorin och den förvaltningsrättsliga forskningen i Finland” ei kirjoituksen ilmestymisen jälkeen ole juurikaan kertynyt. Hallinto-oikeudellista tutkimusta kiinnostavampia näköaloja esimerkiksi Hohfeldtiin tukeutuva oikeudellisten relaatioiden analyysi saavutti julkisoikeuden puolella vasta 1980-luvun lopun ja 1990-luvun alun perusoikeustutkimuksessa (Karapuu 1986; Scheinin 1988 ja 1991).

Sen tapainen keskustelu yleisistä opeista, jota Suomessa on käyty 1980-luvulta alkaen, oli Makkoselle ja hänen hallinto-oikeudellisille seuraajilleen vierasta; ehkä on niin, että yleisten oppien katsottiin edustavan tyypillisimmillään sitä käsiteläinopillista ajattelua, josta analyytikot halusivat irtisanoutua. Yleisten oppien puolustaminen jäi traditionalisteiksi leimatuille, kuten Olavi Rytkölälle. Edellä lainaamani Rytkölän yleisten oppien puolustuspuhe vastaa itse asiassa hyvin pitkälle sitä luonnehdintaa, minkä Paul Laband aikoinaan esitti konstruktiivisesta menetelmästä. Sekä Rytkölä että Laband korostavat – konstruktiivisen metodin ensimmäisen vaiheen ”induktiivisuutta” alleviivaten – käsitteenmuodostuksen lähtevän positiivisesta oikeudesta; tämän valossa analyytikkojen moite spekulatiivisten tai metafyyssisten entiteettien olettamisesta tuntuu liioitellulta. Metodin toisesta, deduktiivisesta vaiheesta on taas syytä tähdentää esimerkiksi Rytkölän (1965, s. 172–173) painottavan, että siihen tukeudutaan vain aukkotilanteissa: ”tiettyihin käsitteisiin ja niihin liittyviin yleisluonteisiin oikeudellisiin periaatteisiin nojautuen ei ole koskaan lupa sivuuttaa yksityistapauksessa kenties toisensisältöisiä positiivisoikeudellisia säännöksiä”. Jos emme takerru käsiteläinopin ohjelmallisten luonnehdintojen – esimerkiksi Labandin edellä lainaamani esipuheen – viittauksiin logiikkaan oikeustieteen ainoana menetelmänä, voimme kenties löytää konstruktiivisen metodin järkevän ytimen. Mainitsen tässä *Markku Helinin* (1985) kirjoituksen ”Käsitteistä päättelämisestä”, jossa tätä ydintä etsitään eräänlaisesta analogia-ajattelusta.

Tämän päivän perspektiivistä analyytikkojen kritiikki traditionaaliseksi kutsumaansa doktriinia kohtaan tuntuu monin paikoin yliampuvalta ja epäoikeudenmukaiselta. Sellaiset 1800-luvun lopun kirjoittajat kuin Laband Saksassa tai Hermanson Suomessa olivat tieteellisen kehityksen etulinjassa. Sen sijaan 1900-luvun loppupuolen ”traditionalisteilla” ei ollut käytettävissään yhtä sofistikoituja vuosisadan filosofisesta keskustelusta omaksuttuja välineitä kuin kritikoillaan. Tästä huolimatta siinä, mitä esimerkiksi Rytkölä vuonna 1965 kirjoitti hallinto-oikeuden yleisistä opeista, on paljon mihin voi yhtyä keskustelun nykyvaiheessa, jossa jo tehdään tilinpäätöstä analytikkojen kritiikistä.

Tämän kritiikin oikeutusta arvioitaessa on kuitenkin pidettävä mielessä, että kaikki käsitelainopin käsitteet eivät perustuneet Labandin ja Hermansonin tai myöhemmin Rytkölän korostamaan induktiiviseen metodiin. Käsitepyramidin huipulla oli käsitteitä, joita ei suinkaan johdettu positiivisen lainsäädännön ilmentämisestä normeista vaan joita päinvastoin pidettiin kaiken positiivisoikeudellisen sääntelyn edellytyksinä. Esimerkiksi valtio-oikeudessa nämä perustavat käsitteet vastasivat kysymykseen, mitä on edellytettävä, jotta valtio-oikeudellinen sääntely olisi ylipäätään mahdollista. Näihin käsitteisiin kuuluivat esimerkiksi ”valtio”, ”valtiovalta” ja ”valtio-orgaani”, toisin sanoen sen tyyppiset käsitteet, joihin esimerkiksi Makkonen ja Holopainen suuntasivat ankarimman esineellistävistä olemusajattelusta moittivan kritiikkinsä (Tuori 1987). Eikö analyytikkojen kritiikki osu maaliinsa ainakin tämän tyyppisten, positiiviseen lainsäädäntöön nähden aprioristen käsitteiden kohdalla?

Kysymykseen voi vastata myöntävästi sikäli kuin kritiikki koskee tällaisten käsitteiden välitöntä käyttämistä oikeudellisen deduktion välineinä, perustana positiiviseen lainsäädäntöön sisällyttämättömien normien johtamiselle tai ylipäätään yksittäistapauksellisille oikeudellisille johtopäätöksille. Toisaalta on tunnustettava sellaisen kysymyksenasettelun merkitys, jossa perätään oikeuden ”ilmitason” kuten positiivisoikeudellisen sääntelyn käsitteellisiä edellytyksiä. Tällainen kysymyksenasettelu suuntaa huomiomme oikeuden ”ilmitason” kulttuuriseen ja syvärakenteelliseen perustaan, jonka merkitys unohdetaan silloin, kun Holopaisen tavoin vaaditaan tutkimuksen pitäytymistä positiivisen oikeusjärjestyksen ”empiriassa”.

Kirjallisuus

- Aarnio, Aulis, *Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*. Aldershot: Dartmouth 1997.
- Blomstedt, Yrjö, K. J. Ståhlberg. Keuruu 1969.
- Erich, Rafael, *Suomen valtio-oikeus I*. Porvoo 1924.
- Geiger, Theodor, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*. Kobenhavn 1947.
- Helin, Markku, ”Käsitteistä päättelämisestä”, *Juhlajulkaisu Simo Zitting 1915–14/2–1985*. Vammala 1985, s. 82–92.
- Hermanson, Robert F., ”Om juridisk konstruktion i statsrätten I–II”, *JFT* 1878–1879, s. 1–32 ja 457–616.
- Hermanson, Robert F., *Om Finlands ständer, deras förhållande till monarken och folket*. Helsingfors 1884.
- Holopainen, Toivo, *Kunnan asema valtiossa*. Vammala 1969.

- Ikkala, Olli, *Kunnan yleinen toimivalta*. Vammala 1959.
- Jellinek, Georg, *Allgemeine Staatslehre*. Berlin 1914.
- Jyränki, Antero, "Teesejä juridiikasta ja juristeista". *Lakimies* 1980, s. 880–892.
- Kaira, Kaarlo, "Virallisen vastaväittäjän lausunto teoksesta Kastari, Paavo: Eduskunnan hajoitus Suomen oikeuden mukaan". *Lakimies* 1941, s. 450–464.
- Karapuu, Heikki, "Perusasioita perusoikeuksista". *Oikeustiede Jurisprudentia* XIX, s. 67–124. Vammala 1986.
- Kastari, Paavo, *Eduskunnan hajoitus Suomen oikeuden mukaan*. Vammala 1940.
- Kekkonen, Urho, *Kunnallinen vaalioikeus Suomen lain mukaan*. Helsinki 1936.
- Kivivuori, Antti, *Suomen vahingonkorvauslainsäädännön kehitys I*. Joensuu 1969.
- Laband, Paul, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*. Band I. Freiburg 1888.
- Lahtinen, Osvi, "Till läran om juridiska personer". *TfR* 1949, s. 47–58.
- Lahtinen, Osvi, *Zum Aufbau der rechtlichen Grundlagen*. Helsinki 1951.
- Lundstedt, Vilhelm, *Obligationsbegreppet*. Förra delen. Uppsala 1929.
- Makkonen, Kaarle, "Ajatuksia juridisen kielen loogisesta analyysistä". *Lakimies* 1959, s. 49–72.
- Makkonen, Kaarle, "Toimivalta". *Lakimies* 1964, s. 778–784.
- Makkonen, Kaarle, *Zur Problematik der juristischen Entscheidung*. Turku 1965.
- Makkonen, Kaarle, "Der Ausdruck 'subjektives Recht' in der juristischen Sprache". Teoksesta *Ius humanum*, Turku 1967, s. 112–123.
- Makkonen, Kaarle, *Kunnallinen säädösvalta*. Vammala 1968.
- Makkonen, Kaarle, "Tutkimus kunnan asemasta. Virallisen vastaväittäjän lausunto teoksesta Holopainen, Toivo: Kunnan asema valtiossa". *Lakimies* 1969, s. 467–480.
- Makkonen, Kaarle, *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia*. Vammala 1981.
- Makkonen, Kaarle, *Luentoja yleisestä oikeustieteestä*. Helsinki 1998.
- Merikoski, Veli, *Vapaa harkinta hallinnossa*. Vammala 1958.
- Nieminen, Matti, "Den senare analytiska rätts teorin och den förvaltningsrättsliga forskningen i Finland". *JFT* 1976, s. 266–279.
- Paschukanis, Evgenij, *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus*. Frankfurt/M 1969.
- Riepula, Esko, "Oikeudellisen tutkimuksen näköaloja". *Oikeus* 1973, s. 3–8.
- Ross, Alf, *Om ret og retfaerdighed*. Kobenhavn 1966.
- Rytkölä, Olavi, "Hallinto- ja finanssioikeudessa sovellettavista normeista". *Lakimies* 1965, s. 172–185.
- Rytkölä, Olavi, "Virallisen vastaväittäjän lausunto teoksesta Sinisalo, Kari: Poliisin toimivallan määräytyminen". *Lakimies* 1971, s. 750–754.
- Scheinin, Martin, *Aseistakieltäytymisoikeus*. Helsingin yliopiston julkisoikeuden laitoksen julkaisuja D:3. Helsinki 1988.
- Scheinin, Martin, *Ihmisoikeudet Suomen oikeudessa*. Jyväskylä 1991.
- Sinisalo, Kari, *Poliisin toimivallan määräytyminen*. Vammala 1971.
- Tuori, Kaarlo, "General Doctrines in Public Law". *Scandinavian Studies in Law* 1987, s. 177–197.
- Vilkkonen, Eero, *Hallintotoimen mitättömyydestä*. Vammala 1971.
- Zitting, Simo, *Omistajanvaihdoksesta*. Vammala 1951.
- Zitting, Simo, "Omistajan oikeuksista ja velvollisuuksista I–II". *Lakimies* 1952, s. 387–401 ja 501–531.