

Rets-Beholdningen er gaaet ved de foregaaende i Ind-
kønnen og oplyste om den om Mellemstændens Bæsen og om
Førholdet mellem dem.

Peter Høilund

Den moderne retstænkningens gennembrud og autoritetstab

Jurist- og Økonomforbundets Forlag

*• I moderne Ret - ogsaa i England -
er der en stigende Tendens til at komme bort
fra at bygge Retsudøvelse paa Fiktioner.*

P = (D) er gældende (dansk) ret,
hvori fx

D = vxl.'s § 28.

*Den moderne retstæknings gennembrud og autoritetstab
– særligt med henblik på dansk retstænkning i det 19. og 20. århundrede*
1. udgave

© 1998 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
Indbinding: Damm's Bogbinderi, Randers

Printed in Denmark 1998
ISBN 87-574-0086-5

*Udgivet med støtte fra
Jurist- og Økonomforbundets Forlags legat
til støtte af udgivelse af videnskabelig litteratur*

Jurist- og Økonomforbundets Forlag
Gothersgade 133
Postboks 2126
1015 København K

Telefon: 33 95 97 00
Telefax: 33 95 99 97
e-mail: fl@djoeff.dk
Homepage: <http://www.djoeff.dk/flhome.htm>

Forord

Med titlet henviser til den samfundsorden, der udviklede sig efter oplysningstiden, og som rødderne kan føres længere tilbage. Der er tale om en periode, der præges af en omfattende videnskabeliggørelse af alle dele af samfundet, hvilket skyldes en overvægt af rationalisme og naturvidenskabeligt livssyn. Moderniteten er fremadskuende og begrundet med troen på fremskridtet og den menneskelige fornufts evne til at skabe afbød fra traditionens byrde.

Om man kan tale om den moderne retstæknings gennembrud, hænger det sammen med at den realistiske retslære i Danmark fremstod som det retsvidenskabelige svar på tidens generelle modernistiske tendens i industri, markedsøkonomi og teknologi. Gennembruddet var *ikke* et paradigmeskifte, men nærmere et identitets- eller legitimitetsskifte, hvor den juridiske professions selvfølelse blev styrket i troen på, at sikre og uafhængige retsvidenskabelige værktøjer i en nær fremtid ville kunne opfylde sammen om velfærdssamfundet sammen med den moderne teknologi og økonomisk udvikling. Det var *troen* på videnskaben, der var bærer af denne fremtidsoptimisme, og ikke reelle retsvidenskabelige fremskridt.

Det moderne projekts paradoks er, at sandhedsautoriteten, der udgør denne retstæknings fundament, er smuldret, reelt før det blev søsat, men modernitetens selvforståelse synes at leve videre som en art praktiseret positivisme. Det særligt problematiske ved den praktiserede positivisme er, at *forskeren tror sig neutral* og dermed reelt ikke kender grænserne mellem privat postuleren og fagvidenskabelige aktiviteter.

Den kulturfaenomen har denne retstænkning haft stor gennemslagskraft. Den faldt sammen med troen på et bedre samfund gennem moderne teknologi, det højindustrielle samfunds fremkomst og troen på sikker økonomisk styring. Retstænkningen blev moderne, forstået på den måde, at den påstod, at den byggede på samme videnskabelige principper som det øvrige moderne samfund, nemlig den rationelle, naturvidenskabeligt prægede tankeform. Retsrealismen gled således naturligt ind i modernitetens opfattelse af naturen som genstand for menneskets teknologiske og økonomiske beherskelse.

Virkningen af den moderne retstæknings gennembrud og det efterfølgende tab af sandhedsautoriteten er, at retsvidenskaben ved århundredets udgang befinder sig i en ganske betydelig *legitimeringskrise*. Tilbage fra A.S. Ørsted har juristfællesskabet legitimeret sine aktiviteter med henvisning til et eller andet ideal, en målestok eller en rettesnor. Noget, man ikke alene var forpligtet over for, men også kunne holde andre jurister fast på, eller med andre ord; en kritisk instans man anså for efterstræbelsesværdig.

Kernen i afhandlingen er - gennem en nærlæsning af dansk retslære i de sidste 200 år - at klarlægge den moderne retstæknings gennembrud, dvs. dens opgør i dette århundrede med traditionens retslære. Det er overblik, forståelse for sammenhænge og udviklingstendenser, som jeg har prioriteret. Afhandlingen kan opfattes som et forsøg på en helhedsfortolkning af dansk retslære i moderne tid.

Afhandlingen dokumenterer et fundamentalt behov for at opprioritere retslæren og retsfilosofien i Danmark. Med den moderne retstæknings gennembrud blev retsfilosofien reduceret til videnskabslogik til brug for fagvidenskaberne. Hermed mistede den sin selvstændige karakter, med den følge, at retsvidenskaben i dag reelt står uden en metateoretisk forståelsesramme, der lever op til kravene i international videnskabsfilosofi. I det afsluttende kapitel søger jeg - i skitsens form - at give et udsyn mod en sådan retsfilosofi.

Ideerne til afhandlingen går tilbage til slutningen af 1980'erne, men på dette tidspunkt opfattede jeg det som vigtigere at påpege retstækningsens ufølsomhed over retsfølelsen og moralske værdier (*Den forbudte retsfølelse* fra 1992). I min tid på *Center for Etik og Ret* forekom det mig naturligt af sætte den juridiske dømmekraft i centrum, da det netop var refleksionerne over en sådan, som den moderne retstænkning havde fortrængt. Det resulterede i et antal artikler og bogen *Retsanvendelsens etik. Om dømmekraft* fra 1995.

Afhandlingen er skrevet i efterårssemesteret 1997, hvor jeg sideløbende er blevet stimuleret ved at forelæse i retslære og samtaler med de studerende. Professor, dr.jur. og phil. Ditlev Tamm og adjunkt, cand.jur. og ph.d. Alexander Carnera Ljungstrøm har gennemlæst det næstsidste udkast til afhandlingen og har givet mange værdifulde kommentarer, som er kommet afhandlingen til gode.

København, december 1997.

Indholdsfortegnelse

Kapitel 1

Den moderne retstænkning

a) Indledning.	13
b) Retstækningsens udgangspunkt i dette århundrede.	14
<i>Modernitetens videnskabsopfattelse</i>	15
<i>Er modernitetsprojektet udtømt?</i>	16
c) Den svensk-danske kontekst for retstænkningen.	19
<i>Hägerströms metafysik</i>	20
<i>Ross' syn på metafysik</i>	21
d) Et mere om baggrunden for Ross' retsrealisme	
e) Den gennemslagskraft i det danske forskningsmiljø.	24
<i>Retsrealisme og retspositivisme</i>	24
<i>Naturret og retspositivisme</i>	28
f) Formål og metode.	31
g) Den moderne og postmoderne forståelsesramme.	33
<i>Viden og det postmoderne samfund</i>	34
<i>Antony Giddens' modernitetsanalyse</i>	37
<i>Adskillelsen af tid og rum</i>	39
h) Tradition og modernitet.	44
<i>Skematisk fremstilling af gennembrudsprocessens transformationer</i>	45
<i>Afhandlingens teser</i>	48

Kapitel 2**Traditionen**

a. Retsfilosofisk tradition og juridisk praksis.	49
b. Overleveringen til Ørsted.	52
c. Træk af Ørsteds retstænkning.	53
<i>Relationen til Savigny</i>	55
<i>Den filosofiske periode</i>	58
<i>Den praktiske periode</i>	60
<i>Forholdet mellem den positive ret og den naturlige ret</i>	61
d. Træk af F. C. Bornemanns retstænkning.	66
<i>Hegels retsfilosofi</i>	72
<i>Retsvidenskabens målestok</i>	75
<i>Retsordenens væsen</i>	76
<i>Bornemanns forhold til Ørsteds retstænkning</i>	82
<i>Retskildelære</i>	84
<i>Rettigheder, retfærdighed og retssystemet</i>	88
e. Træk af C. Goos' retstænkning.	91
<i>Retslæren er utilitaristisk</i>	91
<i>Forholdet til Bornemanns retslære</i>	92
<i>Rettens magt og retsideen</i>	94
<i>Retskildelære</i>	96
<i>Retfærdighed, billighed, rettigheder og retssystemet</i>	100
f. Væsentlige elementer af traditionen.	103
<i>Ret, menneske og samfund</i>	105
<i>Nødvendigheden af en "målestok"</i>	107
<i>Retsvidenskab og sondringen "er"/"bør"</i>	108
<i>Formålet med en retsorden</i>	108
<i>Retskildelære</i>	108
<i>Rettigheder</i>	109
<i>Glidning fra "målestok" som det egentlige videnskabelige mod "objektiv" retsvidenskab</i>	110

Kapitel 3**Den moderne retstæknings gennembrud****Opgøret med traditionen**

	111
a. Udlejring af traditionens "målestokke".	118
<i>Viggo Bentzons opgør med den etiske retsfilosofi</i>	118
<i>Alf Ross og den positive ret</i>	120
<i>Ross: Videnskab gør krav på sandhedskvalitet</i>	123
<i>Ross udlejring af traditionens "målestokke" og rekonstruktion af videnskabshistorien</i>	124
b. Sandhedsautoriteten som ny målestok.	128
<i>Kan Ross' retsvidenskabelige ideal betegnes som scientism?</i>	132
<i>Lovgivningspyramiden</i>	135
c. Udlejring og nystrukturering af traditionens retskildelære.	138
<i>Viggo Bentzons retskildelære</i>	140
<i>Ross' komplicerede retskildesyn</i>	142
<i>Retskildelæren: Opløsning og rekonstruktion</i>	145
<i>Deskriptiv og/eller normativ retskildelære</i>	149
<i>Er retsvidenskabens adskilt fra retsanvendelsen?</i>	150
<i>Den videnskabelige retskildelære og det praktiske retsliv</i>	156
<i>Retskildelæren efter Ross</i>	158
d. Rettigheder og retsorden.	163
<i>Fra "theory of law" til "theory of right"</i>	164
<i>Rettigheder som tû-tû</i>	168
e. Det moderne gennembruds konsekvenser.	169

Indholdsfortegnelse

Kapitel 4

Tabet af sandhedsautoriteten

	175
a. Fagfilosofiens vurdering af den logiske empirisme.	177
<i>G.H. von Wright og J. Hartnack</i>	178
<i>David Favrholdt, Svante Nordin og Robert Klee</i>	179
b. Retslærelitteraturens vurdering af prognoseteorien.	184
<i>Stig Jørgensen, Jes Bjarup, Knud Illum</i>	
<i>og Jørgen Dalberg-Larsen</i>	186
<i>Henrik Zahle, Preben Stuer Lauridsen,</i>	
<i>Sv. Gram Jensen og Peter Blume</i>	187
<i>Aleksander Peczenik, David Doublet og Jan Fridtjof Bernt</i>	196
c. Foreløbig sammenfatning af modernitetens bedrifter.	197
<i>Den pyramidale retstænkning</i>	199
<i>Den fragmenterede retstænkning og retsdogmatik</i>	201
<i>Retsdogmatikken i snæver og videre forstand</i>	204
d. Retstænkning som praktiseret positivisme.	212

Kapitel 5

Efter sandheden

	215
a. Den juridiske kánon.	216
<i>Retshistorie og aktuel ret</i>	219
<i>Retsdogmatik og gældende ret</i>	222
b. Rettens indhold og form bestemmes af juristens narrative kompetence.	225
<i>Rettens former</i>	228
<i>Retsvidenskabens narrative proces</i>	230

Indholdsfortegnelse

Retsvidenskabens ethos.	235
<i>Menneskelig opblomstring som retsordenens etiske mål</i>	240
<i>Ricoeurs kommunikative menneskesyn</i>	
<i>i retsfilosofisk perspektiv</i>	241
<i>Nærmere om retsvidenskabens ethos</i>	243
4. Et retsvidenskab der tager retsfilosofien alvorligt	244

Sammenfatning af afhandlingens resultater

a. Afhandlingens teser.	249
Litteraturliste	253

I *Den moderne retstæknings gennembrud og autoritetstab* foretages en analyse af dansk retsfilosofi i det 19. og 20. århundrede, herunder analyse af baggrund for den moderne retstænkning. Bogen indeholder en indgående gennemgang af de centrale personligheder i dansk retslære, og viser hvorledes de enkelte forfatterskaber er påvirket af samtiden og internationale strømninger.

Den moderne retstænkning opstod i dette århundrede, navnlig båret frem af Viggo Bentzons og Alf Ross' forfatterskaber. Retstænkningen blev moderne, forstået på den måde, at den påstod, at den byggede på samme videnskabelige principper som det øvrige moderne samfund, nemlig den rationelle, naturvidenskabeligt prægede tankeform. Videnskabeliggørelsen af det retlige felt gav imidlertid ikke den lovede gevinst. Den objektive eller neutrale retsvidenskab har ikke indfundet sig, og intet tyder på, at retsvidenskaben er på vej mod dette mål. Ved dette århundredes udgang kan det konstateres, at traditionens etisk prægede idealer er gået tabt – den moderne retstænkning er brudt igennem – men har efterfølgende selv mistet sin legitimering, nemlig troen på den sande jura.

Peter Høilund er ph.d., cand.jur. og lektor i almindelig retslære ved Københavns Universitet. Bogen er af Det juridiske Fakultet ved Københavns Universitet antaget til forsvar som ph.d.-afhandling.



ISBN 87-574-0086-5