

W.E. von Eyben

JURIDISK GRUNDBOG

Bind 1

Retskilderne

5. udgave

JURIST- OG ØKONOMFORBUNDETS FORLAG
1991

Juridisk Grundbog bd. 1

5. udg. 1. opl.

© 1991 by Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Alle rettigheder forbeholdes.

Mekanisk, fotografisk eller anden gengivelse eller mangfoldiggørelse af denne bog eller dele heraf er uden forlagets skriftlige samtykke ikke tilladt ifølge gældende dansk lov om ophavsret.

Tryk: Gentofte Tryk, Charlottenlund

Indbinding: Damm's Bogbinderi, Randers

Printed in Denmark 1991

ISBN 87-574-0301-5

Indholdsfortegnelse

Forord	13
§ 1 Retskildebegrebet og de forskellige retskilder	15
I. Begrebet	15
II. De enkelte retskilder	17
A. Lovmotiver	17
B. Analogi og modsætningsslutning	18
C. Præjudikater	18
D. Sædvane	19
E. Retslitteraturen	19
F. Forholdets natur	20
G. Lovens formål	20
III. Retskildernes prioritetsfølge	22
IV. Gældende ret	25
V. Retskilders offentlighed	25
§ 2 Lovmotiver	27
I. Indledning	27
A. Begrebet lovmotiver	27
B. Udviklingen	28
C. Folketingets ombudsmand	32
D. »Negative motivudtalelser«	33
E. Kritik af lovmotiver	34
F. Lovgivningsteknikken og lovmotiver	36
G. Lovens formål	38
H. Almindelige henvisninger til forarbejder eller tilblivelse	39
II. Forskellige elementer i lovmotiver	40
A. Sagkyndiges udtalelser i betænkninger	40
1° Redegørelse for gældende ret	41
2° Udtalelser om fortolkningen af lovforslaget	42
a. Obligationsret	42
b. Panteret og tinglysning	43
c. Ejerlejligheder	43
d. Arveret	43

e. Retspleje	43
f. Konkurslov	44
g. Straf	45
h. Forskellige love	46
B. Ministerens bemærkninger til lovforslaget	46
a. Obligationsret	47
b. Ejerlejlighedsloven	48
c. Erhvervelse af fast ejendom	48
d. Markedsføringslov	48
e. Familieret	48
f. Konkurslov	49
g. Skatte- og afgiftslove	49
i. Forskellige love	50
C. Betænkninger fra folketingsudvalg og udtalelser afgivet af folketingsudvalgenes ordførere	53
D. Forhandlinger i Folketinget	58
1° Drøftelse i Folketinget	58
2° Enkeltstående udtalelse i Folketinget	59
3° Forudsætninger i folketingsdrøftelser	60
III. Særlige tilfælde, hvor lovmotiver får større eller mindre betydning	61
A. Ændringer under udarbejdelse af loven	61
B. Ændringer i forhold til tidligere retstilstand	64
C. Inkurier	67
D. Praktisk uheldige resultater	68
E. Strafspørgsmål	69
F. Regelnød	70
G. Forventningsprincippet	71
H. Gamle motivudtalelser	72
I. Internationale lovmotiver	73
IV. Sammenfatning	73
§ 3 Dømmes præjudikatvirkning	76
I. Indledning	76
A. Præjudikater som retskilde	76
B. »Distinguishing«	77
C. Kendskab til præjudikater	80
D. Omtale af præjudikater i domspræmisser	81
E. Udenlandske præjudikater	83
II. Almindelige synspunkter for præjudikaters bindende virkning	84
A. Retsautoriteten	84

B. Procesbesparende hensyn	85
C. Appelomkostninger	86
D. Retsulighed	87
III. Almindelige synspunkter for at frakende præjudikater bindende virkning	91
IV. Særlige synspunkter for at fastholde præjudikater	91
A. Sideløbende retsforhold	91
B. Korrelatforhold	94
C. Tilbagesøgning af erlagte ydelser	96
D. Vindikation – eksstinktion	96
E. Arbejdsretten	96
F. Abstrakte udtalelser	97
G. Ændring af administrativ praksis	98
H. Ordensforskrifter	100
I. Straf	101
J. Kritik i retslitteraturen	103
V. Sekundære hensyn	105
A. Præjudikaters antal	105
B. Præjudikaters alder	107
C. Præjudikaters autoritet	109
1° Underordnede instansers respekt for overordnede instansers afgørelser	109
2° Overordnede instansers stilling til underordnede instansers afgørelser	110
3° Sideordnede retter	113
4° Mindretals respekt for flertallets bedømmelse	113
5° Betydningen af domme med dissenser	115
VI. Afslutning	116
§ 4 Analogi, udvidende fortolkning og modsætningsslutning	117
I. Begreber	117
II. Almindelig analogi	120
A. Obligationsret	120
B. Tinglysning	122
C. Familieret	124
D. Arveret	125
E. Immaterialret	126
F. Retspleje	126
G. Konkursret	128
H. Skatter og afgifter	129
I. Forskellige lovbestemmelser	130
III. Fuldstændig lovanalogi	131

A. Straffeloven	131
B. Specialstrafferetten	137
C. Andre lovbestemmelser	140
IV. Analogi – modsætningsslutning	140
V. Analogi fra undtagelsesregler	143
VI. Partiel analogi	145
VII. Analogi – omgåelse	145
VIII. Sammenfatning	147
§ 5 Retssædvaner	150
I. De traditionelle betingelser for retssædvaner	150
A. Almindelig fulgt	150
B. Længe fulgt	151
C. Forestilling om forpligtelse	151
II. Retslitteraturen	153
III. Retspraksis	156
A. Lokale sædvaner	156
B. Almindelige sædvaner	157
IV. Sædvaner som skønsmæssige kriterier	159
V. Kutymer og sædvaner	160
VI. Kendskab til sædvaner	162
VII. Sædvanens kvalitet	163
VIII. Sædvane i retskildelæren	164
IX. Sædvane på alle retsområder?	165
X. Desvetudo	165
XI. Sammenfatning	167
§ 6 Retsvidenskabens indflydelse på praksis	169
I. Almindelige synspunkter	169
A. Retsvidenskabens opgaver	169
B. Teoretikeren og dommeren	171
C. Domskommentarer	174
D. Indflydelse på lovforslag	177
E. Kritik af retsafgørelser	178
F. Retslitteraturen som retskilde?	179
II. Enkelttilfælde	180
A. Erstatningsret	180
1° Objektivt ansvar	180
2° Erstatning for forsørgertab	182
3° Ansvar for børn	182
4° Erstatning for tort	182
5° Offentlige myndigheders erstatningsansvar	182

B. Obligationsretten	183
C. Panterrettigheder og tilbageholdsret	184
1° Panterrettigheder	184
2° Overdragelse til sikkerhed	186
3° Tilbageholdsret	187
a. Tilbageholdsrettens omfang	187
b. Afværgelse af tilbageholdsret ved sikkerheds- stilling	187
D. Overdragelse af formuerettigheder	188
1° Tinglysning	188
2° Overdragelse af ejendomsret til løsøre	188
a. Beskyttelse over for kreditorer	188
b. Beskyttelse over for aftaleerhververe	189
E. Sameje og interessentskab	190
F. Strafferet	191
1° Objektivt strafansvar	191
2° Fortolkning af straffebestemmelser	192
G. Retspleje	192
H. Konkurs	193
I. Familieret	194
J. Arveret	195
K. Forfatningsret	196
L. Forvaltningsret	198
1° Domstolskontrol med forvaltningen	198
2° Det offentliges erstatningsansvar	200
M. Skatteret	201
N. Arbejdsret	202
O. Immaterialret	203
P. International privatret	203
Q. Passivitetsvirkninger	204
III. Konklusioner	204
§ 7 Administrativ praksis som retskilde	209
<i>Af konsulent Jon Andersen</i>	
I. Administrativ praksis	209
A. Praksisbegrebet	209
B. Tilgængelighed	210
II. Administrativ praksis som retskilde	212
A. Anvendelse af administrativ praksis i specialværker	212
B. Administrativ praksis som subsidær retskilde	213
III. Momenter af betydning for den retskildemæssige vægt af administrativ praksis	213

A. Skønsmæssige eller retlige afgørelser	213
B. Afgørelser, truffet af under- eller overordnede myndigheder	214
C. Den administrative myndigheds kvalitet	214
D. Lovbestemmelser præsise eller upræsise karakter	215
E. Langvarig eller kortvarig administrativ praksis	216
F. Administrativ praksis, tiltrådt af lovgiver, domstolene eller ombudsmand	217
G. Betydningen af, om praksis er offentliggjort	218
IV. Praksis' betydning for domstolene og ombudsmanden	218
A. Prøvelsesintensiteten	218
B. Prøvelse af skønsmæssige afgørelser	219
C. Fravigelse fra fast praksis	220
D. Praksis, som er blevet underkendt	220
§ 8 Ombudsmandens udtalelser	222
I. Problemstilling	222
II. Domstolenes stilling til Ombudsmandens udtalelser	224
A. Domme med indhold hentet fra Ombudsmandens udtalelser	224
B. Domme, der indeholder fyldig redegørelse for Ombudsmandens udtalelse	227
C. Domme, der indeholder kort omtale af Ombudsmandens udtalelse	231
D. Domme, der ikke omtaler Ombudsmandens udtalelse ..	235
E. Domme, som kun er kort refereret i Ombudsmandens beretninger	240
III. Sagsomkostninger	243
IV. Sammenfatning af domstolenes stilling til Ombudsmandens udtalelse	244
§ 9 Folkeret som retskilde	247
<i>Af professor, dr.jur. Claus Gulmann</i>	
I. Indledning	247
II. Folkeretlige reglers inkorporering i dansk ret	248
III. De folkeretlige regler	249
IV. Behandlingen af retskildespørgsmålet i den retsvidenskabelige teori	250
V. Retspraksis	251
A. Systematik	251
B. Domme, hvor folkerettens betydning er forudsat i danske regler eller har haft præjudiciel betydning	253

C. Søgsmålsimmunitetssager	255
D. Domme i sager vedrørende privatretlige krav	256
E. Begrænsning i myndigheders straffeprocessuelle indgreb ..	257
F. HT-dommen	264
VI. Vurdering	266
§ 10 Andre retskilder	269
I. Almindelige retsgrundsætninger	276
A. Erstatningsretten	276
B. Personbeskyttelse	278
C. Samlivsforhold	279
D. Forhandlergrundsætningen	279
E. Lighedsgrundsætningen	280
F. Passivitet	280
G. Forudsætningslæren	280
H. Konkurrenceforhold	280
I. Konkursret	282
II. Principper fra andre retsområder	282
III. Rimeligt – urimeligt	282
A. Rimelighed	283
B. Urimelighed	284
IV. Retlig interesse	285
V. Logiske slutninger	286
A. Fortolkninger	286
B. Uden for fortolkninger	289
VI. Anomalier	290
VII. Formål	291
VIII. Almindelige erfaringer	293
IX. Konklusion	293
§ 11 Begyndelsen og slutningen	296
Litteratur	298
Domsregister	299
Lovregister	308
Sagregister	314

Forord

Denne udgave af Juridisk Grundbogs 1. bind adskiller sig væsentligt fra de foregående, også den sidste, som meget hurtigt er blevet udsolgt, således at en ny udgave har været naturlig.

Hertil kommer, at der er sket så meget inden for Retskildelæren i de seneste år, at afgørelser, der ligger mere end 10 år tilbage i tiden, som regel har kunnet udelades og dermed overgå til behandling i Retshistorien.

Dernæst manglede der behandling af nogle meget væsentlige spørgsmål, som nu er kommet med i afsnittene §§ 7-10. De burde have været med tidligere, men jeg savnede viden og kræfter til at tage dem op.

Det er derfor jeg er særdeles tilfreds med, at professor *Claus Gulmann* påtog sig at tage spørgsmålet om Folkerettens og ikke mindst EF-rettens betydning op til behandling, jfr § 9. Og det samme gælder konsulent hos Ombudsmanden *Jon Andersen*, der har skrevet afsnittet om administrativ praksis' betydning for fastlæggelsen af gældende ret, således som den har givet sig udtryk i ombudsmandsudtalelser og i domstolspraksis, jfr § 7.

Jeg måtte selv tage mig af de manglende afsnit fra Ombudsmandens udtalelser, jfr § 8, og dette var kun muligt, fordi *Jon Andersen* ydede en helt uundværlig hjælp med at fremdrage relevante afgørelser. Allervanskeligst var afsnittet om Forholdets Natur, som bragte mig ind på nye undersøgelser, således som de vil findes i § 10 om »Øvrige retskilder«. For at få en fyldestgørende behandling heraf måtte der skrives så omfattende og dybtgående, at det ville ligge på disputatsniveau. Det har jeg ikke kunnet overkomme, så man må nøjes med dette som noget foreløbigt.

I begge disse afsnit kom jeg til resultater, som i hvert fald virkede overraskende på mig selv. Jeg har så valgt at sætte det så skarpt op, at det forhåbentlig vil møde modsigelse og vække ny diskussion. Sker det, er vi dog kommet et skridt videre.

Stud.jur. *Henning Strange* har medvirket ved udarbejdelse af registre og ved citatkontrol.