

Carsten Henrichsen



Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Moderne Retsvidenskab

Denne bog forholder sig til en række af tidens retsfilosofiske hovedspørgsmål: Hvilken vej går retsudviklingen, og hvilke udfordringer frembyder den i et normativt - retsstatsligt - perspektiv? Hvordan påvirker udviklingen retsskabelsen og retsansværelsen, og hvilke konsekvenser har den for den juridiske metode, som danner grundlag for retsdogmatikkens udsagn om gældende ret?

Udgangspunktet er først og fremmest den retsdebat, som i en årrække har været ført i nordisk sammenhæng - mere eller mindre inspireret af international retstænkning og under skiftende etiketter som postmodernisme, retspluralisme, retlig polycentri, retsidealisme og kritisk positivisme.

Budskabet er, at verden rigtignok forandrer sig - det samme gør retssystemet og retsforskningen. De grundlæggende hensyn til retsenhed og retssikkerhed består dog fortsat og sætter grænser for de retlige ændringsmuligheder. Det gælder ikke mindst den juridiske metode, som nok har behov for en revision, men ikke en fuldstændig omkalfatring, som risikerer at sætte de grundlæggende retlige værdier over styr.

I den forstand forsøger bogen at give et bidrag til en »moderne retsvidenskab«, som på én gang er realistisk og dynamisk i forhold til den igangværende samfunds- og retsudvikling, og som mere eller mindre er vendt mod de herskende postmoderne og idealistiske strømninger i retstænkningen.

Forfatteren er dr. jur. og docent i Forvaltningsret og Forvaltningslære ved Det Retsvidenskabelige Institut B på Københavns Universitet.

Carsten Henrichsen

Moderne retsvidenskab

Bidrag til den nordiske debat om
retsstat, legalstrategier og juridisk metode



Jurist- og Økonomforbundets Forlag
2001

Moderne retsvidenskab

1. udgave

© 2001 by Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Alle rettigheder forbeholdes.

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

Omslagsillustration: Morten Højmark

Tryk: Narayana Press, Gylling

Indbinding: Damm's Bogbinderi, Randers

Printed in Denmark 2001

ISBN 87-574-0492-5

E-bog 978-87-574-9062-6

Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Lyngbyvej 17

2100 København Ø

Telefon: 39 13 55 00

Telefax: 39 13 55 55

e-mail: fl@djoeef.dk

Homepage: www.djoeef.dk/forlag

Forord

Nærværende bog omfatter tre »mini«-afhandlinger, der hver på sin måde udspringer af og forholder sig til en debat om statsstyrets og rettens femtrædelsesformer, funktioner og konkrete implikationer, som har pågået specielt i den nordiske retslitteratur gennem de seneste par årtier, og som – her ved begyndelsen af det nye århundrede – fortsat er levende.

Den første af afhandlingerne er en analyse af statsstyrets udvikling og fremtidsmuligheder i det moderne samfund. Staten har i nyere tid udviklet sig til et center for retlig regulering af alle slags forhold, men måske har staten – som institution – overlevet sig selv. Dette er i hvert fald et perspektiv, som har optaget både samfunds- og retstænkningen i snart en menneskealder. Under etiketter som marxistisk retsteori og postmodernistisk retspluralisme er der fremført ideer og visioner om statsmagtens erodering og opsplitning på mange forskellige centre for beslutningstagning i samfundet. Afhandlingen »fortæller« en historie med en delvis anden pointe, hvor en ny statsform, »miljøstaten«, ses som mulig arvtager for den velfærdsstat, der er vokset frem op gennem 1900-tallet, og som måske nu er stødt på sin egen »vækstgrænse«. Analysen af statsstyrets udvikling kompletteres af en undersøgelse af de specifikt retlige fremtrædelsesformer, hvor især teorien om den refleksive ret inddrages som et muligt modstykke til den miljøstatslige konstruktion.

I forlængelse heraf gennemgås i den næstfølgende afhandling den nordiske såkaldte »legalstrategidebat«, som specielt retter sig mod den retlige reguleringsmuligheder i et moderne velfærdssamfund. Et fællestræk for de herom gældende teorier er deres – angivelige – emancipatoriske perspektiv, som synes at anslå et nyt paradigme i retstænkningen. Spørgsmålet i den forbindelse er, om disse teorier kan betragtes som et – frugtbart – svar på de problemer, som fremtidens samfund rejser, eller om de må tages som udtryk for en reaktion på disse problemer. I førstnævnte tilfælde kan teorierne ses som en løsning på overgangssamfundets problemer. I sidstnævnte tilfælde fremstår de derimod som et symptom på de selvsamme problemer, og må på den måde snarere selv betragtes som en del af problemerne. Mit eget svar på dette spørgsmål er, at teorierne et langt stykke af vejen må opfattes som udslag af nogle – ikke altid lige gennemreflekterede – tendenser i den aktuelle samfundsudvikling, og at de

som sådanne er mindre egnede til at indgå i et socialkonstruktivistisk projekt med sigte på at løse overgangssamfundets problemer.

Den tredje afhandling angår selve kernen i den retsvidenskabelige metier, den såkaldte juridiske metode. I en vis forstand indgår legalstrategier og juridisk metode som hinandens modsætninger. Hvor debatten om legalstrategier som udgangspunkt er en – værdiorienteret – retspolitisk debat om, hvilken karakter den retlige regulering og retsanvendelse bør have i praksis, angår spørgsmålet om den juridiske metode retsanvendelsen i teoretisk forstand. Hovedproblemet er her, hvilken videnskabelig målestok der skal anvendes – f.eks. en positivistisk målestok eller noget andet. Der er imidlertid også berøringsflader: Valg af legalstrategi kan have metodemæssige implikationer, og den juridiske metode er – ligesom legalstrategierne – påvirket af den virkelighed, som den skal anvendes på. Afhandlingen rummer i den henseende et forsøg på en rekonstruktion – og rehabilitering – af den positivistiske metode, hvorved det indskrives sig som et – ganske bevidst – opgør med de omtalte retsidealistiske strømninger i retsvidenskaben.

Det tanke- og idémæssige grundlag for bogens afhandlinger kan beskrives meget enkelt som på én gang en erkendelse af, at samfundet – og her har jeg som nævnt først og fremmest de nordiske velfærdssamfund i tankerne – befinder sig i en brydningstid, hvor nye teknologier og nye værdisæt trænger frem overalt, og en bestræbelse på at fastholde en kontinuitet i udviklingen, som sikrer, at man billedlig talt ikke »smider barnet ud med badevandet«. For selv om fornyelser og omstillinger er nødvendige – og også trænger sig på – i alle dele af samfundet, herunder i statsstyret og i den retlige regulering og retsanvendelse, betyder dette ikke, at vi på én gang skal til at opfinde helt nye styre- og reguleringsformer, eller at vi helt må opgive de kendte metodemæssige indfaldsvinkler på retten og dens anvendelse til konkrete formål. Snarere end at »opfinde den dybe tallerken« på ny, drejer det sig om at videreudvikle det bestående – de eksisterende samfundsstrukturer og praktikker – således, at det modsvarer (frem-)tidens krav.

Som sådan indskrives bogen sig som et bidrag til en moderne retsvidenskab, der forholder sig til tidens problemer på et på én gang fremtidsrettet og realistisk idégrundlag.

Bogen er udgivet med støtte fra *Det Finneske Legat*, for hvilken støtte jeg takker.

April 2001
Forfatteren

Indholdsfortegnelse

1. Del: Til den nordiske debat om retsstaten

Kapitel 1. Stat, ret og samfund	3
1.1. En norsk debat om »retsstaten«	3
1.2. Mod en teori om statsstyrets udvikling	6
Kapitel 2. Statsstyrets fremvækst og udvikling	11
2.1. Nationalstatens dannelse	11
2.2. Etablering af den borgerlige retsstat	13
2.3. Fremvæksten af en moderne velfærdsstat	16
2.4. Retssikkerhedsmæssige perspektiver	19
Kapitel 3. Kritikken af det velfærdsstatslige projekt	23
3.1. Den samfundsteoretiske debat	23
3.2. Grænser for velfærdsstatens udvikling	26
3.3. Efter velfærdsstaten – hvad så?	29
3.4. Miljøstaten som velfærdsstatens arvtager	33
Kapitel 4. Konfrontation med nyere statsteorier	39
4.1. Klassifikation af statsformer	39
4.2. Teorien om den norske embedsmandsstat	41
4.3. En faseteori om statsstyrets udvikling	47
4.4. Velfærdsstatens »lykkelige øjeblik«	52
Kapitel 5. Teorier om retsformernes udvikling	55
5.1. Teoretiske bestemmelser af retsudviklingen	55
5.2. Nonet/Selznicks teori om responsiv ret	57
5.3. Teubners teori om den refleksive ret	60
Kapitel 6. Vurderinger af den refleksive retsform	67
6.1. Ideen om selvregulering	67
6.2. Det systemteoretiske koncept	69
6.3. Neokorporatisme som diskursetik	71

6.4. Den refleksive ret og det politiske	73
Kapitel 7. Konfrontation med nyere retssociologisk teori	77
7.1. Teubners udviklingsmodel rekapituleret	77
7.2. Konfrontation med Håkan Hydéns udviklingsmodel	78
7.3. Dalberg-Larsens model af de aktuelle valgmuligheder	80
7.4. En slutbemærkning til »striden om retsstaten«	82
Litteratur	83

2. Del: Til den nordiske debat om letalstrategier

Kapitel 1. Udviklingen af den moderne retsvidenskab	89
1.1. Paradigmer i retsvidenskaben	89
1.2. Udfordringen af det traditionelle juridiske paradigme	91
Kapitel 2. Alternativ jus og nynormativisme	95
2.1. 1970'ernes nymarxistiske retsskoler	95
2.2. Udkast til en marxistisk retsteori	97
2.3. Reaktioner på Lars D. Erikssons »utkast«	99
Kapitel 3. Ideologikritik og friretlige tendenser	103
3.1. Ideologikritiske retsopfattelser	103
3.2. Friretlige tendenser i retsdogmatikken	104
3.3. Retsdogmatik og retspolitik	108
Kapitel 4. Kvinderetten og den refleksive ret	113
4.1. Ret og radikal-feministiske værdier	113
4.2. Tabet af det utopiske perspektiv	114
4.3. Retsudvikling og velfærdssikring	116
4.4. Kvinderet som retsvidenskab	119
Kapitel 5. Styringsjus og retssikkerhedsjus	123
5.1. En norsk kritik af »styringsjussen«	123
5.2. Om »retssikkerhedsjussen« som alternativ	125
Kapitel 6. Polycentriske og retsøkologiske perspektiver	127
6.1. Det danske polycentriprojekt	127
6.2. Den pluralistiske retsskole	130

6.3. Den autopoietiske retsopfattelse	134
6.4. Postmodernistisk dissensustænkning	136
6.5. Polycentri og retssikkerhed	138
Kapitel 7. Alternative legalstrategier versus retssikkerhed	141
Litteratur	143

3. Del: Til den nordiske debat om juridisk metode

Kapitel 1. Den juridiske metodelæres kalamiteter	151
Kapitel 2. Retsbegrebet – empirisk og normativt	157
2.1. Retsbegrebet – en foreløbig definition	157
2.2. Om retsnormer som pligtnormer	160
2.3. Retsregler og retlige metanormer	164
2.4. Materielle og formelle aspekter	167
Kapitel 3. Retsvidenskaben og dens »almene lærer«	171
3.1. Retssystemet og dets grundelementer	171
3.2. Retsvidenskabens teknik og metode	173
3.3. Metanormernes retlige status	176
Kapitel 4. Den juridiske normlære	179
4.1. Retsvidenskaben som argumentationsvidenskab	179
4.2. Forholdet mellem teori og praksis	183
4.3. Forholdet mellem ret og moral	188
4.4. Forholdet mellem ret og legitimitet	193
Kapitel 5. Den juridiske argumentationslære	199
5.1. Retsteori og retspraksis	199
5.2. Retsdogmatik og retspolitik	201
5.3. Stuer Lauridsens kohærenslære	205
5.4. Særligt om folketingsbeslutninger – et eksempel	209
5.5. Retsvidenskab og empirisk analyse	211
5.6. Offentligt ansattes ytringsfrihed – et eksempel	216
Kapitel 6. Den juridiske retskildelære	219
6.1. Retskildebegrebet	219