

Oikeusfilosofia oikeusvertailuna

Ulkopuolelta tarkastellen oikeustieteiden sisäinen maailma ja siellä olevat akateemiset rintamalinjat ja oppialajaottelut jäävät miltei täysin katveeseen. Yksi suurimpia yllätyksiä lienee se, että mitään sellaista kuin ”oikeustiede” ei oikeastaan ole olemassakaan, vaan on olemassa monia erilaisia oikeustieteen haaroja.

Tässä artikkelissa tarkastellaan filosofian ja oikeustieteiden välistä suhdetta. Tarkoituksena on tuoda esiin se, kuinka monimuotoisia ja tärkeitä tehtäviä filosofialla tai oikeastaan jollain tapaa filosofiseksi tunnustettavalla ajattelulla on *kaikkien* oikeustieteen haarojen toiminnassa.

Erityisenä mielenkiinnon kohteena on yhden vähemmän tunnetun oikeustieteen haaran eli vertailevan oikeustieteen suhde filosofiaan. Näiden alueiden läheisyys kun on väitettyä paljon läheisempi. Oikeustieteen perinteinen ydinalue lainoppi tai oikeusdogmatiikka eli voimassa olevan oikeuden normatiivinen tutkimus ja sen suhde filosofiaan jää tämän kirjoituksen ulkopuolelle.

Käsittelyn painopiste liittyy ensisijaisesti siihen, mitä oikeuden ymmärretään olevan eli, mikä on oikeuden ontologia ja toissijaisesti siihen, miten siitä saadaan tietoa (tai oikeastaan millaista tietoa oikeudesta on luonteeltaan) eli epistemologia.

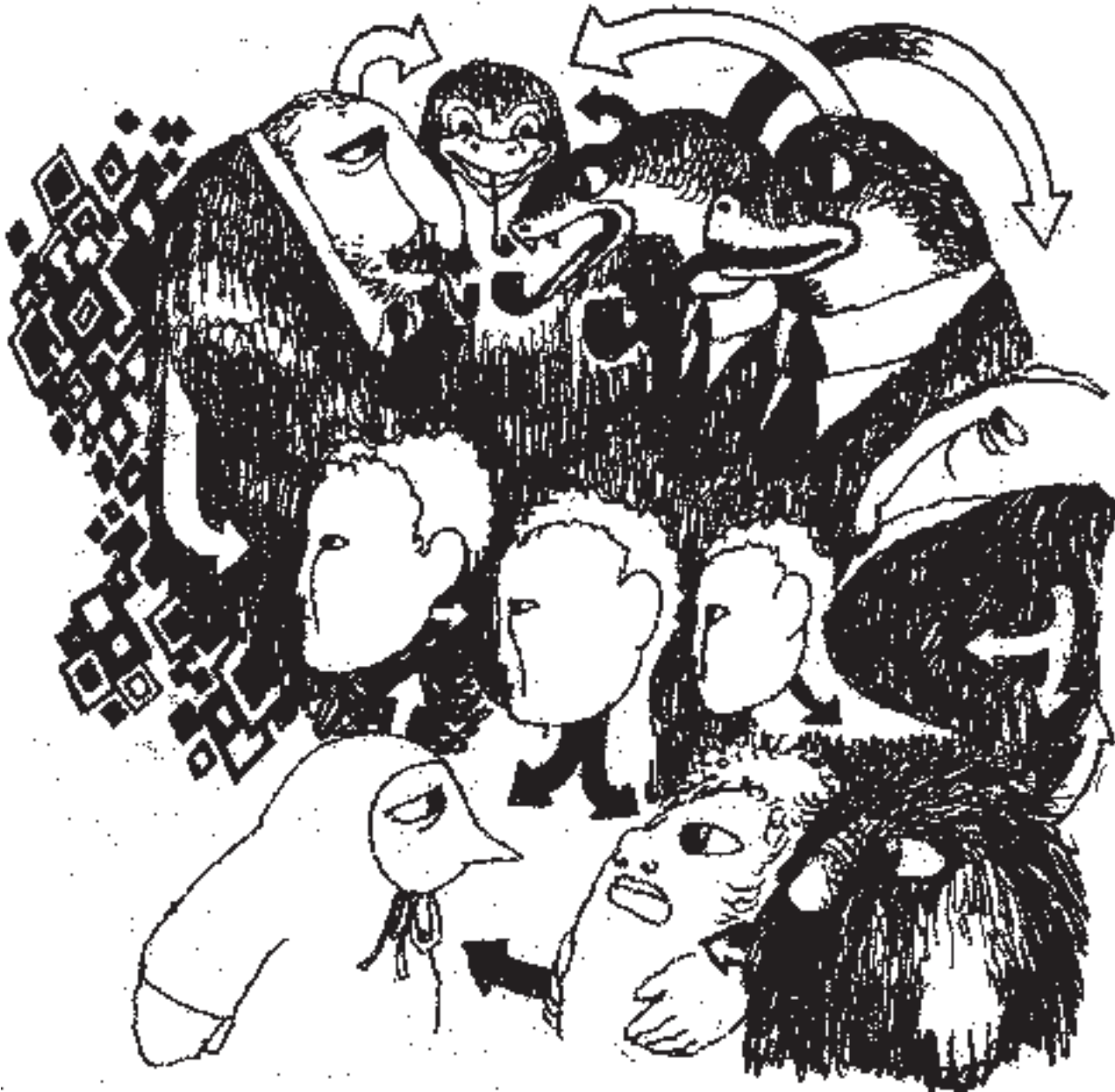
Oikeustiedettä asiaa ulkopuolelta tarkasteleva saattaa saada käsityksen, jonka mukaan on olemassa vain yksi suhteellisen yhtenäinen oikeustiede; jonkinlainen monoliittinen blokki tai harmaa ja yksiääninen juristien armeijakuoro. Ulospäin näkyy toki myös oikeustieteilijöiden välisiä erimielisyyksiä, joita pidetään asian luontoon kuuluvina ja juuri oikeustieteelle tyypillisenä saivarteluna ja riitelynä. Jo antiikin Rooman ajoista juuri tämä juridiikan ominaisuus on ollut monien irvailijoiden usein ansaitun pilkan kohteena – to-raisia juristeria.

Ulkopuolelta tarkastellen oikeustieteiden sisäinen maailma ja siellä olevat akateemiset rintamalinjat ja oppialajaottelut jäävät miltei täysin katveeseen. Yksi suurimpia yllätyksiä lienee se, että mitään sellaista kuin ”oikeustiede” ei oikeastaan ole olemassakaan, vaan on olemassa monia erilaisia oikeustieteen haaroja. Tässä yhteydessä on käytetty onnistuneesti käsitettä oikeustieteiden perhe, jonka jäsenyyteen

Jaakko Husa

Jaakko Husa (s. 1966) on valtiosääntöoikeuden ja yleisen oikeustieteen professori Joensuun yliopistossa. Hän on erikoistunut vertailevan oikeustutkimuksen teoriaan sekä valtiosääntövertailuun. Vertailumetodologiaa koskevissa linjauksissaan hän liikkuu tradition ja postmodernismin välimaastossa. Hän on julkaissut tee-

masta useita artikkeleita mm. Farewell to Functionalism or Methodological Tolerance (RabelsZ 2003), Classification of Legal Families Today (Rev. Int. Dr. Comp. 2004) ja The Tip of the Iceberg or What Lies Beneath the Surface of Comparative Law (Maast. J. Eur. & Comp. Law 2005).



Aapo Rapi

kuuluu joukko varsin erilaisia jäseniä. Oikeustiedekin on aina siis monikollinen, ei yksiköllinen käsite.

Vanhastaan on erotettu oikeusdogmatiikka, oikeushistoria, oikeussosiologia, oikeusvertailu eli vertaileva oikeustiede ja oikeusteoria sekä oikeusfilosofia. Näiden välisiä eroja ja yhtäläisyyksiä voidaan esitellä ja käsitellä monella tapaa, mutta tässä yhteydessä riittänee, että mainitaan näiden oikeustieteen haarojen perinteisesti tärkeänä pidetty eroavaisuus, joka on tietoteoreettinen. Kyse on siitä, *millainen näkökulma oikeuteen on* eli, millaisesta tiedollisesta positioista käsin oikeutta hahmotetaan. Vain oikeusdogmatiikan näkökulma oikeuteen on täyteen mittaan saakka *sisäinen*, se on ensisijaisesti toimijan ja osallistujan näkökulma, olipa

sitten kyse tuomarista, hallintovirkamiehestä, asianajajasta tai oikeustieteen tutkijasta. Dogmatiikassa tulkitaan ja systematisoidaan voimassa olevaa oikeutta sitoutuen tiettyihin kansallisesti yhteisiin käsityksiin oikeuden ontologiasta, epistemologiasta ja metodologiasta, joita nitoo yhteen ajatus oikeuslähdeopista eli oikeudellisten lähteiden käyttö- ja päätelysäännöistä. Muiden oikeustieteiden näkökulma oikeuteen on sen sijaan tiedonintressiltään lähtökohtaisesti *ulkoinen* – historiallinen, sosiologinen, vertaileva, teoreettinen tai filosofinen. Näillä oikeustieteen haaroilla ei ole yhtä kiinteää kontaktia oikeudellisiin käytäntöihin, vaikeivät ne ole niistä tietenkään irrallaan.

Näistä erilaisista oikeustieteen aloista oikeusteorian ja

oikeusfilosofian välisistä suhteista on taitettu peistä paljon. Suomessakin tästä demarkaatio-operaatiosta on selviä merkkejä, viimeisimmät ovat peräisin 2000-luvulta. *Aulis Aarnion* erittelyn mukaan oikeusteoria on lainsäädännön, lainkäytön, oikeustieteen ja oikeudellisen ajattelun teoriaa. Hän tiivistää tämän sanoiksi sanomalla, että oikeusteoria on ”teoriaa oikeudesta, sen luomisesta, käyttämisestä ja tutkimisesta”. Oikeusfilosofia eroaa tämän ajattelutavan mukaan oikeusteoriasta siinä, että se on abstraktimpaa pohdintaa oikeudesta. Sen alaan kuuluvat esimerkiksi kysymykset siitä, mitä oikeus on, mikä on oikeudesta saatavan tiedon olemus ja perusteet sekä miten oikeutta ja oikeudellisia tekstejä ymmärretään. Tässä mielessä oikeusteorian näkökulma on oikeastaan sittenkin lähempänä oikeusdogmatiikkaa kuin oikeuden muita yleistieteitä eli historiaa, sosiologiaa ja vertailua.¹ Oikeusteorian voidaan sanoa olevan jollain tapaa oikeusdogmatiikan aputiede, sillä vaikka sen näkökulma oikeuteen ei olekaan puhtaasti sisäinen, niin sen kannalta relevantit kysymyksenasettelut määräytyvät oikeuden sisäisestä näkökulmasta.

Ottamatta suoranaisesti kantaa siihen, onko Aarnion erittely paikkansapitävä vai ei, niin jäljelle jää ainakin yksi demarkaation kannalta kiintoisa kysymys. Miten filosofiseksi luokiteltava tieto ja filosofialle tyypilliset lähestymistavat löytävät tai ottavat paikkansa muiden oikeutta tietoteoreettisesti ulkopuolisesta positioista tarkastelevien oikeustieteiden aloilla? Yleisellä oikeustieteellä kun ei ole mitään monopolia.

Oikeushistorian ongelmat ovat tässä suhteessa tismalleen samat kuin muussakin historian tutkimuksessa eikä niitä ole syytä tässä yhteydessä tarkastella sen enempää. Samoin on laita oikeussosiologian kanssa, sillä ontologiset, tietoteoreettiset sekä tutkimusmenetelmälliset ongelmat ja kysymyksenasettelut ovat tismalleen samoja kuin sosiologisessa tutkimuksessa yleensä. Näiden kummankin oikeustieteen lohkon läheinen suhde suurempaan sisartieteenalaa aiheuttaa sen, että näiden alojen filosofiset kysymykset kuuluvat sellaisiin opillisiin ja teoreettisiin yhteyksiin, ettei niitä voida ratkoa vain oikeustieteen sisällä. Tässä mielessä nämä alat ovat *kaksitieteisiä*, aivan kuten esimerkiksi oikeuslingvistiikka, oikeusantropologia ja oikeustaloustiedekin ovat.

Sen sijaan vertailevan oikeustieteen laita on toisin, koska sillä ei ole mitään erityistä sisartiedettä; sellaista *yhtä* alaa kuin ’vertaileva tiede’ kun ei kerta kaikkiaan ole olemassakaan. Se on näin ajatellen oikeusdogmatiikan tapaan yksitieteinen. Näin oikeusvertailun teoreettiset ja filosofiset kysymyksenasettelut ovat oikeustieteiden sisälle jäävää ainesta, jonka ongelmia ei nimenomaisesti ratkota millään muulla tieteenalalla. Oikeusvertailu on paikoin metodisesti lähellä oikeusdogmatiikkaa, mutta sen ontologiset ja tietoteoreettiset kysymyksenasettelut poikkeavat kansallisiin oikeusjärjestelmiin ja oikeuslähdeoppeihin sitoutuneista oikeusdogmatiikan sovelluksista ylikansallisen omaleimaisuutensa vuoksi. Vertailevan oikeustieteen asettaminen opilliseen kehukseen, jossa se nähdään voimassa olevan oikeuden tutkimusta palvelevana dogmatiikan aputieteenä, on yksinkertaisesti virheellinen toimi. Tällainen demarkaatio nimittäin hämärtää pahoin sen, että oikeusvertailu on ongelmiltaan ja lähestymistavoiltaan hyvin lähellä oikeusfilosofiaa, vaikka niiden argumentaatiotavat sekä tutkimusperinne poikkeavatkin toisistaan.

Vertaileva oikeustiede ja oikeuden ontologia

Perinteisen valtavirta-ajattelun mukaan oikeusvertailussa tutkitaan eri maiden tai muiden valtiotyyppisten yhteisöjen oikeutta vertaillen. Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että tutkitaan samaa asiaa erilaisissa järjestelmissä.² On kuitenkin hyvin vaikeaa määritellä, mitä tarkoitetaan samalla asialla, miten varmistaa vertailtavien asioiden yhteismitallisuus. Jos lähtökohtana pidetään mannereurooppalaiselle romaani-germaaniselle oikeusajattelulle tyypillistä lakitekstisidonnaista ajattelua, niin vertailun luontevana lähtökohtana olisi samaa asiaa koskevien säännösten eli kirjoitettujen oikeusnormien vertailu. Tämä toimii kuitenkin vain, jos tarkasteltavat järjestelmät ovat samanlaisia eli kirjoitetun oikeuden rooli on niissä hyvin pitkälle samanlainen. Käytännössä vertailtavien järjestelmien erot voivat olla valtaisia – kirjoitetun oikeusperinteen omaavan professionaalisen ja maallistuneen järjestelmän vertaaminen suullisen oikeusperinteen omaavaan ei-professionaaliseen ja ei-maallistuneeseen järjestelmään ei tietenkään onnistu pelkkiä tekstejä vertaamalla. Tällainen olisi rationaalisen vertailun periaatteiden vastaista.³

Vertailevuuden ongelma on pyritty perinteisessä oikeusvertailussa ratkaisemaan ohittamalla oikeuden pintataso ja tekstien vertaamisen sijaan on pyritty kysymään, miten pohjimiltaan *sama oikeudellinen ongelma* (sellaisena kuin vertailija sen tunnistaa tai on tunnistavinaan) on ratkaistu näissä eri järjestelmissä. Viime kädessä oikeusvertailussa pyritään löytämään yleisempiä *selityksiä* sille, mitä kussakin oikeusjärjestelmässä on tyypillistä ja, mikä on sen suhde ympäröivään yhteiskuntaan, poliittiseen ja taloudelliseen järjestelmään sekä kulttuuriin. Käytännössä tämä tapahtuu analysoimalla eroja ja yhtäläisyyksiä tarkastellun saman oikeudellisen ongelman, kuten esimerkiksi avioliiton purkamisen tai pätevän sopimuksen solmimisen, yleisen ratkaisutavan suhteen. Tämä väljään funktionaaliseen ajatteluun nojaava metodinen peukalosäntö kohtaa tietenkin koko joukon vaikeita ongelmia – miten määritellään samuus oikeudellisen ongelman kohdalla, voiko erilaisia yhteiskunnallisia järjestyksiä ylipäänsä verrata keskenään, siirtääkö vertailija omat kulttuuriset oletuksensa tiedostamattaan itselleen vieraisiin järjestelmiin, mistä saa riittävän luotettavaa tietoa, vaihtelevatko oikeuskulttuurit ja käytännöt järjestelmien eri osissa, onko olemassa vain tiettyjä funktioita, voidaanko täyttää vertailevuutta ankarassa tieteellisessä mielessä edes saavuttaa jne.⁴

Ottamatta kantaa tähän moninaiseen vaikeidenkin ongelmien joukkoon, joka funktionaalista vertailuajattelua kalvaa, niin kaksi ilmeistä filosofista ongelmaa nousee välittömästi esiin: mitä oikeus on ja, miten siitä saa tietoa tai oikeastaan, millaista tuo tieto on laadultaan ja luonteeltaan. Pitää tietää, *mitä* verrataan ja, *mistä* verrattavaa asiaa koskevaa *luotettavaa* informaatiota on saatavissa. Seuraavassa keskitytään tarkastelemaan kysymystä ontologiasta, joten tietoteoreettinen ongelmanasettelu jää aluksi sivummalle. Tarkastelun taustalla on ajatus siitä että se, miten oikeusvertailija hahmottaa oikeuden ontologian ei ole pelkästään vertailun alaan kuuluva kysymys, vaan sillä on hyvin vahvoja oikeusfilosofisia kytkentöjä. Erottelu oikeusvertailun ja filosofian välillä perustuu pitkälti työnjakoon, ei muuhun. Alat ovat peruskysymyksenasetteluiltaan samantyyppisiä, vaikka välittömät tiedonintressit vaihtelevat. Eräiden mielestä vertailevan oikeustieteen perimmäinen tavoite on pitkälti sama

kuin oikeusteoriassa ja oikeusfilosofiassa; yleinen järjestelmä-eroista riippumaton teoria oikeudesta.⁵

On hyvä myös huomata, että oikeusfilosofiaa ja oikeusvertailua yhdistää tässä kysymyksenasettelussa yksi hyvin yleinen yhteinen taustatekijä eli se, että kumpikin näistä ylittää eksplisiittisesti kansallisten järjestelmien tason. Tässä mielessä näkökulmat ovat aina väistämättä ulkopuolisen, ei osallisen näkökulmia tarkasteltaviin järjestelmiin.

Siinä missä oikeusdogmaatikolle riittää kansallisen tai jollain muulla tavalla rajoitetun järjestelmän voimassa olevan oikeuden tutkimus, niin oikeusfilosofi ja oikeusvertailija joutuvat operoimaan huomattavasti yleisemmällä käsitteillä siksi, ettei näiden alojen tiedonintressi ole oikeuden sisäinen. Ne ovat kiinnostuneita oikeudesta yksittäisten järjestelmien ulkopuolisesta ja yleisemmästä näkökulmasta käsin. Tässä mielessä vertailun ja filosofian näkökulmat ylittävät myös oikeudellisiin käytäntöihin kytkeytyvän oikeusteorian tason. Otan seuraavassa esiin kolme esimerkkiä siitä, miten oikeusfilosofiset ongelmat ja toisaalta oikeusfilosofiset tavat hahmottaa näitä ongelmia voivat tulla esiin oikeusvertailussa. Nämä ajattelutavat lähtevät liikkeelle edellä määritellyn perinteiseksi kutsutun oikeusvertailun voimakkaasta kriittisestä, vaikka eivät sitten kyllä loppupäätelmissään kovin kauas perinteestä etenekään.

Oikeuden ontologia kulttuurisena syvärakenteena

Pierre Legrand on tullut tunnetuksi eurooppalaisessa oikeustieteessä lähinnä siitä, että hän vastustaa jyrkin äänensävyin ajatusta eurooppalaisen oikeuden yhtenäistymisestä. Toinen keskeinen ominaisuus on erilaisuuden korostaminen – Legrandin ydinidea on painottaa vertailututkimuksessa eroja, kun taas alan perinteessä on yleensä kallistuttu korostamaan samankaltaisuuksia. Oikeusvertailu on Legrandin mukaan erilaisten järjestelmien fundamentaalisten eroavaisuuksien tutkimusta, jossa metodinen ohjenuora on juuri erilaisuus. Tässä tapahtuvan käsittelyn kannalta ei ole mielenkiintoista selostaa tätä oikeusvertailun sisäistä keskustelua. Sen sijaan on kiintoisaa katsoa, miten oikeuskulttuurien vertailevan tutkimuksen mannereurooppalainen professori hahmottaa oikeuden ontologian.

Päinvastoin kuin mannermaiselle oikeustieteilijälle yleensä Legrandille säännöt ja käsitteet ovat vain oikeuskulttuurin pintatason ilmentymä, jotain vähemmän tärkeää. Ne muodostavat pienen osan siitä mentaalista ohjelmasta, jonka tietty oikeuskulttuuri tai tiettyyn oikeuskulttuuriin kuuluva oikeusjärjestelmä kokonaisuudessaan muodostaa. Kyse on siis *Weltanschauungen*'ista. Hän korostaa oikeuden pinnalaisten kulttuuristen syvärakenteiden merkitystä, joista oikeussäännöt ja oikeudelliset käsitteet kertovat sitenkin vain vähän, vaikka ovatkin heijastusta oikeuden syvärakenteesta.⁶ Tämä ei tarkoita sitä, etteikö oikeussäännöillä olisi arvoa tai, ettei niille pitäisi antaa merkitystä, vaan kyse on mieluummin siitä, millainen painoarvo oikeussäännöillä ja oikeudellisilla käsitteillä nähdään olevan vertailevassa oikeustutkimuksessa. Jotain samaa, eli oikeuden rakenteen kerroksisuudesta lähtevää, on Suomessa edustanut *Kaarlo Tuori* kriittiseksi oikeuspositivismiksi kutsumassaan Habermas-vaihteisessa oikeusteoreettisessa kokonaiskonseptiossa.⁷

Legrandin mukaan oikeudellisen säännön merkitys ei

koskaan selviä vain sääntöä itseään tarkastelemalla eli sääntö ei koskaan ole itse itsensä selittävä. Säännön merkitys on hänelle sääntöä tulkitsevan juristin episteemisten oletusten funktio. Episteemiset oletukset puolestaan ovat kulttuurisesti ja historiallisesti määräytyviä tekijöitä. Oikeusvertailija joutuu omaksumaankin tutkimusasenteen, joka painottaa säännön tai käsitteen pintatason merkityksen sijaan sen kulttuurisia, poliittisia, sosiologisia, historiallisia, antropologisia, lingvistisiä, psykologisia ja taloudellisia taustatekijöitä. Näin jokainen oikeuden yksittäinen manifestaatio (esim. oikeussääntö, tuomioistuimen ratkaisu, lainsäätäjän säädösakti) täytyy nähdä kokonaan sosiaalisena tosiasiana.⁸ Oikeussäännön keskeisin piirre ei olekaan näin sen luonne normatiivisena direktiivinä (käskynä tai kieltona), vaan sen luonne heijastumana jostain tärkeämmästä ja oikeuden itsensä kannalta oleellisemmasta. Tässä on puhe siis oikeuden kulttuurisen kontekstin fundamentaalista merkityksestä.

Johtuen oikeuden syvätason merkityksen korostuksesta Legrand kehottaakin oikeusvertailijoita tarkastelemaan tietyn oikeuskulttuurin tai suppeammin tietyn oikeusjärjestelmän kognitiivista rakennetta ja erityisesti tuon kognitiivisen rakenteen episteemisiä perusteita, joita hän kutsuu nimellä *oikeudellinen mentaliteetti*. Hänen asiaa konkretisoivat esimerkinsä koskevat brittiläisen common law'n ja mannermaisen romaanis-germaanisen oikeuden välisiä eroja, jotka ovat niin merkityksellisiä, etteivät järjestelmien edustajat voi koskaan *täysin* ymmärtää toisiaan. Niinpä oikeusvertailija on lähinnä tyydyttävä kuvittelemaan, miltä tuntuisi astua toisen järjestelmän juristin housuihin ja lähestyä samaa oikeudellista ongelmaa nojautuen samaan oikeuskulttuuriseen ajattelutapaan kuin tämä tekisi.⁹

Oikeuden ontologia, siis siinä mielessä kuin se voi kelvata oikeusvertailevan tutkimuksen perustaksi, on näin tietyllä tapaa symbolinen väline, jolla yhteisöt itsekin yrittävät ymmärtää itseään paremmin. Vertaileva tutkimus voi Legrandin mukaan lisätä myös toisten oikeuskulttuurien ymmärrystä itsestään valaisemalla sitä erityistä kulttuurista tapaa, jolla nämä ymmärtävät heidän oikeuttaan. Oikeuden ydintehävä on toimia yhteisön sosiaalipsykologisen identifiaktion yhtenä tärkeänä muotona. Muussa tapauksessa oikeusvertailusta tulee hänen mielestään jokseenkin älytöntä puuhaa, josta puuttuu todellinen mieli ja merkitys.¹⁰ Oikeusdogmaattinen vertailu tai muun oikeusjärjestelmän sisäisen suppean sääntötason ymmärryksen varassa toimiva vertailu olisi lähinnä varsinaisen oikeusvertailun surkeaa imitaatiota. On kiintoisaa huomata, että Legrandin päätelmät tulevat tässä lähelle klassisen saksalaisen hermeneutiikan ajattelutapoja, joissa pidettiin mahdollisena ymmärtää tekstiä paremmin kuin tekstin kirjoittaja itse. Ulkopuolisuus on tässä tietynlainen hyve, koska se mahdollistaa sellaisen episteemisen position, että *ulkopuolinen* vertailija voi havaita jotain enemmän ja jotain merkityksellisempää kuin järjestelmän sisällä toimivat. Nämä tässä esitetyt huomiot on tosin lukijan itse poimittava esiin, koska Legrand kirjoittaa lennokkaasti lähinnä substanssista eikä ole juurikaan innostunut piirtelemään demarkaatiolinjoja.

Legrand on ollut eurooppalaisessa keskustelussa mielipiteineen selvästi oppositiossa, ellei suorastaan marginaalissa. Tämä johtuu pitkälti siitä, että hän niin kiihkeästi vastustaa yhtenäistä kodifioitua eurooppalaista siviililainsäädäntöä. Tässä vastustuksessaan hän on epäilemättä mennyt liialli-

suuksiin.¹¹ Tästä huolimatta hänen sanomansa oikeusvertailulle on merkityksellinen ja tärkeä – oikeusvertailussa ei voida tyytyä tutkimaan oikeutta sellaisena kuin kansallinen oikeusdogmatiikka sen määrittelee, vaan oikeus on nähtävä kokonaan toisenlaisessa kulttuurisessa ja filosofisessa kontekstissa – yhteydessä, jossa oikeuden pinnanlaiset oletumat (esim. käsitys ajasta, tilasta, päättelystä ja oikeuden voimassaolosta) ovat sääntelyn pintatasoa tärkeämpiä. Jos tätä kantaa arvioidaan sen valossa, miten ymmärretään sama oikeudellinen ongelma, niin perinteisen oikeusvertailun sääntöorientaatio kääntyy suorastaan pääläelleen; ei pidä tutkia sääntöjä, käsitteitä, periaatteita tai edes oikeudellisia teorioita, vaan näiden teorioiden taustalla olevia implisiittisiä teoreettisluonteisia sitoumuksia. Tämä näyttäisi vievän oikeusvertailua lähinnä kahteen suuntaan – kohti oikeusantropologiaa tai kohti oikeusfilosofiaa. Seuraavaksi tarkastellaan erästä ehdotusta tunnustaa reippaasti väriä oikeusfilosofian suuntaan.

Ontologiasta epistemologiaan - oikeuden filosofiset perusteet

Yhdysvaltalainen oikeustieteen ja filosofian professori *William Ewald* kuuluu Legrandin tavoin oikeusvertailun kriittiseen suuntaukseen, joka on ollut tyytymätön perinteiseksi kutsumaansa oikeusvertailuun. Ewaldin ja Legrandin ajattelussa onkin havaittavissa tiettyjä samanlaisia piirteitä, mutta millään lailla toisistaan riippuvaisia ne eivät ole. Kumpaakin oikeusvertailun teoreetikkoa yhdistää se, että heidän

keskeisimmät esimerkinsä ovat peräisin läntisestä oikeudesta – molemmat käyttävät esimerkkeinä ja argumentaatiomateriaalinaan amerikkalaista tai brittiläistä *common law*'ta ja romaanis-germaanista oikeutta. Siinä missä Legrandin oma oikeuskulttuurinen perusta on romaanis-germaanisessa oikeudessa, niin Ewaldin tausta on amerikkalaisessa versiossa *common law* -oikeudesta.

Ewald lähtee liikkeelle oikeusvertailijoiden perinteisestä huolesta eli siitä, ettei ala ole riittävän tieteellistä tai ettei se muodosta riittävän koherenttia kokonaisuutta ollakseen luonteeltaan vaativassa mielessä tieteenala. Hän kysyy, mitä pitää tietää ennen kuin voi sanoa omaavansa riittävän ymmärryksen vieraasta oikeudesta.¹² Haaste on vieraan oikeuden ymmärtäminen ja sen ehdot eli oikeusvertailun epistemologian perusteet. Legrandista Ewald poikkeaa lähtökohdiltaan myös siinä, että hän on kiinnostunut demarkaatiolinjoista oikeustieteiden sisällä. Hän arvelee, että oikeusfilosofia ja oikeusvertailu eivät ole toisilleen rinnasteisia aloja, vaan toisiaan *täydentäviä* oikeustieteen aloja, jotka voivat paikata toistensa puutteita. Siinä missä filosofia usein eksyy liian kauas faktoista ja käytännöstä, oikeusvertailu puolestaan kärsii pahemmanlaatuisesta teoreettisen ajattelun vajeesta. Ewaldin omat kehittämät lähtevät siis liikkeelle oppialajaoteluista – hän haluaa eksplisiittisesti liittää oikeusfilosofian ja oikeusvertailun toisiinsa.¹³

Ewaldin mielestä on mahdotonta vastata kysymykseen, miten vierasta oikeutta voi tutkia ellei sitä käsitellä samassa yhteydessä kuin perinteistä oikeusfilosofian kysymystä 'mitä



oikeus on'. Tämän vuoksi oikeusvertailija joutuu soveltamaan tietäen tai tietämättään jotain teoriaa oikeudesta. Perinteinen oikeusvertailija vastasi tähän ontologiseen kysymykseen, Ewaldin mukaan, että oikeus koostuu säädännäisestä normistosta, tuomioistuinten ratkaisemista oikeustapauksista ja hallintoviranomaisten toiminnasta, muttei juurikaan muusta. Esetetty moite on siis oikeastaan syyte siitä, että oikeusvertailu on lähdepositivistinen ja kapea-alainen sen suhteen, mitä se pitää oikeutena. Tämän kritiikkinsä hän tiivistää ajatukseen siitä, että perinteinen oikeusvertailu tarkastelee kohdettaan ulkopuolisesta näkökulmasta.¹⁴ Tässä hän eroaa selkeästi Legrandista, koska ulkopuolisuus on Ewaldille metodinen pahe, ei hyve. Oikeutta ulkopuolelta tarkasteleva jää sanan mukaisesti ”pihalle”. On kiintoisaa havaita, että Ewald pitää mahdollisena sitä, että ulkopuolinen vertailija voi saada suurin piirtein samanlaista tietoa oikeudesta kuin järjestelmän sisälläkin toimiva – tämä oletushan on perinteisen funktionaaliseksi kutsutun oikeusvertailun metodologian implisiittinen kulmakivi.

Ewaldin keskeisimpänä teoreettisena ajatuksena on, että oikeusvertailu siirtyisi sääntöjen tutkimuksesta tutkimaan vieraan oikeuden intellektuaalista taustaa (*underlying philosophy*). Hän muistuttaa, ettei tämä tarkoita vain uudenlaisen tiedon lisäämistä aiempaan perinteisen oikeusvertailun tunnistamaan lähdemateriaaliin, vaan tiedonintressin kääntämistä kokonaan toiseen suuntaan. Ewald kuitenkin päätyy yllättävän lähelle perinteistä oikeusvertailua katsoessaan, että tutkimuksen pääkohteeksi tulisi ottaa oikeusperiaatteet; miten vieras oikeus päätyy tiettyyn tuloksiin oikeudellisessa ajattelussaan ja, mitkä ovat ne pinnalta käsin näkymättömät syyt, jotka noihin tuloksiin johtavat. Tätä kautta hän päätyy myös ehdottamaan oikeusvertailulle uutta nimeä eli *comparative jurisprudence* (vertaileva oikeusteoria tai vertaileva yleinen oikeustiede). Tämä johtuu siitä, että hänen mielestään oikeusvertailu on itse asiassa jonkinlainen oikeusfilosofian johdannainen tai muutoin läheinen petikumppani. Se, miten harjoitat oikeusvertailua riippuu pitkälti siitä, kuinka vastaat tiettyihin oikeusfilosofisiin peruskysymyksiin. Ewaldin argumentaatio huipentuu tuttuun sitaattiin antiikista: *Metaphysicam expellas furca, tamen usque recurret!*¹⁵

Voiko vierasta oikeutta sittenkään aidosti tuntea?

Sekä Legrandin että Ewaldin kritiikissä on tiettyjä lahkolaisuuden piirteitä; ne räytyy nähdä osana oikeusvertailun sisäistä keskustelua, jossa niillä on oma oikeusfilosofiasta ja oikeusteoriasta täysin irrallinen ja itsenäinen asemansa. Tätä keskustelua on turha ruotia sen enempää tässä.¹⁶ Sen sijaan on mielenkiintoista havaita, kuinka oikeusfilosofiseksi kumpikin vaatii oikeusvertailua muuttumaan – sääntöjen, käsitteiden, instituutioiden ja oikeustapausten sijaan edellytetään perehdyttävän kunkin tutkittavan järjestelmän *oikeuden filosofisiin perusteisiin*. Legrandin ulkopuolisuus ja järjestelmätason ylittävä ymmärrys korvautuu Ewaldilla sisäpuolisuudella ja järjestelmän sisäisen ajattelutavan (tässä: filosofian) ymmärtämisellä.

Nämä ajatukset ovat toki virkistäviä, mutta eivät kuitenkaan tuo kovin paljon lisäarvoa siihen oikeusfilosofiseen ja oikeusteoreettiseen keskusteluun, jota on käyty jo vuosisatoja oikeuspositivismin, realismin sekä luonnonoikeuden

eri suuntausten ja haarojen kesken. Näyttää pikemminkin siltä, että ajattomat perusteemat ovat nyt putkahtaneet ikään kuin uudessa asussa pinnalle nykyisessä vertailevan oikeustieteen teoriassa. Tästä huolimatta ne tietenkin ovat arvokkaita muistutuksia käytännön oikeusvertailijoille siitä, ettei pidä tuijottaa vain oikeuden pintatasoa. Mutta tämä huomautus ei toden totta ole oikeusvertailun alalla omaperäinen – tätähän on toivotettu jo yli 100 vuotta niin kutsutun perinteisenkin oikeusvertailun keskusteluissa. Nämä seikat eivät ehkä kuitenkaan ole näiden oikeusfilosofiaa ja oikeusvertailua lähentävien puheenvuorojen kiintoisin osa tai kritiikille otollisin maalitaulu. Itse asiassa varsinainen ongelma on se, että nämä puheenvuorot jämähtävät liiaksi ontologiaan. Niiden keskeiseksi heikkoudeksi jää se, että ne eivät etene riittävästi epistemologiaan ja pohdi sitä, mitä vieraasta oikeudesta on todella mahdollista sanoa *tietävänsä* – ne olettavat tällaisen tiedon ilman muuta mahdolliseksi ja etenevät tästä lähtökohdasta käsin. Sekä Ewaldin että Legrandin näkemykset oikeuden ontologiasta nostavat esiin kysymyksen: miten vierasta oikeutta ulkopuolelta tarkasteleva voi saada moisesta ilmiöstä tietoa?

Oikeusvertailun antropologisen suuntauksen puolella on kuitenkin edetty varsin mielenkiintoisiin suuntiin, mitä tulee oikeusvertailun epistemologiaan. Käsittelen seuraavassa lyhyesti *Hagen Henryn* asiaan liittyviä kiintoisia ajatuskulkuja.¹⁷ Ne osoittavat myös, että oikeusfilosofiset kysymyksenasettelut ovat elimellisesti tärkeitä nimenomaan oikeusvertailulle, mutta myös sen, että tietämissuhde (tai episteeminen relaatio) vieraaseen oikeuteen on monimutkaisempi asia kuin läntisen oikeuden ajatteluperinteen päälle rakentuvat Legrandin ja Ewaldin ideat osoittavat. Muutoin Henry on pitkälti samoilla linjoilla kuin Legrand ja Ewald, joihin Henry oman työnsä teoreettisesti kiintoisissa ydinkohdissa viittaakin.

Henryn mukaan perinteinen episteeminen asetelma tulisi kääntää ylösalaisin. Yleensä lähtökohtana on ollut itselle tuttu oikeus, jonka tuntemuksen varaan vieraan tunteminen voi rakentua. Henryn mielestä vieraalle oikeudelle on annettava episteeminen etusija suhteessa omaan. Tämä tarkoittaa pitkälti samaa kuin Ewald ja Legrand eli, että tulee olla tietoinen omista kulttuurisista postulaateistaan ja varoa omien premissien tahatonta soveltamista vieraaseen oikeuteen. Vieraan oikeuden *Anschauungen*'ia tavoitellaan siis tässäkin. Tämä on mahdollista jos löydetään yhteinen tuntemisperusta (*Erkenntnisbasis*). Tällä Henry tarkoittaa kulttuuristen perussuureiden tuntemista eli sen tuntemista, miten tarkasteltava oikeusyhteisö ymmärtää ajan ja tilan merkityksen sekä yksilön ja ryhmän välisen suhteen luonteen, jotka ovat oikeuden ontologian empiirisiä ja vertailututkimuksen keinoin tavoitettavissa olevia ilmauksia. Erityisesti kulttuurisesti vieraan oikeuden tunteminen edellyttää oikeuden kognitiivisen rakenteen ja epistemologisten fundamenttien hahmottamista, ei lakitekstin tai auktoritatiivisen ennakkotapausten tuntemista.

Tähän saakka edetään Legrandin ja Ewaldin viitoittamaa tietä – vertailija joutuu poisoppimaan omat oikeutta koskevat ontologiset ja episteemiset sitoumuksensa ja muuttuu eräässä mielessä uudelleen ikään kuin ”maallikoksi” suhteessaan oikeuteen. Näin vertailijaan kohdistuu – sanovat Legrand, Ewald ja Henry – varsin kovia vaatimuksia; pitää tunnistaa omat oikeuskulttuuriset ja -filosofiset piilo-oletuk-

sensa ja tunnistaa myös vieraan oikeuden vastaavat eli *underlying philosophy*. Tässä ajattelutavassa painopiste asettuu luontevasti samankaltaisuuksien sijaan eroavaisuuksille.¹⁸

Ajattelu kulkee kriittiseksi kutsutun oikeusvertailuteorian suuntauksen tuttuja polkuja, mutta Henryn tietoteoreettinen keskeisoivallus kuitenkin poikkeaa tämän ajattelutavan valtavirrasta siksi, että hän ei lähde automaattisesti liikkeelle läntisestä oikeudesta, vaan kulttuurisesti erilaisesta oikeudesta. Hänen oma keskeinen oivalluksena on tietoteoreettinen ja se kiteytyy terminologiaa myöten perinteiseen saksalaiseen tieteenfilosofiseen keskusteluun. Henry ei näe mahdollisuutta varsinaisesti ymmärtää vierasta oikeutta kuten omaa, vaan ainoastaan mahdollisuuden *tuntea* sitä. Tässä mielessä Legrand ja Ewald menevät liian pitkälle, sillä vaikka yhteinen episteeminen perusta saataisiin aikaan, niin kulttuurisesti vierasta oikeutta voidaan vain tuntea (*Erkennen*) ei ymmärtää (*Verstehen*). Tällä tavoin ajatellen tietämissuhde omaan oikeuteen voi olla ymmärtävä ja vieraaseen vain tunteva – tästä johtuu myös tarve purkaa nimenomaan omaan oikeuteen kohdistuvaa ajattelua ja antaa episteeminen etusija vieraalle oikeudelle.¹⁹ Tässä mielessä oikeusvertailun perustehtävänä on ikään kuin konstruoida ja jäljentää sitä erityistä tapaa, jolla eri järjestelmät *rakentavat* oman sosiaalisen (oikeus)toellisuutensa.²⁰

Näin Henry samalla murtaa perinteisen oikeustieteiden sisäisen demarkaation yhden keskeisen perusteen eli jaottelun ulkoiseen ja sisäiseen näkökulmaan. Oikeusvertailu pitääkin sisällään molemmat ulottuvuudet ja rakentaa metodiset valinnat nimenomaisesti tuon tietoteoreettisesti omalaatuisten positionsa varaan. Oikeusvertailun kannalta kysymys oikeuden ontologiasta on edelleen relevantti, mutta ontologisesta analyysistä on edettävä myös vertailijan oman tietoteoreettisen position tunnistamiseen, jotta kulttuurisesti vieraan oikeuden tarkastelu tulisi mielekkääksi. Siis – takaisin filosofiaan eli oikeuden ontologisen analyysin kautta episteemisiin ratkaisuihin.

Lopuksi

Tässä kirjoituksessa lähdettiin liikkeelle oppialajaottelusta ja pontimena oli painottaa, että oikeusfilosofiset ongelmat ovat läpäisykyvyltään oikeustieteiden akateemisia demarkaatioita voimallisempia; niitä ei voida rajata vain jonkin tietyn oikeustieteen alan piiriin kuuluviksi. On kyse paljon muustakin kuin oikeusteoreetikoiden ja oikeusfilosofien monopolisoinnasta kentästä, jolla eri koulukunnat ja suuntauksat jatkavat keskenään vuosisataista nahisteluaan. Oikeusteoriassa ja oikeusfilosofiassa ei ole tässä suhteessa monopolia, vaan myös oikeusvertailu on vähintään yhtä vahvasti filosofinen kuin oikeusteoriakin. Edellä nostettiin esiin kolme ajattelutapaa, joita tarkastelemalla osoitettiin oikeuden ontologian ja epistemologian kuuluvan saumattomasti vertailevan oikeustieteen alaan. Käsitellyt ajattelutavat eivät edes ole mitenkään uniikkeja, vaan osoitus siitä teoreettisesta keskustelusta, jota vertailevan oikeustieteen alalla tänä päivänä käydään.

Mitään erityisen ihmeellistä tekstissä ei tietenkään kyetty tuomaan esille, mutta ehkä yksi seikka kuitenkin. Oikeus on sosiaalisen yhteistoiminnan maailmallisena muotona siinä määrin monimutkainen ilmiö, ettei sen *yleistä* teoreettista ja filosofista analyysia voida monopolisoida minkään tietyn oikeustieteen haaran alaan kuuluvaksi. Todellisuudessa

kaikki ne oikeustieteen haarat, jotka ylittävät kansallisten järjestelmien rajat ja niiden sisällä pätevät ontologiset, episteemiset ja metodiset sitoumukset joutuvat välittömästi teoreettisten ja filosofisten kysymysten äärelle, erityisesti tämä koskee vertailevaa oikeustiedettä, joka on määritelmällisesti ”erilaisuutta analysoiva oikeustieteen ala”.²¹ Ewald pukee tämän symbioottisen suhteen osuvasti sanoiksi todetessaan, että oikeusfilosofia on monesti ”all sail and no anchor”, kun taas oikeusvertailu on usein ”all anchor and no sail”. Ei oikeastaan voi kuin hämmästellä sitä, kuinka vähän nämä alat ovat toisiaan kenneet käytännössä hyödyttämään ja kuinka vähän vertailijoilla ja teoreetikoilla on keskenään ollut tekemistä. Mutta, demarkaatioaidan molemmilla puolilla on ollut viime vuosina havaittavissa kiintoisaa liikehdintää, josta tästäkin tekstissä käsitellyt nimet ovat yksi todiste.²²

Viitteet

1. Aarnio, Aulis, Asiantuntijalausunto Helsingin yliopistolle yleisen oikeustieteen professuurin virantäyttöä varten (s. 65). Päivätty 25.11.2002. Painamaton.
2. Ks. esim. Bogdan, Michael, *Komparativ rättskunskap*. Norstedts Juridik, Stockholm 2003, s. 57-59.
3. Vrt. Bogdan 2003 s. 59-63.
4. Ks. tarkemmin Husa, Jaakko, Farewell to Functionalism or Methodological Tolerance? *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 2003 s. 419-447.
5. Ks. Constantinesco, Léontin-Jean, *Traité de droit compare. Tome II La méthode comparative*. Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1974.
6. Legrand, Pierre, European Legal Systems are Not Converging. *International and Comparative Law Quarterly* 1996 s. 52-81, s. 56-57.
7. Tuori, Kaarlo, *Kriittinen oikeuspositivismi*. WSOY, Helsinki 2000, s. 138-233.
8. Legrand, Pierre, The Impossibility of 'Legal Transplants'. *Maastricht Journal European and Comparative Law* 1997 s. 111-123.
9. Legrand 1996 s. 60 ja s. 75-76.
10. Legrand 1997 s. 124.
11. Vrt. Smits, Jan M., *The Europeanization of National Legal Systems: Some Consequences for Legal Thinking in Civil Law Countries* s. 244, teoksessa Mark Van Hoecke (ed.) *Epistemology and Methodology of Comparative Law*. Hart Publishing, Oxford 2004 s. 229-245.
12. Ewald, William, Comparative Jurisprudence (I): What Was It Like To Try a Rat? *University of Pennsylvania Law Review* 1995 s. 1889-2149, s. 1891-1898.
13. Emt. Ewald 1995 s. 1894.
14. Emt. Ewald 1995 s. 2106-2108.
15. Emt. Ewald 1995 s. 2146-2149.
16. Ks. tästä tark. Husa 2003 s. 434-445.
17. Henry, Hagen, *Kulturfremdes Recht erkennen. Ein Beitrag zur Methodenlehre der Rechtsvergleichung*. Forum Iuris, Helsinki 2004.
18. Emt. Henry 2004 s. 143-164.
19. Ks. Henry 2004 s. 165-166.
20. Vrt. Samuel, Geoffrey, Comparative Law and Jurisprudence. *International & Comparative Law Quarterly* 1998 s. 817-836, s. 836.
21. Curran, Vivian Grosswald, Dealing in Difference: Comparative Law's Potential for Broadening Legal Perspectives. *American Journal of Comparative Law* 1998 s. 657-668, s. 657.
22. Ks. esim. Van Hoecke, Mark & Warrington, Mark, Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law. *International and Comparative Law Quarterly* s. 495-536.