

ole krarup

øvrigheds

myndighedens

grænser

Øvrighedsmyndighedens grænser er sat med Times og trykt i Philips Bogtryk, København. Bogbinderiarbejdet er udført af Carl Niensens bogbinderi, Odense. Omslaget er tilrettelagt af Marianne Krarup.

Denne afhandling er af det rets- og statsvidenskabelige fakultet ved Københavns universitet antaget til offentlig at forsvares for den juridiske doktorgrad.

København den 13. februar 1969.

ALLAN PHILIP
h. a. decanus.

Indhold

Indledning	1
Kapitel I. Det frie skøn	
<i>1. afsnit: Begrebet Det frie skøn og begrebets funktion</i>	
§ 1 Formelt eller materielt skønsbegreb	5
§ 2 Skønsbegrebernes anvendelsesmuligheder	9
§ 3 Det materielle skønsbegreb og dets grundlag	14
§ 4 Domstolsprøvelse trods lovens ufuldstændighed	19
§ 5 Det materielle skønsbegrebs formalisering	25
<i>2. afsnit: Domstolsprøvelse af en afgørelses rimelighed og hensigtsmæssighed</i>	
§ 6 Urimelighedsproblemet	29
§ 7 Om hensigtsmæssighedsspørgsmål	34
<i>3. afsnit: Skønsdeduktionernes konsekvenser</i>	
§ 8 Om reduceret prøvelse af »legalitetsspørgsmål«	41
§ 9 Skønsmæssige afgørelser og skønsspørgsmål	46
§ 10 Domstolsprøvelse baseret på andet grundlag end forvaltningens valg af hensyn	51
<i>4. afsnit: Begrebsmæssig og systematisk afslutning</i>	
§ 11 Den dobbelte problemstilling	57
§ 12 Begrebet præmisprøvelse og dets betydning i fremstillingen	66

Kapitel II. Domstolenes stilling til forvaltningens præmisbedømmelse

<i>1. afsnit: Om magtfordrejning</i>	75
1A. Erkendt magtfordrejning	75
1B. Ugenkendt magtfordrejning	77
1C. Om materielle mangler	80
1D. Særlig om sagsforståens formål	85
1E. Umærket magtfordrejning	87
1B. Andre tilfælde	91
19. Den subjektive magtfordrejningsprøvelses teoretiske anvendelighed	95
20. Magtfordrejning eller objektiv præmisprøvelse	99
21. Abstrakt eller konkret præmisbedømmelse	106
22. Udvidet objektiv præmisbedømmelse	110
23. Hensigtens betydning m. h. t. bevisbyrdefordeling	113
24. Rekapitulation af magtfordrejningsproblemstillingen	119
<i>2. afsnit: Domstolenes kritik af forvaltningens præmisbedømmelse</i>	125
§ 25. Oversigt	125
§ 26. Lighedsgrundsætningens afhængighed af skønsbegrebet	128
§ 27. Lighedsparadoxets bredde	130
§ 28. Sondringen frit – bundet skøn	133
§ 29. Om brud på forvaltningens praksis	137
§ 30. Bevissspørgsmål	140
§ 31. Afsluttende konklusioner af lighedsdrøftelserne	146
§ 32. Vildfarelse	155
§ 33. Særlig om skøn og regel	162
§ 34. Særlig om grænsen overfor formelle forskrifter	166
§ 35. Afslutning	170

Kapitel III. Udfyldning

<i>1. afsnit: Delegationsproblemet. Indholdsmæssig udfyldning</i>	173
§ 36. Skønsteoriens systematiske forhold til delegationsproblemet	173
§ 37. Udfyldningsproblemstilling ctr. delegationsproblem	179
§ 38. Delegation forstået som derogation	183
§ 39. Indholdsmæssig udfyldning på grundlag af derogationssynspunktet	191
§ 40. Nuancer i anvendelsen af lex superior-princippet og de anerkendte udfyldningsstandarder	199
<i>2. afsnit: Præmisudfyldning</i>	206
§ 41. Problemstillingen. Præmisser ctr. indhold	206
§ 42. Særlig om »kan«-regler	210
§ 43. Anvendelse af derogationsbetragtninger	216
§ 44. Friere overvejelser. Krav om regelbundethed	221
<i>3. afsnit: Udfyldning som konkret præmisprøvelse</i>	224
§ 45. Fakultativ ctr. obligatorisk målestok	224
§ 46. Domme der efterprøver in concreto	228
§ 47. Prøvelsens forhold til skønsteorien	231
§ 48. Forholdet mellem fakultativ og obligatorisk målestok	234
§ 49. Tilbageholdende prøvelse	237
§ 50. Dokumentation for den anvendte målestok	241
§ 51. Afslutning	245

Kapitel IV. Den konkrete præmisprøvelse og dens konklusioner

<i>1. afsnit: Jus – faktum – subsumption</i>	248
§ 52. Indledning	248
§ 53. Anvendelse af sondringen jus – faktum	250
§ 54. Den anglo-amerikanske doktrin	257
§ 55. Kritisk analyse af law/fact sondringen	263

56 Sammenhængen med skønsteorien	268
57 Faldtoms – om en typisk prøvelsesbegrænsning	272
58 Indledende administrativ sagskundskaab	277
59 Fortolkning – prøvsmaal ctr. vurderinger	285
60 Forhold om konkret ctr. abstrakt præmisprøvelse	289
61 Om den endelige fastlæggelse af prøvelsens grænser	295
2. afsnit: Om forvaltningens interesseafvejning	306
62 Systematisk status	306
63 Afvejningskommissens problematik	308
64 Politimestage-dispositioner	311
65 Offentlige anlag	320
66 Afkedpelse af tjenestemænd m. v.	323
67 Andre afvejningstilfælde	327
68 Særlig ljetilet prøvelse (frihedsberøvelse)	331
3. afsnit: Præmisses – konklusion	337
§ 69 Problemstillingen	337
§ 70 Definitiv ctr. indefinitiv prøvelse	341
§ 71 Afgrænsning af alternativsituationerne	348
§ 72 Domskonklusionen i alternativsituationen	355
§ 73 Konklusionens indhold med hensyn til udmålings-skøn	362

Kapitel V. Kompetence-prøvelse. Den begrebsmæssige baggrund

1. afsnit: Om begrebet jurisdiction	378
§ 74 Indledning	378
§ 75 Den engelske jurisdiction-teori	379
§ 76 Betydningen af begrebet jurisdiction	384
§ 77 Kritisk analyse af jurisdiction-begrebet	389
§ 78 Begrebsanvendelsens vilkårlighed	395
§ 79 Den almindelige begrebsanalytiske baggrund	399
§ 80 Kompetence-mangler – materielle mangler	402

§ 81 Historisk baggrund for jurisdiction-begrebet	407
§ 82 Afslutning om engelske udviklingstendenser	412
2. afsnit: Om ældre dansk teori og praksis	419
§ 83 Indledning	419
§ 84 Metode og plan for gennemgangen	422
§ 85 Identitetshypotesen	427
§ 86 Det teoretiske meningsindhold i grundlovsforhandlingerne. (Kompetence- ctr. legalitetsprøvelse)	435
§ 87 Kompetencemodsigelsen i efterkonstitutionel teori	443
§ 88 Modsigelsens grundlag og betydning	450
§ 89 Kompetencemodsigelsen i senere litteratur	454
§ 90 Begrebsformaliseringen i domspraksis	458

3. afsnit: Kompetencebilledets betydning i nutidig

retsopfattelse	463
§ 91 Skønsteoriens arv fra kompetencebegrebet	463
§ 92 Endelighedsklausulens udvikling på grundlag af kompetencebegrebet	474

Kapitel VI. Endelighedsklausuler

1. afsnit: Den konstitutive klausul.

Hovedregel og modifikationer	487
------------------------------	-----

§ 93 Konstitutive eller deklarative klausuler	487
§ 94 Subjektiv kompetencetildeling	490
§ 95 Præciserende eller udvidende fortolkning	498
§ 96 Om indskrænkende fortolkning	502
§ 97 Særskilt retsgrundlag	505
§ 98 Egnethedsbetragtning 1. Særlig om atypicitet	508
§ 99 Præmisses – Afgørelse	512
§ 100 Egnethedsbetragtning 2. Konstruktionen »tiltiende endelighed«	516
§ 101 Egnethedsbetragtning 3. Udtrykkelig endelighedsklausul	528

102 »Det grundlæggende« generaliseret præmisprøvelse	533
103 Efterprøvelse af lovforklaring	539
104 Løst prøve af vandelskrav?	546
105 Anden konkret præmisprøvelse	549
2. afsnit: <i>Behandles endelighedsklausuler som deklarative?</i>	554
106 Særlig om arbejdsløshedsforsikringsorganernes afgørelser	554
§ 107 Afvisning på grundlag af forvaltningens kompetence	567
§ 108 Højesteretsdomme der afviser	570
§ 109 Landsretspraksis	580
§ 110 Konklusion. Adgangen til bevisførelse	586
§ 111 Teoretiske perspektiver	592
Summary in English	601
Litteratur	611
Andre forkortelser	615
Stikordsregister	617
Domsnøgle	623

Indledning

Denne afhandlings tema er udstrækningen af den domstolsprøvelse, der er hjemlet ved grundlovens § 63, ifølge hvis 1. stk., 1. pkt. »Domstolene er berettigede til at påkende ethvert spørgsmål om øvrighedsmyndighedens grænser«.

Sædvanligvis læres det, at domstolenes således grundlovshjemlede adgang til at efterprøve forvaltningens afgørelser, er begrænset på to punkter, idet prøvelsen dels ikke omfatter forvaltningens frie skøn, dels kan indskrænkes derved, at de enkelte lovregler kan eliminere eller modificere prøvelsesretten.

Det er min opfattelse, at et svar på spørgsmålet om prøvelsens udstrækning ikke kan gives uden en detaljeret redegørelse for en række forskellige prøvelsessituationer. En sådan undersøgelse kan foretages uafhængigt af begrebet det frie skøn; men redegørelsen vil afsløre betydelig uklarhed m. h. t. spørgsmålet om prøvelsens forenelighed med sætningen om domstolenes inkompetence over for forvaltningens frie skøn.

Men dersom analysen således konkluderer i, at der kan forekomme situationer, der frembyder mulighed for efterprøvelse, tiltrods for at den efterprøvede afgørelse falder under forvaltningens frie skøn, finder jeg det ikke teoretisk forsvarligt blot at registrere resultatet uden principiel overvejelse af det metodiske grundlag for antagelsen om domstolenes inkompetence over for det frie skøn, d. v. s. den antagelse, der danner udgangspunktet for læren om domstolsprøvelsen i dansk – såvel som udenlandsk – forvaltningsret.

I spidsen for afhandlingen er derfor stillet en analyse af grundsætningen om domstolenes inkompetence over for det frie skøn, jfr. Kapitel I. I slutningen af dette kapitel redegøres i hovedtræk for den systematiske fortsættelse af undersøgelserne i kap. II–kap. IV.

Den indledende begrebsanalyse i kap. I korresponderer med analysen af

den anden traditionelt antagne hovedbegrænsning, nemlig respekten for lovregler, der afskærer domstolsprøvelse, de såkaldte endelighedsbestemmelser, jfr. kap. VI.

Endelig rummer kap. V et historisk tilbageblik. Kapitlets placering efter skønsanalysen, men inden gennemgangen af endelighedsbestemmelsen, skyldes, at det begrebsmæssige grundlag for prøvelseslæren i ældre teori er vanskeligt tilgængeligt, og næppe kan analyseres tilfredsstillende som baggrund for skønsteorien, hvis ikke denne på forhånd er blotlagt løsrevet fra historisk sammenhæng. Omvendt kan endelighedsbestemmelsen ikke forklares teoretisk tilfredsstillende uden kap. V's baggrund.

Afhandlingens sigte er komparativt. I særdeleshed har jeg i undersøgelsen inddraget fransk og engelsk teori. At se dansk teori og praksis i sammenhæng med udlandets er af særlig betydning i en undersøgelse som den foreliggende, fordi den begrebsmæssige basis for prøvelsesreglerne her og i udlandet på væsentlige punkter er identisk. Dette åbner mulighed dels for en bredere begrebsanalyse, dels for en detaljeret sammenligning af en række prøvelsessituationer.

At knytte undersøgelsen sammen med fransk teori er særlig nærliggende som følge af, at dansk forvaltningsretlig tænkning i dette århundrede har udviklet sig under voldsom indflydelse af den i Frankrig herskende teoretiske forestillingsverden.

En sammenligning med engelsk teori og praksis har ikke samme tradition, men byder på interessante perspektiver, dels fordi domstolsprøvelsen i England, såvel som her, udøves af de almindelige domstole, og ikke af særlige forvaltningsdomstole, dels fordi tilskyndelsen til komparative studier ikke alene kan ligge i et begrebsmæssigt fællesskab mellem flere retssystemer, men omvendt i begrebssystemernes tilsyneladende forskelligartethed; det er i sig selv interessant og – i begrebsanalytisk perspektiv – nyttigt at klargøre forholdet mellem prøvelsesbegrænsninger på grundlag af sondringen skøn-retsanvendelse, som den akcepteres på kontinentet, og på den anden side prøvelsesbegrænsninger på grundlag af sondringen fact-law.

Derimod har jeg udeladt en detaljeret gennemgang af de i udlandet gældende prøvelsesordninger, således som man f. eks. finder den i Johs. Usings disputats, Om Afgørelse af Tvistigheder med Forvaltningen. En sådan systematisk gennemgang ville naturligvis have sin værdi til orientering

om prøvelsesproblemerne i udlandet, og ville tillige udgøre en nyttig baggrund for afhandlingens principielle drøftelser. Men den ville, hvis den skulle være tilstrækkelig udførlig, tynde fremstillingen, og gøre dens begrebsanalytiske perspektiv vanskeligt at fastholde. Jeg har uden betænkelighed udeladt en sådan redegørelse (bortset fra mere specielle forhold i kap. V), i særdeleshed fordi der både på norsk og svensk foreligger pålidelige og kortfattede oversigter over en række retsforfatninger, jfr. Forvaltningskomitéens Innstilling 340–58 og Förvaltningsrättskipning 798–813.

Selve afhandlingens grundbegreber »domstole« og »forvaltning« kunne tiltrænge en nærmere præcisering. Sidstnævnte udtryk, der i gængs terminologi anvendes som betegnelse dels for en funktion, dels for det sæt af organer, af hvem funktionen udøves, er synonymt med grundlovens »øvrighedsmyndighed«.

I langt de fleste af de prøvelsessituationer, der gennemgås i afhandlingen, volder det ikke tvivl at placere en myndighedstype. I særdeleshed ligger domstolsbegrebet, trods en vis uklarhed i grænseområdet, temmelig fast, når spørgsmålet alene rejses med henblik på, hvorvidt et eksisterende organ er en domstol. Begrebet »forvaltningsorgan« er langt mere heterogent. I FR 2 afgrænses det på negativt grundlag, hvortil føjes en, ikke udtømmende, enumeration.

Anledningen til at optage disse begreber til principiel diskussion på dette sted skulle ligge i usikkerhed m. h. t. undersøgelsens genstand. Men usikkerheden er minimal; og jeg finder det fuldt forsvarligt at optage eventuelle afgrænsningsproblemer til senere drøftelse, i det omfang de enkelte prøvelsesregler, således som de gennemgås i det følgende, giver anledning til det.

Men på trods af, at begreberne »forvaltning« og »forvaltningsorgan« således indtil videre behandles som enhedsstørrelser, er der grund til at pointere, at en række prøvelsessituationer kun kan analyseres tilfredsstillende på grundlag af en nærmere specifikation af de forskellige organtyper. En afgørelse, der ikke efterprøves (udtømmende) af domstolene, når den træffes af ét organ, kan meget vel være genstand for efterprøvelse, når den træffes af et andet.

Hvad der her er anført om grundbegreberne, forvaltning og domstole, finder tilsvarende anvendelse med henblik på en række andre af den tra-

ditionelle forvaltningsrets begreber; de optages ikke til samlet analyse på dette sted, men drøftes siden, i det omfang de indgår i prøvelsesreglerne. Jeg skal alene understrege, at udtrykket »forvaltningsafgørelse«, der generelt angives som prøvelsens genstand, ikke blot omfatter forvaltningens konkrete afgørelser, som med gængs terminologi sammenfattes i udtrykket »forvaltningsakter«, men tillige forvaltningens afgørelser af generel karakter. Dette har særlig betydning i afhandlingens kapitel III.

KAPITEL I

Det frie skøn

I. afsnit: Begrebet Det frie skøn og begrebets funktion

§ 1.

FORMELT ELLER MATERIELT SKØNSBEGREB

Blandt domstolskontrollens grundbegreber er »det frie skøn« det centrale; ikke blot i dag – begrebet har gammel hævd –, og ikke blot herhjemme, men i praktisk talt alle de retsforfatninger, som man sædvanligvis sammenfatter i det ikke ganske skarpe »vor del af verden«, d. v. s. navnlig England, USA og det vesteuropæiske kontinent. Begrebets herredømme over den teoretiske udformning af domstolskontrollen synes kun for alvor brudt i Sverige, hvis forvaltningsdomstol, Regeringsrätten, siges at efterprøve såvel skønsspørgsmål som retsspørgsmål¹.

At begrebet har central betydning sigter til, at det synes at være en uni-

¹ *Strömberg*. Laglighetsprövning 369, hvor det samtidig fremhæves, at »Även i vårt land har distinktionen (nemlig skøn-retsansværelse) dock avgörande betydelse«, navnlig med henblik på de almindelige domstoles præjudicielle prøvelse (i straffesager), der ikke angår skønsspørgsmål. At sontringen har betydning her accepteres generelt i svensk teori, jfr. *Strömholm* Sv. Jt. 1962.533 med henvisninger. Se også den Sv. Jt. 1963.49 refererede Hovrätts-sag. I de legislative overvejelser i Sverige har sontringen mellem rets- og skønsspørgsmål stadig spillet en rolle, lige fra Hammar-skjöld's betænkning 1907, som er grundlaget for oprettelsen af Regeringsrätten, til betænkning afgivet af forvaltningsdomstolskomiteen 1966. Hammar-skjöld foreslog (alternativt), at kun spørgsmål om »rättstillämpning« skulle henkydes til RR; selvom dette ikke accepteredes i den proposition, der er grundlaget for RR (1908.37) hedder det her, at RR's efterprøvelse skal angå »mål af hufvudsakligen rättslig karaktär«, jfr. *Holmgren*, N.a.T. 1962.1, og i øvrigt *Administrativt Rättsskydd* 83: En effektiv domstolskontrol må »utgå från en principiell gränsdragning mellan rättsfrågor och andra frågor ...«. Synspunktet præger utvetydigt senere betænkninger: SOU 1959.4 og 1966.70, se *Förvaltningsrättskipning* 376 ff. og de enkelte numre 428 ff. På juristmødet i 1951 erklærede *Herlitz*, at han havde »den mistanken att vi par la force des choses tvingas att i svensk rätt på ett eller annat sätt göra en principiell åtskillnad mellan rättsfrågor och annat, liknande den som man gör i alla andra länder«. Forhandlinger 244, jfr. i øvrigt *Sundberg* 390, *Herlitz*, *Plikt* 437, og *Strömberg*, *Förordningsmakten*, 280.