

Åke Frändberg

**Om
analog
användning
av
rättsnormer**

*Sv
Diss
Upps.*

NORSTEDTS

Juridikbokse

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv>

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

- Kopiera och vidare distribuera materialet oavsett medium eller format
- Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

- Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.
- Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.
- Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att göra något som licensen tillåter.

Se även information på

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>

Om analog användning av rättsnormer

**En analys av analogibegreppet
inom ramen för
en allmän juridisk metodologi**

av

Åke Frändberg

**With a Summary in English:
On Analogical Use of Legal Norms**



Om analog användning av rättsnormer

En analys av analogibegreppet inom ramen för en allmän
juridisk metodologi

Akademisk avhandling

som för avläggande av juris doktorsexamen
till offentlig granskning framställes

av

Åke Frändberg

juris och filosofie kandidat av Värmlands nation

vid disputation vilken äger rum

lördagen den 1 december 1973 kl. 10 f.m.

i seminarierum B, Juridicum, Riddartorget 5, Uppsala.

UPPSALA 1973

3

ISBN 91-1-737371-9

©P.A. Norstedt & Söners Förlag 1973

Kungl. Boktryckeriet P.A. Norstedt & Söner
Stockholm 1973

Sättning: Kå-We Composer & Fotosats, Uppsala

F Ö R O R D

Min ämneslärare, professor Stig Strömholm, vill jag varmt tacka för det diskreta men fasta och pålitliga stöd han skänkt mig under mitt avhandlingsarbete. Den tid han ägnat mig torde avsevärt överstiga den tid våra utbildningsreformatörer i sina ljusaste visioner vågat räkna med som normal för handledning av doktorand.

Professor Per Olof Ekelöf har läst större delen av manuskriptet. Jag tackar honom för det arbete han nedlagt och för talrika värdefulla synpunkter.

Jag önskar vidare uttrycka känslor av tacksamhet till docent Lenart Åqvist, deltagarna i doktorandseminariet i allmän rättslära i Uppsala samt åtskilliga andra inom och utom Juridiska institutionen i samma stad för givande diskussioner i anslutning till mitt arbete.

Professor Ingemar Hedenius vill jag tacka för de år jag haft förmånen att få deltaga i hans "Saturday Morning Seminars".

Jag tackar slutligen fru Anita Kolmodin, vars snabba och säkra fingertoppar skrivit rent manuskriptet, fil. kand. Karl-Ivar Hultcrantz för synpunkter och hjälp med korrekturläsning, fil. mag. Lillemor Dyssling Frändberg för språklig granskning av den engelska sammanfattningen (och mycket annat) samt, värdsamt, Juridiska fakulteten i Uppsala och Statens råd för samhällsforskning för ekonomiskt bistånd.

Uppsala i oktober 1973

Åke Frändberg

I N N E H Å L L

INLEDNING	1
1. JURIDISKA SYSTEM	11
1.0 Inledning. Regelabsolutism och regelskepsis	11
1.1 Systemen <i>GSR</i> , <i>S</i> och <i>T</i>	18
1.2 "Juridiskt system" definierat	37
2. RÄTTSNORM, RÄTTSFALL, RÄTTSGRUND, RÄTTSKIPNING	53
2.0 Inledning	53
2.1 Rättsnormens struktur. Rättsnormer i standardform	54
2.2 Rättsfall, rättsfakta och adekvansmängder	65
2.3 Begreppet "rättsgrund"	75
2.4 Rättskipningens komponenter	83
3. NORMRELATIONER	89
3.0 Inledning	89
3.1 Rättsnormens spektrum. Normrelationerna 1 - 16	92
3.2 Rättsnormens antitetiska spektrum. Normrelationerna 17 - 32	100
3.3 Komplexa normrelationer	105
3.4 Utvidgande och disjunkt analogi. Institutanalogi	110
3.5 Den analoga rättsanvändningen beskriven i termer av manipulationer med rekvisit	115
4. LIKHET OCH ANALOGIARGUMENTATION	121
4.0 Inledning	121
4.1 Likhetsbedömningar i juridiken	124
4.2 Det induktiva analogislutet	129
4.3 Likhetsmängder, analogimängder och analogigrundande egenskaper	137
4.4 Analogigrundande egenskaper och rättsgrunder	143
4.5 Något om analogirelationernas formella egenskaper	150
5. DEN ANALOGA RÄTTSANVÄNDNINGENS TEKNIK OCH IDEOLOGI	153
5.0 Inledning	153
5.1 Normgeneralisering och normavskiljning	154
5.2 Rättskipningens ideologi och den analoga rättsanvändningen	159
APPENDIX: Mängd- och relationsteoretisk introduktion	163
SUMMARY: On Analogical Use of Legal Norms	167
FÖRKORTNINGAR	177
ANFÖRD LITTERATUR	179
ANFÖRDA RÄTTSFALL	184

INLEDNING

1. Den allmänna rättsläran, eller rättsteorin, har två huvuduppgifter. Den ena är att analysera juridikens grundbegrepp och att, på grundval av en sådan analys, konstruera ett grundläggande begreppssystem, inom vars ram utövare av de juridiska specialvetenskaperna på ett precist och välartikulerat sätt kan beskriva innehållet i gällande rätt, formulera problem, uttrycka teorier och framlägga rekommendationer. Den andra är att studera vad som en smula vagt brukar kallas "juridisk metod".

Dessa båda uppgifter är intimt förbundna med varandra. Sålunda är mer inträngande studier i juridisk metod knappast möjliga utan tillgång till en uppsättning väldefinierade grundbegrepp. En allmän juridisk metodologi måste, menar vi, inkludera ett sådant fundamentalt begreppssystem.

De juridiska grundbegreppen är, liksom rättsvetenskapliga begrepp över huvud taget, intellektuella arbetsredskap, som juristerna själva förfärdigar för att kunna hantera och överblicka den juridiska verkligheten. Den juridiska begreppsbyggnaden tjäna praktiska syften.

Emellertid är de juridiska grundbegreppen inte praktiska i riktigt samma mening som åtskilliga av de juridiska specialvetenskapernas begrepp. De förra är nämligen inte direkt avsedda att vara redskap vid beslutsfattande i konkreta situationer. De har en mer markant "intellektuell", eller kunskapsmässig, prägel. Deras syfte är att utgöra själva fundamentet för det juridiska tänkandet. Men detta syfte är *också* ett praktiskt syfte.

Det förhåller sig alltså så, att juristerna i stor utsträckning själva väljer sina grundbegrepp. Och detta är av direkt betydelse för förhållandet mellan begreppsanalys och begreppsbyggnad i det rättsteoretiska arbetet. Detta arbete består inte enbart i att analysera en faktiskt given begreppsanvändning hos jurister, vare sig det nu är fråga om jurister i allmänhet, en viss kategori av sådana eller rent av en enskild rättsvetenskaplig författare. Den viktigaste delen av arbetet ligger, vågar jag påstå, i stället i konstruerandet av ett för något syfte användbart begreppssystem. Jag skulle vilja uttrycka saken så, att analysen är preliminär i förhållande till konstruktionen. Medan analysen avser att lägga i dagen sådana föreställ-

ningar hos juristerna som, mer eller mindre "intuitivt", är förbundna med vissa termer, är konstruktionens syfte att - på den grundval analysen tillhandahåller - precisera och entydiggöra de begrepp som termerna i fråga bör stå för och av dessa begrepp bygga ett fruktbart och motsägelsefritt begreppssystem. I princip låter sig dessa båda verksamheter åtskiljas. Men i praktiken är analys och konstruktion in i minsta enskildhet oskiljaktiga.

Situationen kan också vara den, att juristernas föreställningar om - eller användning av - vissa grundläggande termer är föga ändamålsenliga. I sådana fall bör det stå rättsteoretikern fritt att tilldela existerande termer från det etablerade språkbruket avvikande, mer fruktbara betydelser, liksom naturligtvis att berika terminologin med nyskapelser. God terminologisk ekonomi kräver också att mer eller mindre synonyma termer tilldelas skilda innebörder.

Juridikens grundbegrepp ligger på en hög abstraktionsnivå. Abstraktion utesluter emellertid inte precision, snarare tvärtom. Inga begrepp är så abstrakta som matematikens, men inga är heller mer precisa. Att uppnå en höggradig precision är ett rättsteoretiskt ideal. Men man får inte glömma, att precision alltid köps till priset av komplexitet.

Den moderna logiken tillhandahåller goda instrument för uppnående av precision. Det är därför föga förvånande att den internationella rättsteorin alltmer tar denna i anspråk i sin teoribildning. Inte minst inom mängdteorins (och den däri ingående relationsteorins) ram låter sig med förhållandevis enkla medel rättsteoretiska teorier uttryckas.

Förhållandet mellan juridik och logik är komplicerat¹ och rentav en aning känslomässigt laddat. Vad som från rättsteoretisk synpunkt bestämt bör fastslås är, att logiken inte får vara ett självändamål. Den skall *användas* i teoribildningen. (Det har syndats åtskilligt däremot; många arbeten i s.k. juridisk logik är ingenting annat än elementära läroböcker i logik med exempel hämtade från juridiken.)

Några ord bör också sägas om förhållandet mellan den allmänna rättsläran och de juridiska specialvetenskaperna. Allmänt talat är den förras uppgift att betjäna de senare genom att, som nyss sagts, tillhandahålla själva det begreppsliga fundamentet för dessa och att delge

¹ Se Kanger, *Law and Logic*, Theoria 1972, s. 105 f.

rättsvetenskapsmän - och utövande jurister - förhoppningsvis intressanta iakttagelser om de metoder - eller med Ahlanders terminologi:² den juridiska argumentationsteknik - de använder.

Rättsteorin kan angripa den juridiska metoden på olika sätt. Ett är att ge en rent deskriptiv framställning av den juridiska argumentationstekniken. Ett annat är att underkasta den metodologiska terminologin en analytisk-konstruktiv behandling av det slag vi nyss skisserat. Ett tredje är att normera den juridiska metoden, d.v.s. att uppställa metodprogram. Som exempel på sådana i svensk rättsteori från senare tid kan nämnas Ekelöfs teleologiska metod³ och Boldings öppna modell.⁴ Att dessa tre verksamheter på ett intimt sätt hänger ihop med varandra ligger i öppen dag.

Inte sällan framförs vissa anspråk på den allmänna rättsläran, vilka måste avvisas som orimliga. Det är sålunda viktigt att fastslå, att de båda förstnämnda rättsteoretiska aktiviteterna inte har till uppgift att hjälpa juridiska problemlösare - rättsvetenskapsmän eller "praktiker" - i besvärliga "tolkningssituationer". Inga definitioner i världen av begrepp som "analogi", "e contrario" eller "restriktiv" respektive "extensiv tolkning", hur precisa de än är, kan hjälpa jurister att avgöra, huruvida de skall använda en given rättsregel analogt eller e contrario på ett givet fall eller huruvida en restriktiv eller extensiv tolkning av en regel bör väljas med avseende på ett problematiskt fall.⁵ Sådana pretentioner är förbehållna metodprogrammen. För övrigt ligger uppgiften att lösa problem av detta slag hos de juridiska specialvetenskaperna och den juridiska praktiken, inte hos den allmänna rättsläran. "Filosofin kan inte mer än zoologin anta några kentaurer", lyder ett känt yttrande av Bertrand Russell. Lika lite står det i den allmänna rättslärans förmåga att utföra bättre civilrättsliga analogier än vad civilrätten själv kan åstadkomma. Metodlärans huvuduppgift är den något mer blygsamma att skänka juristerna ökad medvetenhet om sina egna förehavanden.

² Ahlander, Är juridiken en vetenskap?, s. 20 ff.

³ Ekelöf, Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap?, s. 21 ff.

⁴ Bolding, Juridik och samhällsdebatt, s. 85 ff.

⁵ Jfr Strömholm, Allmän rättslära. En första introduktion, s. 79.

Föreliggande arbete är huvudsakligen av analytisk-konstruktiv karaktär. För den kombinerade analytisk-konstruktiva verksamheten använder vi i det följande benämningen *rekonstruktion*.

På senare tid har det juridiska beslutsfattandet satts under debatt. Det är min tro, att metodanalytiska undersökningar är ägnade att skapa ett säkrare underlag för denna för vår rättskultur så viktiga diskussion.

2. Syftet med denna avhandling är att rekonstruera det juridiska analogibegreppet.

Uttrycket "analogi" förekommer i flera vetenskaper. I matematiken betecknar det en likhetsrelation av det slag som föreligger mellan exempelvis talen $2/6$ och $3/9$ (isomorfi).⁶ I zoologin används benämningen "analog organ" för sådana organ hos djur, som har samma funktion, t.ex. gälar hos fiskar och lungor hos däggdjur.⁷ Inom språkvetenskapen talar man om analogibildning av språkliga uttryck: verbet "telefonera" bildades på sin tid genom analogi från verbet "telegrafer", varvid det förra kom att böjas på samma sätt som det senare, t.ex. i imperfektum "telefonerade" efter mönster av "telegraferade".⁸

Analogirelationer och deras teori studerades redan under antiken. Hos Aristoteles finns ett begrepp ἀναλογία, som närmast påminner om det matematiska.⁹ I den skolastiska, inte minst den thomistiska, filosofin laborerades med olika analogibegrepp.¹⁰

Redan Aristoteles skiljer mellan analogi i betydelsen likhetsrelation av visst slag och det s.k. analogislutet, vilket brukar studeras inom induktionslogikens ram (och vilket hos Aristoteles går under beteckningen παραδειγμα).¹¹ Den antika grekiska filosofin var vidare på det klara med att analogislutet inte har den nödvändighet som det deduktiva slutet äger.¹²

⁶ Se Heller, Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung, s. 8.

⁷ Se Klug, Juristische Logik, s. 115.

⁸ Se Beckman, Svensk språklära, s. 14 f.

⁹ Se Dorolle, Le Raisonnement par Analogie, s. 1 ff. Aristoteles' begrepp ἀναλογία spelar en stor roll i hans framställning av den distributiva rättvisan i Nikomakiska etiken, 5:e boken. Jfr Hart, The Concept of Law, s. 251.

¹⁰ Se Bocheński, On Analogy, The Thomist 1948, s. 424 ff.

¹¹ Høffding, Begrebet Analogie, s. 52 f. Jfr Heller a.a. s. 18 och Klug a.a. s. 105 f.

¹² Se Wedberg, Filosofins historia. Antiken och medeltiden, s. 137.

Det juridiska analogislutet var ingen okänd företeelse i den romerska rätten: "ubi eadem est legis ratio, ibi eadem est legis dispositio". Också idén att man ej får analogisera från undantagsbestämmelser går tillbaka på romersk rätt.¹³ När termen "analogi" först dyker upp i juridiken har jag ej funnit någon uppgift om; en inte alltför djärv hypotes är väl att den introducerades av den skolastiskt influerade medeltida rättsvetenskapen. I svensk rättsvetenskap finns analogislutet omnämnt hos författare som Nehrman och Calonius.¹⁴

Bland rättsteorins klassiker är det framför allt Austin, som haft intressanta saker att säga om det juridiska analogibegreppet (se hans *Excursus on Analogy, Lectures on Jurisprudence*, vol. II, s. 1001-1020). Ur den moderna rättsteoretiska analogilitteraturen kan nämnas Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto* (1938), Heller, *Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung* (1961), Alchourrón, *Juristische Schlüsse a fortiori und a pari*, García Máynez, *Die Argumente a simili ad simile, a maiore ad minus und a minore ad maius* (de båda sistnämnda i *Lateinamerikanische Studien zur Rechtsphilosophie*, 1965, s. 5-26 respektive 115-135), Klug, *Juristische Logik* (1966), s. 97-123 samt - beträffande analogier mellan (normer uttryckta i) rättsfall - Cross, *Precedent in English Law* (1968) s. 181-190. (För övrigt hänvisas till de fylliga litteraturförteckningarna i Hellers och Klugs ovannämnda arbeten.) Bland skandinaviska arbeten märks Ross, *Om ret og retfaerdighed*, s. 173-184, Augdahl, *Rettskilder*, s. 121-133, Makkonen, *Zur Problematik der juridischen Entscheidung*, s. 131-140 samt Eckhoff, *Noen bemerkninger om innskrenkende, utvidende, analogisk og antitetisk fortolkning* (i Eckhoff, *Rettsferdighet og Rettssikkerhet*, s. 91-109).

Man talar i juridiken om "analog tillämpning" eller "analog användning" av rättsregler, man säger sig utföra "analogislut" eller "analogisk lagtolkning" och man påstår att två (eller flera) rättsregler är "analog med varandra". Situationer vilka kan aktualisera sådana uttalanden är exempelvis följande:

(1) Antag att vi på en strand finner anslaget "Förbjudet att här vistas i baddräkt"¹⁵ samt att två herrar, den ene naken, den andre

¹³ Se Fabreguettes, *La Logique Judiciaire et l'Art de Juger*, s. 374.

¹⁴ Se Makkonen, *Zur Problematik der juridischen Entscheidung*, s. 135 n. 98 (vari hänvisas till finskspråkigt arbete av Brusiin).

¹⁵ (1) är en variation på ett exempel i Ross, *Om ret og retfaerdighed*, s. 181.

iförd smoking, plötsligt uppträder på stranden i fråga. Har den norm skylten uttrycker någon aktualitet med hänsyn till tillåtligheten eller icke-tillåtligheten hos de båda herrarnas vistelse på stranden - ingen av dem bär ju baddräkt! - och i så fall hur? Låt oss tänka oss att stranden tillhör ortens missionsförening. Det verkar då troligt att den nakne med stöd av förbudet (a fortiori!) får avträda medan den smokingklädde (om föreningen inte är av det strängt puritanska slaget) tillåts stanna kvar. Skyltens norm har då använts analogt beträffande den från kläder befriade och e contrario avseende den smokingklädde. Men återfinns skylten på nudistföreningens strand ställer sig saken annorlunda: normen kommer att användas e contrario på den nakne, som får stanna, men analogt på herrn i smoking, som får göra sin sorti.

(2) År 1970 begicks ett mord på ett drivande isberg i internationella farvatten i Arktis, på vilket amerikanarna upprättat en arktisk station. USA:s justitiedepartement var verksamt för att få förövaren dömd enligt en lag, som gäller för brott begångna på fartyg på internationellt vatten, medan gärningsmannens försvarare hävdade, att isberg inte vore att jämställa med fartyg.¹⁶ Problemet var huruvida lagen i fråga analogivis skulle tillämpas på detta fall eller ej.

(3) Enligt 3 § arvsskatteförordningen är staten samt sammanslutning för stärkande av rikets försvar eller för främjande av vård om barn, ungdom, åldringar eller sjuka eller för främjande av undervisning och forskning befriade från arvsskatt.

I *SvJT 1973 rf s. 9* var situationen denna. I testamente efter disponenten N. tillföll en större penningssumma Svenska Sällskapet för Räddning af Skeppsbrutne för anskaffande av en livräddningskryssare. Sällskapet yrkade befrielse från arvsskatt. Trots att sällskapet inte faller under någon av de i ovannämnda stadgande angivna kategorierna befriades det från skattskyldighet. HovR:n uttalade att "jämlikt grunderna för 3 § arvs- och gåvoskatteförordningen arvsskatt ej skall utgå för vad som tillfallit sällskapet på grund av testamentet".¹⁷

(4) *SvJT 1973 rf s. 19*. Enligt 36:13 2 st. RB får vissa den tilltalade närstående inte avlägga vittnesed i brottmål. Dessa när-

¹⁶ Se artikel i tidningen Politiken, Köpenhamn, 1 aug. 1970.

¹⁷ Rättsfallet är ett vackert exempel på analogiserande från en undantagsbestämmelse.

stående uppräknas i 36:3 RB; med den tilltalade sammanboende nämns ej i detta stadgande.

Y. var tilltalad för bl.a. rattfylleri. Han förnekade gärningen och gjorde gällande att han endast medföljt som passagerare i bilen; denna hade förts av en kvinna, P. I HovR:n yrkade Y. att P. borde hållas under edsansvar. Y. och P. hade sammanbott i 3 år, de hade för avsikt att ävenledes i framtiden göra detta, det hade ej varit på tal mellan dem att ingå äktenskap och de hade inga gemensamma barn.

HovR:n yttrade i domen: "Enär den tilltalades och vittnets förhållande i detta fall måste anses ha den grad av fasthet, att P., som förklarat sig villig att vittna, bör jämföras med sådan närstående som avses i 36:3 RB, finner HovR:n att hon icke skall avlägga ed".

(5) 19:6, 8 §§ SL innehöll följande regel: "Sprider någon av grov oaktsamhet gift eller dylikt, dömes till fängelse eller böter". Jämförd med gift vid tillämpning av detta stadgande har HD i *NJA 1959 s. 254* betraktat en radioaktiv iridiumisotop, med vilken förfärits vårdslöst ("preparatet är att jämföras med gift").

Uttrycket "eller dylikt" har väckt frågan huruvida fallet direkt subsumerats under stadgandet eller om detta använts analogt.

(6) Enligt 31 § avtalslagen är rättshandlingar föranledda av ocker ogiltiga. Stadgandet avser enligt lagens rubrik endast förmögenhetsrättsliga handlingar. I *NJA 1965 s. 345* var det fråga om giltigheten hos ett bodelningsavtal, d.v.s. ett familjerättsligt avtal, vilket tillkommit genom handlingar av ockernatur från mannens sida. Avtalslagens stadgande var alltså enligt lagens ord inte tillämpligt på detta fall. Men HD använde stadgandet analogt och ogiltigförklarade bodelningsavtalet "jämlikt grunderna för 31 § avtalslagen".

Här var en direkt tillämpning av stadgandet inte möjlig på grund av själva den juridiska systematiken. Men detta hinder av systematisk natur kringgicks genom tillskapande av en med den i stadgandet uttryckta normen analog familjerättslig sådan.

(7) *NJA 1957 s. 44*. I 21:6 1 st. SL stadgades: "Den som köper sak, som är frånhänd någon genom brott ... straffas för häleri ...". 2 st. tillfogade: "Om gärningsmannen icke insåg men hade skäligen anledning antaga att brott förelåg, dömes till böter eller fängelse", vilket stadgande definierade den s.k. häleriförseelsen.

B. sålde en förhyrd bil till P., som hade skälig anledning anta att B. inte var ägare av bilen. Stadgandet var inte tillämpligt, eftersom bilen inte var fränhänd ägaren genom brott - bilen var ju förhyrd. Trots detta dömdes P. i HR:n och HovR:n för häleriförseelse.¹⁸ HD, däremot, ogillade åtalet och yttrade: "Enär bilen först genom avyttringen till P. fränhändes [ägaren], kan med hänvisning till avfattningen av 21 kap. 6 § SL P:s förvärv av bilen icke anses innefatta brott jämlikt stadgandet i §:ns andra stycke".¹⁹

(8) Det synes vara i överensstämmelse med juridiskt språkbruk att även om regler i redan gällande lagbestämmelser säga att de är analoga med varandra. Sålunda torde 17 § sjötrafikförordningen och 1 § trafikbrottslagen kunna sägas vara analoga med varandra, och det senare stadgandet har utan tvivel tjänat som mönster vid formulerandet av det förra. Man kan alltså påstå att även lagstiftaren i sitt arbete "tänker i analogier".²⁰

Efter dessa smakprov på analogier skall några begreppsbestämningar göras:

(i) Med *en analogi* menar vi en relation av visst slag mellan rättsnormer. Vi säger att en norm, *n'*, är *analog med* en annan norm, *n*, om en viss relation mellan dem föreligger.

Exempel:

(*n'*) Handskas någon grovt oaktsamt med radioaktiv isotop, dömes till fängelse eller böter

är analog med

(*n*) Sprider någon av grov oaktsamhet gift eller dylikt, dömes till fängelse eller böter.

¹⁸ Underrätternas domar är två bland många exempel på analogi till den tilltalades nackdel i straffrätten.

¹⁹ Denna "lucka i lagen" har tilltärpts i brottsbalken (se avfattningen av 9:7 2 st.).

²⁰ Vid tillkomsten av 1922 års luftfartsansvarighetslag var tidigare lagar om ansvar vid järnvägs- och automobilskador mönsterbildande (se departementschefens utlåtande, NJA II 1922, s. 311). Beträffande lagens 2 § 2 st. ville man i det ursprungliga lagförslaget analogisera från vissa bestämmelser i sjölagen men denna lösning frångicks i den slutliga regleringen (NJA II 1922 s. 311 ff.).

(ii) Med *en analog användning av en rättsnorm, n* , menar vi uppställandet av någon med n analog norm. Uttrycken " x utför (gör) en analogi från n ", " x analogiserar från n " och " x gör ett analogislut från n " är synonyma med " x använder n analogt".

(iii) Med *en analogiargumentation* menar vi en motivering för en analog användning av en rättsnorm.

Eckhoff har rest följande fråga: "Hva er det egentlig man forteller noe om når man sier at en fortolkning er f.eks. 'analogisk'? Er det fortolkningsresultatet eller er det *begrunnelsen* eller er det *begge deler*?" Han gör gällande att Augdahl och Ross vid sin användning av termerna "utvidgande tolkning" och "analogi" glider mellan de båda nämnda innebörderna hos dessa termer.²¹

I vår framställning står, som sagt, termen "analogi" för en relation mellan normer. Resultatet av en analog(isk) användning (tolkning) av en norm, n , är en annan norm, n' , som är analog med n . Motiveringen ("begrunnelsen") för uppställandet av n' kallar vi en analogiargumentation. Men vår definition av analogirelationen "säger något" om såväl resultatet som motiveringen.

Följande fyra frågor tycks mig vara av speciellt intresse i samband med studiet av juridiska analogier:

- 1) Vad menas med analogi och vad bör menas därmed?
- 2) Finns det någon metod (eller teknik) för analog rättsanvändning?
- 3) Varför används rättsnormer analogt?
- 4) Bör rättsnormer användas analogt?

Föreliggande arbete sysslar till övervägande delen med fråga 1). I vår rekonstruktion håller vi inte isär de båda i 1) ingående delfrågorna. Det konventionella analogibegreppet är nämligen sådant, att ett rationellt analogibegrepp låter sig definieras utan att man på ett radikalt sätt avlägsnar sig från det förra. Vid besvarandet av 1) karakteriseras även analogiargumentationen - och därigenom den analoga användningen av rättsnormer, vilket motiverar bokens titel.

Framställningen är disponerad på följande sätt. I de båda första kapitlen definieras de begrepp, vilka tjänar som byggstenar i vår ana-

²¹ Eckhoff, Noen bemerkninger om innskrenkende, utvidende, analogisk og antitetisk fortolkning, s. 92 ff.

logiteori. Därefter uppställs två nödvändiga - och tillsammans tillräckliga - villkor för att en analogirelation skall föreligga mellan två normer: det ena återfinns i kapitel 3 och det andra i kapitel 4. Det förra har att göra med "resultatet", det senare med "motiveringen".

Den allmänna juridiska metodologi som byggs upp i kapitlen 1 och 2 har i själva verket gjorts mer omfattande än vad som motiveras av vår analogiteori. Därigenom är den, tror jag, användbar även för andra metodologiska uppgifter. (Det är min förhoppning att den dessutom har ett visst egenvärde som rekonstruktion av en del grundbegrepp.) Arbetets titel är därför strängt taget en smula för trång.

Fråga 2) behandlas i avsnitt 5.1 och besvaras där med något som liknar ett "ja". Ett svar på fråga 3) skisseras i 5.2. Fråga 4) överlåter vi åt läsaren själv att besvara - men svaret på 3) är ägnat att precisera själva frågeställningen.

Arbetet innehåller en del enkel, elementär mängdlära och relationsteori. En introduktion därtill ges i ett appendix.

1. JURIDISKA SYSTEM

1.0 Inledning. Regelabsolutism och regelskepsis

En grundtanke i detta arbete är denna: analogin är en relation mellan två rättsnormer. Utifrån en norm, n , konstrueras en annan norm, n' , som är analog med den förra.¹ Beträffande normerna

(n) Arbetare med tidlön, beräknad för vecka eller längre, skall under semester uppbära den å semestertiden belöpande lönen och

(n') Arbetstagare med provision, som är oberoende av hans arbetsinsats, skall under semester uppbära den å semestertiden belöpande provisionen

gäller sålunda att n' står i den relationen till n att den förra är analog med den senare.²

Har man denna uppfattning om den juridiska analogin, blir självfallet en analys av rättsnormens struktur en ofrånkomlig uppgift.

Nu finns det rättsteoretiska riktningar som menar, att talet om rättsnormer, eller rättsregler, är förrädiskt och missvisande. (Uppsalsaskolans absurda lära att det inte *existerar* några rättsregler betraktar vi som ett lika kuriöst som passerat stadium i rättsteorins historia; den grundar sig på en hägerströmiansk ontologi, som numera betraktas som föråldrad.)³ För detta betraktelsesätt inför den engelske rättsteoretikern Hart beteckningen regelskepsis (*rule-scepticism*).⁴ Historiskt framträder denna (i modern tid) som en reaktion mot ett av 1800-talspositivismens fundamentala inslag, fullständighetstanken.⁵ Enligt denna var rättssystemet komplett i den meningen att varje uppdykande juridiskt problem i princip kunde lösas med hjälp av regler i systemet.

Under senare delen av 1800-talet satte en kraftig negativ reaktion in mot detta juridiska föreställningssätt. Och denna reaktion

¹ Jfr Wedberg, Some problems in the logical analysis of legal science, s. 249 n. 3.

² NJA 1950 s. 225 (särskilt s. 231).

³ Se Hedenius, Om rätt och moral, s. 59 ff. ("Det Hägerströmlundstedtska misstaget") och Bolding, Juridik och samhällsdebatt, s. 10 ff.

⁴ Hart, The Concept of Law, s. 133. Termen förekommer redan hos Frank, Courts on Trial, s. 73. Jfr Ross, Om ret og retfaerdighed, s. 57 n. 4.

⁵ Se Ahlander, Om rätt och rättstillämpning, s. 68 f.

kom att prägla rättsteorin flera decennier in i vårt århundrade. Kritiken, som framträdde i starkt varierande skepnader, hade dock en gemensam tendens: att röja undan hela den arsenal av kulisser och allsköns bråte i form av krystade begreppsbestämningar och metodologiska illusionskonster som man menade utmärkte framför allt kontinental positivism. Iherings intressejurisprudens, Génys "libre recherche scientifique", den tyska frirättsrörelsen, skandinavisk och amerikansk "realism" samt Kelsens rena rättslära kan alla ses som uttryck för en strävan mot tillnyktring, verklighetsanknytning och - åtminstone vad beträffar "realisterna" och Kelsen - vetenskaplighet. Vid studiet av företrädare för dessa riktningar slås man av den lidelse med vilken argumentationen drivs - uppsåtet att riva för att få luft och ljus framträder tydligt hos så i övriga avseenden djupt olika författare som t.ex. Kelsen, Llewellyn och Lundstedt.

I alla nu nämnda riktningar finns inslag av regelskepsis, ehuru denna tar sig skilda uttryck i olika läror.⁶ Bortsett, som sagt, från den ortodoxa uppsalaskolans förnekande av reglers existens, framträder skepticismen framför allt som ett förnekande av - eller i vart fall som ett allvarligt tvivel på - att rättsreglerna spelar den fundamentala roll i juristers (varmed främst avses domares) beslutsfattande som man tidigare gjort gällande. Faktorer som lagreglers mångtydighet och vaghet, svårigheten att utläsa en regel ur ett prejudikat samt möjligheten för domaren att ostraffat döma *contra legem* får utgöra argument för tanken att det inte är rättsregler som styr domarens problemlösande utan ändamålsöverväganden, hans egna och andras värderingar eller hans "juridiska intuition".

Hos Kelsen tar sig skepticismen uttryck i teorin att all rättskipning är rättsskapande, inte rättstillämpning. Det förhåller sig icke så, att domaren i sitt dömande blott utför en "subsumtion" med en generell rättsregel och en beskrivning av det konkreta fallet som premisser och den individuella rättsnormen som slutsats. Uppställandet av den individuella rättsnormen är en akt av rättsskapande (*Erzeugung*) i samma mening som lagstiftarens producerande av generella rättsnormer

⁶ Se Hart a.a. s. 133 ff.

är det.⁷ Den generella normen förlänar endast kompetens åt domaren att, inom en viss ram som denna norm anger, konstruera en individuell norm. Och de traditionella s.k. tolkningsmetoderna är ingenting annat än kulisser, bakom vilka juristerna döljer sin rättsskapande aktivitet.⁸

Idén om domstolarna som rättsskapande organ återfinns hos Gray, vid sidan av Oliver Wendell Holmes den amerikanska realismens portalfigur. Utgående från iakttagelsen att det är domstolarna som fastställer vad lagens ord innebär och att de gör detta *auktoritativt*, uppställer Gray teorin att all rätt i realiteten är skapad av domstolarna. Normer uttryckta i lagtext eller prejudikat är inte rättsregler utan blott rättskällor.⁹

Gemensamt med Kelsen har Gray idén att domarna inte tillämpar regler som de uppställer *ex ante*. Först *ex post facto* - sedan dom fallit - kan domarens beslutsfattande beskrivas i termer av rättsnormer.¹⁰

Bland de rättsteoretiker som - framför allt i anglosaxisk litteratur - brukar benämnas skandinaviska realister framträder Ross med åsikter, vilka kan betraktas som uttryck för ett slags "metodologisk regelskepsis". Antag att en domare befinner sig i en beslutssituation där det är osäkert huruvida det givna fallet är att hänföra under en given lagregel. Det är då, menar Ross, ovanligt att domaren i sin dom klart deklarerar att lagen lämnat honom i sticket men att han av olika "praktiska grunder" antingen använder eller underlåter att använda regeln i fråga. Det vanliga är i stället att domaren i fall av nyss beskrivet slag använder en argumentationsteknik, vars syfte är att ge ett intryck av att beslutet fattats på grundval av vissa favoriserade data som "lagens mening" och "lagstiftarens avsikt". Men denna argumentationsteknik är ingen beslutsteknik, d.v.s. det behöver inte vara så att sådana data faktiskt bestämmer beslutets innehåll. I stället är denna argumentationsteknik en legitimationsteknik, som går ut på

⁷ Se Kelsen, *Reine Rechtslehre*, s. 236 och 242 samt Kelsen, *Den rena rättsläran. Dess metod och grundbegrepp*, s. 223 f.

⁸ Se Kelsen, *Reine Rechtslehre* s. 350 ff.

⁹ Gray, *The Nature and Sources of the Law*, s. 124 f. "The courts put life into the dead words of the statute", utropar Gray expressivt (s. 125). Jfr Ahlander, *Är juridiken en vetenskap?* s. 64. - En mycket långtgående regelskepsis uttrycker Frank i arbetet *Law and the Modern Mind*, s. 46. Jfr Ross, *Om ret og retfaerdighed*, s. 88 n. 8.

¹⁰ Jfr Gray a.a. s. 100.

att ge sken av att dylika favoritfaktorer varit bestämmande för beslutet, oavsett hur det förhåller sig därmed i verkligheten. Denna argumentationsteknik innebär i själva verket att domaren bygger upp vad Ross kallar en "facadelegitimation".¹¹ De traditionella lagtolkningsmetoderna är endast redskap för denna legitimationsteknik och domaren använder dem efter behag. "Det er ikke dem der bestemmer resultatet, men resultatet der bestemmer dem."¹²

Regelskepsis av liknande slag återfinns hos Heck, en ledande företrädare för intressejurisprudensen. Enligt honom skall domaren vara en "tänkande assistent" till lagstiftaren, inte en "rättsautomat". Fiktiva juridiska deduktioner avvisas.¹³

Det kanske häftigaste angreppet mot begreppsjurisprudensen levererade den s.k. frirättsskolan. Mot den äldre lärans *Paragraphenrecht* ställde man en *freie Rechtsfindung* (uttrycket förekommer i titeln på ett arbete av Ehrlich från 1903), där rättsmedvetandet och rättvisan skulle vara ledstjärnorna för domarens beslutsfattande.¹⁴ En av skolans centralgestalter, Isay, framför tankar som starkt påminner om Ross' teori om den juridiska argumentationstekniken som "facadelegitimation".¹⁵

En radikalt regelskeptisk åskådning har i Sverige nyligen framförts av Bolding.¹⁶ Han ifrågasätter om rättsreglerna är - eller bör vara - "ett fundament för juridiken".¹⁷ En grundläggande tanke hos Bolding är att "det myckna talet om rättsregler" har medfört att juristerna hamnat utanför samhällsdebatten.¹⁸ Liksom Kelsen och Gray menar han att rättsregelbegreppet är av intresse endast *ex post facto*: "Domaren kan inte hämta *vägledning* av någon rättsregel. Rättsregeln betecknar bara det *slutresultat* som domaren kommit fram till i sina överväganden."¹⁹ En konsekvens av detta är att "en rättsregel aldrig

¹¹ Ross, Om ret og retfaerdighed, s. 179 ff.

¹² Ross a.a. s. 181.

¹³ Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz; s. 4.

¹⁴ Se Friedmann, Legal Theory, s. 343.

¹⁵ Isay, Rechtsnorm und Entscheidung, s. 19.

¹⁶ Bolding, Juridik och samhällsdebatt.

¹⁷ a.a. s. 9.

¹⁸ a.a. s. 10.

¹⁹ a.a. s. 19.

kan vara ett objekt för tolkning".²⁰ Bolding talar om "tricks med tolkning" och avser därmed de traditionella tolkningsmetoderna.²¹ Mot nu gångbar juridisk metod ställer han den s.k. öppna modellen, där större hänsyn skall tas till samhällsvetenskapernas resultat.²²

De senaste årtiondenas utveckling inom den juridiska metodläran tycks alltså ge dominans åt ett regelskeptiskt synsätt. Emellertid är det svårt att riktigt få grepp om vari skepticismen består. Ibland får man intrycket att den löper på två skilda, ja motsägande, linjer, vilka stundom kan urskiljas hos en och samma författare: å ena sidan tanken att domaren faktiskt tar andra hänsyn än den till lagen men att han *döljer* detta med en falsk legitimationsteknik; å andra sidan uppfattningen att domaren är *i högre grad bunden* vid lagen än vad han borde vara. I det förra fallet är det den falska legitimationen man är ute efter, i det senare fallet domarens alltför starka bundenhet vid lagen, hans formalism.

I detta läge fordras uppenbart två ting: dels empirisk kunskap om bland jurister faktiskt förekommande besluts- respektive legitimationsteknik, dels en elementär begreppslogisk klarhet för att bringa reda i diskussionen. En del grundläggande distinktioner är i det senare sammanhanget nödvändiga.

En första sådan distinktion har att göra med rättsreglernas funktion i juridiken. Man måste, förefaller det mig, skilja mellan (i) rättsregelbegreppets roll inom rättsvetenskapen och (ii) rättsreglerna som basis, eller argument, för juridiska beslut.

Beträffande (i) tycks man på de flesta håll vara ense om att rättsregelbegreppet är väl lämpat - för att inte säga oundgängligt - för den rättsvetenskapliga beskrivningen och systematiseringen av innehållet i lagtext, rättsfallsreferat och andra juridiska texter samt vid en rekonstruktion *ex post* av juridiska beslutsprocesser.

I föreliggande arbete har begreppen "rättsnorm" och "rättsregel" en hjälpfunktion: de används som byggstenar vid konstruerandet av vår teori om den juridiska analogin, d.v.s. som rättsvetenskapliga begrepp.

²⁰ a.a. s. 25.

²¹ a.a. s. 57.

²² a.a. s. 85 ff. - Som ett ytterligare exempel på aktuell regelskeptis kan nämnas Dworkin, *Is Law a System of Rules?*

Jag har svårt att se att någon metodologisk analys över huvud taget skulle kunna bedrivas utan utnyttjande av dessa begrepp.

Beträffande fråga (ii) förefaller det mig som man grovt kunde urskilja två hållningar, som vi kan kalla för ordinär respektive radikal regelskepsis.

Som ordinär regelskepsis kan vi betrakta åsikten att standard-rättskällorna lag, prejudikat och förarbeten är de väsentliga men inte enda förekommande argumenten i det juridiska beslutsfattandet utan att ändamålsöverbäganden, rättvisesynpunkter och andra moraliska föreställningar samt känsla av allmänt rättsmedvetande också övar inflytande. En naturlig följeslagare till denna insikt är iakttagelsen att faktorer av det senare slaget ofta "trollas bort" genom en efterhandsrationalisering till förmån för faktorer av det förra slaget. Denna uppfattning förefaller oss i dag skäligen trivial och torde omfattas av de allra flesta. Men att så är fallet beror utan tvivel till stor del på det andliga renhållningsarbete som utförts av olika "realistiska" strömningar.

Med radikal regelskepsis menar vi något mycket märkligare. Denna etikett klistrar vi på den uppfattningen att domaren aldrig - möjligen med undantag för helt "klara fall" - i sitt beslutsfattande styrs av standardrättskällorna (låt oss som samlingsbeteckning för dessa i detta avsnitt använda uttrycket "lagen"). Vad som blir avgörande är i stället - medvetet eller omedvetet²³ - faktorer av det slag vi nyss nämnde (säg, med Ross, pragmatiska faktorer). Lagen står uteslutande i den falska legitimationens tjänst.²⁴ Företrädare för denna uppfattning återfinns framför allt inom frirättsrörelsen och den amerikanska realismen.

Här måste något vara på tok. I Sverige, exempelvis, produceras årligen tusentals sidor författningstext. De politiska organ som utfärdar dessa gör utan tvivel detta i tanken att de däri uttryckta normerna skall styra domares och förvaltningsfunktionärs beslutsfattande och sålunda utgöra instrument för åstadkommande av vad lagstiftarna

²³ Se Jerome Frank, *Law and The Modern Mind*, där en psykoanalytisk variant av den amerikanska realismen utvecklas.

²⁴ Jfr Ahlander, *Är juridiken en vetenskap?* s. 176 f.

menar vara önskvärda samhällstillstånd. Men om domarna styrdes av helt andra faktorer än lagen och denna endast vore en fasad, skulle vi stå inför ett samhälleligt skoj av hög klass, ett självbedrägeri av en hittills oöverträffad omfattning. Antingen förhåller det sig så. Eller också är åtskilligt av vad som skrivits i rättsteori och metodlära under de senaste decennierna överdrivet eller felaktigt. För egen del är jag böjd att omfatta den senare åsikten.

Var och en med någon förtrogenhet med juristers sätt att resonera - det gäller såväl domare som rättsvetenskapsmän - vet att den ordinarie regelskepticismens syn på saken ligger mycket närmare sanningen. I s.k. klara fall - d.v.s. där rättsnormen uppenbart beskriver det föreliggande fallet och inga motstående hänsyn av nytto- eller humanitär typ är för handen - tillämpar sannolikt domaren normen tämligen automatiskt. I oklara fall söker han ledning i förarbeten och prejudikat, i sådana situationer, där en regel helt saknas, försöker han konstruera en sådan analogivis från någon regel i systemet och gäller det att avvika från en regel (s.k. reduktionsslut) låter sig också detta ofta göras genom analog användning av någon annan regel i systemet. Man kan här tala om en domarideologi, som också "färgar av sig" på rättsvetenskapens sätt att arbeta. Vari denna ideologi närmare besett består, och vad som motiverar den, skall vi återkomma till längre fram i detta arbete. Här må det räcka med att konstatera, att den radikala realismen helt enkelt inte är realistisk.

Att begreppet "rättsregel", eller "rättsnorm", är ett viktigt, för att inte säga oundgängligt, instrument för det vetenskapliga studiet av juridiska fenomen tycks vara obestridligt. Därav följer att en av rättsteorins mest angelägna uppgifter är att studera dessa och med dem relaterade normativa begrepp, sådana de fungerar - eller bör fungera - i det juridiska arbetet. (Med ett normativt begrepp avses här ett begrepp, som på något sätt är relaterat till begreppet "norm".)

Låt oss kalla den gren av rättsteorin som har till uppgift att studera den omfattande normativa begreppsfamiljen för *juridisk normteori*. Till denna familj hör, förutom "rättsregel" och "rättsnorm", begrepp som "rättssystem", "rättsordning", "rättsinstitut", "rättskälla", "primära" och "sekundära rättsnormer", "giltighet", "rättsfaktum", "rättsföljd", "rekvisit", "rättighet", "skyldighet" o.s.v.

Vid det normteoretiska studiet av rättsnormer kan man skilja mellan en mikroteoretisk och en makroteoretisk analys. Den förra avser enskilda rättsnormers struktur och laborerar med begrepp som "rättsfaktum", "rekvisit", "rättsföljd". Hit hör också alla de olika rättighetsbegreppen, vilka ju kan definieras i termer av "rättsfaktum" eller "rättsföljd".

Den makroteoretiska analysen innebär ett studium av relationer mellan rättsnormer samt av mängder av rättsnormer och relationer mellan sådana mängder. Begrepp som förekommer i denna analys är "rättssystem", "rättsordning", "rättskälla", "giltighet", "rättsinstitut", "primära" och "sekundära rättsregler", "handlingsregler", "kvalifikationsregler" och "kompetensregler" etc.

Opplösligt och in i minsta detalj förbunden med normteorin är metodläran. Denna studerar ju just juristernas handskande med rättsnormer. En allmän juridisk metodologi inkluderar normteorin.

I återstoden av detta kapitel - samt i det närmast följande - lägger vi en normteoretisk grund för den metodologiska teori som skall konstrueras i den därefter följande framställningen. I avsnitten 1.1 och 1.2 anlägger vi i huvudsak ett makroteoretiskt perspektiv. 1.1 behandlar olika i Sverige relevanta juridiska system. Bland dem dominerar ett, som vi benämner systemet Gällande Svensk Rätt. I 1.2 definieras begreppet "juridiskt system". (I kapitel 2 återkommer vi till den mikroteoretiska aspekten.)

1.1 Systemen GSR, S och T

I Sverige har bland rättsvetenskapsmän under senare år uppstått en känsla av att det traditionella rättsvetenskapliga forskningsområdet blivit en smula för trångt. Rättsvetenskapen har, menar man, varit exklusivt inriktad på domstolarnas verksamhet. Detta har yttrat sig så, att rättspraxis spelat en dominerande roll som studieobjekt och att urvalet av problem i hög grad skett med tanke på de komplicerade, eller kontroversiella, tolkningsfrågorna, d.v.s. de frågor vilka vållat - eller antagits kunna vålla - *domstolarna* svårigheter.²⁵ Att det blivit

²⁵ Se Hellner, Syften och uppgifter för rättsvetenskaplig forskning, s. 209 f.

så har många orsaker. Enligt Hellner skulle en av dem, ja rentav den främsta, vara "rättsfilosofiens inflytande". Detta inflytande skulle, är tanken, rättsfilosofin ha utövat genom att den "explikation" av begreppet gällande rätt som utgjort en av rättsfilosofiens huvuduppgifter .. för den realistiska skola, som praktiskt taget alla nordiska rättsfilosofer tillhör, vanligen utmynnat i att rätten utgör ett system av normer berörande den statliga organisationen och, vad beträffar sådana områden som civilrätt, straffrätt och processrätt, närmast domstolarnas verksamhet".²⁶ Vad Hellner i första hand tycks åsyfta är Ross' markerat domstolscentrerade giltighetsteori.²⁷

Det förmodligen starkaste skälet till att man kommit att betrakta den myndighetscentrerade rättsvetenskapen som alltför trång är den snabba framväxten av institutioner utanför domstolarna och de ordinära förvaltningsmyndigheterna med uppgift att lösa problem som är i någon mening juridiska - eller i vart fall starkt påminner om sådana. Framväxten av en sådan, om uttrycket tillåtes, extrajudiciell rättskipning tycks vara ett tidstypiskt socialt fenomen, som i våra dagar uppträder i åtskilliga stater av västerländsk typ. För Sveriges vidkommande kan vi peka på halvofficiella eller privata organ såsom opinionsnämnder, reklamationsnämnder och skiljenämnder av olika slag inom näringslivet, s.k. föreningsjustis, Pressens Opinionsnämnd och Radionämnden inom ramen för massmedias verksamhet o.s.v.²⁸ Det är realistiskt att räkna med att, genom sådana organs verksamhet, för dem interna normsystem successivt kommer att utvecklas.

Något helt nytt är givetvis inte detta fenomen. För att visa det räcker det med att nämna den utomordentligt betydelsefulla förlikande och konfliktförebyggande verksamhet som bedrivs inom advokatkåren.

Denna utveckling har föranlett rättsvetenskapliga författare, framför allt Hellner, att uppställa program för inkorporering i det

²⁶ Hellner a.a. s. 208.

²⁷ Se Ross, Om ret og retfaerdighed, s. 45 f. - Det förefaller mig som om Hellner överdriver de rättsteoretiska giltighetsteoriernas betydelse som orsaksfaktorer till den rättsvetenskapliga domstolscentreringen.

²⁸ En detaljerad genomgång av området för här nämnda fenomen i Sverige återfinns i Strömholm, "Public" Rule-Making, and "Private": The Swedish Experience. Scandinavian Studies in Law 1971, s. 219-284.

rättsvetenskapliga forskningsområdet av den extrajudiciella rättsskipningen och de normsystem som spinns kring denna.²⁹

Vilka konsekvenser har nu här beskrivna fenomen för rättsteorien?

Frågan har kommit in i rättsteorin som en fråga om definitionen av "(gällande) rättsregel". Strömholm hävdar, att reglerna i det normsystem för vilket domstolarna utgör "referenspunkt" alltfört bör förbehållas beteckningen "rättsregler" eller "gällande rättsregler". Ett skäl härtill är den dominerande ställning domstolarna intar i jämförelse med andra rättsskipande organ.³⁰ (Detta är självfallet ett rättsteoretiskt terminologival utan några som helst vetenskapsprogrammatiska implikationer. Rättsvetenskapsmän kan ju mycket väl studera andra normer än rättsregler.) Den privata rättsbildningens normer står i relation till rättssystemets normer "på expektansstat".³¹ Strömholm beskriver också olika sätt på vilka normer av det förra slaget kan komma att inkluderas i "gällande rätt".³² Vidare anvisar han en möjlighet att utvidga rättsregelbegreppet till "extrajudiciell rättsskipning" med tillvaratagande av "domstolssystemets" dominans. Han tänker sig tre klasser av rättsregler: (i) definitiva rättsregler, vilka uppenbart eller med höggradig sannolikhet ingår i "domstolssystemet"; (ii) tentativa rättsregler, d.v.s. "sådana till den privata rättsbildningen hörande satser ... vilka ännu icke varit föremål för domstolarnas prövning men principiellt har möjlighet att antingen direkt upptagas som element i den gällande rätten eller godtagas som sedvanerätt" samt (iii) interna rättsregler, ett "restbestånd" av privata normer som inte ens har "rang som aspiranter" relative den gällande rätten (annat än möjligen som avtal i dispositiva förhållanden).³³

Peczenik betraktar icke-officiella normer av här diskuterat slag som utgörande "a separate subsystem of valid law, connected with but distinct from the legal system in Kelsen's style".³⁴ De uttalanden av

²⁹ Se Hellner a.a. s. 222. I programförklaringar av denna innebörd vill jag helhjärtat instämma.

³⁰ Strömholm, Till definitionen av begreppet "rättsregel", s. 183 och 190 samt 194.

³¹ a.a. s. 195.

³² a.a. s. 196 ff.

³³ a.a. s. 197 f.

³⁴ Peczenik, The Concept "Valid Law", s. 227.

Hellner som refereras av Peczenik ger vid handen att denne tänker sig ett vidsträckt begrepp "rätt" och ytterligare ett i något avseende in-
skränkt begrepp "gällande rätt", där Gällande Rätt tycks vara en äkta
delmängd av Rätt.³⁵

Den hittills förda rättsteoretiska diskussionen tycks visa att följande enkla insikt bör ligga till grund för "rättsteoretiserandet":
domstolssystemet har i någon mening "trumpf" inom det stora normsystem
som även inkluderar andra, halv-officiella och privata, normsystem men
också dessa andra system bör man på något sätt ta hand om. På denna
insikt bygger också de idéer om juridiska system, som här - och i när-
mast följande avsnitt - kortfattat skall utvecklas.

Med en *norm* menar vi en sats, som uttrycker att något är tillåtet,
påbjudet eller förbjudet (under vissa omständigheter).

Med ett *normsystem* menar vi en på visst sätt sammansatt mängd av
normer, t.ex. svensk äktenskapsrätt, normerna för god advokatsed, en
bosatdsrättsförenings stadgar, de i Sverige tillämpade ishockeyreglerna
o.s.v.³⁶

Med ett *juridiskt system* menar vi preliminärt en struktur vilken

- (i) innehåller ett normsystem och
- (ii) är i någon mening relevant för rättsvetenskapen.

Skälet till att vi inte identifierar ett juridiskt system med ett
normsystem av rättsvetenskapligt intresse kommer att uppenbaras i näst-
följande avsnitt, där begreppet "juridiskt system" definieras.

Varje norm i ett juridiskt system är en *rättsnorm*. (Vi kräver
självfallet inte att varje rättsnorm skall vara av vetenskapligt in-
tresse.)

En bland rättsvetenskapsmän konventionell uppfattning tycks vara,
att föremålet för deras studium är något slags "monolitisk" företeelse
"rättsordningen" eller "rättssystemet" (vi bortser därvid från interna-
tionellt-rättsliga ämnen). En betydligt mer realistisk syn på saken är
emellertid att beskriva förhållandet så att rättsvetenskapen (säg den
svenska) sysselsätter sig med *flera olika juridiska system*, varav (den
svenska) rättsordningen är ett.

³⁵ a.a. s. 227 n. 4 a och s. 214 n. 4.

³⁶ En inträngande analys av begreppet "normsystem" återfinns i
Alchourrón & Bulygin, Normative Systems.

Dessa olika system står i vissa relationer till varandra. En beklaglig konsekvens av nyssnämnda "monolitiska" synsätt är att sådana inbördes relationer ej uppmärksammas.

Det behöver självfallet inte förhålla sig så, att de normsystem vilka ingår i olika juridiska system är inbördes disjunkta.³⁷

Låt oss betrakta tre sådana juridiska system: (i) systemet *GSR* (= den svenska rättsordningen, eller Gällande Svensk Rätt), (ii) systemet *S*, som är ett system vars handhavande ligger inom en halv-officiell eller privat rättsskipnings ram samt (iii) systemet *T*, som är ett rättsvetenskapligt system (vad det är, skall förklaras nedan).

(1) *Systemet GSR*. En analys av själva begreppet "juridiskt system" spar vi till nästa avsnitt. Här skall framför allt två saker behandlas: (i) vilka normer som är berättigade att tillhöra Gällande Svensk Rätt (dess giltighetskriterier, om man så vill) samt (ii) Gällande Svensk Rätts hållning till vissa normer utanför densamma.

Varje norm i *GSR* betraktar vi som adresserad till myndigheterna, varmed här avses domstolarna och andra officiella rättskipande organ. (Vill man vara riktigt noggrann, sätter man upp en lista på de myndigheter man vill ha med.) Kompetenta funktionärer i dessa organ kallar vi i *systemet GSR kompetenta funktionärer*.

I motsats till de flesta rättsteoretiska giltighetsteorier, som i stort sett räknar med att myndigheterna hämtar sina normer från ett enda system, t.ex. Gällande Svensk Rätt - ja rentav definierar systemet Gällande Svensk Rätt som det system av normer som myndigheterna använder i sitt beslutsfattande - skall vi här inta den ståndpunkten att myndigheterna hämtar sina normer från flera olika juridiska system. I stället för ett "monolitiskt" synsätt anlägger vi en "multisystem-aspekt" på myndigheternas normuppställande. En särställning bland dessa system intar *GSR*. Vid uppställandet av vår definition av *GSR* har vi, i motsats till vad som är brukligt, inget intresse av att i förment realism göra den så elastisk som möjligt. Vår definition av *GSR* vill i stället på ett precist sätt avgränsa ett system som enligt vår mening står i särklass i de svenska myndigheternas beslutsfattande.

³⁷ Ett slående exempel härpå är den nära överensstämmelsen mellan Stadgar för Sveriges advokatsamfund och 8:RB.

Marknaden erbjuder som bekant ett rikhaltigt sortiment av giltighetsteorier, som svarar mot olika önskemål hos kundkretsen.³⁸ Låt mig skissartat antyda några sådana önskemål.

(a) Ett intresse har varit att se Gällande Rätt *från prognossynpunkt*. Man har då identifierat Gällande Rätt med mängden av påståenden om hur givna domstolar vid en given tidpunkt med någon viss grad av sannolikhet handlar givet vissa omständigheter. Detta intresse kan - med Holmes - karakteriseras som "the bad man's point of view" men lika väl som den laglydige, kalkylerande bonus pater familias' eller advokatens.

(b) Många människor har ett - mycket berättigat - intresse av att lägga etiska aspekter på rätten och rättsanvändningen. Vissa av dem önskar förbehålla beteckningen Gällande Rätt för sådana normer som uppfyller vissa etiska villkor. De ser Gällande Rätt *från naturrättslig synpunkt*.

(c) Ytterligare ett intresse är att fastställa vilka organ som har makt (eller kompetens) att utfärda normer för myndigheterna. Från denna synpunkt är Gällande Rätt mängden av normer som utfärdats av sådana organ och icke upphävts av desamma. Detta är att se saken *från kompetenssynpunkt*. Denna förefaller mig ha vissa fördelar framför de andra när det gäller att beskriva myndigheternas rättsskipning på ett verklighetstroget sätt och vår avgränsning av GSR sker därför från denna synpunkt.

Grundtanken i vår giltighetsteori är, grovt uttryckt, denna: De enligt systemet kompetenta lagstiftarna producerar *rättskällor*. Dessa rättskällor utgör det material, av vilket systemets funktionärer förfärdigar rättsnormer. En rättsnorm är *en gällande rättsregel* endast om den står i en viss relation till en rättskälla. En ingående beskrivning av denna relation följer nedan.³⁹

³⁸ Se översikten hos Peczenik, The Concept "Valid Law". - Den ändlösa diskussionen i giltighetsfrågan hade betydligt kunnat reduceras om man varit tydligare medveten om att varorna producerats för olika ändamål.

³⁹ Vi laborerar alltså med ett helt annat rättskällebegrepp än Ross' (Om ret og retfaerdighed, s. 92).

En realistisk beskrivning av de svenska myndigheternas beslutsfattande tycks mig vara denna: Myndigheterna hämtar de normer på vilka de grundar sina avgöranden från författningarna (varmed framför allt avses SFS), författningarnas förarbeten, prejudikat givna av de högsta rättsskipande instanserna, tidigare avgöranden av högre men ej de högsta instanserna (hovrätter o.s.v.), tidigare avgöranden av samma instans eller av samma myndighet som har att fatta beslut (intern praxis), uttalanden i doktrinen etc.; eller också uppställer man normerna i fråga efter egna rättspolitiska överväganden. Men bland alla dessa data tycks några stå i en definitiv särklass, nämligen författningarna och de högsta instansernas prejudikat.

Vi vågar hypotesen (i) att författningarna och prejudikaten för myndigheterna intar en sådan särställning och (ii) att detta beror på att producenterna av dessa till skillnad från producenterna av övriga nyssnämnda data har en alldeles speciell *makt* att utfärda normer för myndigheterna. (Maktbegreppet är förvisso problematiskt och här skall inget försök till analys göras.) Detta gör det befogat att betrakta uteslutande dessa normer som Gällande Rätt. Därmed tillgodoses också intresset av att få ett välavgränsat system Gällande Rätt, vars normer är lätta att identifiera.

Vari ligger då den här omtalade makten? När det gäller författningarna, utfärdas dessa framför allt av den folkvalda riksdagen eller den parlamentariskt tillsatta regeringen eller av dessa båda statsmakter tillsammans. De har en konstitutionellt grundad kompetens till detta. Och normernas adressater, myndigheterna, kan drabbas av sanktioner av olika slag om de ej lojalt använder de av lagstiftarna givna normerna.

Vad sedan de högsta instanserna (HD, RegR) beträffar, heter det visserligen (explicit uttalat i ett bekant yttrande av första lagutskottet 1947; ett organ som dock i och för sig inte har kompetens att vare sig ålägga, tillåta eller förbjuda domstolarna någonting alls) att underställda organ ej är bundna av deras avgöranden. Men dels tycks dessa avgöranden i realiteten spela en roll som åtminstone starkt liknar författningarnas, dels - och framför allt - har genom 1971 års processuella reformer såväl HD som RegR fått ställning av prejudikatinstanser. Dessa domstolar har alltså en författningsenlig rättsskapande

kompetens. Visserligen medför avvikelse från deras avgöranden inga sanktioner på samma sätt som beträffande författningarna men av allt att döma föreligger en så stark *konventionell bundenhet* vid prejudikaten att det är berättigat att behandla dem på samma sätt som författningarna, till skillnad från förarbeten etc. En departementschef, lagrådet, ett riksdagsutskott, en hovrätt eller en professor i juridik saknar alla författningsenlig kompetens att utfärda regler för myndigheterna. Av dem uttalade normer har därför en avsevärt lägre dignitet än författningarnas och prejudikatens. Det är av dessa skäl realistiskt att fränkänna sådana normer karaktär av gällande rättsregler.

Med en *rättsregel* menar vi i detta arbete en *generell* rättsnorm (se därom vidare kap. 2). Som element i *GSR:s* normsystem godtar vi endast rättsregler. Individuella rättsnormer härledda ur gällande rättsregler är alltså inte gällande rättsregler. Exempel: Av (a) rättsregeln "Var och en som stjälar skall dömas till fängelse" och (b) satsen "Andersson har stulit" följer genom *modus ponens* och specifikation (se kap. 2) normen (c) "Andersson skall dömas till fängelse". I vår terminologi ingår inte (c) i systemet *GSR*.

Någon vill kanske däremot invända, att individuella rättsnormer faktiskt gäller. Individuella rättsnormer av typen domsatser, t.ex. "Tingsrätten dömer Andersson till ett års fängelse" eller "Pettersson förpliktas att till Lundström utge tusen kronor i skadestånd jämte ränta" har ju i högsta grad *juridiska konsekvenser*. Sådana domsatser medför rättsverkningar av olika slag: är det fråga om en fullgörelse-dom blir denna exigibel, en brottmålsdom innebär förpliktelser för kriminalvårdsmyndigheterna, en lagakraftvunnen dom erhåller rättskraft o.s.v.

Detta är ovedersägligen riktigt. Men därav följer inte nödvändigtvis att sådana normer bör betecknas som *gällande* rättsnormer. Också en oriktig dom - en dom given i strid mot generella gällande rättsnormer - har dessa juridiska konsekvenser. (Endast med hjälp av extraordinära rättsmedel kan dylika lagakraftvunna domars rättsverkningar åsidosättas.) En mer realistisk syn på saken förefaller mig därför vara att - i Oppenheims efterföljd - skilja mellan *gällande* rättsnormer och rättsnormer med *bindande kraft*.⁴⁰

⁴⁰ Oppenheim skiljer mellan "valid" och "enforceable sentences of law", Oppenheim, *Outline of a logical analysis of law*, s. 155.

Det i GSR ingående normsystemet kallar vi *det gällande svenska rättssystemet (GSRS)*. Varje element i GSRS är en *gällande svensk rättsregel*. En rekursiv definition av GSRS kan tänkas ta sig ut på följande sätt.

1) a. Med en *regelbas* menar vi ett språkligt uttryck eller en sammanställning av sådana, med vars hjälp rättsregler kan konstrueras.

b. En *rättskälla* är en mängd av regelbaser.

2) Med *ett källmaterial för en given rättskälla* menar vi en publikation, vari de till rättskällan i fråga hörande regelbaserna finns återgivna.

3) Vi utnämmer (i) *Författningarna (F)* och (ii) *Rättspraxis (P)* till *rättskällor för GSRS*.

4) Vi konstruerar en lista på GSRS:s *källmaterial*:

(i) Författningarnas källmaterial: SFS.

(ii) Rättspraxis' källmaterial: NJA, RÅ (och om man så vill: ADD, HD:s, RegR:ns och AD:s domsakter, avgöranden av Försäkringsdomstolen, Marknadsdomstolen etc.).

(Genom att uppställa en sådan lista anger man också indirekt vilka myndigheter man betraktar som kompetenta producenter av gällande rätt (*kompetenta lagstiftare i systemet GSR*).)

5) a. En *regelbas för GSRS* är antingen en *bestämmelse* eller ett *prejudikat*.

b. (i) Varje element i *F* är en bestämmelse:

$$F = \{b_1 \dots b_n\}.$$

(ii) Varje element i *P* är ett prejudikat:

$$P = \{p_1 \dots p_m\}.$$

c. För att ett språkuttryck eller en sekvens av sådana skall vara en bestämmelse respektive ett prejudikat måste det uppfylla vissa villkor ("omn" är här och i det följande en förkortning för "om och endast om"):

(1) $b \in F \text{ omn}$ (i) b återfinns i Författningarnas källmaterial och

(ii) b är en konventionell enhet däri (t.ex. en paragraf, ett stycke, ett moment eller en punkt i en paragraf eller en sammansättning av sådana enheter)

(2) $p \in P \text{ omn}$ (i) p återfinns i Rättspraxis' källmaterial och

- (ii) p är en konventionell enhet däri (t.ex. en sakframställning + domskäl + domslut i (referatet av) den högsta (eller enda) instansens dom eller en sammansättning av sådana enheter).

Kommentar: Tanken bakom introducerandet av regelbaser är denna. Vi antar - i viss anslutning till Grays enligt vår mening insiktsfulla idé att en lagregel eller ett prejudikat inte är en rättsregel utan blott en rättsskälla (se avsnitt 1.0) - att innehållet i Författningar-
na och Rättspraxis inte är rättsregler utan *material med vars hjälp rättsregler enligt vissa metoder kan konstrueras*.⁴¹

Låt oss betrakta rättsregeln som den färdiga varan, nyssnämnda metoder som produktionsmetoder av rättsregler och regelbaserna (lagbestämmelser, prejudikat) som ämnet varav rättsregler produceras. Vi kan då säga, att vissa regelbaser starkt liknar den färdiga varan (t.ex. den domaradresserade 8:1 BrB) medan andra s.a.s. utgör halvfabrikat (t.ex. 36 § KöpL, som måste transponeras till en korresponderande domaradresserad norm) och ytterligare andra snarast är att likna vid råvaror. (Sistnämnda förhållande belyses väl av följande från Malmström hämtade exempel:⁴² För att konstruera regeln: "Om någon framför fordon på vägbana som ej är avsedd för dylikt fordon, skall han dömas till böter" måste man använda sig av följande regelbaser: (i) bestämmelsen i 44 § vägtrafikförordningen, som ger handlingsregeln att fordon skall framföras på för fordonet avsedd vägbana, (ii) legaldefinitionen i 1 § samma förordning som anger vad som menas med bl.a. "fordon" samt (iii) sanktionsbestämmelsen i 67 § samma förordning, som talar om vad som skall hända med den som åsidosätter handlingsregeln i 44 §.)

I rättsteorin finns inte något etablerat namn på den process som utförs, när man av regelbaser bygger färdiga rättsregler. Man kunde föreslå termen "tolkning". Men denna term har i metodläran både vidare och andra betydelser. Låt oss här i brist på bättre använda den lite klumpiga termen *regelrekonstruktion*.

Följande måste härvidlag beaktas. Antag att en myndighet konstruerar en norm n' , som står i någon normrelation (se därom kap. 3), t.ex.

⁴¹ Vi delar alltså inte Kelsens uppfattning att rättsskällor är mängder av rättsnormer (Kelsen, *Reine Rechtslehre*, s. 238 f.).

⁴² Malmström, *Civilrätt*, s. 24 f.

en analogi- eller e contrariorelation, till en norm n , som i sin tur är bildad genom regelrekonstruktion av t.ex. en bestämmelse, b . Enligt vår terminologi är n' *inte* bildad genom regelrekonstruktion utifrån b . Det kan också mycket väl förhålla sig så, att n är en gällande rättsregel men inte n' . Generellt uttryckt: normer, som står i någon normrelation till gällande rättsregler, behöver inte själva vara gällande rättsregler. Men de kan bli det (i) om de genom lagstiftning får uttryck i bestämmelser eller (ii) om de genom avgörande av en myndighet, som är en kompetent producent av gällande rätt, får uttryck i prejudikat.

Regelrekonstruktionen är en komplicerad process, som underligt nog är praktiskt taget oanalyserad inom rättsteorin. Uppenbart är, att den rekonstruktion som bygger på bestämmelser ser helt annorlunda ut än den som bygger på prejudikat.⁴³ Här må det räcka med att konstatera, att i regelrekonstruktionen ingår såväl specifikt juridiska tekniker som rent logiska operationer.⁴⁴

- 6) (i) Av F bildar vi mängden *Ikraftvarande Författningar* (IF).
- (ii) Av P bildar vi mängden *Ikraftvarande Prejudikat* (IP).

För att kunna bilda IF och IP behöver vi:

- (1) en uppsättning kriterier som anger betingelserna för att en bestämmelse träder i kraft
- (2) en uppsättning kriterier som anger betingelserna för att en bestämmelse försätts ur kraft
- (3) en uppsättning kriterier som anger betingelserna för att ett prejudikat träder i kraft
- (4) en uppsättning kriterier som anger betingelserna för att ett prejudikat försätts ur kraft.

En uppsättning kriterier av typ (1) och (3) kallar vi *introduktionskriterier* och en uppsättning kriterier av typ (2) och (4) kallar vi *derogationskriterier*.⁴⁵

⁴³ En analys av regelrekonstruktion utifrån prejudikat återfinns i Hjerner's arbete "Om rättsfallstolkning".

⁴⁴ Jfr Wedberg, Some problems in the logical analysis of legal science, s. 247 f. (§ 2).

⁴⁵ Dessa båda termer motsvarar de av Alchourrón & Bulygin använda "rules of admission" respektive "rules of rejection", ehuru dessa författare och jag inlägger olika villkor i dessa kriterier; se Alchourrón & Bulygin, Normative Systems, s. 72.

Här skall endast vagt antydvas vad de fyra slagen av kriterier lämpligen bör innehålla.

Vad först angår introduktionskriterierna för bestämmelser kan sägas att en bestämmelse träder i kraft i och med att den tillkommit på ett författningsenligt sätt, promulgerats och den utsatta tidpunkten för dess ikraftträdande inträffat.

Derogationskriterierna för bestämmelser kan kort formuleras så: en bestämmelse upphör att vara i kraft i och med att den på ett författningsenligt sätt förklarats skola upphöra att vara i kraft fr.o.m. en viss tidpunkt och denna tidpunkt inträffat. Observera att vi bland derogationskriterierna inte tar med det förhållandet att den mot bestämmelsen korresponderande normen blivit obsolet. Obsoletism innebär ju just att en norm inte tillämpas, ehuru den eller de bestämmelser som är bärare av normen alltjämt är i kraft.

Introduktions- respektive derogationskriterier för prejudikat är vanskligare att specificera. Sådana torde dock finnas, ehuru de naturligtvis är mycket grovt tillyxade. Man kan kanske säga, att ett prejudikat träder i kraft i och med att detsamma publiceras på ett visst, regelmässigt sätt. När man sedan skall försöka formulera derogationskriterier för prejudikat är man ute på hal is. Någon motsvarighet till den för bestämmelser gällande distinktionen mellan derogation och obsoletism är svår att uppställa. Det finns ju inga författningsenliga sätt att direkt försätta ett prejudikat ur kraft. Att normer uttryckta i prejudikat kan bli obsoleta är uppenbart - men hur och när? Låt oss som derogationskriterium välja följande: ett prejudikat försätts ut kraft när det överspelas av en senare bestämmelse eller ett senare prejudikat.

Vi säger att *en bestämmelse, b , är i kraft ($b \in IF$)* om och endast om introduktionskriterierna är uppfyllda med avseende på b men ej derogationskriterierna. - På motsvarande sätt för prejudikaten.

7) Låt oss med K mena de metoder för regelrekonstruktion som används för att förfärdiga rättsregler av bestämmelser i IF och med M mena motsvarande metoder för att rekonstruera rättsregler av prejudikat i IP .

Vi bildar mängden IF^* av de rättsregler som är möjliga att uppställa genom att tillämpa K på IF .

På motsvarande sätt bildar vi mängden IP^* av de rättsregler som är möjliga att uppställa genom att tillämpa M på IP .⁴⁶

8) Vi bildar mängden $T = \{t_1 \dots t_k\}$ av rättsregler som med en viss hög grad av sannolikhet tillämpas av svenska myndigheter om fall av viss typ föreläggs dem.

Det kan här förefalla som om ett prognostiskt kriterium plötsligt gör entré. Steget 8) i vår definition har emellertid till syfte att slå ut *obsoleta* normer ur $GSRS$.

9) Vi bildar mängden $IF^* \cup IP^*$.

Vi kan nu formulera följande definition av begreppet "*det gällande svenska rättssystemet*" ($GSRS$). (Vi utelämnar den självklara relationen till en given tidpunkt.)

(DEF. $GSRS$) $GSRS = (IF^* \cup IP^*) \cap T$.

Genom att skära $(IF^* \cup IP^*)$ med T rensar vi ut alla obsoleta bestämmelser eller prejudikat ur $GSRS$.

10) Antag att följande är fallet:

$$T \cap C(IF^* \cup IP^*) \neq \Lambda.$$

Detta innebär att det finns rättsregler, som myndigheterna tillämpar och som *ej* tillhör $GSRS$.

Antag vidare att:

$$(IF^* \cup IP^*) \cap C T \neq \Lambda.$$

Detta betyder att det finns ikraftvarande bestämmelser eller prejudikat som är bärare av *obsoleta* normer.

11) Om man nu vill testa om en given norm n tillhör $GSRS$

($n \in GSRS$) bör man tydligen gå tillväga på följande sätt.

Om samtliga nedanstående frågor besvaras jakande, så $n \in GSRS$:

(1) Finns det någon mot n svarande bestämmelse b eller något sådant prejudikat p ?

(2) Är introduktions- men ej derogationskriterierna uppfyllda (d.v.s. är $b \in IF$ eller $p \in IP$)?

(3) Är n korrekt bildad av b medelst K eller av p medelst M (d.v.s. är $n \in IF^*$ eller $n \in IP^*$)?

(4) Är $n \in T$?

⁴⁶ Jfr Wedberg a.a. s. 255.

Det är alldeles uppenbart, att för åtskilliga normer gäller, att man ej med definitionens hjälp klart kan fastställa huruvida de är gällande rättsregler eller ej.

Av vårt resonemang följer, att myndigheterna kan uppställa normer för sitt beslutsfattande, vilka ej tillhör Gällande Rätt. Detta gör de också i betydande omfattning. Av dessa icke-gällande rättsregler står några i vissa intressanta relationer till gällande rättsregler, medan så ej är fallet beträffande andra. En relation av det förstnämnda slaget kan vara en analogirelation.

I nedanstående schema (s. 32) presenterar vi - utan anspråk på att vara uttömmande - några vanliga rättskällor och mot dem korresponderande normsystem, ur vilka svenska myndigheter hämtar de rättsregler på vilka de grundar sina beslut.

Till detta schema fogar vi följande kommentarer:

(1) Pilarna från rättskällorna till motsvarande normsystem kan sägas symbolisera olika rekonstruktionsprocesser.

(2) Normerna i systemen 1', 2', 3'', 4' eller 5' intar i förhållande till *GSRS* ställningen av potentiella, gällande rättsregler. Detta innebär att de blir gällande rättsregler om (och endast om) de genom (a) lagstiftning eller (b) prejudikat inkorporeras i *GSRS*. Sådana normer kallar vi *regelkandidater relative GSRS*.

(3) Författningarna innehåller *hänvisningsbestämmelser* till andra normsystem. Bland dem återfinns bestämmelser som hänvisar (i) till normer uttryckta i avtal eller i sedvänjor, handelsbruk o.d. (t.ex. 1 § köplagen)⁴⁷ eller (ii) till normer i främmande länders rättsordningar eller i folkrätten (t.ex. den internationella privaträttens kollisionsbestämmelser eller 22:11 BrB /folkrättsbrott/). Självfallet blir en norm av något av dessa slag inte någon gällande rättsregel på grund av att en gällande rättsregel hänvisar till densamma.

⁴⁷ Existensen av avtalsnormer (t.ex. "Köparen har rätt att vid varje säljarens dröjsmål häva köpet" eller "Säljaren åligger att betala fraktkostnaden") och normer, som kan utläsas ur sedvänjor o.d. är m.a.o. rättsfakta enligt de i hänvisningsbestämmelserna uttryckta normerna.

RÄTTSKÄLLOR:

1
Såter som
uttrycker
resultatet
av rättspo-
litiska
övervägan-
den

2
Såter återgiva
i vissa auktori-
tativa texter,
t.ex. förarbeten,
lagkommentarer,
hovrätts- eller
underrättsdomar,
doktrinen etc.

3
Författning-
arna.
Rättspraxis.

hänvisningsbestämmelser
hänvisnings-
bestämmelser

4
Såter som
återger inne-
hållet i avtal
eller beskri-
ver sedvänjor,
handelsbruk
o.d.

5
Rättskällor
för främmande
länders rätt
eller folk-
rätten

1'
Rättspoli-
tiska nor-
mer

2'
Auktoritativa,
icke-gällande
normer

3'
Gällande
Svensk Rätt
(GSRS)

3''
Normer som
står i någon
normrelation
till normer
i GSRS (t.ex.
därmed ana-
loga normer)
utan att
själva till-
höra GSRS.

4'
Normer bildade
utifrån avtal,
sedvänjor,
handelsbruk
o.d.

5'
Normer i främ-
mande rätt el-
ler folkrätten.

NORMSYSTEM:

Rättsregler som utgör premisser för
de svenska myndigheternas beslut
(subsuntionsnormer; se kap. 2).

(4) Beträffande normerna i 4' och 5' kan framhållas följande. Om (exempelvis) de normer i främmande rätt, vartill kollisionsnormer i *GSRS* hänvisar, kan sägas, att de senare tillåter de förra att under givna omständigheter s.a.s. gästspela som gällande svenska rättsregler. Detsamma gäller de normer i avtal, sedvänjor, folkrätt o.s.v., vartill hänvisas i *GSRS*. Med tanke härpå kallar vi sådana normer för *gästnormer relative GSRS*. (Ingenting hindrar självfallet att en norm är både en gästnorm och en regelkandidat relative *GSRS*.)

Därmed lämnar vi det juridiska systemet *GSR* (beträffande vilket vi här uppehållit oss uteslutande vid det däri ingående normsystemet *GSRS*) och övergår till de båda andra juridiska system, *S* och *T*, som vi förelagt oss att undersöka. Om dem skall vi fatta oss betydligt kortare.

(2) *Systemet S*. Vi låter systemet *S* vara något halv-officiellt eller privat juridiskt system. Det kan t.ex. vara systemet för den normskapande eller normanvändande verksamhet som utövas av Pressens Opinionsnämnd, Advokatsamfundets styrelse i frågor rörande god advokat-sed eller en given förening beträffande vissa beteenden hos medlemmarna. "*S*" står alltså som en variabel för sådana system och vi kan därför tala om *något system S*. Vi skall nämligen i detta sammanhang uteslutande göra en del generella kommentarer, som torde gälla för de flesta system av exemplifierat slag.

Två frågor skall beröras: (i) hur en analys av ett juridiskt system *S* lämpligen bör utföras och (ii) vilka relationer av intresse som råder mellan *S* och andra juridiska system, framför allt *GSR*.

(i) Vi säger preliminärt att ett juridiskt system är en struktur innehållande en specificerad (mängd av) lagstiftare, en specificerad mängd av funktionärer (kompetenta "tillämpare") och ett normsystem. (Begreppet "juridiskt system" får en mer precis definition i nästföljande avsnitt.)

Vi föreslår nedanstående program för analys av något system *S*. (Programmet kan förhoppningsvis intressera de forskare inom de juridiska specialvetenskaperna vilka delar Hellners önskemål om en utvidgning av den traditionella rättsvetenskapens forskningsområde.) En sådan analys får ses som en förutsättning för den deskriptiva framställning och den systematik av systemets normer som är det väsentliga syftet med studiet av något system *S*.

Programmet har följande utseende:

I. Man specificerar vilka som är *kompetenta lagstiftare i S*.

II. Man specificerar vilka som är *kompetenta funktionärer i S*.
Mängden av lagstiftare och mängden av funktionärer behöver naturligtvis inte vara disjunkta. De kan t.o.m. vara identiska.

III. Man specificerar *normsystemet i S* på följande sätt:

1) Man konstruerar en lista på *systemets rättskällor*.

2) Man konstruerar en lista på de olika *rättskällornas källmaterial*.

3) Man definierar vad som skall anses som *konventionella enheter i källmaterialet* (bestämmelser).

4) Man anger *introduktions- och derogationskriterier* för (olika typer av) *bestämmelser*.

5) Man specificerar *metoderna för regelrekonstruktion i systemet*.

6) Man specificerar *metoderna för funktionärernas normanvändning*. (Får funktionärer skapa normer genom exempelvis analogi från normer i systemet och kommer i så fall sådana normer att inkluderas i systemet?).

(ii) *S* kan stå i olika relationer till andra juridiska system. Av speciellt intresse är därvid dess förhållande till *GSR*. Några relationer som kan råda mellan *S* och *GSR* är följande.

a) Normer i *S* kan ha ställning som regelkandidater eller gästnormer relative *GSR*.

b) Utomordentligt betydelsefullt är vad vi kan kalla *GSR:s krav på dominans* relative system av typ *S* (eller, sett från konvers synpunkt, *S:s beroendeställning relative GSR*).⁴⁸ Detta kan yttra sig på flera sätt, t.ex.

1) Om ett visst beteende, *B* påbjuds i *GSR* under omständigheterna *V*, får *B* inte förbjudas av *S* under *V*. Och om *B* förbjuds i *GSR* under *V*, får *B* inte tillåtas av *S* under *V*. Däremot kan i vissa fall ett beteende *B*, som är tillåtet men ej påbjudet av *GSR* under *V*, förbjudas i *S* under *V*.)

⁴⁸ Jfr Strömholm, Till definitionen av begreppet "rättsregel", s. 194.

GSR kan förbjuda användandet av vissa sanktioner i *S*, framför allt sådana som innefattar våldsmoment. Detta förhållande brukar beskrivas så, att *GSR* har monopol på våldsutövning inom sitt jurisdiktionsområde (med undantag för nödvärn, laga självtäkt, avtäkt o.d.).

2) Vissa typer av beslut enligt *S* anses så betydelsefulla, att de inte slutgiltigt får avgöras av *S*:s egna funktionärer. Exempel: a) Kollektivavtal kan under löpande avtalstid ej hävas utan AD:s medverkan (7 § kollektivavtalslagen). b) Har någon vägrats inträde i advokatsamfundet, kan han överklaga detta beslut hos HD (8:8 RB).

Vad sedan beträffar relationer mellan olika system av *S*-typ inbördes, kan man tänka sig, att ett sådant system, *S*, i sin tur är på visst sätt dominant i förhållande till ett annat system *S'*. Låt t.ex. *S* stå för Försäkringsinspektionens normer och *S'* för intern praxis inom något försäkringsbolag. Man kan alltså tänka sig *hierarkier av juridiska system*, i vilka ett system som dominerar över ett annat har en högre ställning än det över vilket det dominerar.

(3) *Systemet T*. Rättsvetenskapen (doktrinen) sysslar med (delsystem av) juridiska system av typ *GSR* eller *S*.

Låt *D* vara ett sådant delsystem. Vi säger att ett system *D'* är *en doktrin för D* om och endast om *D'* är en rättsvetenskaplig utläggning av *D*.

Man kan betrakta hela den rättsvetenskapliga behandlingen av något delsystem *D* som en doktrin för *D*. Man kan t.ex. betrakta den vetenskapliga behandlingen genom tiderna av nu gällande svenska skadeståndsrättsliga regler som en doktrin för dessa. Men om man så vill kan man dra en gräns bakåt i tiden och endast betrakta den skadeståndsrättsliga litteraturen efter en viss tidpunkt som en doktrin för nu gällande skadeståndsrättsliga regler eller man kan utvälja vissa författares arbeten o.s.v.

Doktriner för (delsystem av) juridiska system betraktar vi som ett speciellt slag av juridiska system. Doktrinerna intar en ställning vid sidan av, men relaterade till, juridiska system av typ *GSR* eller *S*.

Detta torde vara ett något okonventionellt sätt att se på saken men synsättet tycks mig blottlägga en del för rättsvetenskapen utmärkande egenskaper, som eljest skulle ligga i dunkel.

På motsvarande sätt som beträffande "S" använder vi "T" som en variabel för rättsvetenskapliga juridiska system (doktriner).

Att tala om kompetenta lagstiftare eller funktionärer eller om normers giltighet är givetvis inte särskilt meningsfullt när det gäller ett system *T*. *T* är beroende av det explicerade systemet *D* i grovt uttryckt följande mening: *T* är inget självständigt beslutsmaskineri avseende faktiskt förekommande problem utan det är avsett att utgöra en s.a.s. *bättre version* av *D*.

Man kunde beträffande *T* tala om relevans i stället för giltighet. *T* är relevant om *D* gäller, eljest irrelevant. "Tre beriktigande ord av lagstiftaren och hela bibliotek förvandlas till makulatur."⁴⁹

Vissa delar av *GSR* har underkastats en grundlig bearbetning av rättsvetenskapen, t.ex. köprätt och skadeståndsrätt. Andra delar är obehandlade därför att de ansetts oväsentliga (t.ex. reglerna om galtbesiktning) eller av andra orsaker (t.ex. viktiga delar av socialrätten).

Inte sällan är underlaget i *GSR* så tunt, att man kan säga att *T* inte är någon utläggning av något *D* utan en fristående rättsvetenskaplig produkt. Tag t.ex. den civilrättsliga förutsättningsläran eller den processrättsliga rättskraftsläran. Att så är fallet innebär naturligtvis inte att sådana system är ointressanta.

Beträffande relationerna mellan *T* och det explicerade *D* skall kort sägas följande.

a) Normer i *T* har ställning som regelkandidater relative *D*. (Någon gång kan *T* utnämnas till rättskälla i ett juridiskt system, se artikel 38 i stadgan för Internationella domstolen).

b) *T* är en *explication* av *D*. Däri ligger att *T* skall uttrycka åtminstone detsamma som *D* men utgöra en *bättre version* av *D*.⁵⁰ Detta innebär bl.a. följande:

(i) *T* skall precisera innebörden hos normer och definitioner i *D*.

(ii) *T* skall avlägsna motsägelser ur *D*.

⁴⁹ Kirchmanns bevingade ord citerade efter Ahlander, Om rätt och rättstillämpning, s. 69.

⁵⁰ Jfr begreppet "elucidation" hos Kanger & Kanger, Rights and Parliamentarism, s. 99 o. 107.

(iii) T skall ge en god systematik av innehållet i D .

(iv) T skall komplettera D på ett fruktbart sätt. (Genom rekommendationer de lege lata eller de lege ferenda.)

En bland rättsvetenskapsmän vanlig uppfattning är, att deras expliciterande skall ske lojalt relative D ("i lagens anda"). Därmed tycks man mena, att man inte får avlägsna sig - i vart fall inte alltför långt - från de intentioner lagstiftaren har med sitt normgivande. Denna inställning kan ses som en påverkan av rådande domarideologi på den rättsvetenskapliga metoden och den utgör också en förutsättning för T 's inflytande över D 's funktionärer.

1.2 "Juridiskt system" definierat

I föregående avsnitt presenterades tre olika (slag av) juridiska system. I detta avsnitt skall vi ta ytterligare ett steg i abstrakt riktning och försöka uppställa en definition av begreppet "juridiskt system". Detta förutsätter en diskussion om legaldefinitionernas roll i juridiken. Först skall vi emellertid redovisa ett par mer allmänna ståndpunkter, som är grundläggande för vår teori.

Den första gäller de här framlagda teoriernas rättsteoretiska status. De teorier om rättsreglernas natur (ofta presenterade i termer av "giltighet"), som dominerat vårt århundrades rättsteori, kan, mycket grovt, systematiseras på följande sätt. Vi gör en distinktion mellan från rättsvetenskaplig synpunkt *externa* respektive *interna* teorier om rättsreglerna. Med externa respektive interna teorier menar vi teorier som uppställer externa respektive interna giltighets- eller existenskriterier för rättsregler. (Att de teorier, som nedan nämns, villar på skilda - i regel outtalade - ontologiska förutsättningar gör onekligen vår distinktion en smula vanskelig. Men jag tror ändå att den säger något väsentligt om teoribildningen för rättsregler.) De externa teorierna förankrar rättsreglernas existens (eller giltighet) i icke-juridiska omständigheter. Sådana omständigheter kan vara av t.ex. etisk, teologisk, politisk, sociologisk eller psykologisk natur. De interna teorierna, däremot, studerar rättsregler och system av sådana tagna i isolering och anger egenskaper hos rättsreglerna - eller definierar deras giltighet - i termer av relationer mellan olika slag av

rättsnormer eller, om man så vill, begränsar sitt intresse till den inre strukturen hos givna rättssystem.⁵¹ De viktigaste teoribildningarna tillhörande något av dessa båda slag kan vi schematiskt placera sålunda:

A. Externa teorier

(a) Naturrättsliga teorier, vilka uppfattar rättsreglerna (eller vissa rättsregler) som normer, vilka på något sätt ingår i människans moraliska utrustning eller är givna av någon gudomlighet.

(b) "Realistiska" teorier, vilka söker förankra rättsreglernas existens i företeelser i den fysikaliska verkligheten. Bland dem kan två riktningar urskiljas (i) behavioristiska (eller sociologiska) teorier, vilka uppfattar rättsreglerna som (förutsägelser om) beteenden hos juridiska funktionärer (den amerikanska realismen; i Sverige Hedenius⁵² och Ahlander⁵³) samt (ii) socialpsykologiska teorier, i vilka rättsreglerna beskrivs i termer av psykiska reaktioner hos människorna (Uppsalaskolan).⁵⁴

(c) Marxistiska teorier, som förlägger rättsreglernas existens till den s.k. ideologiska överbyggnaden (superstrukturen).⁵⁵

B. Interna teorier

Teorier av detta slag återfinns framför allt i Kelsens rena rättslära och i den kelsenianska traditionen. Grundidén i den rena rättsläran, dess "renhet", ligger just i detta att i teoribildningen bortse från icke-juridiska omständigheter av ovan nämnt slag. Lärans program är

⁵¹ Vår distinktion 'extern-intern' är en annan än Wedbergs mellan "internal and external sentences of legal science" (Wedberg, Some problems in the logical analysis of legal science, s. 252 ff.) men har likheter med Harts distinktion mellan "statements from external" respektive "internal point of view" (Hart, The Concept of Law, s. 86 f. och 99 ff.). Det bör också framhållas, att den inte är kongruent med Ross' distinktion mellan rättsfilosofisk idealism och realism (Ross, Om ret og retfaerdighed, s. 79 ff.).

⁵² Se Hedenius, Om rätt och moral, s. 77.

⁵³ Se Ahlander, Är juridiken en vetenskap?, s. 77.

⁵⁴ Se Hägerström, Den objektiva rättens begrepp, s. 115 ff. och - i Hägerströms efterföljd - Olivecrona, Rättsordningen, s. 128 ff. och 132 ff.

⁵⁵ Huruvida rättsordningarna uteslutande är förlagda till superstrukturen eller om de (därjämte) utgör en social realitet är dock en smula oklart i klassisk marxism; se Kelsen, The Communist Theory of Law, s. 5 ff.

att beskriva rättsreglerna och rättsordningarnas natur genom en systematisering och hierarkisering av i givna system ingående normer. Man laborerar med hierarkiskt ordnade klasser av normer, där normer i "högre" klasser fungerar som *metanormer* i förhållande till normer i "lägre" klasser. Man söker genom rekursiva förfaranden (t.ex. Kelsens Stufenbau) härleda giltigheten hos normer ur någon eller några normer av högre ordning i systemet. Kelsen arbetar med den välkända "grundnormen",⁵⁶ Hart med en mer empiriskt betonad "rule of recognition".⁵⁷

Ovanstående är, som sagt, givetvis endast en grovsortering av 1900-talets teoribildningar om rättsreglerna. Det finns åtskilliga mellanformer och synteser av nyssnämnda riktningar. Ett gott exempel på en sådan syntes är Alf Ross' teori i arbetet "Om ret og retfaerdighed" vilken innefattar komponenter hämtade från amerikanskt realism (idén om giltiga rättsregler som prognoser om domarbeteende), Kelsens rena rättslära (idén om rättsnormen som "tydningsschema" för rättsfenomen) och Uppsalaskolan (strävan att förklara idén om rättens bindande kraft i socialpsykologiska termer).

Mellan företrädare för olika riktningar av nämnt slag har utkämpats hårda strider. Men såvitt jag kan förstå, kan man, utan att göra sig skyldig till någon motsägelse, mycket väl omfatta flera av dessa teorier samtidigt - just därför att interna och externa teorier handlar om olika saker. De har olika rättsteoretisk status. Sålunda kunde man ansluta sig till det essentiella i Kelsens Stufenbau-teori och samtidigt vara naturrättsanhängare, "realist" eller marxist - bara man släpper den naiva föreställningen att ett begrepp, t.ex. "rättsregel", bara kan definieras på ett enda sätt.⁵⁸

Föreliggande arbete präglas av "en intern grundsyn". Emellertid lider, enligt vår mening, den klassiska interna teorin - säg kelsenianismen - av vissa brister, som försatt densamma i diverse problematiska positioner. Dessa har framför allt att göra med teorin om grundnormen. En standardinvändning mot denna teori har varit att den leder till en infinit regress: om normerna i ett givet rättssystem "härleder"

⁵⁶ Se Kelsen, *Reine Rechtslehre*, s. 196 ff.

⁵⁷ Se Hart, *The Concept of Law*, s. 97 ff.

⁵⁸ Jfr Wedberg, *Some problems in the logical analysis of legal science*, s. 254.

sin giltighet ur grundnormen, kan man fråga sig varur grundnormen "härleder" *sin* giltighet. Man skulle då tvingas laborera med en norm på högre nivå än grundnormen o.s.v. *ad infinitum*.⁵⁹

Denna invändning kan, tror vi, undvikas med en enkel och - även från andra synpunkter än att undgå nyssnämnda kritik - rimlig modifikation av Kelsens Stufenbau-teori. Kelsen hamnar, grovt uttryckt, i den kritiserade positionen på grund av sitt "normexklusiva" synsätt: rätts-systemet består *uteslutande* av normer.

I vår framställning skall vi betrakta ett rättssystem (i vår terminologi: ett juridiskt system) som en mer komplicerad struktur, något som, enligt vår uppfattning, tydligare beskriver verkligheten. Vad Kelsen förbiser, är den betydelsefulla roll *definitioner* av olika slag spelar i ett juridiskt system. Ett frångående av normexklusiviteten sätter oss också i stånd att konstruera en teori, där den infinita regressen undviks.⁶⁰

Vidare skall inledningsvis två viktiga konstateranden göras:

(1) Vid bestämmandet av vad som skall menas med ett juridiskt system ser vi saken *från rättsvetenskapsmannens synpunkt*: ett juridiskt system är en struktur i vilken ingår en normmängd och som är av intresse för rättsvetenskapen. Ett sådana synsätt är naturligt för en rättsteori, som ser som sin främsta uppgift att betjäna denna vetenskap.

(2) En annan sak är denna. När det gäller att fastställa strukturen hos ett juridiskt system, d.v.s. ange vilka element, som skall ingå däri, ställer vi oss på *funktionärens* ("tillämparens") *ståndpunkt*.⁶¹ Funktionärernas roll är central av det enkla skälet att det är de som tillämpar systemets normer. Funktionärsaspekten, varmed vi menar uppfattningen att funktionärerna är reglernas adressater, är därför avgörande när det gäller frågan hur man skall skilja ut de normer som skall

⁵⁹ Se Ahlander a.a. s. 56.

⁶⁰ Att definitionsmängder utgör viktiga inslag i "normativa system" har också uppmärksamats av Alchourrón & Bulygin (Normative Systems, s. 4). Vårt bruk av denna insikt skiljer sig dock väsentligt från deras.

⁶¹ Jfr Ross, Om ret og retfaerdighed, s. 45 f.

ingå i ett givet juridiskt system. Genom att konsekvent fasthålla vid funktionärsaspekten är det också möjligt att undgå en del problem, som förbryllat rättsteoretiker.

Förhållandet mellan de båda nu nämnda aspekterna kan grovt uttryckas på följande sätt: Rättsvetenskapen är traditionellt inriktad på problemlösning. Problemlösarna par préférence enligt något givet juridiskt system är dess funktionärer. Därför intar funktionärerna - som studieobjekt eller avnämare - en central position vid den vetenskapliga hanteringen av systemet i fråga och rättsvetenskapsmannen spelar, så att säga, en funktionärsroll på låtsas vid sin problembehandling.⁶² Därtill kommer, att undervisningen vid de juridiska fakulteterna avser att utbilda just juridiska funktionärer.

Tanken om funktionärssynpunktens relevans och idén att även definitionsmängder ingår i juridiska system står, som kommer att framgå av det följande, i ett intimt samband med varandra.

En *legaldefinition* är, som bekant, en definition av något uttryck i en eller flera bestämmelser. På varje ställe där legaldefinitionens definiendum förekommer i bestämmelser, för vilka definitionen gäller, kan detta utbytas mot definitionens definiens utan att bestämmelsen ändrar innebörd. Sålunda kan t.ex. ordet "handelsköp" på alla ställen i köplagen, där det förekommer, utbytas mot definiens "köp, som är slutet mellan köpmän i och för deras rörelse" i den i 4 § köplagen uttryckta legaldefinitionen utan att bestämmelserna i fråga får en annan innebörd.

Legaldefinitioner kan naturligtvis avse uttryck i såväl rättsfaktum- som rättsföljdssatser. I förevarande sammanhang intresserar oss emellertid uteslutande de förra.

Det behöver väl inte sägas, att vår analys inte får ses som ett program för lagskrivning. En sak är rationell rekonstruktion av juridiska system, en annan den av praktiska hänsyn betingade lagskrivningstekniken.

⁶² Jfr Ross' karakteristik av rättsvetenskapliga rekommendationer som "direktiver de sententia ferenda" (Ross a.a. s. 60).

Legaldefinitioner förekommer i olika författningar i långt högre grad än man vanligen föreställer sig.⁶³ Ofta är de nämligen formulerade på så sätt, att det ligger nära till hands att uppfatta dem som normer.⁶⁴ (Det kan också, som vi skall se, förhålla sig så, att en och samma bestämmelse är att uppfatta som en norm i vissa sammanhang och som en legaldefinition i andra - något som f.ö. har lagskrivningstekniska fördelar.) Vi måste därför uppmärksamma, att legaldefinitioner kan vara såväl explicita, d.v.s. uttryckligt formulerade som definitioner i bestämmelser, t.ex. 4 § köplagen, som implicita, d.v.s. inte uttryckligt formulerade på detta sätt. Låt oss ge några exempel på det senare slaget.

(1) Tag 10 och 11 §§ köplagen. Ehuru dessa stadganden återfinns under rubriken "Om platsen för godsets avlämnande" handlar de snarare om tidpunkten för godsets avlämnande. Man kan säga, att de ger en definition av "avlämnande". Om man t.ex. översätter den implicita definition som 10 § uttrycker till en explicit, blir resultatet något sådant:

(Def.) Tidpunkten för avlämnande av gods, som skall av säljaren försändas ifrån en ort till en annan att där av köparen mottagas = den tidpunkt då godset omhändertagits av någon, som åtagit sig dess forslande från den ort, varifrån försändandet bör ske etc.

Vid försändningsköp av § 10-typ kan man på varje ställe i köplagen (för vilket inte någon annan definition av "avlämnande" gäller), t.ex.

⁶³ Det finns t.o.m. författningar som uteslutande innehåller legaldefinitioner; se t.ex. KK 1968 om innebörden i rättsligt hänseende av begreppen krigsmakten och krigsman.

⁶⁴ Liknande tankar som de här framförda återfinns i von Wright, *On the logic and ontology of norms*, s. 97 ff. von Wright tycks emellertid inte göra den skarpa åtskillnad mellan definitioner och normer som vi gör. Han talar sålunda om "norms ... which have the character of definitions" (a.a. s. 98). Närmare vår uppfattning ligger möjligen Alchourrón & Bulygin (*Normative Systems*, s. 73 f), ehuru deras framställning avser en mer begränsad fråga (att giltighetskriterier ej får förväxlas med kompetensnormer): "Conceptual rules (definitions) must not be confused with rules of action." Även dessa författare tycks emellertid betrakta definitioner som normer (regler).

17, 21 och 60 §§, i stället för uttryck som "intill dess godset är avlämnat" eller "varder godset ej i rätt tid avlämnat" placera "intill dess godset omhändertagits etc." respektive "har godset ej i rätt tid omhändertagits ... eller bragts etc.". (Det är möjligt, att 10 och 11 §§ också uttrycker normer - även om man har svårt att tänka sig en tvist, där tillämpning av någon av dessa bestämmelser ensam, d.v.s. utan att kombineras med något annat stadgande i köplagen, skulle aktualiseras.)

(2) Bestämmelserna i 4 kap. GB kan ses som en - relativt komplicerad och av flera disjunktionsled bestående - legaldefinition av uttryck som "makar" och "äktenskap" varhelst dessa förekommer i GB i övrigt. För domare i exempelvis äktenskapsskillnads mål har 4 kap. GB karaktär av legaldefinition. Detta framgår därav, att substitution av nämnt slag här är möjlig. Detta hindrar inte, att bestämmelser i ifrågavarande kapitel samtidigt uttrycker *normer* för en annan funktionärsgrupp, nämligen vigselförrättarna.

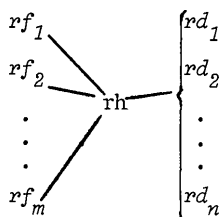
(3) 5 § köplagen innehåller uttrycket "är köp slutet". Bestämmelserna om avtals ingående och giltighet i 9 kap. FB samt 1 och 3 kap. avtalslagen uttrycker en del av den - mycket komplexa - legaldefinition som definierar nämnda uttryck.

(4) Bland rekvisiten i den norm som uttrycks av bodräktsstadgandet i 8:3 BrB finns ett stöldrekvisit: Stjäl någon ...". 8:1 BrB - som uttrycker en stöldnorm - är därjämte bärare av en legaldefinition av nämnda rekvisit i 8:3.

Låt oss nu preliminärt - med fasthållande vid funktionärsaspekten - karakterisera ett juridiskt system som en ordning $\langle N_f, D \rangle$, där N_f är en mängd av funktionärsadresserade normer och D en mängd av legaldefinitioner relative N_f . Detta begrepp "juridiskt system" förefaller oss ha vissa fördelar vid behandlingen av några rättsteoretiska paradfrågor, nämligen (i) analysen av rättighetsbegreppen (eller de s.k. mellanbegreppen), (ii) analysen av "kompetensnormernas" natur samt (iii) problemet med Kelsens ovannämnda infinita regress. Låt oss här säga något om de båda förstnämnda; till (iii) återkommer vi litet senare.

Det betydelsefullaste resultatet av den skandinaviska rättighetsdiskussionen i slutet av 40-talet och början av 50-talet får anses vara teorin om rättighetsbegreppen som "framställningstekniska hjälpm-

del".⁶⁵ Denna teori innebär, att rättighetsbegreppen fungerar som ett slags kopplingscentral mellan en disjunktion av rättsfakta och en konjunktion av rättsföljder enligt schemat:



där $rf_1 - rf_m$ är rättsfakta, $rd_1 - rd_n$ rättsföljder och rh en rättighet.

Denna rättighetsbegrepps funktion (säg mellanbegreppsfunktionen) är nu att man i stället för att säga

(1) om rf_1 eller rf_2 eller ... eller rf_m , så rd_1
kan säga

(1') om rh , så rd_1 .

I detta fall står " rh " som en förkortning för " rf_1 eller rf_2 eller ... rf_m ", d.v.s. som en beteckning för en disjunktion av rättsfakta.

Vidare innebär rh :s mellanbegreppsfunktion att man i stället för att säga

(2) om rf_1 , så rd_1 och rd_2 och ... rd_n
kan säga

(2') om rf_1 , så rh .

I detta fall står " rh " som en beteckning för en konjunktion av rättsföljder.

Nu är det givet, att normer av typ (1') och (2') endast är ett slags elliptiskt uttryckta normer, som i sådan form inte förekommer isolerade i juridisk argumentation. Om vi t.ex. betraktar rättighetsbegrepp som (disjunktioner av) rättsfakta, förekommer sådana begrepp i (funktionärsadresserade) rättsnormer endast som rekvisit tillsammans med en rad andra rekvisit, exempelvis:

(3a) om någon äger något och blir frånstulen detta och ..., så skall domaren ...

⁶⁵ Se t.ex. Wedberg, Some problems in the logical analysis of legal science, § 17, samt Ross, Om ret og retfaerdighed, s. 206 ff.

(3b) om säljaren har hävningsrätt *och* köparen har godset i sin besittning *och* köparen skadar godset *och* ..., så skall domaren ...

(3c) om make har giftorätt i fast egendom tillhörig andre maken *och* denne vill inteckna egendomen *och* ..., så skall domaren ...
eller, generellt uttryckt,

(3') om rh och RF , så rd

där RF står för en konjunktion av rättsfakta (rekvisit).

Vi gör nu gällande, att den här beskrivna mellanbegreppsfunktionen är densamma som den funktion legaldefinitioner har i juridisk argumentation.

Antag att vi har en legaldefinition

(Def.) $a = b$ eller c eller d

samt ett antal normer i vilka a utgör ett rekvisit:

(4a) om a och RF_1 , så rd_1

(4b) om a och RF_2 , så rd_2

(4c) om a och RF_3 , så rd_3

där $RF_1 - RF_3$ är konjunktioner av rättsfakta (rekvisit).

På varje ställe, där a förekommer, kan vi ersätta a med b eller c eller d .

Vi ser också, att 4a-c får samma utseende som 3' om vi i 4a-c ersätter a med rh , vilket är helt naturligt, eftersom rättigheter, som vi nyss sett, utgör rekvisit i rättsnormer.

Normerna (1) och (1') är ekvivalenta, men (1) är mer precis än (1'). Rättsfaktumledet i (1) kan därför ses som en legaldefinition av rättsfaktumledet i (1'), d.v.s. rh :

(Def.) $rh = rf_1$ eller rf_2 eller ... rf_m .

Det sagda gäller *mutatis mutandis* för "rättsföljdssidan", som här inte särskilt behandlas.

Legaldefinitionernas funktion vid framställningen av rättsnormer är att på ett förenklat sätt beskriva rekvisit i dessa normer. Samma framställningstekniska funktion har, enligt ett numera vanligt betraktelsesätt, rättighetsterminologin. Rättigheter uppträder vanligen, som vi sett, som rekvisit i normer. Därför förefaller det naturligt att så att säga lösa upp rättighetsterminologin genom att beskriva den i termer av rekvisit och legaldefinitioner av sådana.

Om den här framlagda teorin är korrekt, har vi reducerat den något mysteriösa mellanbegreppskonstruktionen till en mer generell och samtidigt mer välkänd kategori, legaldefinitionen.

Detsamma gäller den kategori av bestämmelser som Strömberg kallar kvalifikationsregler, t.ex. stadgandena i 11 kap. FB om vilka personer, som har den (rättsliga) egenskapen "förmyndare".⁶⁶ Denna term har, menar Strömberg, funktion av "hjälpterm", varmed förstås exakt detsamma som den mellanbegreppsfunktion som tillskrivs rättighetsorden. Enligt vårt betraktelsesätt kan därför även bestämmelser av exemplifierat slag ses som bärare av legaldefinitioner och kategorin "kvalifikationsregler" i följd härav reduceras till sådana.

Låt oss därefter betrakta de s.k. kompetensnormerna, d.v.s. sådana normer som, grovt uttryckt, tilldelar eller fränkänner kategorier av personer kompetens, d.v.s. makt eller myndighet att utföra handlingar av visst slag.⁶⁷

Med fasthållande vid funktionärsaspekten - som innebär att endast funktionärsadresserade normer ingår i juridiska system (jfr föregående avsnitt) - måste bestämmelser, som ej explicit förlänar eller fränkänner adressaten (funktionärerna) kompetens, betraktas som bärare av regelfragment, d.v.s. rekvisit eller legaldefinitioner av sådana.⁶⁸ Hit hör bestämmelser, som tilldelar medborgare av vissa slag kompetens. Sådana bestämmelser uttrycker ju ofta rekvisit för funktionärsadresserade normer.

Sådana bestämmelser, däremot, som explicit förlänar eller fränkänner den funktionärsgrupp som skall använda den kompetens, kunde betraktas som bärare av kompetensnormer. Jag kan emellertid inte finna annat än att en på detta sätt bildad klass av kompetensnormer blir identisk

⁶⁶ Strömberg, Inledning till den allmänna rättsläran, s. 81 ff. Strömberg själv ser saken "the other way round" och betraktar legaldefinitionerna som en underavdelning till kvalifikationsreglerna (a.a. s. 86). Som argument för vår ståndpunkt åberopar vi kvalifikationsreglernas definierande funktion.

⁶⁷ Se Ross a.a. s. 46, Strömberg a.a. s. 87 ff. (Strömberg talar dock om kompetensregler som en delklass av bestämmelser) samt Eckhoff, När foreligger kollisjon mellom rettsregler?, Nordisk Gjenklang, Festschrift til Carl Jacob Arnholm, s. 95 ff.

⁶⁸ Av annan mening är Eckhoff (a.a. s. 105), som dock inte anlägger funktionärsaspekten i sitt resonemang. Eckhoff laborerar med en vid definition av "kompetensregel": "Med kompetensregler menes her regler som setter betingelser for rettsakters gyldighet eller riktighet" (a.a. s. 95). Han betraktar heller inte mängden kompetensregler och mängden av handlingsregler som disjunkta (a.a. s. 96).

med klassen av vanliga handlingsnormer för funktionärerna i fråga, varvid kategorin "kompetensnormer" uppenbarligen förlorar något av sitt intresse.

Antag att vi har en mängd N av normer, vilka är adresserade till funktionärer i funktionärsgruppen F . Att funktionärer i F har kompetens till visst handlande enligt normer i N innebär, såvitt jag förstår, ingenting annat än att detta handlande är tillåtet eller obligatoriskt för dessa funktionärer (eller, med andra ord, att detta handlande är rättsenligt relative N för funktionärer i F). Och att funktionärer i F saknar kompetens till visst handlande enligt normer i N måste betyda, att detta handlande är förbjudet för dessa funktionärer (eller, annorlunda uttryckt, att detta handlande är rättsstridigt relative N för funktionärer i F).

Vi har funnit, att det finns goda skäl att betrakta ett juridiskt system som en struktur $\langle N_f, D \rangle$. Låt oss på grundval av denna iakttagelse konstruera ett mer precist begrepp "juridiskt system", i vilket denna struktur - för vilken vi fortsättningsvis använder förkortningen " ND_f " - ingår.

Det är självfallet möjligt att eliminera mängden D genom att på varje ställe i normer i N_f , där definienda i definitionerna i D förekommer, ersätta dessa med deras motsvarande definientes.

Vilka villkor kan ställas på en företeelse för att denna skall anses vara den - abstrakta - entitet som brukar gå under benämningen ett rättssystem (eller en rättsordning; i vår terminologi: ett juridiskt system)?

Ett allmänt nödvändigt villkor har redan angivits: företeelsen skall vara i någon mening av intresse för rättsvetenskapen.

Vidare kan man, förefaller det mig, uppsätta följande minimala villkor för att man skall kunna tala om ett - välutvecklat - juridiskt system (det finns fenomen, för vilka något eller några av nedanstående villkor inte är uppfyllda men vilka ändå naturligen kan uppfattas som - icke välutvecklade - juridiska system, t.ex. systemet T i föregående avsnitt):

(1) systemet skall innehålla en mängd kriterier, som specificerar systemets lagstiftare (KL)

(2) systemet skall innehålla en mängd kriterier, som specificerar de procedurer systemets lagstiftare har att iakttaga i sin lagstiftande verksamhet (KP)

(3) systemet skall innehålla en mängd kriterier, som specificerar systemets funktionärer (KF)

(4) systemet skall innehålla en mängd kriterier, som specificerar den kategori personer som är underkastade eller har tillgång till beslut givna av systemets funktionärer (KM)

(5) systemet skall innehålla en mängd gällande funktionärsadresserade normer (ev. med en vidhängande mängd av legaldefinitioner) (ND_f).

Vi definierar nu ett *juridiskt system* J som en struktur $J = \langle KL, KP, KF, KM, ND_f \rangle$, vilken är av rättsvetenskapligt intresse.

Exempel: Tag det juridiska system som kan konstrueras på grundval av en given förenings stadga. För att detta system skall vara ett välutvecklat juridiskt system måste det - förutom att vara av rättsvetenskapligt intresse - innehålla kriterier för (i) vilka som har kompetens att ändra stadgan (t.ex. ett årsmöte eller en medlemsrepresentation), (ii) hur detta får ske (t.ex. genom 2/3 majoritet vid två på varandra följande sammanträden), (iii) vilka föreningsorgan, som fattar beslut enligt systemets normer (t.ex. styrelsen eller anställda tjänstemän), (iv) vilka personer som är underkastade eller har tillgång till dessa organs beslutsfattande (föreningsmedlemmarna) samt (v) de normer som är adresserade till dessa organ (t.ex. regler om hur de skall förvalta föreningens tillgångar, driva in medlemsavgifter, utesluta medlemmar etc.).

I fråga om ett så enormt komplicerat system som t.ex. Gällande Svensk Rätt är det naturligtvis en hart när omöjlig uppgift att explicit formulera kriterierna i (1) - (4) och normerna i (5). Därtill är kvantiteten bestämmelser och prejudikat alltför stor och de förra spridda över så många olika författningar. Dessutom är Gällande Svensk Rätt i själva verket ett system av juridiska system - eller ett system bestående av hierarkiskt ordnade delsystem, där funktionärerna i högre delsystem fungerar som lagstiftare för funktionärer i ett lägre. Åtskilliga funktionärer har denna dubbla roll av lagstiftare och "tillämpare", t.ex. ledamöterna av HD. De i (1) och (2) angivna kriterierna

återfinns i bl.a. grundlagarna och RB, de kriterier som nämns i (3) i processrättsliga och förvaltningsrättsliga författningar och de i (4) omnämnda kriterierna i författningar som medborgarskapslagen, BrB (2 kap.), RB (11 kap.) etc.

Element i KL , KP , KF eller KM kan också vara element i D . När t.ex. rekvisitet "domare" förekommer i en norm i N_f , innehåller de bestämmelser som handlar om utnämmande av domare en legaldefinition av detta rekvisit och denna definition är därför element i D . Men samtidigt är den element i KF , som är en konstituerande faktor för J . Tag vidare ett system J , som innehåller normer, vilka tillerkänner sina funktionärer formell lagprövningsrätt (eller -skyldighet). Sådana normer innehåller rekvisit av innebörden att den som producerat en given bestämmelse inte varit kompetent lagstiftare eller att korrekta procedurer inte iakttagits vid bestämmelsens tillkomst. Dessa rekvisit definieras av definitioner i D och de definitionerna är samtidigt element i $KL \cup KP$. Men saknar funktionärerna enligt J formell lagprövningsrätt, gäller att $(KL \cup KP) \cap D = \Lambda$.⁶⁹

Antag att ett system J tillerkänner sina funktionärer materiell lagprövningsrätt.⁷⁰ Detta innebär, att J innehåller en mängd villkor, I , för innehållet i normerna i N_f samt en norm som säger att om normer i J strider mot något villkor i I , så skall normen ogiltigförklaras. I är en delmängd av D . Om man så vill, kan man göra I till en konstituerande faktor för J och ta med I bland de andra kriterimängderna i J (KI).

Låt oss nu se hur man med hjälp av vårt begrepp "juridiskt system" kan angripa ett klassiskt rättsteoretiskt problem, som vi kan kalla Kelsens dilemma.⁷¹ Detta uppstår vid frågan hur man skall förklara

⁶⁹ Ross (a.a. s. 46) betraktar bestämmelser, som handlar om lagstiftning, som funktionärsadresserade normer. Denna konstruktion förefaller mig svår att upprätthålla med avseende på system där funktionärerna saknar (formell och materiell) lagprövningsrätt.

⁷⁰ Beträffande distinktionen mellan formell och materiell lagprövningsrätt, se Jägerskiöld, Om domstols lagprövningsrätt, Statsvetenskaplig Tidskrift 1964, s. 1.

⁷¹ En god översikt över Kelsens rena rättslära och den däri ingående Stufenbau-teorin återfinns i Kelsen, Den rena rättsläran. Dess metod och grundbegrepp, Statsvetenskaplig Tidskrift 1933, s. 193-244.

grundnormens giltighet. Om man å ena sidan - som Kelsen - vill hålla fast vid tanken att en norm kan tillskrivas giltighet endast om den tillkommit i enlighet med normer av en högre ordning, måste man också räkna med en norm av högre ordning än grundnormen o.s.v. *ad infinitum*. Om man å andra sidan förankrar grundnormens giltighet i företeelser i den sociala verkligheten (t.ex. att systemet är "effektivt") har man lämnat "börats värld" för "varats" och därigenom offrat teorins "renhet". Kelsens egen lösning av dilemmat är, som bekant, den något dunkla tanken om grundnormen som ett postulat.

Det bästa vore naturligtvis, om man kunde finna ett sätt att bevara Stufenbau-teorins interna natur utan att alls behöva postulera grundnormen. Låt oss med hjälp av vårt begrepp "juridiskt system" göra ett försök i den riktningen.

Antag att vi har tre juridiska system, J , J' och J'' , sådana att de utgör delsystem av ett komplext juridiskt system och tillika sådana att de är hierarkiskt ordnade på så sätt att J är det lägsta i ordningen, J' närmast högre än J och J'' närmast högre än J' och samtidigt det högsta i ordningen.

$$J = \langle KL, KP, KF, KM, ND_f \rangle$$

$$J' = \langle KL', KP', KF', KM', ND_{f'} \rangle$$

$$J'' = \langle KL'', KP'', KF'', KM'', ND_{f''} \rangle.$$

Kelsens Stufenbau-teori kan med hjälp av denna hierarki beskrivas på följande sätt: normerna i ND_f gäller därför att de tillkommit i överensstämmelse med normer i $ND_{f'}$ och normerna i $ND_{f'}$ gäller därför att de tillkommit i överensstämmelse med normer i $ND_{f''}$. Normerna i $ND_{f''}$ gäller därför att grundnormen för det mer omfattande systemet säger att de skall göra det.

Om vi nu i stället för Kelsens normexklusiva synsätt mobiliserar våra kriteriemängder (som är konstitutiva för respektive juridiskt system), kan Stufenbau-teorin omformas så här (med "giltighet" avses i detta sammanhang giltighet i Kelsens genetiska mening):

I. J och J' står i den giltighetsrelationen till varandra att lagstiftarna i J är funktionärer i J' och procedurerna för lagstiftning i J är normer för funktionärerna i J' , d.v.s. $KL \subseteq KF'$ och $KP \subseteq ND_{f'}$.

II. J' och J'' står på motsvarande sätt i den giltighetsrelationen att $KL' \subseteq KF''$ och $KP' \subseteq ND_f''$.

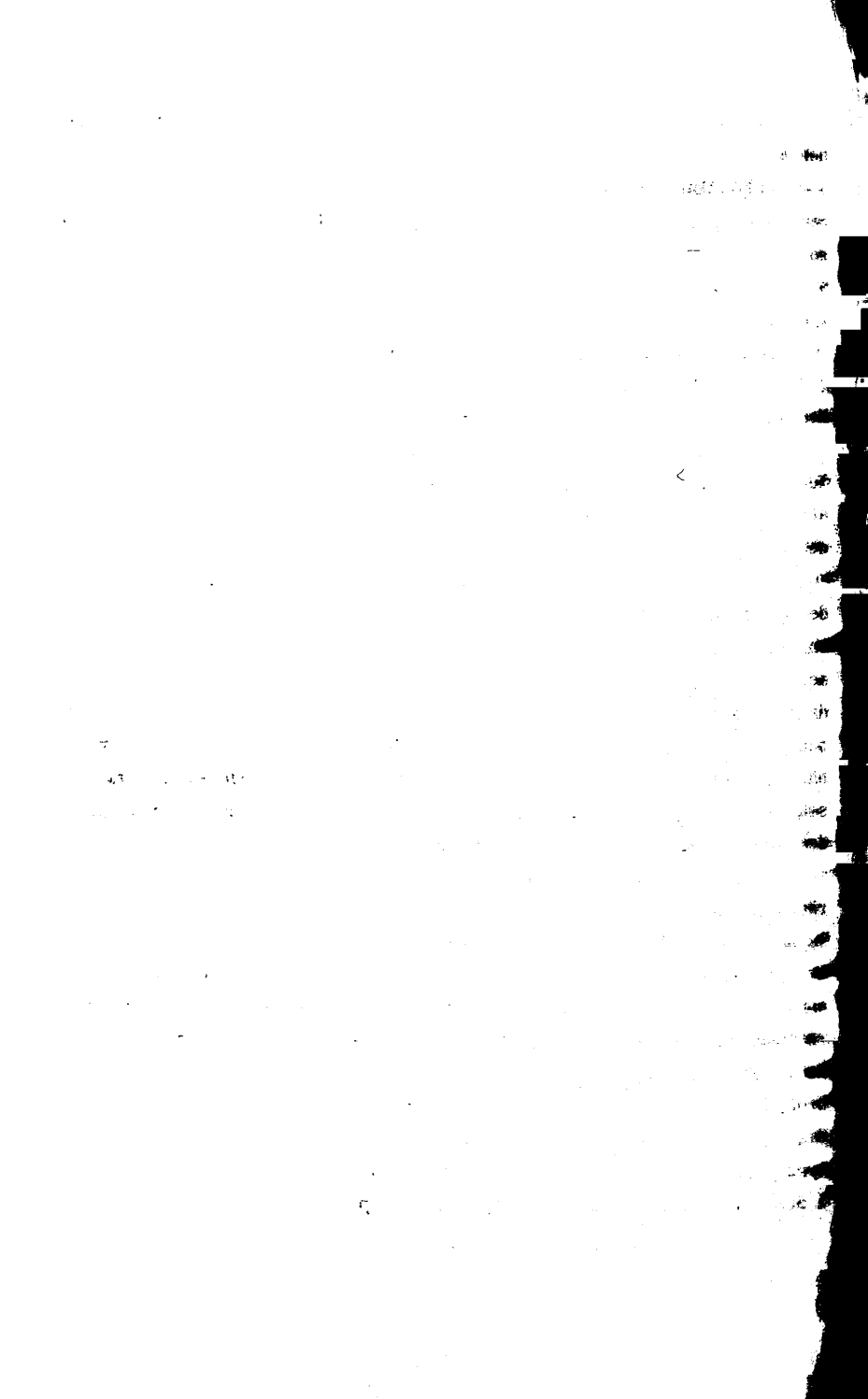
III. Men när man kommer upp till J'' finns inget högre system. Som delsystem i t.ex. ett system av typ Gällande Svensk Rätt representerar J'' ett system som ligger uteslutande "på lagstiftarplanet". Det är systemet för de högsta lagstiftarorganen i det större systemet (regering och riksdag).

Varur "härleder" då ND_f'' sin giltighet? Vem är lagstiftare i J'' ? Ja, det kan inte vara några andra än J'' 's egna funktionärer. Med andra ord: $KL'' \subseteq KF''$ och $KP'' \subseteq ND_f''$.

Generellt kan sägas, att för varje komplext juridiskt system gäller, att det högsta delsystemet i giltighetshierarkin alltid är sådant att dess lagstiftare samtidigt är funktionärer i systemet och dess procedurer för lagstiftning normer i systemet.

Detta tycks väl överensstämma med sociala fakta. Tag systemet för de högsta lagstiftningsorganen i Gällande Svensk Rätt. Funktionärerna enligt detta system är ledamöterna av regeringen och riksdagen, normerna i detta system är reglerna för lagstiftning, lagstiftarna för sådana normer enligt systemet är ledamöterna av regeringen och riksdagen och procedurerna för lagstiftning av sådana normer tillhör de funktionsadresserade reglerna för lagstiftning. (På liknande sätt sammanfaller i det *lägsta* delsystemet dess funktionsgrupp med gruppen av dem som är underkastade systemets normer.)

Vi har här valt att tala om juridiska system i stället för om rättsordningar eller rättssystem. Skälet härtill är att jag velat hålla begreppen "rättsordning" och "rättssystem" lediga för tilldelning av speciella betydelser, för att eventuellt kunna återvända till dem i annat sammanhang. Allmänt talat förefaller det rimligt att uppfatta rättssystem och rättsordningar som juridiska system under vissa villkor. Eftersom båda de nämnda begreppen förekommer i juridiskt språkbruk, kan det från synpunkten av en rationell användning av den juridiska terminologin vara lämpligt att definiera dem så, att de ej blir synonyma. (När vi i det följande någon gång talar om rättssystem (t.ex. i 2.3) avses därmed juridiska system av typ *GSR*.)



2. RÄTTSNORM, RÄTTSFALL, RÄTTSGRUND, RÄTTSKIPNING

2.0 Inledning

I detta kapitel anläggs huvudsakligen ett normteoretiskt mikroperspektiv.

Avsnittet 2.1 innehåller en analys av strukturen hos funktionärs-adresserade rättsnormer. En standardform för sådana konstrueras.

När vi säger att en given norm, n' , är analog med en annan norm, n , är detta i själva verket ett förkortat sätt att beskriva en mer komplicerad relation. Vi betraktar nämligen analogirelationerna som relationer mellan normer, vilka är relaterade till *rättsfall*. (Med ett rättsfall menar vi en situation av juridiskt intresse.)

Låt f vara ett rättsfall, som faller under n (ett *rättsfaktum* enligt n) och f' ett rättsfall, som faller under n' (ett *rättsfaktum* enligt n'). En analogirelation mellan n' och n relaterade till f' respektive f beskriver vi så: n' med avseende på f' är analog med n med avseende på f .

Av detta följer att begreppen "rättsfall" och "rättsfaktum" är av central betydelse i vår teori. Dessa båda begrepp rekonstrueras i 2.2. Eftersom analogier även kan utföras "på rättsföljdssidan" måste vi också beakta sådana omständigheter, vilka normeras i rättsreglers rättsföljder. (Exempel: Ett normerat faktum enligt rättsföljden "Säljaren får häva köpet" är det faktum att någon säljare häver något köp.) Av rättsfakta respektive i rättsföljder normerade fakta kan ett slag av mängder bildas, vilka vi kallar *adekvansmängder*. Den analoga rättsanvändningen kan, som visas i kapitel 3, beskrivas i termer av vissa mängdteoretiska manipulationer med sådana mängder. Också adekvansmängderna behandlas i 2.2.

Ett nyckelbegrepp i vår analogiteori är vidare begreppet *rättsgrund*. Med en rättsgrund förstås vanligen en motivering för, eller ett rättfärdigande av, en rättsnorm. Vi betraktar, grovt uttryckt, rättsgrunder som kausalrelationer mellan efterlevandet av rättsnormer och önskvärda samhällstillstånd, t.ex. "om normen n efterlevs med avseende på fallet f , så uppnås det önskvärda samhällstillståndet t ".

En grundtanke i vår teori är nu denna. Antag att vi har rättsgrunderna

(r) Normen n 's efterlevnad med avseende på fallet f leder till samhällstillståndet t ; och

(r') Normen n' 's efterlevnad avseende fallet f' leder till samhällstillståndet t' .

Vi säger då att n' med avseende på f' är analog med n med avseende på f endast om f och f' har någon gemensam egenskap (likhetsegenskap), g , sådan att g är av avgörande betydelse för att såväl r som r' skall gälla. Denna tanke utvecklas i kapitel 4.

Rättsgrundsbegreppet definieras i 2.3.

Avsnitt 2.4 handlar om rättskipningsförfarandet. Med "rättskipning" menar vi myndigheternas (inklusive domstolarnas, jfr 1.1) avgörande av konkreta fall. Rättskipningsförfarandet kan sönderdelas i olika moment. Vår undersökning avser att visa, i vilka rättskipningsmoment som analogiresonemang kan aktualiseras.

2.1 Rättsnormens struktur. Rättsnormer i standardform

Det förmodligen viktigaste inslaget i det juridiska arbetet - vare sig det är fråga om funktionärers eller rättsvetenskapsmäns verksamhet - är att av bestämmelser konstruera rättsnormer. Denna verksamhet har i avsnitt 1.1 benämnts *regelrekonstruktion*. Regelrekonstruktionen - som hos tränade jurister sker omedvetet, "intuitivt", eller med en rutinmässig automatik - har vi karakteriserat som en aktivitet, vilken innefattar såväl rent logiska operationer som specifikt juridiska tekniker. Dessa senare är starkt avhängiga av den *lagskrivningsteknik* som används vid avfattandet av bestämmelser. Sålunda kan nämnda teknikers beskaffenhet bestämmas av det förhållandet att regelfragmenten är spridda i "handlingsregler" för medborgarna, "sanktionsregler" för avvikelser från dessa handlingsregler samt en uppsättning legaldefinitioner eller av det förhållandet att författningar står i något systematiskt samband med andra författningar, replierar på dessa, såsom är fallet vad gäller vissa specialstraffrättsliga författningar relative BrB. Över huvud taget är regelrekonstruktionens teknik beroende av källmaterialets disponering och språkliga utformning. Något som ytterligare bestämmer regelrekonstruktionen är hur, d.v.s. till vilka grupper av personer, bestämmelserna i en given författning är explicit adresserade.

Som tidigare (se 1.2) vid flera tillfällen framhållits, betraktar vi samtliga normer i ett givet juridiskt system som adresserade till systemets funktionärer. I den mån de bestämmelser som är bärare av systemets normer inte är explicit funktionärsadresserade, utgör "översättandet" av de normer bestämmelserna uttrycker till funktionärsadresserade normer ett ofrånkomligt inslag i regelrekonstruktionen. Låt oss kalla detta inslag för *rättsnormers transformering till funktionärsadressering*.

Vi tänker oss att den färdiga produkt vari regelrekonstruktionen resulterar, rättsregeln, kan återges i *en standardform för välutvecklade rättsregler*. Vi stipulerar villkoret att endast normer uttryckbara i standardform kan tillhöra ett (välutvecklat) juridiskt system. I detta avsnitt skall vi redogöra för vad vi menar med en standardform för välutvecklade rättsregler. Vi skall också ge exempel på regelrekonstruktion. Någon mer ingående analys av regelrekonstruktionen står emellertid ej på programmet för vår framställning.

De företeelser vi kallar *rättsregler* (generella rättsnormer) har tre mycket viktiga karakteristika:

1) Något som inte är svårt att tänka sig och som man lätt påträffar i verkligheten är att en person befäller en annan person att befälla en tredje person att utföra en viss handling. En sådan befallning kan den förstnämnda personen uttrycka på exempelvis följande sätt: "*Jag befäller dig att befälla honom att ...*". Något liknande är fallet med funktionärsadresserade rättsregler - ett karakteristiskt drag hos dessa är att de utgör ålägganden av lagstiftaren för funktionären att ålägga en annan person (en "part", en annan funktionär) något. BrB:s stöldstadgande är således ett åläggande av regeringen och riksdagen till domarna att besluta att människor som stjälar skall undergå fängelsestraff. Nämnda förhållande kan uttryckas i satser i stil med ovanstående där lagstiftaren anges i första person, funktionären i andra person och den som är underkastad rättsregeln i tredje person.

2) Ett annat karakteristiskt drag hos rättsregler är att de ofta innehåller en performativ komponent. Detta sammanhänger med de juridiska funktionärernas typiska roll i samhället. Dessa är vanligen inte ålagda av lagstiftaren att direkt se till att de generella reglernas rättsföljder faktiskt "förverkligas" i konkreta fall. Funktionärens

roll är av ett medelbart slag i förhållande därtill: genom språkhandlingar (domar, beslut) utfärdar han normer för medborgare eller andra funktionärer och efterlevandet av *dessa* normer är avsedda att mera omedelbart orsaka att de generella reglernas rättsföljder "förverkligas". En domares uppgift är således inte att se till att den skadeståndsskyldige betalar sitt skadestånd eller att tjuven förpassas i fängelse. Hans uppgift är att utfärda normer av innehåll att den skadeståndsskyldige *skall* betala eller att tjuven *skall* undergå fängelsestraff. För att så faktiskt blir fallet har domaren inget ansvar.

Det sagda gäller, som antytts, inte alla rättsregler. Det gäller sålunda inte för en stor mängd av de rättsregler som är adresserade till exekutiva funktionärer - dessa skall ju ytterst se till att reglernas rättsföljder "förverkligas". På den lägsta nivån i regelhierarkin, på verkställighetsplanet, utfärdas inga normer längre - där berövar man den skadeståndsskyldige egendom eller förpassar tjuven i fängelse.

Det torde ha framgått att ovanstående återger en huvudtanke i Kelsens Stufenbau-teori.

Men här bortser vi från rättsregler av senast nämnt slag. I stället koncentrerar vi oss på rättsregler adresserade till funktionärer i hierarkins mellanskikt, säg domarna.

Betrakta följande satser:

- (1) Jag lovar att besöka dig i morgon
- (2) Han lovar att besöka dig i morgon
- (3) Jag lovade att besöka dig i morgon
- (4) Jag spelar harpa.

Av dessa fyra satser skiljer sig (1) på ett intressant sätt från de övriga. Den som uttalar denna sats utför nämligen den handling varom satsen uttalar sig - att lova att besöka "dig" i morgon - just genom sitt uttalande av satsen. Löftet blir till genom hans ord. (En helt annan sak är att han kanske inte alls har för avsikt att hålla detta.) Motsvarande gäller för satser som

- (5) Vi hälsar er välkomna
- (6) Jag döper dig till Sofia Albertina
- (7) Jag bjuder dig på middag.

Satserna (1) samt (5) - (7) är exempel på ett slag av satser, som kallas för *performativer*. Det utmärkande för dem är att de ger intryck av att beskriva ett handlande, som de i själva verket utgör en del av. Genom att säga "Jag bjuder dig på middag" bjuder jag dig på middag (givet att uttalandet görs under vissa adekvata omständigheter). Däremot idkar jag inte harpospel genom att uttala satsen (4).

De typiska performativerna uppträder i första person presens indikativ (singularis eller pluralis) eller är ekvivalenta med satser i sådan form. (1) är ett performativ men ej (2) och (3).

Åtskilliga satser av juridisk natur har performativ karaktär, t.ex.

(8) Ni offereras härmed ett parti prima päron

(9) Jag förklarar er nu för äkta makar.

Bland juridiska satser av performativ karaktär intresserar oss i förevarande sammanhang speciellt det slag av satser som förekommer i domslut och andra funktionärsbeslut, såsom

(10) Med bifall till käromålet förpliktas A att till B utgiva tusen kronor i skadestånd jämte ränta

(11) Käromålet angående betalning för frysboxen ogillas

(12) Hovrätten dömer E jämlikt 1 § 1 st. trafikbrottslagen för vårdslöshet i trafik att utgiva 40 dagsböter, varje dagsbot 10 kr.

Just genom att uttala¹ dessa satser (under adekvata omständigheter) förpliktar domaren A att till B utge tusen kronor, ogillar han käromålet angående betalning för frysboxen respektive dömer han E för vårdslöshet i trafik till 40 dagsböter. Däri ligger deras performativa karaktär.

Här är inte platsen att redovisa den relativt omfattande teorbildningen om performativerna under det senaste dryga decenniet och än mindre att bidra till denna teorbildning. Vad vi här skall ta fasta på är det förhållandet att (åtminstone några) performativer har en, vad vi kan kalla, normpromulgerande effekt. Den som uttalar satsen (1) under adekvata omständigheter utfärdar en norm - adresserad till honom själv: "Jag är skyldig att besöka dig i morgon".

¹ Uttrycket "att uttala en sats" används i förevarande sammanhang i den vidsträckt betydelsen av muntliga yttranden, uttalanden i skrift, morsesignalering, teckenspråk o.s.v.

En normpromulgerande effekt har alla performativer av typ (10) - (12), vilket är av särskilt intresse här. Genom att uttala dessa satsen promulgerar domaren följande normer (eller, annorlunda uttryckt, förlämnar följande normer bindande kraft):

(10*) A skall till B utge tusen kronor i skadestånd jämte ränta

(11*) C får underlåta att betala D för frysboxen (där C och D är målets parter)

(12*) E skall utgiva 40 dagsböter, varje dagsbot 10 kr.

Den relation som råder mellan exempelvis (10) och (10*), (11) och (11*) respektive (12) och (12*) är av stort filosofiskt intresse. (En teori därom är att uttalandet av exempelvis (10) *kauserar* att (10) erhåller bindande kraft.)²

Ett möjligen annat problem kunde formuleras så: Vilket samband - om det finns något - råder mellan performativets självverifierande karaktär och dess normpromulgerande effekt? Detta problem har intimt samband med analysen av uttrycket "under adekvata omständigheter".

När det gäller domslut är saken egentligen lite mer komplicerad, vilket tydligast framkommer vid domslut av fastställelsekaraktär (13:2 RB). Jag tror att fastställelsedomslut skall ses som performativa ytt-randen vilka promulgerar *hypotetiska* (konditionala) normer. Sålunda korresponderar det vid tidpunkten *t* givna domslutet

(13) Tingsrätten finner att F på förfallodagen är betalningsskyldig för det av G företedda skuldebrevet å tusen kronor mot normen

(13*) Om ..., så skall F betala G tusen kronor på förfallodagen där "... " står för rättsfakta vilka kan aktualiseras vid tidpunkter mellan *t* och förfallodagen.

² Jfr Hedenius, Om människans moraliska villkor (kap. 7 Performativer) s. 214: "Yttrandet av dem [uttryck av formen "jag befäller dig att ..."] avser att *åstadkomma* [kurs. här] en befallning genom att informera mottagaren om existensen av denna befallning." - Observera att denna kausalrelation är en annan än den kausalrelation som råder mellan uttalandet av t.ex. "Jag lovar att besöka dig" och det faktum att jag lovar att besöka "dig". Den senare relationen ingår i en klausul i Hedenius' definition av "performativ utsaga" (Hedenius a.a. s. 209).

De, om uttrycket tillåtes, performativa verben i (10) - (13) - "förpliktas", "ogillas", "dömer", "finner" - kan enligt vår mening alla återföras på verbet "beslutar". (Att domaren beslutar t.ex. att personen *x* skall utföra en rättshandling, *h*, tas därvid i ovan angivna betydelse att domaren utfärdar en norm av innehåll att *x* skall utföra *h*). Följande satser betraktar vi som ekvivalenta med (10) - (13):

(10') Med bifall till käromålet *beslutar rätten att A till B skall utge tusen kronor i skadestånd jämte ränta*

(11') *Rätten beslutar att C får underlåta att betala D för frysboxen*

(12') *Hovrätten beslutar att E jämlikt 1 § 1 st. trafikbrottslagen för vårdslöshet i trafik skall utgiva 40 dagsböter, varje dagsbot 10 kr*

(13') *Tingsrätten beslutar att F till G skall betala tusen kronor på förfallodagen enligt det av G företedda skuldebrevet om*

Under 1) gjordes gällande att rättsregeln grovt talat kan ses som en befallning till funktionären att befälla någon att utföra något. Vi har funnit att funktionärens befallning består i att publicera performativer med normpromulgerande effekt, d.v.s. att *besluta att någon skall, får eller inte får* utföra en viss handling.

Rättsreglerna reglerar funktionärernas *beslutsfattande*. En rättsregel kan ses som ett åläggande för funktionärerna att genom normpromulgerande performativer skapa (individuella) rättsnormer.³

³ Satser varigenom *lagstiftaren* promulgerar funktionärsadresserade rättsregler (satser av formen "Jag, lagstiftaren, befäller dig, domaren, att befälla den som ... att ..." eller "Vi GUSTAF ADOLF, med Guds nåde, Sveriges, Götes och Vendes Konung, göra veterligt: att Vi, med riksdagen, funnit gott förordna som följer. 1 §. ---") är självfallet också performativer (jfr Hedenius a.a. s. 220). Funktionärsadresserade rättsregler kan ses som normer, kauserade av dylika performativer.

Teorin om performativer som kauserande rättsregler låter sig kombinera med Kelsens Stufenbau-teori, varvid resultatet kan betraktas som en förbättrad version av den senare: Genom att uttala ett performativ åstadkommer lagstiftaren en norm riktad till en funktionärsgrupp av innehåll att dessa funktionärer skall uttala performativer, vilka åstadkommer normer för "lägre" funktionärsgrupper (eller privata medborgare) att utföra vissa handlingar. Hur lång denna kedja i verkligheten är varierar från system till system.

Om så är fallet, måste det performativa momentet ("beslutar") även återfinnas i själva rättsregeln. Därför utnämmer vi detta moment till det andra av rättsregelns karakteristika.

Nu kan följande fråga ställas: Är teorin om domslut som (individuella) rättsnormer förenlig med uppfattningen att existensen av domar utgör rättsfakta enligt (generella) rättsregler (t.ex. reglerna adresserade till de exekutiva organen eller reglerna om rättskraft)? Härpå vill jag svara att ingenting hindrar att existensen av (rätts)normer utgör rättsfakta enligt rättsregler. Tag en norm i ett domslut, t.ex. av innehåll att x skall betala 1000 kronor till y . Denna individuella norm kan förverkligas på två sätt:

(1) genom att x åtgärdar den (d.v.s. "på frivillighetens väg");
eller

(2) genom att x tvingas därtill av exekutiva myndigheter. Lagstiftaren prefererar säkert (1) men tar det säkra för det osäkra genom att tillskapa generella regler för de exekutiva organen. Existensen av i domslut uttryckta normer är *rättsfakta* enligt dessa regler. Situationen är alltså den, att normer på en högre nivå i systemet *hänvisar till* normer på en lägre - på samma sätt som normer kan hänvisa till normer i främmande rätt eller i avtal (jfr 1.1 vid not 47).

3) Det tredje av rättsregelns karakteristika är dess hypotetiska form: funktionären skall, får eller får inte besluta något *under förutsättning* att vissa omständigheter föreligger. Rättsregelns form är "om ..., så skall (får, får inte) funktionären besluta att ...". Antecedenten brukar man kalla *rättsfaktum* (i Uppsala) eller *rekvisit* (i Lund), konsekvensen *rättsföljd* (Uppsala) eller *handlingsmönster* (Lund).

Med beaktande av nu angivna utmärkande egenskaper hos den (välutvecklade) rättsregeln hävdar vi att varje sådan rättsregel kan återföras på *en standardform för (välutvecklade) rättsregler*. Denna har följande utseende (f är en funktionärsvariabel):

(STANDARDFORM) om ..., så $\left\{ \begin{array}{l} \text{skall} \\ \text{får} \\ \text{får inte} \end{array} \right\} : \left(f \text{ beslutar: } \left\{ \begin{array}{l} \text{skall} \\ \text{får} \\ \text{får inte} \end{array} \right\} : \dots \right)$

Följande två exempel får illustrera hur man återför bestämmelser på standardformen:

(1) 36 § köplagen innehåller följande bestämmelse:

(B₁) Har i följd av dröjsmål å köparens sida säljaren haft kostnad för godsets vård eller annan särskild utgift, njute han av köparen ersättning;

Återför vi denna bestämmelse på standardformen, erhåller vi följande rättsregel:

(R₁) Om i följd av dröjsmål å köparens sida säljaren haft kostnad för godsets vård eller annan särskild utgift, så skall: domaren beslutar: skall: köparen betalar säljaren sådan ersättning eller, uttryckt i naturligare svenska,

(R'₁) Om ..., så skall domaren besluta att köparen skall betala säljaren sådan ersättning.

(2) 3:1 BrB stadgar:

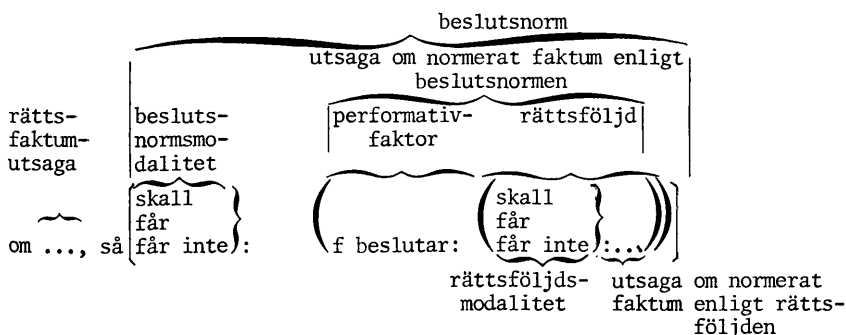
(B₂) Den som berövar annan livet, dömes för mord till fängelse i tio år eller på livstid.

Mot B₂ svarar följande i standardform uttryckta rättsregel:

(R₂) Om någon berövat annan livet, så skall: domaren beslutar: skall: den skyldige undergår fängelse i tio år eller på livstid för mord
eller med andra ord

(R'₂) Om ..., så skall domaren besluta att den skyldige skall undergå fängelse i tio år eller på livstid för mord.

För diskussionens skull kan det vara lämpligt att sätta namn på de olika komponenterna i den i standardform uttryckta rättsregeln. Vi använder följande terminologi:



Exempel:

(i) Rättsfaktumutsagor:

(1) Säljaren har i följd av dröjsmål å köparens sida haft kostnad för godsets vård eller annan särskild utgift

(2) Någon har berövat annan livet

(ii) Beslutsnormer:

(3) Domaren skall besluta att köparen skall betala ersättning till säljaren

(4) Domaren skall besluta att den skyldige skall undergå fängelse i tio år eller på livstid för mord

(iii) Utsagor om normerade fakta enligt beslutsnormer:

(5) Domaren beslutar att köparen skall betala ersättning till säljaren

(6) Domaren beslutar att den skyldige skall undergå fängelse i tio år eller på livstid för mord

(iv) Rättsföljder:

(7) Köparen skall betala ersättning till säljaren

(8) Den skyldige skall undergå fängelse i tio år eller på livstid för mord

(v) Utsagor om normerade fakta enligt rättsföljder:

(9) Köparen betalar ersättning till säljaren

(10) Den skyldige undergår fängelse i tio år eller på livstid för mord.

En rättsfaktumutsaga uttalar sig om ett *rättsfaktum*.

Exempel:

(1') (det förhållandet) att säljaren i följd av dröjsmål å köparens sida haft kostnad för godsets vård eller annan särskild utgift

(2') (det förhållandet) att någon har berövat annan livet.

En utsaga om normerat faktum enligt en beslutsnorm uttalar sig om *ett normerat faktum enligt beslutsnormen ifråga*.

Exempel:

(5') (det förhållandet) att domaren beslutar att köparen skall betala ersättning till säljaren

(6') (det förhållandet) att domaren beslutar att den skyldige skall undergå fängelse i tio år eller på livstid för mord.

En utsaga om normerat faktum enligt en rättsföljd uttalar sig om *ett normerat faktum enligt rättsföljden i fråga*.

Exempel:

(9') (det förhållandet) att köparen betalar ersättning till säljaren

(10') (det förhållandet) att den skyldige undergår fängelse i tio år eller på livstid för mord.

En alldeles speciell uppmärksamhet ägnas i detta arbete dels *rättsfakta* enligt givna rättsregler och dels *normerade fakta enligt givna rättsföljder* hos givna rättsregler. Relative en given rättsregel, säg *R*, kan man nämligen i princip bilda mängden av de rättsfakta vilka, i någon mening, klart "faller under" *R* respektive mängden av de normerade fakta vilka klart "faller under" *R*:s rättsföljd. Sådana mängder spelar en fundamental roll i vår teori om den juridiska analogin. Mycket grovt uttryckt går denna nämligen ut på att nybildning av rättsregler genom analogislut sker genom vissa operationer på mängder av nyssnämmt slag.

Att göra en logik för rättsnormer är en viktig rättsfilosofisk uppgift. Dessvärre är det också en mycket omfattande sådan, i vart fall om man önskar fånga det logiska uppträdandet hos rättsnormer, vilka är uttryckta i vad vi här kallat en standardform för välutvecklade rättsregler. Det logiska språk inom vilket ett system av sådana rättsregler kan uttryckas måste ha en viss, inte obetydlig, uttryckskraft.

Ett sortiment av uttrycksmöjligheter hos ett språk, inom vilket rättsnormer kan artikuleras, återfinns i Kanger, *Law and Logic* (Theoria 1972, s. 105-132).

För att uttrycka rättsnormer i standardform krävs givetvis först och främst en mobilisering av den deontiska logiken (eller normlogiken), d.v.s. logiken för satser av typen "Det är obligatoriskt att ...", "Du är skyldig att ...", "Det är tillåtet att ...", "Det är förbjudet att ...".⁴

⁴ En god bild av den deontiska logikens nuvarande ståndpunkt (i vart fall i Skandinavien) ger antologin "Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings" (ed. Hilpinen).

Men rättsreglerna är hypotetiska (eller konditionala) normer - de har formen "om ..., så skall (får, får inte) ..." eller "det är obligatoriskt (tillåtet, förbjudet) att ... givet att ...". Att uppställa en deontisk-logisk teori för konditionala normer har visat sig vara en svår nöt för logikerna att knäcka. (Den materiella implikationen tycks vara otjänlig för att uttrycka den om-så-relation det här gäller.) Men innan vi fått en logisk teori om konditionala normer är den deontiska logiken av begränsat värde för den allmänna rättsläran och juridiken.⁵

Satser av typen "Tingsrätten beslutar att ..." låter sig uttryckas i Kangers ovannämnda språk för formulerandet av rättsnormer. Dyliga satser bildas i språket med hjälp av "beslutsoperatorerna" α *decides that* och α *decides at t that*, där α är en sekvens av personvariabler och t en tidsvariabel.⁶

Sedan performativerna "upptäcktes" av J.L. Austin kort efter andra världskrigets slut,⁷ har en ganska omfattande teoribildning om performativerna utvecklats. Inte minst upsaliensiska filosofer har utfört ett värdefullt arbete på detta område.⁸

Avslutningsvis skall vi ge en schematisk uppställning över de slag av normer vi laborerar med i detta arbete:

1. *En norm* är en sats, som säger att något är obligatoriskt, tillåtet eller förbjudet (under vissa omständigheter).
2. *En rättsnorm* är en norm, som tillhör något juridiskt system.
3. *En rättsregel* är en generell rättsnorm.
4. *En gällande svensk rättsregel* är en rättsregel, som uppfyller giltighetskriterierna för GSRS.
5. *En gällande rättsnorm i det juridiska systemet J* är en rättsnorm, som uppfyller giltighetskriterierna för normer i *J:s* normsystem.

⁵ Beträffande konditionala (rätts)normer se bl.a. Cobb, Jr., *Legal Statements as Conditional Directives*, *Mind* 1967 s. 493-512, von Wright, *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action*, s. 22 ff. samt Bengt Hansson, *An Analysis of Some Deontic Logics*, *Nous* 1969, s. 373-398 (omtryckt i den i not 4 nämnda antologin).

⁶ Kanger, *Law and Logic*, s. 107.

⁷ Se uppsatser publicerade i det postumt utgivna "Philosophical Papers" (1961).

⁸ Se litteraturhänvisningarna i Åqvist, *Performatives and Verifiability by the Use of Language*. - Ett nyutkommet arbete är Danielsson, *Some Conceptions of Performativity* (1973).

2.2 Rättsfall, rättsfakta och adekvansmängder

2.20

Vi inför följande stipulativa definitioner:

1. *Ett rättsfaktum enligt normen n* är en situation (mängd av omständigheter) på vilken n enligt etablerad uppfattning i juristkåren är direkt tillämplig (eller med andra ord: en situation som "faller under" n).

Om n används *analogt* på ett fall, f , så är f *inte* ett rättsfaktum enligt n . (Däremot kan f bli det just genom en analog användning av n , se nedan!) Till denna distinktion mellan tillämpning av normer och användning av normer återkommer vi i avsnitten 2.4 och 3.0

2. *Ett rättsfall* är antingen (i) ett rättsfaktum eller (ii) en situation, som inte är men skulle kunna vara ett rättsfaktum (d.v.s. en situation som är möjlig att reglera i lag) och som är av juridiskt intresse.

Denna definition är vag, men tillräcklig för våra syften. Ett rättsfall av typ (ii) kan t.ex. vara en situation, f' , som har *viss likhet* med ett rättsfaktum, f , och vilken likhet kan motivera en analog användning med avseende på f' av den norm under vilken f faller.

Vår användning av ordet "rättsfall" väcker kanske någon undran. Med rättsfall menar man ju ofta "en av domstol avdömd rättstvist; ofta liktydigt med prejudikat".⁹ Det är emellertid inte svårt att i litteraturen hitta orden "fall" eller "rättsfall" i den vidare betydelsen av "juridiskt intressanta situationer" eller liknande.

3. *Ett av rättsföljden i normen n normerat faktum* är en situation (vanligen ett handlande) vilken enligt etablerad uppfattning i juristkåren är normerad av n :s rättsföljd.

4. *En adekvansmängd* är antingen (i) en rättsfaktummängd eller (ii) en mängd av normerade fakta enligt en rättsföljd.

4a. *Rättsfaktummängden enligt normen n* är mängden av rättsfakta enligt n .

Element i en rättsfaktummängd är *individuella rättsfakta*.

Delmängder i en rättsfaktummängd är *generiska rättsfakta*.

⁹ Eek-Bergström-Arnheim, Juridikens termer, s. 176.

4b. På motsvarande sätt bildas *mängden av normerade fakta enligt normen n 's rättsföljd*.

Element i en sådan mängd är *individuella normerade fakta*.

Delmängder i en sådan mängd är *generiska normerade fakta*.

I 2.21 preciserar vi begreppet "rättsfaktum" med hjälp av en s.k. *rf-struktur* och i 2.22 går vi närmare in på skillnaden mellan individuella och generiska rättsfakta.

Introducerandet av vårt begrepp "adekvansmängd" motiveras av följande, utomordentligt betydelsefulla förhållande. Det förhåller sig som bekant t.ex ofta så, att en rättsfaktumbeskrivning i en bestämmelse efter sin ordalydelse inte särskilt väl beskriver de fall som bestämmelsen faktiskt täcker. Detta kan t.ex. bero på att bestämmelsen är illa avfattad eller att det föreligger en diskrepans mellan denna och uttalanden i dess förarbeten.

Den mot en bestämmelse svarande normen kan vidare förändras i tiden - eller, annorlunda uttryckt, bytas ut mot en annan norm - medan bestämmelsen själv förblir oförändrad. En sådan normförändring kan exakt beskrivas i termer av ändringar i någon av normens adekvansmängder. Exempel:

Antag att HD vid tidpunkten t använder en mot bestämmelsen b svarande norm, n , analogt på ett fall, f . Sedan detta skett kan man ofta - men inte alltid! (jfr avsnitt 3.4) - säga att f utvidgat n 's rättsfaktummängd, varigenom en ny norm, n' , uppstått. Och när en domstol vid en senare tidpunkt, t' , applicerar b på ett fall av f -typ använder den *inte* n analogt utan tillämpar n' . Därmed har inte heller bestämmelsen i fråga "använts analogt" vid t' utan "tillämpats" på f .

Om dessa ting handlar 2.23.

2.21

En rättsfaktumutsaga (rf-utsaga) enligt någon regel uttalar sig, allmänt uttryckt, om två saker: (i) dels beskriver den en relation av något slag och (ii) dels anger den mellan vilka slags individer denna relation råder. (Ordet "individer" används därvid inte enbart om personer.)

Denna tanke kan på ett lite mer tekniskt sätt uttryckas så här: Mot varje rf-utsaga enligt någon regel svarar en struktur $S = \langle U, K, L, R \rangle$

där U, K och L är icke-tomma individmängder, R en relation över U , ($R \subseteq U \times U$), samt $K \subseteq U$ och $L \subseteq U$. (Vi utesluter inte fallet $K=L$). En sådan struktur kallar vi en *rf-struktur* enligt en rf-utsaga. R är därvid den i rf-utsagan beskrivna relationen, K en delmängd av dess domän och L av dess kontradomän. Individmängden U hålls hela tiden konstant. (Vi laborerar här med tvåställiga relationer, vilket naturligtvis är en mycket grov återgivning av de flesta rf-utsagor. Om man så önskar, kan man emellertid använda relationer av högre ställighet; vid konstruerandet av rf-strukturer för sakrättsliga regler bör man rimligen åtminstone arbeta med treställiga relationer.)

Givet en rf-struktur $S = \langle U, K, L, R \rangle$ enligt en norm n , är rättsfaktummängden F_n av n intersektionen av relationen R med produktmängden $K \times L$:

$$F_n = R \cap (K \times L).$$

Exempel:

(a) Rättsfaktummängden enligt normen i 21 § köplagen är intersektionen av dröjsmålsrelationen med mängden av alla ordnade par av säljare och köpare.

(b) Rättsfaktummängden enligt normen i 16:13 BrB är intersektionen av djurplågerirelationen med mängden av alla ordnade par av människor underkastade svensk straffrättskipning och mängden av (vissa) djur.

Låt oss nu betrakta följande rf-utsagor:

(1) Säljaren dröjer med att leverera godset till köparen.

(2) Säljaren Asp dröjer med leverans av kon Rosita till köparen

Björk.

(3) Legogivaren Ceder dröjer med leverans av en pråm till legotagaren Dahl.

(4) Ek piskar hunden Pluto.

Dessa fyra rf-utsagor beskriver relationer, som vi på ett halvformaliserat sätt kan återge så här:

(1') Dröjsmål (säljaren, köparen).

(2') Dröjsmål (Asp, Björk).

(3') Dröjsmål (Ceder, Dahl).

(4') Djurplågeri (Ek, Pluto).

Rf-utsagorna (1) och (2) är utsagor enligt en (förenklad) rättsnorm, som kan utläsas ur 21 § köplagen. I rf-strukturen enligt dessa rf-utsagor är K -mängden mängden av säljare, L -mängden mängden av köpare och R -relationen dröjsmålsrelationen. I fallet (2') är det fråga om ett element i mängden $K \times L$, nämligen $\langle \text{Asp}, \text{Björk} \rangle$. I fallet (1') är det fråga om samtliga element i mängden $K \times L$. Medan (2') är ett individuellt (specifikt) rättsfall, är (1') ett generiskt sådant.

Låt oss anta att det finns en med normen i 21 § köplagen analog rättsnorm n' , som handlar om legogivares dröjsmål gentemot legotagaren. (3) är då en rf-utsaga enligt denna norm. rf-strukturen enligt denna rf-utsaga innehåller mängden K' av legogivare, mängden L' av legotagare samt dröjsmålsrelationen R . rf-strukturen enligt 21 § köplagen och rf-strukturen enligt den analoga normen om lega liknar varandra i det avseendet att båda innehåller dröjsmålsrelationen. Däremot är K -mängden i den förra strukturen inte identisk med K -mängden i den senare och detsamma gäller respektive L -mängder. (I själva verket är mängderna disjunkta i båda fallen.) n' :s rf-struktur får utseendet $S' = \langle U, K', L', R \rangle$.

16:13 BrB beskriver brottet djurplågeri. I den mot denna norm svarande rf-strukturen $S = \langle U, K, L, R \rangle$ utgör K mängden av människor underkastade svensk straffrättskipning, L mängden av (vissa) djur och R djurplågerirelationen. (4') är ett element av mängden $K \times L$, nämligen $\langle \text{Ek}, \text{Pluto} \rangle$.

Varje element i en rättsfaktummängd är, som sagt, ett individuellt rättsfall. Sådana rättsfall är exempelvis de av dröjsmålsrelationen ordnade paren $\langle \text{Asp}, \text{Björk} \rangle$ och $\langle \text{Ceder}, \text{Dahl} \rangle$ samt det av djurplågerirelationen ordnade paret $\langle \text{Ek}, \text{Pluto} \rangle$. Sålunda är $\langle \text{Asp}, \text{Björk} \rangle \in R \cap (K \times L)$ enligt rf-utsagan (1).

Vårt begrepp "rf-struktur" kan också användas på följande sätt:

Antag att en händelse har utspelats: en säljare har inte levererat sålt gods, en person har stuckit en kniv i en rival och rivalen avlider. Vi har då ett förlopp i verkligheten, en mängd omständigheter:

$$V = \{v_1, \dots, v_n\}.$$

Nu underkastas ett sådant skeende domstolsprövning. I målet gör parter och vittnen en rad påståenden om V . De omständigheter som därvid framkommer kan vi kalla *i målet införda omständigheter*:

$$M = \{m_1, \dots, m_m\}.$$

M är säkerligen i de flesta fall inte en delmängd av V , eftersom lögnaktiga eller av andra orsaker felaktiga påståenden förekommer vid rättegångar.

Bland omständigheterna i V blir några tillfredsställande bevisade, andra inte. Vi får alltså en mängd av *bevisade omständigheter*:

$$B = \{b_1, \dots, b_k\}.$$

Givet M anser domaren rättsnormen n vara av intresse. Kanske förefaller honom n vara direkt tillämplig på M , kanske ifrågasätter han om inte n t.ex. är analogivis användbar på M . Låt oss här utgå från att domaren anser det vara möjligt att n är direkt tillämplig på M .

Låt normen n ha rf-strukturen $S = \langle U, K, L, R \rangle$. Vi säger nu att S utgör *en urvalsprincip med avseende på M* . Därmed menar vi att domaren vid sin undersökning av huruvida n är tillämplig på M måste ta ställning till följande fråga: Finns i M en situation RF sådan att det finns en individ $x \in K$ och en individ $y \in L$ och sådan att R råder mellan x och y ?

Besvaras den frågan jakande, d.v.s. är $RF \subseteq M$, kan man säga att S har strukturerat, eller ordnat, omständigheter i M .

För att nu domaren skall utfärda en dom i enlighet med n :s rättsföljd kräver man (vi utgår här från att det inte finns anledning till reduktion eller obsoletförklaring av n) två saker:

(1) $RF \subseteq B$ och

(2) $RF \subseteq M$.

(1) innebär att RF :s existens tillfredsställande bevisats enligt någon regel om bevisbördepunkten för fall av n .

(2) uttrycker ett processuellt ideal (omedelbarhetsprincipen, 17:2 och 30:2 RB).

2.22

Att termen "rättsfaktum" kan beteckna konkreta fall har framhållits av Ekelöf:¹⁰

¹⁰ Ekelöf, Juridisk slutledning och terminologi, Tfr 1945, s. 225 f.

Betingelserna för en rättsföljd har här kallats för *rättsfaktum*. Det är en term, som synes rätt länge ha varit gångbar i svenskt juridiskt språkbruk. Särskilt torde det vara vanligt att termen begagnas vid utveckling och diskussion av en rättsregels innebörd. Däremot är det mindre vanligt att man med avseende på *ett konkret fall* [kurs. här] talar om rättsfaktum. I sådant sammanhang äro uttrycken 'relevant faktum' eller 'relevanta omständigheter' vanligare. Jag har emellertid svårt att förstå varför man ej här såsom annars skulle kunna använda samma beteckning på det abstrakta begreppet och på de konkreta sakförhållanden, som falla inom begreppets omfång. Om man så vill, kan man tala om abstrakt och konkret rättsfaktum, varav det förre hänför sig till översatsen och det senare till undersatsen [i den av Ekelöf diskuterade juridiska slutledningen].

I Ekelöfs nu citerade uttalande görs en distinktion mellan abstrakt och konkret rättsfaktum. Samma distinktion har utförts av Alchourrón & Bulygin:¹¹

For the term "case" is as ambiguous in legal language as it is in ordinary language in general. Thus, for example, we speak about the case of political murder and the case of the murder of Mahatma Gandhi, of the case of divorce and the case of the divorce of Brigitte Bardot and Gunther Sachs. It is obvious that the word "case" has not the same meaning in these phrases. Gandhi's murder is a real event, that happened in a certain place and at a certain moment in time. The expression "case of political murder" does not refer to any concrete event; it is the mere description of certain properties which certain events may have. The property of being a political murder may be instantiated in an unlimited number of concrete occurrences. This ambiguity of the word "case" is the source of numerous misunderstandings in the science of law ...

För att förklara denna distinktion introducerar Alchourrón & Bulygin termerna "individual case" och "generic case".¹² Enligt dessa författare är ett individuellt fall en situation (händelse) som har en viss egenskap (är ett element i ett givet "Universe of Discourse") och som är "lokaliserat" i tid och rum. Generiska fall, å andra sidan, är delmängder av det givna Universe of Discourse. Vi utnyttjar här (en något modifierad variant av) denna idé.

Antag att vi har en norm

¹¹ Alchourrón & Bulygin, *Normative Systems*, s. 28.

¹² a.a. s. 28 ff. Dessa uttryck går tillbaka på von Wrights distinktion mellan "generic" och "individual actions" (von Wright, *Norm and Action*, ch. III, sect. 2). - Jfr Austin, *Lectures on Jurisprudence*, vol II, s. 1002.

(n) Om säljaren dröjer väsentligt med leverans av det sålda godset, får köparen häva köpet.

Tag följande tre rättsfakta (rättsfall) tillhörande n :s rättsfaktummängd, F_n :

(1) att säljaren dröjer väsentligt med leverans av det sålda godset

(2) att säljaren på grund av vårdslöshet väsentligt dröjer med leverans av det sålda godset

(3) att säljaren Asp på grund av vårdslöshet väsentligt dröjer med leverans av den sålda kon Rosita till köparen Björk.

Rättsfaktum (3) kallar vi, i anslutning till Alchourrón & Bulygin *ett individuellt rättsfaktum* enligt n . Elementen i F_n utgörs av sådana individuella rättsfall. För att ett rättsfaktum skall vara individuellt kräver vi att fallet åtminstone skall vara så specificerat att individerna i det ordnade paret $\langle x, y \rangle \in K \times L$ är (namngivna) enskilda individer, t.ex. $\langle \text{Asp}, \text{Björk} \rangle$.

Rättsfakta (1) och (2) är delmängder av F_n . Varje delmängd av F_n kallar vi *ett generiskt rättsfaktum*. Dessa är abstrakta rättsfakta i Ekelöfs mening. Rättsfaktum (3) är ett element både i rättsfaktum (1) och rättsfaktum (2). Rättsfaktum (2) är en äkta delmängd av rättsfaktum (1) och av F_n . Rättsfaktum (1) är identiskt med F_n . (Detta visar att generiska rättsfall kan vara mer eller mindre generiska.)

Man kan säga att (2) är en precisering av (1) och (3) en precisering av (2). Precisionsgraden är självfallet bl.a. beroende av de resurser (uttrycksmöjligheter) det språk äger i vilket vi beskriver rättsfall. Att beskriva ett rättsfall "i dess fulla konkretion" ligger utanför resurserna för varje språk.

Det förefaller som om Alchourrón & Bulygin av individuella rättsfall kräver att de skall vara "verkliga" (real events, concrete events), d.v.s. faktiskt ha ägt rum. Vi uppställer inte detta krav. Från distinktionen individuellt-generiskt får skiljas distinktionen aktuell (verklig)-tänkt. Individuella rättsfall kan vara verkliga eller tänkta. De individuella fall som föreläggs domstolarna torde, förhoppningsvis, i regel vara aktuella. De fall som diskuteras i rättsvetenskapliga arbeten är ofta tänkta, generiska fall. I exempelvis en rekommendation de lege ferenda önskar ju vanligen rättsvetenskapsmannen medverka till uppställandet av generella rättsnormer, rättsregler.

Rättsnormer som beskriver generiska rättsfall och generiska normerade fakta kallar vi *rättsregler* och rättsnormer som beskriver individuella rättsfall och individuella normerade fakta *individuella rättsnormer*. *Gällande svenska rättsregler* beskriver hela adekvansmängder (jfr avsnitt 1.1).

2.23

Här skall något sägas om förhållandet mellan rättsfaktumbeskrivningen i en bestämmelse, b , och en mot b svarande regel n :s rättsfaktummängd, F_n .

Vi tänker oss att b träder i kraft vid tidpunkten t_o och upphör att vara i kraft vid tidpunkten t_k . Under tidsrymden $t_o - t_k$ har b oförändrad lydelse. Men under detta intervall kan fall, som beskrivs av b , genom s.k. reduktionsslut ha utmönstrats ur F_n - varigenom n förändrats - medan andra fall genom analog normanvändning kan ha plockats in i F_n - vilket också förändrat n .

Medan b är intakt under tiden $t_o - t_k$ kan således under denna tid - kanske flera gånger - en mot b svarande regel, n , ha utbytt mot en annan regel. Sådana regelbyten får en exakt beskrivning i termer av förändringar av adekvansmängder.

Av detta resonemang följer att man noga taget måste tidsrelatera instanser av relationen "bestämmelse - mot bestämmelse svarande regel" och tala om "den mot bestämmelsen b vid tidpunkten t svarande regeln n ". (I den fortsatta framställningen underförstår vi sådana tidsrelateringar.)

Härmed har vi också angivit ett identitetskriterium för rättsregler: en rättsregel är densamma så länge dess adekvansmängder är oförändrade.

"Avlägsnanden från" bestämmelsers ordalydelse av nämnt slag kan avse K-mängden eller L-mängden eller R-relationen i reglers rf-strukturer.

Låt oss illustrera det sagda med några exempel:

1) I 5 § KF 1875 ang. vad i testamente givas må, så ock om gåva av fast egendom (som gällde fram till 1 jan. 1972) stadgades: "Har gävtogaren gjort givaren märklig orätt eller skada; stånde givaren [eller hans arvingar] fritt gåvan att återkalla ...".

I *NJA 1961 s. 105* finner vi följande fall. Änkan H skänkte i gåvobrev diversearbetaren R en fastighet. En tid efter gåvans fullbordande anträffades H död. Det konstaterades att hon bragts om livet och att R varit delaktig i denna gärning. R åtalades för (bl.a.) medhjälp till mord. Han befanns skyldig till det, men kunde ej fällas till ansvar, då han vid brottets begående handlat under inflytande av sådan själslig abnormitet som avsågs i den då gällande 5:5 SL.

H:s arvingar yrkade nu i civilprocess med stöd av ovan citerade stadgande att gåvan av fastigheten skulle återgå. Deras talan bestreds av R, som hävdade att hans otillräknelighet utgjorde hinder mot tillämplighet av stadgandet. (Som synes står det inte ett ord om tillräknelighet i detta.)

HR:n godtog R:s invändning och ogillade arvingarnas talan. I HovR:n och HD segrade dock arvingarna.

I rf-strukturen $S = \langle U, K, L, R \rangle$ för den i stadgandet återgivna regeln låter vi K utgöra mängden av gåvotagare av fast egendom, L mängden av givare av sådan egendom och R relationen "görande märklig orätt eller skada". Enligt HR:ns mening borde K -mängden i stället utgöras av *tillräkneliga* gåvotagare av fast egendom. Om HR:ns dom stått sig i de högre instanserna, hade regelns rf-struktur blivit en annan utan att bestämmelsen ändrats.

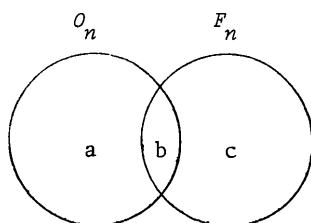
2) Enligt 3:1 BrB straffas den för mord som uppsåtligen berövar annan livet. Att härunder faller uppsåtligt dödande genom s.k. positiv handling är uppenbart. Men hur förhåller det sig med uppsåtligt dödande genom underlåtenhet? Ordet "berövar" i stadgandet har ansetts innebära positiv handling. Men, frågar sig Strahl, "skall verkligen någon skillnad göras mellan den banvakt, som uppsåtligen lägger växeln fel för att beröva någon livet, och den som med samma uppsåt underlåter att lägga om växeln?".¹⁴ På den frågan svarar Strahl nej.

rf-strukturen för regeln i 3:1 BrB kan sägas ha följande utseende: K -mängden är mängden av alla personer underkastade svensk straffrättsskipning och L -mängden mängden av människor. Medan bestämmelsen tycks

¹⁴ Strahl, Straffrättens allmänna del, s. 26.

ge vid handen att R-relationen skulle vara "uppsåtligt dödande genom positiv handling" synes den i realiteten uppfattas som "uppsåtligt dödande genom positiv handling eller s.k. oäkta underlåtenhet".¹⁵ Här ligger diskrepansen mellan bestämmelse och regel hos R-relationen.

Vidare kan, som nyss påpekats, avlägsnanden av berört slag ske i två "riktningar": Om O_n är mängden av fall som klart faller under bestämmelsens ordalydelse och F_n den korresponderande regelns rättsfaktummängd, kan F_n utgöra en inskränkning eller en utvidgning av O_n . Låt oss illustrera detta grafiskt:



Av intresse är följande situationer:

(i) $a = c = \Lambda$, d.v.s. $F_n = O_n$. Detta är givetvis ett legislativt ideal.

(ii) $c \neq \Lambda$, d.v.s. F_n "utvidgar" O_n (extension, analogi).

(iii) $a \neq \Lambda$, d.v.s. F_n "inskränker" O_n (restriktion, reduktion).

Som exempel på att F_n utvidgar O_n kan nämnas åtskilliga fall som aktualiserat tolkning av uttrycket "skada i följd av trafik med automobil" i 2 § automobilansvarighetslagen.¹⁶ Som dylik skada har sålunda betraktats det fallet att en bil gjort ett ryck framåt i ett garage och därvid klämt en person mot en vägg, (NJA 1949 s. 195) samt det fallet att en person halkat vid avstigning ur en stillastående buss (NJA 1950 s. 493).

Som exempel på att F_n inskränker O_n kan - förutom nyssnämnda NJA 1961 s. 105 (HR:n) - anföras NJA 1961 s. 98. Situationen var denna: Två nomadiserande lappfamiljer (Blind och Steggo) sammanstötte i en dalgång i Arjeplog socken medan de drev sina hjordar på vårbete, varvid Steggo sköt en Blind tillhörig renhund till döds. Blind yrkade ersättning. Yrkandet bestreds av Steggo, som åberopade 38 § 3 punkten i 1928 års lag om de svenska lapparnas rätt till renbete i Sverige: "På-

¹⁵ Nelson, Ingripanden vid brott, s. 37.

¹⁶ Karlgren, Skadeståndsrätt, s. 123 f.

träffas hund medan den jagar eller annorledes ofredar ren, som befinner sig å trakt, där renar må föras på bete, må hunden dödas."

HD godtog ej Steggos invändning utan tilldömde Blind ersättning. Domen grundades på uppfattningen att stadgandet i 38 § 3 punkten endast avsåg hundar *som icke användes i lapparnas renskötsel* - lagens syfte var nämligen att skydda lapparna mot den bofasta befolkningens hundar.

2.3 Begreppet "rättsgrund"

I detta avsnitt skall vi explicera det för vår analogiteori viktiga begreppet "rättsgrund".

Den syn på juridiken som präglar föreliggande arbete kan formuleras i följande sats, som jag betraktar som något av ett juridiskt axiom:¹⁷ Varje gällande rättsregel är avsedd att vara *ett medel* att åstadkomma ett samhällstillstånd. Denna tanke, som för moderna jurister måste vara en oerhörd trivialitet, har emellertid lustigt nog inte lett till någon mer ingående *rättsteoretisk* analys av vad som kan tänkas ligga i begrepp som "juridiskt önskvärt samhällstillstånd" och det - som vi skall se - därmed besläktade "rättsgrund" och inte heller har man, såvitt jag vet, från rättsteoretiska utgångspunkter studerat kausalrelationer av typen "rättsnormen r leder till det önskvärda samhällstillståndet t ".

En mer ingående analys av dessa ting kräver självfallet sin egen undersökning. Några för vår teori om analogiargumentationen nödvändiga första steg mot en sådan skall vi dock försöka ta.

Vi föresätter oss att analysera relationen " r är ett medel för att åstadkomma t ", där r är en rättsregel och t ett samhällstillstånd.

Man kunde tänka sig att studera ett givet rättssystem från en alldeles speciell utgångspunkt. Givet information om systemets regler -

¹⁷ Jfr Hedenius, Om rätt och moral, s. 119: "Vare sig det gäller bedömandet av ett enskilt rättsfall, som icke kan subsumeras under gällande rätt, eller utbildningen av nya regler inom lag- och sedvanerätt är allt nyskapande arbete inom juridiken bestämt av vissa sociala eller ekonomiska ändamål ... Det man vill uppnå med de enskilda rättsreglerna måste ligga utanför rätten själv. *Den juridiska rätten är alltid ett medel för något annat, icke ett självändamål.*" [kurs. här.]

tillsammans med lagstiftarens egna uttalanden i lagförarbeten och liknande - kan man, låt vara med varierande grad av sannolikhet, bilda sig en uppfattning om lagstiftarens föreställning om *det ideala samhällets* beskaffenhet. Varje rättssystem förmedlar - låt vara dunkelt och mångtydigt - en bild av ett idealsamhälle. Vi kan tala om idealsamhället *S* relative rättssystemet *R*. *S* kan vi kalla för *R:s utopi*.

Till varje rättsregel i *R* kan man i princip relatera ett idealt samhällstillstånd. Det "totala" samhällstillstånd som råder om det ideala tillståndet enligt samtliga normer i *R* råder, är *R:s utopi*.

När vi här talar om "idealsamhälle" är det, som torde ha framgått, fråga om lagstiftarens föreställning om ett sådant. Ingenting hindrar att ett sådant samhälle från moralisk synpunkt är av det mest ondskefulla slag - som nazismens utopi sådan den framträder i det s.k. tredje rikets lagstiftning.

Men ett rättssystem förmedlar inte bara bilden av en utopi. Ofta kan man utifrån enskilda rättsregler med relativ säkerhet göra påståenden av ett mer sofistikerat slag. Inte sällan låter sig partikulära regler (eller klasser av sådana) tillordnas av lagstiftaren omfattade *preferensordningar* över samhällstillstånd. Rättsreglerna "rankar" olika samhällstillstånd från det ideala till det näst bästa till det näst näst bästa o.s.v. Sådana preferensordningar är, som vi skall se, av viss betydelse vid fastställandet av rättsreglers syfte (ändamål) - som bekant en central uppgift för alla teleologiskt inriktade jurister.

Vi illustrerar vår idé med några exempel:

(1) Det mot regeln i 8:1 BrB svarande ideala samhällstillståndet är givetvis det samhälle där det inte stjäls. Men relative nämnda stadgande jämte den svenska processordningen låter sig vidare följande preferensordning uppställas:

- (i) det samhälle där ingen stjäls och ingen undergår stöldstraff
- (ii) det samhälle där det stjäls och tjuvarna undergår stöldstraff
- (iii) det samhälle där det stjäls och tjuvarna inte undergår stöldstraff
- (iv) det samhälle där det inte stjäls men människor undergår stöldstraff.

(Ordningen mellan (iii) och (iv) torde vara allmänt omfattad bland i rättssäkerhetsideologi skolade jurister. Men man kan lätt tänka sig

samhällen där ordningen är omkastad - t.ex. i ett samhälle med abnormt hög stöldfrekvens.)

Vidare är enligt preferensordningen självfallet ett samhälle bättre ju färre stöldar som begås däri, liksom ett samhälle är bättre ju fler tjuvar som undergår stöldstraff o.s.v.

(2) Det mot regeln i 2:1 skadeståndslagen svarande ideala samhällstillståndet är det, där person- eller sakskador ej orsakas uppsåtligt eller av vårdslöshet. I detta fall kan man också utpeka ett näst bästa samhällstillstånd eller, annorlunda uttryckt, det bästa tillståndet *sedan en skada av nämnt slag faktiskt uppkommit*. Det är det tillståndet att - när en dylik skada föreligger - den skadelidande kompenseras därför.

(3) Ibland är det svårt att avgöra vilket idealt samhällstillstånd, som svarar mot en given rättsregel. Att fastställa idealtillståndet relative regeln i 5 § köplagen är sålunda en smula vanskligt. Att det skulle vara det tillstånd där köpare och säljare alltid avtalar visst pris verkar inte troligt. Snarare får det väl anses vara det tillstånd där priset vid köp alltid är skäligt - ett utslag av den gamla hederliga romarprincipen *sum cuique tribuere*.

(4) Beträffande sådana rättsregler enligt sociallagstiftningen vilka tilldelar människor i vissa omständigheter sociala förmåner kan man, allmänt talat, uppställa preferensordningen

(i) det samhälle där ingen behöver sådana sociala förmåner

(ii) det samhälle där alla i sagda omständigheter erhåller sociala förmåner. (I motsats till exempelvis straff- och skadeståndslagstiftningen är sociallagstiftningen inte ägnad (eller avsedd) att bidra till uppnåendet av idealtillståndet - dess funktion är uteslutande reparativ (jfr nedan).)

Vi betraktar, som sagt, rättsreglerna som instrument för uppnåendet av vissa samhällstillstånd. Denna instrumentala funktion är ofta av en komplicerad natur. Man kan säga att en och samma rättsregel inte sällan har flera funktioner (eller syften). Detta sammanhänger ibland - men inte alltid - med att en given rättsregel stundom "skjuter in sig på" olika steg i någon preferensordning av ovannämnt slag.

Ett typexempel härpå är sådan civilrättslig reglering som anses ha såväl reparativ som preventiv funktion, såsom skadeståndsrätten. Om

vi betraktar den preferensordning i två steg som omtalades i exempel (2) ovan, låter det sig sägas, att den reparativa funktionen hos en rättsregel av detta slag hänför sig till det lägre steget i preferensordningen, d.v.s. intresset av att kompensera den skadelidande sedan skadan väl är skedd. Men samtidigt har regeln en preventiv funktion - den avser att förhindra att skadevällaren och andra människor i framtiden vållar skador. Men denna funktion är ett led i strävan att förverkliga idealtillståndet att det över huvud taget inte vållas några skador. Det torde vara vanligt att rättsreglers instrumentala funktion på detta sätt är spridd över en preferensordning, ett förhållande som måste beaktas vid varje diskussion om rättsreglers ändamål. Rättsystemet går in på ett eller flera ställen i preferensordningarna. Som vi såg i exempel (3) kan det också förhålla sig så, att en rättsregel är otjänlig som medel relative något visst steg i en preferensordning, t.ex. idealtillståndet.

Med tanke på rättsreglers avsedda funktion att uppnå ideala samhällstillstånd kan man aforistiskt säga att varje rättssystem har till yttersta syfte att göra sig självt överflödigt. Det eftersträvar sin utopi.

Men, kan man fråga sig, är det verkligen möjligt att relatera önskvärda samhällstillstånd till *varje* rättsregel? Kan man alls säga att t.ex. arvsrättens regler har en utopi? Jag tror att man kan svara "ja" på dessa frågor om man räknar med att utopier ibland kan vara av ett ganska blygsamt slag. Arvsrättens regler kan då sägas ha utopin att viss förutsebarhet föreligger i förmögenhetsförhållanden. Dispositiva regler över huvud taget kan ses som uttryck för ett avstående från lagstiftarens sida att kräva monopol för sina egna preferenser.

Man kan säga att en bestämmelse jämte dess motiv o.d. ofta ger en viss information om den mot bestämmelsen svarande regelns utopi (och eventuella preferensordning). Vad ovan sagts får räcka som kommentar därtill. Vidare ges i bestämmelser information om medlet för att uppnå utopin (eller lägre stadier i dess preferensordning) och det är detta vi skall diskutera i det följande.

Observera att vi endast avser att analysera begreppet "rättsgrund", inte att tala om hur man finner reglers rättsgrunder.

Antag att vi har en rättsregel r , dess rättsfaktummängd A_r och dess mängd av normerade fakta enligt r 's rättsföljd, B_r .

Mot varje individuellt rättsfaktum i A_r svarar ett eller flera individuella normerade fakta i B_r . Låt rf vara ett godtyckligt individuellt rättsfaktum i A_r . Man kan då definiera ett begrepp "*ett mot rf korresponderande normerat faktum i B_r* ". Detta tillgår på följande vis.

Antag att vi har rättsregeln

(N) Om någon av vårdslöshet skadat annans egendom, så skall domaren besluta att skadevållaren skall betala ersättning till den skadelidande.

N innehåller rättsfaktumutsagan

(UF) Någon har vårdslöst skadat annans egendom
och utsagan om normerat faktum enligt N :s rättsföljd

(UN) Skadevållaren betalar ersättning till den skadelidande.

Följande satser är specifikationer av UF :

(uf_1) Asp har vårdslöst skadat Björks gräsklippare

(uf_2) Ceder har vårdslöst skadat Eks cykel

och följande satser är specifikationer av UN :

(un_1) Asp betalar hundra kronors ersättning till Björk

(un_2) Asp betalar tvåhundra kronors ersättning till Björk

(un_3) Ceder betalar ersättning till Ek.

Givet en regel, r , och en viss specifikation, ru , av rättsfaktumutsagan enligt r , kan vi plocka ut *de tillåtna specifikationerna av utsagan om normerat faktum enligt r :s rättsföljd relative ru* .

Exempel: Givet N och uf_1 är un_1 och un_2 båda tillåtna specifikationer av UN relative uf_1 medan så inte är fallet beträffande un_3 . Däremot är un_3 en tillåten specifikation av UN relative uf_2 givet N och uf_2 .

Med hjälp av det nu introducerade begreppet "tillåten specifikation" definierar vi begreppet "*mot ett rättsfaktum korresponderande normerat faktum enligt rättsföljden*". Antag att vi har en regel, r , en godtycklig specifikation, ru , av rättsfaktumutsagan enligt r samt en godtycklig tillåten specifikation, nu , av utsagan om normerat faktum enligt r :s rättsföljd relative ru . Låt rf stå för det i ru beskrivna individuella rättsfaktum och nf för det i nu beskrivna individuella normerade faktum enligt r :s rättsföljd.

Vi säger att nf är *ett mot rf korresponderande normerat faktum enligt r :s rättsföljd*.

Med hjälp av sistnämnda begrepp definierar vi vidare begreppet "*satisfaktion av en rättsregel*". För denna definition behöver vi en symbol "&", som i detta sammanhang inte står för den "rena" konjunktionen utan för en konjunktion med temporal färgning, som utläses "och därefter" eller "åtföljes av".

Låt nf vara ett mot rf korresponderande normerat faktum enligt regeln r :s rättsföljd.

Vi säger att rf & nf är en *satisfaktion av r* .

Följande sakförhållanden är exempel på satisfaktioner av regeln N i exemplet ovan:

(1) att Asp vårdslöst har skadat Björks gräsklippare och därefter betalar hundra kronors ersättning till Björk

(2) att det förhållandet att Asp vårdslöst har skadat Björks gräsklippare åtföljs av det förhållandet att Asp betalar tvåhundra kronors ersättning till Björk.

Med hjälp av satisfaktionsbegreppet definierar vi slutligen begreppet *rättsgrund*.

Mot varje rättsregel, r , svarar ett eller flera önskvärda samhällstillstånd, som r är ett medel för att uppnå. Utsagor kan formuleras, som beskriver dessa samhällstillstånd, låt oss kalla dem *utsagor om önskvärda samhällstillstånd för r* .

Låt r vara N i det tidigare använda exemplet. Mot N svarar bl.a. följande utsaga om det önskvärda samhällstillståndet att den skadelidande kompenseras för sin skada (vilken utsaga alltså har att göra med N :s reparativa funktion):

($U\check{O}$) Den skadelidande kompenseras för den skada som skadevållaren orsakat.

Följande satser är specifikationer av $U\check{O}$:

($u\check{o}_1$) Den skadelidande Björk kompenseras för den skada av gräsklipparen som skadevållaren Asp orsakat

($u\check{o}_2$) Den skadelidande Ek kompenseras för den skada av cykeln som Ceder orsakat.

Givet en regel, r , och en viss specifikation, ru , av rättsfaktum-utsagan enligt r kan vi - på motsvarande sätt som beträffande utsagor om normerat faktum enligt rättsföljden - plocka ut de tillåtna specifikationerna av en utsaga om ett önskvärt samhällstillstånd för r relative ru .

Exempel: Givet N och uf_1 är $u\ddot{o}_1$ en tillåten specifikation av $U\ddot{O}$ relative uf_1 medan så ej är fallet beträffande $u\ddot{o}_2$. $u\ddot{o}_2$ är däremot en tillåten specifikation av $U\ddot{O}$ relative uf_2 givet N och uf_2 .

På motsvarande sätt som beträffande begreppet "mot ett rättsfaktum korresponderande normerat faktum enligt rättsföljden" bildar vi begreppet "*mot ett rättsfaktum korresponderande önskvärt samhällstillstånd enligt rättsregeln*".

Exempel: Mot rättsfaktum "att Asp vårdslöst skadat Björks gräsklippare" svarar det önskvärda samhällstillståndet "att den skadelidande Björk kompenseras för den skada av gräsklipparen som skadevällaren Asp orsakat".

Med *en rättsgrund* menar vi en kausalrelation mellan en satisfaktion som orsak och ett mot satisfaktionens rättsfaktum korresponderande önskvärt samhällstillstånd som verkan.¹⁸

Låt " $\Rightarrow$ " symbolisera den kausalrelation vi talar om. Den skall inte närmare analyseras här. Den torde uppträda i olika skepnader från rättsgrund till rättsgrund. Det räcker att konstatera, att vi inte utesluter, att det kan vara fråga om såväl tillräckliga eller delar av tillräckliga betingelser som nödvändiga betingelser. Det kan vidare röra sig om såväl direkta som indirekta orsaker.

Rättsgrunder har alltså följande struktur (s är en godtycklig satisfaktion av en regel r och t ett godtyckligt mot rättsfaktum i s korresponderande önskvärt samhällstillstånd):

$$(rg) s \Rightarrow t$$

eller, mer verklighetstroget uttryckt,

$$(rg') \text{ Det är sannolikt att: } s \Rightarrow t$$

där sannolikhetsgraden som empiriskt fenomen självfallet varierar från rättsgrund till rättsgrund.

Exempel:

(1) att det förhållandet att Asp vårdslöst har skadat Björks gräsklippare och därefter betalar hundra kronors ersättning till Björk (sannolikt) orsakar att Björk kompenseras för den skada av gräsklipparen som Asp orsakat.

¹⁸ Vi utesluter inte att satisfaktionen av en regel, r , kan utgöra ett steg i r :s preferensordning. För just detta fall blir rättsgrunden trivial.

Om vi i stället tagit fasta på *N:s* individualpreventiva funktion kunde rättsgrunden haft följande utseende:

(2) att det förhållandet att Asp vårdslöst ... till Björk (sannolikt) orsakar att Asp i fortsättningen inte betar sig vårdslöst medan, om vi haft för ögonen *N:s* allmänpreventiva funktion, rättsgrunden kunde varit

(3) att det förhållandet att Asp vårdslöst ... till Björk (sannolikt) orsakar att andra människor inte betar sig vårdslöst.

Vår analys av begreppet "rättsgrund" fångar, menar vi, den intuitiva tanken att rättsgrunden motiverar, eller rättfärdigar, en rättsregel - varmed måste menas att om "rättsföljden inträffar" när rättsfaktum föreligger så orsakas med högre eller lägre grad av sannolikhet ett önskvärt samhällstillstånd.

Liksom vi skiljer mellan individuella och (olika grader av) generella rättsnormer och mellan individuella och (olika grader av) generiska rättsfall (rättsfakta) respektive normerade fakta, skiljer vi mellan individuella och (olika grader av) generiska satisfaktioner, önskvärda samhällstillstånd och rättsgrunder. En rättsnorm, ett rättsfall, ett normerat faktum, en satisfaktion, ett önskvärt samhällstillstånd och en rättsgrund som alla är individuella eller har samma grad av generalitet ligger, säger vi, *på samma normteoretiska nivå*.

Från lagstiftarens synpunkt är det inte individuella rättsgrunder som är av intresse utan generiska (generella) sådana, uttryckta i satsen av typen

(i) Om någon av vårdslöshet skadar annans egendom och får betala ersättning för denna, så avskräcks han (sannolikt) från att i fortsättningen vara vårdslös.

(ii) Om beslag skett och över beslaget föres protokoll, vari ändamålet med beslaget och vad därvid förekommit angives samt beslagtaget föremål nogt beskrives, så företas (sannolikt) ej onödiga beslag och underlättas (sannolikt) eventuellt återställande av beslagtaget föremål. (Se 27:13 RB).

Sådana utsagor är ett slags "sociala erfarenhetssatser", vilka självfallet har varierande grad av sannolikhet. Dylika sociala erfarenhetssatser torde ofta finnas - explicit eller implicit - uttryckta i författningars förarbeten, för Sveriges del framför allt i utredningsbetänkanden (vanligen publicerade i SOU-serien).

2.4 Rättskipningens komponenter

För myndigheternas avgörande av förelagda fall brukar man använda termen *rättskipning*. I detta avsnitt skall vi ge en schematisk framställning av rättskipningens olika moment. Avsikten härmed är att visa var i rättskipningsprocessen analogisluten (och de andra slagen av normanvändning) "kommer in".

Låt oss som utgångspunkt ta ett klargörande uttalande av Wilhelm Sjögren:¹⁹

Därmed att bestridda fakta blivit styrkta, är rättegången icke ännu avgjord. Härtill fordras också, att den rättsliga kvalifikationen av dessa och övriga fakta fastställs. Synnerligen ofta ligger rättegångens tyngdpunkt just i det rättsliga bedömandet av fakta. Det vanliga schemat för all rättskipning, enligt vilket domen skulle bestå av en översats, rättsregeln, en eller flera undersatser, upptagande de faktiska förhållandena, och slutsatsen eller själva domslutet, är ytligt och bristfälligt därutinnan, att det rättsliga omdömet och värderingen av de i undersatserna innefattade faktiska förhållandena förbises. Diskussionen av dessa utgör ofta faktiskt det viktigaste i hela rättegången.

Det är i rättsteoretiska framställningar vanligt att beskriva rättskipningen som en hypotetisk slutledning av typ *modus ponens*. Låt oss, i anslutning till Sjögrens tanke, ge ett par exempel på resonemang innehållande sådana slutledningar:

I.

(1) Den som, i annat fall än ... tillgriper något, dömes för egenmäktigt förfarande till böter eller fängelse i högst sex månader (8:8 BrB).

(2) Den som tillgriper oifyllda checkblanketter dömes för egenmäktigt förfarande till böter etc. (NJA 1965 s. 58).

(3) A har tillgripit oifyllda checkblanketter.

(4) A dömes till böter etc.

(5) A dömes till 20 dagsböter à 15 kronor.

II.

(1) Sprider någon av grov oaktsamhet gift eller dylikt, dömes till fängelse eller böter (19:6, 8 §§ SL).

(2) Handskas någon grovt oaktsamt med radioaktiv isotop, dömes till fängelse eller böter (NJA 1959 s. 254).

¹⁹ Sjögren, Om domskäl i tvistemål, TFR 1918, s. 37 f.

(3) B har handskats grovt oaktsamt med radioaktiv isotop.

(4) B dömes till fängelse eller böter.

(5) B dömes till sex månaders fängelse.

Mellan normerna (1) och (2) i dessa båda resonemang råder någon normrelation av det slag vi beskriver i kapitel 3. Normer som s.a.s. bildar utgångspunkt för sådana resonemang - d.v.s. normer av typ (1) - kallar vi *basnormer*. Normer av typ (2) benämner vi *subsumtionsnormer*. Vi väljer denna term av det skälet att sådana normer kan uppfattas som premisser i slutledningar, som beskriver den logiska strukturen hos rättskipningsakter. Slutsatserna i sådana slutledningar - d.v.s. normer av typ (4) - benämner vi i viss anslutning till Kelsen *individuella rättsnormer*.²⁰ Individuella rättsnormer är alltså rättsnormer av typ "Andersson skall dömas till fängelse", "Pettersson skall åläggas att utge skadestånd", "Talan mot Lundström skall ogillas".

Påståendesatser av typ (3) kan vi benämna *bevissatser*.

En konsekvens av att betrakta rättsnormerna som funktionärsadresserade är att slutsatsen i slutledningar av exemplifierat slag inte är identisk med den sats vari domslutet uttalas, *domsatsen* - sats (5) i ovanstående resonemang. Slutsatsen utsäger något annat, nämligen att domaren skall (får, inte får) avge ett domslut av ett visst innehåll. Man kan säga att den individuella rättsnorm som slutsatsen uttrycker satisfieras genom uttalandet av domsatsen. (Exempel: "Andersson dömes för stöld till ett års fängelse", "Pettersson ålägges att till Olsson utgiva tusen kronor i skadestånd jämte ränta ...", "Talan mot Lundström ogillas".) Detta förhållande beskriver von Wright på följande sätt:²¹

Förhållandet mellan domen såsom handling och domen såsom praktisk slutledning synes vara - i stora drag - följande: Lagen bestämmer, att den som gjort sig skyldig till R skall straffas med S ... Den praktiska slutledningen består då däri, att domaren med stöd *dels* i lagens bestämmelser om brott och straff och formerna för en rättegång *dels* i konstaterandet att den anklagades skuld bevisats, sluter att han (domaren) bör avkunna en så och så lydande dom.

Det måste understrykas, att den sats som domaren uttalar vid domens avkunnande (låt oss kalla den "domsats") *inte* är identisk

²⁰ Kelsen, Den rena rättsläran, Statsvetenskaplig tidskrift 1933, s. 223 f. Jfr Wedberg, Some problems in the logical analysis of legal science, s. 247.

²¹ von Wright, Om s.k. praktiska slutledningar, Tfr 1955, s. 485 f.

med den praktiska slutledningens slutsats. Slutsatsen är att något bör inträffa, d.v.s. att domaren har att uttala domsatsen.

Vi konstaterar, att det från den juridiska metodanalysens synpunkt finns tre slag av satser, som är av särskilt intresse: generella rättsnormer eller rättsregler (basnormer och subsumtionsnormer), bevissatser samt individuella rättsnormer (till vilket slag även domsatser kan hänföras). Låt oss kalla satser tillhörande dessa slag *juridiska satser*.

I termer av juridiska satser kan vi nu utföra en rationell rekonstruktion av rättskipningen. Denna kan sägas innehålla följande moment (varvid vi naturligtvis inte menar att detta gäller för *varje* rättskipningsakt):

- a. kvalificering
- b. bevisvärdering
- c. tillämpning
- d. rättsföljdsval.

Med *kvalificering* menar vi - grovt uttryckt - uppställandet av en rättsregel som utgör en av premisserna i en slutledning, vars slutsats är en individuell rättsnorm. Kvalificering innebär med andra ord uppställandet av en subsumtionsnorm. Denna norm konstrueras ofta med hjälp av en annan rättsregel, en basnorm. I kvalificeringsförfarandet inkluderar vi också regelrekonstruktionen av basnormen. Mellan basnormen och subsumtionsnormen råder, som tidigare sagts, en normrelation. Kvalificeringen innefattar en akt av normanvändning (se 3.0).

Bevisvärderingen innebär en prövning av sanningsvärdet hos den mängd av påståenden som utgör bevisningen i ett aktuellt mål. Resultatet av en bevisvärdering leder till uppställandet av en eller flera bevissatser.

En ordinär rättskipningsakt låter sig nu rekonstrueras som en slutledning med en premissmängd bestående av en eller flera rättsregler (subsumtionsnormer) och en eller flera bevissatser och med en eller flera individuella rättsnormer som slutsats. Domarens utförande av en sådan slutledning kallar vi *tillämpning*. Att ur premisserna (2) och (3) i resonemangen I och II dra slutsatsen (4) är att tillämpa subsumtionsnormen (2).

De domaradresserade individuella rättsnormer som utgör slutsatser i slutledningar av nyssnämnt slag utsäger sådant som att domaren skall döma A till fängelse, häva köpet mellan B och C, ålägga D ett skadestånd, ogilla talan mot E o.s.v. Nästa moment i rättskipningen bör då bli att bestämma en specifik rättsföljd, t.ex. att döma A till ett års fängelse, att förklara köpet mellan B och C avseende en viss leverans hävt från en viss tidpunkt, att ålägga D att utge skadestånd med 2.500 kr jämte viss ränta, att ogilla talan mot E angående utlämnande av en viss frysbox. Detta sista moment i rättskipningen benämner vi *rättsföljdsval*. Domsatser uttrycker resultat av rättsföljdsval.

Rättsföljdsvalet är intressant i det speciella avseendet att inom dess ram alla momenten i ett rättskipningsförfarande kan spelas upp på nytt. Gäller det exempelvis frågan huruvida en tilltalad skall dömas till ungdomsfängelse måste en subsumtionsnorm uppställas, vilket sker genom kvalificering med utgångspunkt från 29:1 BrB. Bevisning skall ske av bl.a. sådana faktorer som beskrivs med orden "hänsyn till hans personliga utveckling" - bevisande av omständigheter som talar för eller mot viss påföljd spelar stor roll i brottmålsprocesser ehuru bevisandet i regel inte torde ske lika noggrant som i skuldfrågan - och en tillämpning skall utföras för erhållande av en individuell rättsnorm för fallet i fråga.

Det måste understrykas att denna rekonstruktion inte innebär något påstående om att domaren i sitt beslutsfattande i verkligheten steg för steg följer vårt schema. Ännu mindre görs naturligtvis gällande att domaren är medveten om de olika momenten i sitt dömande. Inte sällan torde beslutet fattas mer eller mindre "intuitivt", varpå domskälen formuleras i efterhand. Däremot menar vi att varje mål, där prövning i sak företas, låter sig rekonstrueras på det sätt vi här gjort.²²

Resultatet av vår analys kan åskådliggöras i ett schema, som visar vilka juridiska satser som aktualiseras vid de olika rättskipningsmomenten:

- | | | |
|---------------------------|---------------------|---------------------|
| (1) basnorm | | (i) kvalificering |
| (2) subsumtionsnorm | | |
| (3) bevissats | (ii) bevisvärdering | (iii) tillämpning |
| (4) individuell rättsnorm | | (iv) rättsföljdsval |
| (5) domsats | | |

²² Jfr Oppenheim, Outline of a logical analysis of law, s. 149.

Kvalificeringen innebär närmare bestämt att man uppställer en rättsregel, från vilken - jämte en bevissats - en individuell rättsnorm låter sig deduceras genom modus ponens samt universell specifikation i predikatlogisk mening.

Regeln om universell specifikation i predikatlogiken uttrycker idén att det som är sant för alla individer, som har en viss egenskap, är sant också för en given individ med denna egenskap. Om alla som handskas grovt vårdslöst med isotoper skall straffas, skall också A, som handskats på detta sätt med en isotop, straffas. Enkelt uttryckt innebär regeln att det är tillåtet att från $(x) (Fx \rightarrow Gx)$ (läses: "för varje x gäller, att om x har egenskapen F , så har x egenskapen G ") sluta till $Fa \rightarrow Ga$, där a är ett namn på en individ.²³ Det logiska schemat för tillämpningen är alltså analogt med schemat

- (1) $(x) (Fx \rightarrow Gx)$
- (2) Fa
- (3) Ga

Man kan nu ställa frågan: I vilka moment i rättskipningen förekommer analogiresonemang? Svaret förefaller givet: i kvalificeringen. En sådan kan ju innebära att man utifrån en given rättsregel som basnorm konstruerar en med denna analog subsumtionsnorm.

Men även vid rättsföljdsvalet kan man tänka sig något slags analogiresonemang. Antag att ett brott B enligt en bestämmelse straffas inom latituden 1-4 års fängelse. Antag vidare att man i domstolspraxis för brott av slaget b , som tillhör brottstypen B , regelmässigt utdömer ca 1 års fängelse. Om nu ett brott av slaget b' , som också tillhör brottstypen B , i vissa, som relevanta betraktade avseenden företer likheter med brott av slaget b , kan detta föranleda domarna att även för brott av slaget b' utdöma ca 1 års fängelse. Dylika analogier vid rättsföljdsval skall emellertid inte behandlas i detta arbete.

I logiska läroböcker och i olika empiriska vetenskaper förekommer ett begrepp analogislut, som (möjligen) är ett något annat än det begrepp analogislut som används i juridiken. Med analogislut i förstnämnda mening avses ett slags induktivt förfarande, som i stora drag

²³ Se Suppes, Introduction to Logic, s. 59 f.

innebär att om två sakförhållanden F och F' liknar varandra med avseende på faktorerna a , b och c och F dessutom omfattar faktor d , så omfattar även F' (sannolikt) faktor d . (Se därom avsnitt 4.2.) Analogislut av detta slag kan tänkas förekomma vid bevisvärderingen. Ett exempel på detta finner vi hos Schneider.²⁴ Ett vittne påstår i ett djurplågerimål: "Jag såg att den anklagade slog hunden med en piska. Hunden upplevde stark smärta." På domarens fråga hur vittnet kan veta att djuret kände smärta, svarar vittnet: "Därför att hunden ylade så förskräckligt."

De olika leden i denna analogiargumentation ser ut så här:

- (1) Om en människa pryglas och därvid skriker, så upplever hon smärta.
- (2) Människor och hundar liknar varandra i biologiskt avseende.
- (3) Alltså: Om en hund pryglas och därvid skriker, så upplever den smärta.
- (4) Hundars skrik kallas ylande.
- (5) Alltså: Om en hund pryglas och därvid ylar, så upplever den smärta.

Analogin består här i att man, som skäl för att hunden har en viss egenskap som människan äger, anför likheter mellan människa och hund i andra avseenden.

Inte heller analogislut av detta slag skall behandlas här.

²⁴ Schneider, Logik für Juristen, s. 167 ff. - I sammanhang med "bevisanalogier" förtjänar stadgandet 17:30 i den gamla rättegångsbalcken att citeras: "Der uppenbara och på sannolika skäl grundadt rykte eller andra bindande omständigheter och *liknelser*" [kurs. här] äro mot den, som tilltalas; må domaren värjemålsed ålägga. Men ej må det ske utan i nödfall, och der sanning ej annars utletas kan."

3. NORMRELATIONER

3.0 Inledning

I föregående kapitel analyserade vi strukturen hos på visst sätt standardiserade rättsnormer. I detta kapitel skall vi närmare undersöka olika relationer *mellan* rättsnormer - något som också kan ses som en studie i konsten "how to do things with norms".

Vår rekonstruktion av några - väletablerade - medlemmar av den metodologiska begreppsfamiljen bygger på tanken att dessa begrepp *beskriver relationer mellan rättsnormer*. Begreppen i fråga är följande (n' och n är variabler för normer):

- (i) n' är en *precisering* av n
- (ii) n' är *analog* med n
- (iii) n' är en *reduktion* av n
- (iv) n' *följer e contrario* av n
- (v) genom n' *blir* n *obsolet*
- (vi) n' är en *extensiv tolkning* av n
- (vii) n' är en *restriktiv tolkning* av n .

Relationer av detta slag kallar vi *normrelationer*.

Exempel:

(1) Rättsnormen "Säljer man tvem ett och har den senare köparen ej i god tro fått godset i sin besittning, behålle den godset som först köpte" är en *precisering* av 1:5 HB: "Säljer man tvem ett; ... den behålle godset som först köpte".¹

(2) 17 § sjötrafikförordningen: "Brister någon i den omsorg och varsamhet som till förekommande av sjöolycka åligger honom ... och är ej oaktsamheten ringa, dömes han till böter" är *analog* med 1 § trafikbrottslagen: "Brister vägtrafikant i den omsorg och varsamhet, som till förekommande av trafikolycka betingas av omständigheterna, och är ej oaktsamheten ringa, dömes för vårdslöshet i trafik till dagsböter".

(3) Regeln "Säljer man tvem ett och har den senare köparen i god tro fått godset i sin besittning, behålle den senare köparen godset" är en *reduktion* av 1:5 HB (jfr exempel (1)!)

¹ I den följande framställningen förkortar vi, där så kan ske utan risk för missförstånd, uttryck som "den i 1:5 HB uttryckta normen" till uttryck som "1:5 HB".

(4) Regeln "Arbetsgivare eller arbetare, som är bundna av kollektivavtal, må under den tid avtalet är gällande vidtaga stridsåtgärd för att bispringa annan i fall då denne själv äger vidtaga stridsåtgärd följer *e contrario* av 4 § 4 p. kollektivavtalslagen: "Arbetsgivare eller arbetare, som äro bundna av kollektivavtal, må under den tid avtalet är gällande icke vidtaga ... stridsåtgärd för att bispringa annan i fall, då denne icke själv äger vidtaga stridsåtgärd".

(5) Formkravet vid pantsättning av lösöre i 10:1 HB har blivit *obsolet* genom regeln "muntliga, obevitnade pantavtal avseende lösöre är giltiga".

(6) Regeln "För skada, som någon, vilken ej är förare, ådragit sig genom att halka vid avstigning ur stillastående buss vare bussens ägare ansvarig ändå att ..." är en *extensiv tolkning* av regeln i 2 § bilansvarighetslagen (NJA 1950 s. 493).

(7) "För skada, som någon, vilken ej är förare, ådragit sig genom att halka vid avstigning ur stillastående buss, vare bussens ägare ej [strikt] ansvarig ..." är en *restriktiv tolkning* av regeln i 2 § bilansvarighetslagen.

Innan vi angriper dessa sju begrepp skall några påpekanden göras:

1. I vår rekonstruktion av rättskipningsförfarandet (avsnitt 2.4) infördes begreppen *basnorm* och *subsumtionsnorm*. I det följande använder vi dessa begrepp i en vidare mening: en subsumtionsnorm är en norm, som står i någon av ovanstående sju relationer till en annan norm, vilken vi kallar basnormen. Vi frikopplar alltså begreppsparet i fråga från dess användning uteslutande vid beskrivandet av rättskipningsakter. Vi låter *n* vara en variabel för basnormer och *n'* en variabel för subsumtionsnormer.

2. Med en akt av *normanvändning* menar vi uppställandet av en subsumtionsnorm, d.v.s. en norm som står i någon av våra normrelationer till en annan norm - alldeles oavsett hur detta uppställande motiveras. Uppställandet av en subsumtionsnorm i någon av relationerna (iii), (iv), (v) eller (vii) kallar vi - av skäl som framgår av avsnitt 3.2 - för en *antitetisk normanvändning*. Våra termer "normanvändning" respektive "tillämpning av normer" betyder alltså olika saker.

I det fallet att i en rättskipningsakt uppställs en subsumtionsnorm, som är en precisering av basnormen, framträder skillnaden mellan normanvändning och tillämpning på det sättet, att medan normanvändningen (kvalificeringen) resulterar i en rättsregel (som är mindre gene-

rell än basnormen), så resulterar tillämpningen i en individuell rättsnorm.²

3. En ledande tanke i vår allmänna metodologi är, som flera gånger framhållits, den att reglerna i ett system som Gällande Svensk Rätt är funktionärsadresserade. Skälen därför har redovisats i avsnitt 1.2: det är funktionärerna som tillämpar reglerna, en del klassiska rättsteoretiska problem undgås och därtill bringar funktionärsaspekten en viss ordning i de normsystem, som ingår i juridiska system.

Jag vill i detta sammanhang emellertid understryka att vår teori om normrelationer *inte* förutsätter funktionärsaspekten. Dessa båda teorier är oberoende av varandra. (Av stilistiska skäl avstår vi f.ö. ofta från att framställa rättsregler i standardform.)

I detta kapitel uppställer vi en homogen teori för begreppen (i) - (vii). Därmed menar vi att begreppen definieras inom en och samma begreppsapparat; i detta fall konstruerad med hjälp av elementär mängdteori. Härigenom framträder tydligare begreppens inbördes relationer.

Vi definierar normrelationerna i termer av mängdteoretiska relationer mellan normers adekvansmängder (såväl rättsfaktummängder som mängder av normerade fakta enligt rättsföljder). Givet en norm, n , kan en annan norm, n' , konstrueras, vars adekvansmängder står i vissa mängdteoretiska relationer till n :s adekvansmängder. Den normanvändningsakt genom vilken n' konstrueras utifrån n kan beskrivas i termer av mängdteoretiska manipulationer med n :s adekvansmängder. Vi kommer att finna, att det finns flera olika preciserings-, analogi-, reduktionsrelationer o.s.v.

I 3.1 definieras 16 olika normrelationer, (1) - (16), vilka svarar mot begreppen (i) och (ii). Dessa 16 slag av relationer, vari en norm, n , kan stå till andra normer, kallar vi för n :s *spektrum*.

I 3.2 definieras ytterligare 16 olika normrelationer, (17) - (32), vilka svarar mot begreppen (iii), (iv) och (v). Mängdteoretiskt överensstämmer (17) med (1), (18) med (2) o.s.v. Men relationerna (17) - (32) karakteriseras därjämte av att n :s rättsföljdsmodalitet byts ut mot "sin motsats" i de mot n svarande subsumtionsnormerna: om n förbjuder (eller tillåter) handlingen h , så tillåter (eller förbjuder) n' handlingen h' (där någon relation av visst slag råder mellan h och h'). Nämnade 16 slag av relationer, vari n kan stå till andra normer, kallar vi för n :s *antitetiska spektrum*.

3.3 behandlar några mer komplicerade normrelationer, vilka beskrivs med hjälp av de "enkla" normrelationerna (1) - (32).

² Jfr termen "preciserande tolkning" i Ross, *Om ret og retfaerdighed*, s. 173.

I 3.4 görs en distinktion mellan utvidgande och disjunkt analogi. Här behandlas vidare normrelationerna (vi) och (vii), vilka karakteriseras som marginalfall av relationerna (i) och (ii) respektive (iii) och (iv). I detta avsnitt introduceras också det viktiga begreppet *institutanalogi*.

I 3.5 presenterar vi ett med den i 3.1 - 3.4 uttryckta teorin alternativt sätt att betrakta normrelationer, nämligen som manipulationer med rekvisit.

Inledningsvis skall slutligen en mycket viktig modifikation av det ovan sagda göras.

De normrelationer, vilka vi i avsnitt 3.1 betecknar som "analogirelationer", är nog taget inga egentliga analogirelationer utan endast i sådana ingående *delrelationer*. Att någon av de relationer, som i 3.1 kallas analogirelationer, föreligger är en *nödvändig*, men inte tillräcklig, förutsättning för att en analogirelation i egentlig mening skall föreligga. (Ytterligare ett nödvändigt villkor specificeras i kapitel 4.) För undvikande av missförstånd och utan att onödigt komplicera vår terminologi kan vi, där så behövs, tala om analogirelationer i oegentlig respektive egentlig bemärkelse.

Det sagda gäller mutatis mutandis för de övriga normrelationerna.

3.1 Rättsnormens spektrum. Normrelationerna 1 - 16

Låt oss först rekapitulera vad vi i avsnitt 2.2 sade om adekvansmängder, d.v.s. rättsfaktummängder och mängder av normerade fakta enligt rättsföljder.

Rättsfaktummängden av rättsregeln r , är mängden av de rättsfall på vilka r enligt den juridiska professionens uppfattning är tillämplig vid en given tidpunkt. Varje element i en rättsfaktummängd är ett individuellt rättsfaktum.

Mängden av normerade fakta enligt r :s rättsföljd är mängden av de handlingar (eller tillstånd) som av juristerna anses vara normerade av r :s rättsföljdsmodalitet vid en given tidpunkt. Varje element i en mängd av normerade fakta enligt någon rättsföljd är ett individuellt normerat faktum enligt rättsföljden i fråga.

Tag regeln (i 42 § köplagen):

(r) Om bestämt gods är sålt och däri finnes fel, så skall domaren besluta att köparen får häva köpet.

Ett element i r :s rättsfaktummängd är då t.ex.

(rf_p) att Asp sålt en med fel behäftad TV-apparat till Björk och ett element i mängden av normerade fakta enligt r :s rättsföljd t.ex.

(nf_p) att Björk häver köpet av TV-apparaten gentemot Asp.

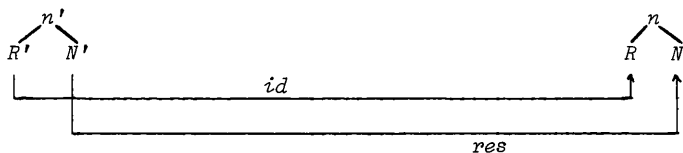
För enkelhetens skull talar vi i det följande om R -mängder i stället för rättsfaktummängder och N -mängder i stället för mängder av normerade fakta enligt rättsföljder.

I detta avsnitt behandlas, som sagt, preciserings- och analogirelationer mellan två normer. Vi talar om en basnorm, n , dess R -mängd, R , och dess N -mängd, N , samt om en subsumtionsnorm, n' , dess R -mängd, R' , och dess N -mängd, N' .

Med såväl R -mängder som N -mängder kan vissa mängdteoretiska manipulationer utföras: man kan ta ut delmängder, bilda unioner, bilda en med en given mängd disjunkt mängd o.s.v. Resultatet av sådana manipulationer blir olika mängdteoretiska relationer mellan mängder. Av intresse här är följande fyra relationer mellan R -mängder respektive N -mängder:

- I. *Identitet* (id): $R' = R$; $N' = N$.
- II. *Inskränkning* (ins): $R' \subset R$; $N' \subset N$ (d.v.s. R' är en äkta delmängd av R o.s.v.).
- III. *Utvidgning* (utv): $R \subset R'$; $N \subset N'$.
- IV. *Disjunktion* (dis): R' och R respektive N' och N är disjunkta (d.v.s. de har inget gemensamt element; $R' \cap R = \Lambda$ o.s.v.).

Antag att följande relationer råder mellan n' :s och n :s adekvansmängder: $R' \text{ id } R$ och $N' \text{ res } N$. Detta innebär att mellan n' och n den relationen råder att n' :s R -mängd är identisk med n :s medan n' :s N -mängd är en äkta delmängd av n :s N -mängd. Grafiskt kan detta beskrivas så här:



Med hjälp av denna enkla mängdteoretiska apparat kan följande 16 möjliga normrelationer mellan n' och n uppställas, vilka utgör n :s *spektrum*:

Relation mellan adekvansmängder Normrelation (i oegentlig bemärkelse)

(1)	$R' \text{ id } R; N' \text{ id } N$	n' är identisk med n
(2)	$R' \text{ id } R; N' \text{ ins } N$	n' är en rättsföljdsprecisering av n
(3)	$R' \text{ id } R; N' \text{ utv } N$	n' är en rättsföljdsanalogi ₁ av n
(4)	$R' \text{ id } R; N' \text{ dis } N$	n' är en rättsföljdsanalogi ₂ av n
(5)	$R' \text{ ins } R; N' \text{ id } N$	n' är en precisering ₁ av n
(6)	$R' \text{ ins } R; N' \text{ ins } N$	n' är en precisering ₂ av n
(7)	$R' \text{ ins } R; N' \text{ utv } N$	n' är en rättsföljdsanalogi ₃ av n
(8)	$R' \text{ ins } R; N' \text{ dis } N$	n' är en rättsföljdsanalogi ₄ av n
(9)	$R' \text{ utv } R; N' \text{ id } N$	n' är en utvidgande analogi ₁ av n
(10)	$R' \text{ utv } R; N' \text{ ins } N$	n' är en utvidgande analogi ₂ av n
(11)	$R' \text{ utv } R; N' \text{ utv } N$	n' är en utvidgande analogi ₃ av n
(12)	$R' \text{ utv } R; N' \text{ dis } N$	n' är en utvidgande analogi ₄ av n
(13)	$R' \text{ dis } R; N' \text{ id } N$	n' är en disjunkt analogi ₁ av n
(14)	$R' \text{ dis } R; N' \text{ ins } N$	n' är en disjunkt analogi ₂ av n
(15)	$R' \text{ dis } R; N' \text{ utv } N$	n' är en disjunkt analogi ₃ av n
(16)	$R' \text{ dis } R; N' \text{ dis } N$	n' är en disjunkt analogi ₄ av n

Exempel och kommentarer:

Till(1). Denna normrelation är naturligtvis helt trivial. Den faller ut som ett marginalfall i normspektrum. I en tillämpningssituation innebär den helt enkelt att basnormen och subsumtionsnormen är identiska eller, med andra ord, att basnormen tillämpas direkt på ett givet fall. Men även denna - vanliga - situation måste ju ha en plats i vårt system.

En sak bör kanske i detta sammanhang påpekas. Två normer kan mycket väl vara identiska utan att vara språkligt uttryckta på exakt samma sätt. Någon "språklig identitet" är det inte fråga om.

Till(2). Antag att vi har en straffrättslig regel, n , enligt vilken handlingar tillhörande mängden R straffas inom latituden 1-10 års fängelse. N är då mängden av tillstånd där personer, som begått någon handling i R , undergår tidsbestämda straff inom latituden, t.ex.

att x undergår 4 års fängelse för $rf \in R$. Antag vidare att straffmaximum för handlingar tillhöriga R enligt en norm, n' , i domstolspraxis ligger på 8 år. N' är då mängden av tillstånd där personer, som begått någon handling i R , undergår tidsbestämda straff inom latituden 1-8 år. Medan R' är identisk med R , är N' en äkta delmängd av N .

Till(3). I exemplet på (2) är n en rättsföljdsanalogi₁ av n' . Se vidare kommentaren till (7).

Till(4). 3:8 BrB uttrycker normerna

(n) Om någon av oaktsamhet åsamkar annan person sådan kroppsskada eller sjukdom som ej är ringa, så skall domaren besluta att gärningsmannen skall undergå bötesstraff för vållande till kroppsskada eller sjukdom

och

(n') Om någon ... ej är ringa, så skall domaren besluta att gärningsmannen skall undergå fängelsestraff i högst sex månader för vållande till kroppsskada eller sjukdom.

Här är n' rättsföljdsanalog₂ med n , liksom n är rättsföljdsanalog₂ med n' (ty denna analogirelation är symmetrisk, se avsnitt 4.5).³

Till(5). I följande fall är n' en precisering₁ av n :

(n) Säljer man tvem ett, får den behålla godset som först köpte

(n') Säljer man tvem ett och har den senare köparen ej i god tro fått godset i sin besittning, får den behålla godset som först köpte.

Se även kommentaren till (7).

Till(6). Till denna grupp hör straffrättsliga normrelationer av typ:

(n) Om någon utför en handling av slaget H , dömes till fängelse i högst 6 år

(n') Om någon utför en handling av slaget H men föreligger för mildrande omständigheter, dömes till fängelse i högst 2 år.

Till(7). I *SvJT 1969 rf s. 27* ("båtmålet") var situationen denna. A hade i spritpåverkat tillstånd med sin motorbåt kolliderat med en boj, vid vilken en segelbåt var förtöjd, varvid segelbåten skadats.

³ Jfr Eckhoff, Noen bemerkninger ..., s. 98 n. 5.

Efter sammanstötningen lämnade A platsen utan att lämna uppgift om sin identitet. Åklagaren hävdade att A brutit mot 223 § sjölagen, som är straffsanktionerad. Den däri uttryckta normen kan återges så:

(n) Om fartyg sammanstötter, så skall vardera befälhavaren för den andre uppge namnet på det egna fartyget, dess hemort, dess avseglingshamn samt dess destinationshamn.

Åklagarens talan ogillades i såväl RR:n som HovR:n. I HovR:n fanns emellertid två dissidenter. Den ene (Hagströmer) ansåg bestämmelsen vara tillämplig och ville bifalla åklagarens talan. Även den andre (Pihl) biföll talan. Den senares votum är emellertid av ett särskilt intresse, eftersom han ville tillämpa en norm, som står i just relationen (7) till n.

I domstolarna rådde delade meningar om, huruvida småbåtar av det slag målet gällde är fartyg i bestämmelsens mening eller ej - d.v.s. huruvida mängden av sammanstötningar mellan småbåtar är en delmängd av n:s R-mängd eller de båda mängderna är disjunkta. RR:n intog klart den senare ståndpunkten ("Den omständigheten att stadgandets tillämpning i småbåtstrafik må ha haft ringa aktualitet 1874 och 1891, då nu gällande sjölag antogs, föranleder icke att ansvarsbestämmelsens räckvidd skall utvidgas utöver ordalagen i 223 § sjölagen") medan Hagströmer lika klart hävdade den förra ("Bestämmelserna i 223 § sjölagen måste anses gälla jämväl befälhavare å båtar av i målet ifrågavarande slag") och hovrättens majoritet samt dissidenten Pihl var tveksamma.

Pihl uttalar i sitt votum att "behovet av ett stadgande [för småbåtar] med det med ifrågavarande lagbud avsedda syftet är stort" och fortsätter: "Hinder att låta bestämmelsen i sjölagen omfatta jämväl småbåtar torde ej föreligga och i domstolspraxis har så också skett. Visserligen saknar dylika båtar ofta namn och den stadgade uppgiftsskyldigheten kan även i övrigt beträffande dem stundom bli svår att bokstavligen (!) efterkomma. *Syftet med lagbudet torde emellertid vara uppfyllt om befälhavaren lämnar sådana uppgifter att några svårigheter att:identifiera honom eller båten ej föreligger*" [kurs. här].

Den norm som Pihl tillämpar är alltså denna:

(n') Om småbåtar sammanstötter, skall deras befälhavare till varandra lämna sådana uppgifter att några svårigheter att identifiera dem eller båtarna ej föreligger.

Låt oss anta att sammanstötningar mellan småbåtar tillhör n :s R -mängd, d.v.s. att $R' \subset R$. Vidare gäller att $N \subset N'$. Ty varje handling i N är ju ägnad att ge sådana uppgifter att några svårigheter att identifiera befälhavare eller båt ej föreligger, men det finns handlingar tillhörande N' , som ej tillhör N , t.ex. att uppge bostadsadress eller telefonnummer till arbetsplats. Pihl uppställer alltså en norm, som står i relationen (7) till den i 223 § sjölagen uttryckta basnormen.

Den norm n' , som Hagströmer tillämpar, står - under förutsättningen $R' \subset R$ - i relationen (5) till n . (Eftersom det är fråga om "ren" precisering kan man naturligtvis också säga att han tillämpar n .) - Se också kommentaren till (13).⁴

Till(8). Till denna grupp hör straffrättsliga normrelationer av typ:

(n) Om någon utför en handling av slaget H , dömes till fängelse högst 2 år

(n') Om någon utför en handling av slaget H men är brottet ringa, dömes till böter.

Till(9)-(12). De utvidgande analogierna behandlas i avsnitt 3.4 av skäl som där anges.

Till(13). Låt oss först göra en distinktion mellan trivial och icke-trivial disjunktion mellan N -mängder. Antag att någon utifrån regeln

(n) Om köparen inte betalar köpeskillingen på utsatt tid, får säljaren häva köpet
rekommenderar den därmed analoga

(n') Om legotagaren inte betalar lega på utsatt tid, får legogivaren häva legoavtalet.

Här är såväl R och R' som N och N' disjunkta: enligt den juridiska systematiken finns det inget avtal som är både köp och lega, varav följer att ingen kan vara både legogivare och säljare relative samma avtal. (En annan sak är att ovisshet kan råda om, huruvida ett givet avtal är ett köpe- eller legoavtal.)

⁴ Rättsfallet fick en legislativ epilög: I 4 § 2 st. 2 p. samt 17 § 2 st. sjötrafikordningen infördes 1970 i Pihls anda en med "smittningsstadgandet" 5 § trafikbrottslagen analog reglering för sjötrafik.

Emellertid är disjunktionen mellan N' och N trivial i den meningen att den så att säga är en direkt konsekvens av disjunktionen mellan R' och R . Om köparen inte betalar, är det självfallet köparen som kan drabbas av hävning medan, om legotagaren inte betalar, det är legotagaren som kan drabbas. Men bortsett från denna "följdändring" är den relation som råder mellan köpare och säljare enligt n :s rättsföljd ("hävning") identisk med den relation som råder mellan legotagare och legogivare enligt n' :s rättsföljd (se vidare avsnitt 3.4). För att skilja detta slags disjunktion från mer intressanta fall av sådan tar vi oss friheten att betrakta den triviala disjunktionen som en identitetsrelation när det är fråga om N -mängder. Därför säger vi att n' i vårt exempel står i relationen (13) till n .

(13) är standardrelationen mellan normer vid s.k. institutanalogi (se därom avsnitt 3.4).

Låt oss återvända till båtmålet - se kommentaren till (7) - och betrakta Hagströmers avgörande av detta under antagandet att mängden av fartyg och mängden av småbåtar är disjunkta. Den norm Hagströmer tillämpar är då denna:

(n') Om småbåtar sammanstöter, skall båtarnas befälhavare till varandra uppge namnet på den egna båten, dess hemort, dess avseglingsshamn och dess destinationshamn.

Här står n' i relationen (13) till n .

Till (14). 5 § trafikbrottslagen stadgar:

(n) Om vägtrafikanter, som med eller utan skuld haft del i uppkomsten av trafikolycka, genom att avlägsna sig från olycksplatsen undandragit sig att i mån av förmåga medverka till de åtgärder, vartill olyckan skäligen bör föranleda, eller om han undandragit sig att uppgiva namn och hemvist eller lämna upplysningar om händelsen, straffas med fängelse i högst ett år eller dagsböter.

4 § 2 st. tillsammans med 17 § 2 st. sjötrafikförordningen uttrycker normen

(n') Den som med eller utan egen skuld haft del i uppkomsten av sjöolycka, genom att avlägsna sig från olycksplatsen undandragit sig att i mån av förmåga medverka till de åtgärder som olyckan skäligen föranleder eller undandragit sig att uppgiva namn och hemvist eller

att lämna upplysningar om händelsen, dömes till böter eller fängelse i högst sex månader.

Antag att mängderna av trafikolyckor respektive sjöolyckor är disjunkta. n' står då i relationen (14) till n .

Till(15). I exemplet på (14) står n i relationen (15) till n' .

Låt oss vidare betrakta Pihls bedömning av båtmålet under förutsättningen att mängderna av fartyg respektive småbåtar är disjunkta. Den av Pihl tillämpade normen n' - återgiven under kommentaren till (7) - kommer då att stå i relationen (15) till n .

Till(16). Låt oss fortfarande antaga att mängderna av fartyg respektive småbåtar är disjunkta. Av nedanstående normer, uttryckta i 223 § sjölagen respektive 4 § 2 st. sjötrafikförordningen, står n' i relationen disjunkt analogi₄ till n .

(n) Om fartyg sammanstöter, skall fartygens befälhavare till varandra uppge namnet på det egna fartyget, dess hemort, dess avseglingshamn och dess destinationshamn.

(n') Om småbåtar sammanstöter, skall båternas befälhavare till varandra uppge namn och hemvist.

Det kan förefalla som om just relationen (16) är "vidöppen" i den meningen, att vilka normer n och n' som helst, vilka har disjunkta R -respektive N -mängder (men samma rättsföljdsmodalitet) står i denna relation till varandra. Vi har emellertid vid uppställandet av normrelationerna i detta och närmast följande avsnitt arbetat med en förutsättning, som det hittills inte funnits anledning att uttryckligen omnämna.

Mot varje rättsregel, n , svarar en mängd av rättsfall, G_n , som vi kallar n :s *grundmängd*. Varje element f i G_n är sådant att n är av intresse vid den juridiska bedömningen av f .

Den tysta förutsättning vi hela tiden arbetar med är nu att n' :s rättsfaktummängd (R') tillhör n :s grundmängd, d.v.s. $R' \subseteq G_n$.

(Det kan här vara på sin plats att påminna om, att de i detta avsnitt som analogier betecknade relationerna endast utgör nödvändiga förutsättningar för att egentliga analogier skall föreligga.)

3.2 Rättsnormens antitetiska spektrum. Normrelationerna 17 - 32

I detta avsnitt definieras ytterligare 16 normrelationer, (17) - (32), vilka utgör *n:s antitetiska spektrum*. Dessa relationer är varianter av de i 3.0 uppställda begreppen (iii) - (v).

De mängdteoretiska relationerna mellan *n's* och *n:s* adekvansmängder är desamma i dessa relationer som i de föregående, så att i detta avseende (17) = (1), (18) = (2) o.s.v. Men relationerna (17) - (32) karakteriseras av ytterligare en egenskap: rättsföljdsmodaliteten hos *n* har hos *n'* bytts ut mot den "motsatta" modaliteten. Vi menar att den antitetiska karaktären hos en normrelation ligger just i ett sådant "normativt motsatsförhållande". Vi illustrerar denna tanke med några exempel.

Ur 4 § kollektivavtalslagen utläser vi normen

(*n*) Det är *förbjudet* för arbetsgivare eller arbetare, som är bundna av kollektivavtal, att vidta stridsåtgärd för att hjälpa annan, som inte själv får vidta stridsåtgärd.

n ger vid handen (e contrario) att följande norm gäller

(*n'*) Det är *tillåtet* för arbetsgivare eller arbetare, som är bundna av kollektivavtal, att vidta stridsåtgärd för att hjälpa annan, som själv får vidta stridsåtgärd

(ehuru *n'* på intet sätt logiskt följer av *n*).

Det brukar, lite slagordsmässigt, sägas, att en rättsordning av svensk typ utmärks av att allt som inte är explicit förbjudet är tillåtet.⁵ Den typiska antitetiska normanvändningen skulle alltså gå ut på att med utgångspunkt i förbjudande basnormer uppställa tillåtande subsumtionsnormer. Tanken ligger nära en variant av idén om rättens fullständighet: varje handling är normerad av rättsordningen kompletterad med nyssnämnda princip. Ty varje handling är då antingen förbjuden eller tillåten enligt rättsordningen.⁶ (Som synes är denna idé inte särskilt väl förenlig med funktionärsaspekten.)

⁵ Man erinrar sig det gamla skämtet: "I England är allt tillåtet som inte är förbjudet, i Tyskland är allt förbjudet som inte är tillåtet, i Ryssland är allt förbjudet även om det är tillåtet och i Frankrike är allt tillåtet även om det är förbjudet".

⁶ Jfr begreppet "closed normative system" i von Wright, *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action*, s. 83.

Att principen i fråga inte kan ses som en funktionärsadresserad *norm* är uppenbart - handlingar "förbuds", även i straffrätten, genom analog användning av explicita "förbudsnormer".

Det förekommer emellertid modalitetsbyten också i motsatt riktning. 54:10 RB stadgar att "prövningstillstånd må meddelas allenast" under vissa förutsättningar, varav följer att det är förbjudet att meddela prövningstillstånd när ingen av dessa förutsättningar föreligger.

Också reduktion (inskränkande tolkning) innebär ett modalitetsbyte. Regeln

(*n'*) Påträffas hund, som användes i lapparnas renskötsel, medan den jagar eller annorledes ofredar ren ..., *får* hunden *inte* dödas (*NJA* 1961 s. 98)

är en reduktion av

(*n*) Påträffas hund, medan den jagar eller annorledes ofredar ren ..., *må* hunden dödas (38 § 3 p. i 1928 års renbeteslag).

Det modalitetsbyte som förekommer i normrelationerna (17) - (32) är ettdera av följande:

(i) från förbud till tillåtelse eller påbud ("får inte" mot "får" eller "skall")

(ii) från tillåtelse eller påbud till förbud ("får" eller "skall" mot "får inte").

(Däremot räknar vi inte bytena "skall" mot "får men är ej skyldig att" och vice versa som antitetiska.)

Vi betecknar modalitetsbyte i någon av de båda angivna riktningarna med uttrycket "*P* // *F*".

n:s antitetiska spektrum kan återges i schemat ("*n'* e contrario *n*" är en förkortning för "*n'* står i e contrario-relation till *n*"):

<u>Relation mellan</u> <u>adekvansmängder</u>	<u>Modalitetsbyte</u>	<u>Normrelation</u> (i oegentlig mening)
(17) = (1)	P // F	n' gör n obsolet
(18) = (2)	"	n' är en rättsföljdsreduktion av n
(19) = (3)	"	n' rättsföljds-e contrario ₁ n
(20) = (4)	"	n' rättsföljds-e contrario ₂ n
(21) = (5)	"	n' är en reduktion ₁ av n
(22) = (6)	"	n' är en reduktion ₂ av n
(23) = (7)	"	n' rättsföljds-e contrario ₃ n
(24) = (8)	"	n' rättsföljds-e contrario ₄ n
(25) = (9)	"	n' e contrario ₁ n
(26) = (10)	"	n' e contrario ₂ n
(27) = (11)	"	n' e contrario ₃ n
(28) = (12)	"	n' e contrario ₄ n
(29) = (13)	"	n' e contrario ₅ n
(30) = (14)	"	n' e contrario ₆ n
(31) = (15)	"	n' e contrario ₇ n
(32) = (16)	"	n' e contrario ₈ n

Några kommentarer och exempel:

Till(17).

(n') Om muntligt, obevitnat pantavtal slutits och ..., skall domaren besluta att panthavaren inte får realisera panten
är obsolet genom

(n') Om muntligt, obevitnat pantavtal slutits och ..., skall domaren besluta att panthavaren får realisera panten.

Till(21). (21) är den relation som råder vid det typiska reduktionsfallet. Regeln

(n') Säljer man tvem ett och har den senare köparen i god tro fått godset i sin besittning, får den senare köparen behålla godset
är en reduktion av

(n) Säljer man tvem ett, får inte den senare köparen behålla godset.

Låt oss än en gång återvända till båtnålet och anta att småbåts-sammanstötningar är (en delmängd av) fartygssammanstötningar. RR:n och HovR:ns majoritet tillämpade regeln

(n') Om småbåtar sammanstötter, är det tillåtet för deras befälhavare att avlägsna sig utan att uppge namnet på den egna båten etc.

n' är en reduktion av

(n) Om fartyg sammanstötter, är det förbjudet för deras befälhavare att avlägsna sig utan att uppge namnet på det egna fartyget etc.

Till (29). (29) kan betraktas som den typiska e contrario-relationen. Normen

(n') Om fackföreningen A är bunden av kollektivavtal och fackföreningen B vidtar förbjuden stridsåtgärd, får A inte företa stridsåtgärd för att bispringa B

står i denna relation till

(n) Om fackföreningen A är bunden av kollektivavtal och fackföreningen B vidtar tillåten stridsåtgärd, får A företa stridsåtgärd för att bispringa B.

Båtmålet får bidra med ett exempel även på denna relation. Under förutsättningen att småbåtar och fartyg är disjunkta mängder, står n' och n i de som exempel på relationen (21) angivna normerna i båtmålet i relationen e contrario₅ till varandra.

Vidare kan följande, mer allmänna kommentarer göras.

1) Reduktionsrelationer mellan normer är utomordentligt vanliga av det enkla skälet att varje undantagsregel är en reduktion av sin huvudregel.

2) Obsoletism (desuetudo) kan ses som ett marginalfall av reduktion. Att n' gör n obsolet innebär ju att n' är ett "totalt undantag" från n , d.v.s. att undantaget *helt* upphäver huvudregeln.

3) Om man så vill, kan man också betrakta reduktionsrelationerna (och därmed obsoletismen) som en kategori av e contrario-relationer - nämligen sådana e contrario-relationer där den ena normen har den fatala egenskapen att delvis (eller i desuetudo-fallet helt) försätta den andra normen ur spel.

E contrario-relationerna (25) och (27) utmärks av att n' inte bara gör n obsolet utan att n' därtill "expanderar i motsatt riktning" i förhållande till n . I termer av dessa relationer torde radikala kursändringar i lagstiftning, praxis eller doktrin kunna beskrivas.

4) Att reduktionen (med Ross' och Eckhoffs terminologi: den inskränkande tolkningen⁷) förutom en inskränkning av någon adekvansmängd också karakteriseras av ett antitetiskt modalitetsbyte är nödvändigt för att man skall kunna särskilja precisering och reduktion. Motsvarande gäller för särhållandet av analogi- och e contrariorelationer.

I kontrast mot denna uppfattning säger Eckhoff:⁸

Det er ikke noe skarpt skille mellom "innskrenkende tolking" og det en kan kalle "presiserende tolking", d.v.s. at en velger et av de tolkingsalternativer som ligger innenfor ordlydens ramme. Som før nevnt ... er ordgrensen ofte flytende, slik at det ikke alltid kan sies med bestemthet om man er innenfor eller utenfor. Det har imidlertid ingen rettslig betydning å trekke et skarpt skille mellom "presiserende" og "innskrenkende" tolking.

I vår rekonstruktion av ifrågavarande begrepp görs en skarp skillnad mellan dem, vilken vi tror är väsentlig för att beskriva vissa företeelser i den juridiska metodläran. (Jfr exemplen på relationerna (5) respektive (21).) Denna distinktion är sådan, att det inte spelar någon som helst roll om "ordgränsen" är flytande eller ej - eller med vår terminologi: om adekvansmängden är obestämd. Däremot är sistnämnda förhållande av betydelse när det gäller att i givna situationer skilja mellan precisering och analogi respektive reduktion och e contrario. (Se vidare diskussionen i avsnitt 3.4 om extensiv och restriktiv lagtolkning.)

5) När en domstol utfärdar *en ogillande dom*, använder den en norm e contrario för att uppställa den subsumtionsnorm, vars tillämpning resulterar i domen i fråga.

Båtmålet får för sista gången leverera exempel. I detta mål ansåg RR:n, som sagt, att småbåtar inte är fartyg, och lämnade därför åtalet utan bifall. Från regeln

(n) Om fartyg sammanstött och befälhavare avvikit utan att uppge namnet på det egna fartyget etc., skall domaren döma honom till straff enligt 294 § [numera 327 §] sjölagen
uppställdes e contrario regeln

⁷ Ross, Om ret og retfaerdighed, s. 173 ff., Eckhoff, Noen bemerkninger ..., s. 96 ff. och dens., Retskildelaere, s. 124 ff.

⁸ Eckhoff, Retskildelaere, s. 124.

(n') Om småbåtar sammanstött och befälhavare avvikit utan att uppge namnet på den egna båten etc., får domaren inte döma honom till straff enligt 294 § sjölagen .
vars tillämpning resulterade i den ogillande domen.

Det är alltså att lägga märke till, att det *logiskt sett* inte finns starkare skäl att avkunna en ogillande dom i ett brottmål än att fälla den tilltalade genom användande av en med någon norm i ett straffstadgande analog sådan. Men legalitetsideologin inom straffrättskipningen prefererar e contrario-användning av straffrättens regler framför analog användning av sådana.

3.3 Komplexa normrelationer

3.30

I detta avsnitt skall vi sysselsätta oss med några mer komplicerade förhållanden mellan rättsnormer, vilka kan beskrivas med hjälp av normrelationerna (1) - (32). Först behandlas vissa fall av samverkan (3.31) respektive konkurrens (3.32) mellan basnormer för analogislut. Därefter (3.33) ges exempel på situationer, där en och samma norm utgör basnorm för flera olika därmed analoga normer. Vidare studeras några s.k. sammansatta normrelationer (3.34). Slutligen redovisas några fall av normkollision i samband med analog normanvändning (3.35).

En norm, n , vars analoga användning för att uppställa en annan norm, n' , för ett givet fall, f , kan övervägas, kallar vi *en analogibas för n' relative f* .

3.31

Att ett antal normer, $n_1, \dots, n_n$, är *samverkande analogibaser* för en annan norm, n' , innebär att n' låter sig uppställas analogivis från var och en av n_1 och ... och n_n ensam. (Samverkande analogibaser är i regel också inbördes analoga.)

Det ligger nära tillhands att anta, att skälen för att uppställa n' är starkare, ju flera samverkande analogibaser, som finns för n' . Men att så alltid skulle vara fallet, kan inte göras gällande.

Av särskilt intresse är samverkan av analogibaser i obligationsrätten. Antag att vi har rättsinstituten (avtalstyperna) A_1 och A_2 samt reglerna n_1 ($n_1 \in A_1$) och n_2 ($n_2 \in A_2$), sådana att n_1 och n_2 reglerar "samma" förhållande inom var sitt institut. Antag vidare att det finns en avtalstyp, A_3 , som saknar reglering av detta förhållande (t.ex. något kontraktsbrott). Det ligger då ofta nära tillhands - ja, upplevs rent av som förpliktande - att i lagstiftning eller rättspraxis införliva en norm, n' , med A_3 , konstruerad med n_1 och n_2 som samverkan- de analogibaser (eller att i doktrinen rekommendera en sådan inkorpore- ring).

Härom säger Rodhe:⁹

Man finner också, att likheten i problem mellan de olika avtalstyperna ofta givit upphov till likhet i lösningar. Ofta äro de rättspolitiska synpunkterna på en viss situation så lika, att den som skall skapa en rättsregel för en viss avtalstyp har all anledning att göra en analogi från en annan avtalstyp och söka undvika variationer, som icke äro tillräckligt motiverade av de olika typernas skilda karaktär.

Det kanske bästa exemplet på detta förfaringssätt i svensk civilrätt är Jacob Sundbergs arbete om lega.¹⁰ Nödvändigheten av regelbildning analogivis är särskilt påtaglig inom detta rättsområde, eftersom dess reglering i lag i stort sett endast utgörs av det torsoliknande 13 kap. HB.¹¹ Sundberg hämtar sina analogibaser huvudsakligen från köplagen och nyttjanderättslagen (numera 7-13 kap. JB). Om samverkan av diskuterat slag mellan regler i dessa båda lagar uttalar Sundberg:¹²

Åtskilligt synes tala för att institut, vilka erhållit en likartad reglering i båda dessa lagar, böra erhålla analog tillämpning på saklega. Åtminstone låter det säga sig att när dessa två centrala civilrättsliga lagar båda uppställa samma princip, stor sannolikhet talar för att denna princip har karaktären av en sådan allmän obligationsrättslig princip, som våra domstolar tillämpa i alla obligationsrättsliga förhållanden om icke bjudande skäl äro däremot.

⁹ Rodhe, Lärobok i obligationsrätt, s. 1 f.

¹⁰ J. Sundberg, Om ansvaret för fel i lejt gods.

¹¹ Lega är ett gott exempel på ett rättsinstitut, vars existens huvudsakligen är förlagd till doktrinen (jfr avsnitt 1.1).

¹² Sundberg, a.a. s. 26.

Som exempel på uppställande av en regel utifrån samverkande analogibaser kan nämnas den av Sundberg föreslagna regeln om legogivares strikta skadeståndsansvar för sviken garanti i den fas av kontraktsuppfyllelsen vid lega som Sundberg benämner "avlämnandet". Analogibaser är här reglerna i 42 § 2 st. köplagen, 14 och 25 §§ arrendelagen samt en regel uttryckt i prejudikatet NJA 1916 s. 274.¹³ Ytterligare ett exempel utgör uppställandet av ett väsentlighetsrekvisit vid hävning på grund av fel i godset vid avlämnandet.¹⁴ Analogibaserna återfinns i såväl köplagen som hyres- och arrendelagarna.

3.32

En analogibas, n_1 , för n_1' relative f är en konkurrerande analogibas med en analogibas, n_2 , för n_2' relative f om och endast om $n_1' \neq n_2'$.

Att säga något generellt om val mellan olika konkurrerande analogibaser i det juridiska arbetet syns mig knappast möjligt.¹⁵

Åtskilliga fall av konkurrens återfinns i Sundbergs nämnda arbete, där ingående pro et contra-resonemang ligger till grund för författarens rekommendationer. Ett par exempel:

För uppställandet av en regel om hävningspåföljd vid fel i det utlejda godset erbjuder köplagen en analogibas för en regel om hävning *ex tunc* och nyttjanderättslagen en sådan för en regel om hävning *ex nunc*. Här företas en differentiering mellan olika typer av legafall och på vissa av dem används den förra analogibasen, på andra den senare.¹⁶

När det gäller legotagarens vårdnadsplikt kan frågan ställas huruvida denna "bör antagas vara av den enkla typ, som regleras i hyreslagen, eller av den kvalificerade typ, som stadgas i arrendelagen" (av Sundberg benämnd "underhållsplikt").¹⁷ Trots att flera skäl talar för analog användning av arrendelagen, förordar Sundberg att analogibasen hämtas från hyreslagen. Avgörande tycks det argumentet vara, att den

¹³ a.a. s. 220 ff.

¹⁴ a.a. s. 192 f.

¹⁵ Jfr a.a. s. 26 ff.

¹⁶ a.a. s. 190 ff.

¹⁷ a.a. s. 248.

enkla vårdnadsplikten "minst inkräktar på ägarens befogenheter", vilket tillmätts vikt på ett område där avtalsfrihet råder.¹⁸

3.33

Ingenting hindrar naturligtvis att en och samma regel kan utgöra analogibas för flera olika subsumtionsnormer. Som exempel härpå kan nämnas Karlgrens analoga användning av regeln i 32 § 2 st. avtalslagen för att rekommendera dels en passivitetsregel för fall där fullmäktig utrustad med s.k. § 18-fullmakt överskridit sin befogenhet, dels en passivitetsregel för fall där en oriktig förutsättning föranleder ett avtals ogiltighet.¹⁹

Ett praktfullt exempel på detta förhållande är vidare Karlgrens analoga användning av 6 § 2 st. avtalslagen för att uppställa något som påminner om en allmän passivitetsregel (Passivitet, s. 188-202). Efter att inledningsvis företa några mer blygsamma analogislut från nämnda stadgande (s. 188, 190 och 191), rekommenderar Karlgren den mer vittgående analogi, som behandlas nedan (3.34).

3.34

Det förekommer vidare att en subsumtionsnorm, n' , konstrueras med hjälp av två (eller flera) basnormer. Sålunda kan n' :s rekvisit vara hämtade från flera olika normer. (Man kan också tänka sig att n' :s rekvisit är hämtade från en regel och dess rättsföljd från en annan.) Två exempel härpå är följande:

(1) Vid uppställandet av en regel för skadeståndsskyldighet för fel i det lejda godset går Sundberg tillväga på följande sätt. Han använder |dåvarande| 10 § hyreslagen analogt för att uppställa en regel om skadeståndsskyldighet vid *culpa in contrahendo*. Den sålunda konstruerade regeln kompletteras med ett rekvisit av innehåll att det ankommer på legogivaren att exculpera sig. Detta rekvisit uppställs analogivis från |dåvarande| 11 § hyreslagen. (Därtill föreslår Sundberg "på eget bevåg" ett väsentlighetsrekvisit för att begränsa regelns tillämpningsområde.)²⁰

¹⁸ a.a. s. 250.

¹⁹ Karlgren, Passivitet, s. 114 f.

²⁰ Sundberg, a.a. s. 222.

(2) 32 § avtalslagen uttrycker regeln

(n_1) Om någon avgivit en viljeförklaring, som på grund av misstag fått annat innehåll än det åsyftade, och den till vilken viljeförklaringen är riktad insåg eller borde ha insett misstaget, så är den förre inte bunden av viljeförklaringens innehåll [och avtalet blir icke gällande med den innebörd denne inlagt i sin viljeförklaring].

Om denna regel yttrar Karlgren:²¹

I själva verket torde dylika ogiltighetsyrkanden inte på långt när vara så frekventa, som lagen och dess förarbeten skulle kunna ge anledning att tro. Vanligt är nämligen, att A även i fall, då å hans sida förelupit förklaringsmisstag, i rättegången icke hävdar något annat än att avtalet är giltigt, visserligen med påstående om att det är giltigt i enlighet med *hans* uppfattning av dess innebörd. Bägge kontrahenterna hålla alltså på att ett giltigt avtal ingåtts men ha olika meningar rörande dess tolkning.

Det är alltså inte alltid säkert att den som begått misstaget önskar avtalets ogiltighet i det fall att den andre kontrahenten var i ond tro. Men vilken regel bör då gälla i denna situation?

6 § avtalslagen innehåller regeln

(n_2) Om svar, som innehåller, att anbud antages, på grund av tillägg etc. icke överensstämmer med anbudet och den, som avgav svaret, anser det överensstämma med anbudet och mottagaren måste inse detta och mottagaren, där han icke vill godtaga svaret, icke utan oskäligt uppehåll giver meddelande därom, så har avtal i enlighet med svarets innehåll kommit till stånd.

För det diskuterade fallet uppställer nu Karlgren regeln:²²

(n') Om någon avgivit en viljeförklaring ... borde ha insett misstaget [= n_1] och den till vilken viljeförklaringen är riktad inte utan oskäligt uppehåll meddelar den som avgav viljeförklaringen, att han inte vill godta viljeförklaringens innehåll, så är avtalet gällande med den innebörd den som avgav viljeförklaringen inlagt däri.

n' är, som synes, en regel konstruerad av en komponent hämtad från n_1 och en komponent hämtad från n_2 . Rättsföljden är hämtad från n_2 .

n' står i normrelationen (21) till n_1 . (Observera att "övergången från" avtals ogiltighet till dess giltighet - eller, med andra ord,

²¹ Karlgren, a.a. s. 195.

²² a.a. s. 196 f.

från parts icke-bundenhet till bundenhet - innebär ett antitetiskt modalitetsbyte i de fall då part vill hävda ogiltighet respektive giltighet: Om den som gjort ett förklaringsmisstag inte vill vara bunden av viljeförklaringsen innehåll (enligt 32 §), *får inte* motparten utföra vissa rättshandlingar, medan, om avtalet är giltigt (enligt n') motparten *är skyldig* att utföra dessa rättshandlingar.)

Vi antar att n_2 :s och n' :s R-mängder är disjunkta. n' står då i normrelationen (13) till n_2 .

Relationer av det slag som råder mellan å ena sidan n' och å den andra n_1 och n_2 kallar vi *sammansatta normrelationer*.

3.35

Ovannämnda exempel illustrerar också en annan, inte helt ovanlig företeelse i juridiken. Att uppställa regler analogivis från regler i något system innebär ofta att andra regler i systemet så att säga får marka på sig. Sålunda reducerades n_1 av n' genom att n' uppställdes analogivis från n_2 i nyssnämnda exempel.

Ytterligare ett exempel härpå hämtat från Karlgen är den ovan i 3.33 nämnda analogin från 32 § 2 st. avtalslagen.²³ Enligt 11 § 2 st. avtalslagen blir varje avtal som fullmäktig med s.k. § 18-fullmakt ingått med överskridande av sin befogenhet ogiltigt. Genom analog användning av passivitetsregeln i 32 § 2 st. uppställer Karlgren en regel, vari huvudmannen åläggs reklamationskyldighet. Denna norm reducerar den i 11 § 2 st. uttryckta normen.

3.4 Utvidgande och disjunkt analogi. Institutanalogi

I föreliggande avsnitt behandlas (1) den i schemat i avsnitt 3.1 angivna skillnaden mellan utvidgande och disjunkt analogi, (2) s.k. extensiv respektive restriktiv lagtolkning samt (3) begreppet "institutanalogi".

(1) I avsnitt 3.1 hänvisades läsaren till föreliggande avsnitt för en kommentar till normrelationerna (9) - (12), vilka vi kallat utvidgande analogier. Här följer denna kommentar.

²³ a.a. s. 114 f.

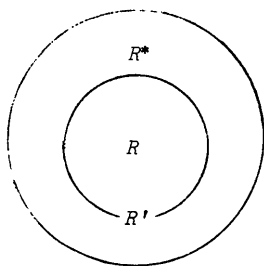
Skillnaden mellan utvidgande och disjunkt analogi har vi uttryckt så att vid utvidgande analogi gäller att $R \subset R'$ medan vid disjunkt analogi $(R' \cap R) = \Lambda$.

Nu är emellertid normrelationerna (9) - (12) endast ett slags "oäkta" analogier och detta av följande skäl. Antag att vi, liksom tidigare, har basnormen n , dess R-mängd R och dess N-mängd N samt subsumtionsnormen n' och dess motsvarande mängder R' och N' . n' är en utvidgande analogi av n , d.v.s. $R \subset R'$.

Vi bildar nu komplementet till R med avseende på R' , $C_{R'}R$. Vi kallar denna mängd R^* . (Alltså: $R' = (R \cup R^*)$.) Vidare uppställer vi normen n^* med R-mängden R^* .

En utvidgande analogisering av n till n' kan nu rekonstrueras som en process i två steg: (i) uppställandet av den med n disjunkt analoga n^* och (ii) uppställandet av n' genom att bilda unionen $R \cup R^*$.

Grafiskt kan dessa mängdrelationer åskådliggöras så:



Noga taget är det n och n^* som är analoga, inte n och n' , d.v.s. endast steget (i) innebär en analog normanvändning. Steget (ii) kan vi kalla en normgeneralisering (jfr avsnitt 5.1).

I vissa fall är det naturligt för juristerna att uppfatta saken så, att R och R^* faller under *samma regel* (n') medan så ej är förhållandet i andra fall.²⁴

Vi föreslår nu följande förbättring av den metodologiska terminologin. I stället för att tala om analogier beträffande normrelationerna (9) - (12) använder vi termen *utvidgande tolkning*. Denna term står

²⁴ Jfr Eckhoff, Rettskildelaere, s. 130.

alltså för ett förfarande sammansatt av delmomenten analog normanvändning och generalisering. Termen är av intresse i de fall då *n'* av juristerna "naturligt" uppfattas som *en* regel. Termen *analogi* förbehåller vi - här med bortseende från rättsföljdsanalogierna - normrelationerna (13) - (16).

Denna begreppsanvändning torde vara förenlig med Eckhoffs uppfattning (se not 24). Däremot strider den mot Ross' terminologi, där "utvidgande tolkning" och "analogi" är synonyma.²⁵

Det är att lägga märke till att också termerna "utvidgande tolkning" och "extensiv tolkning" betyder olika saker i föreliggande arbete.

- (2) Här skall vi analysera relationerna
- (i) *n'* är en extensiv tolkning av *n*; och
- (ii) *n'* är en restriktiv tolkning av *n*.

I *NJA* 1950 s. 417 var problemet huruvida den situationen att en person levererat varor för vilka han fått förskottsbetalning föll under uttrycket "betalt förfallen gäld" i återvinningsregeln i 30 § konkurslagen.²⁶ I målet förekom två sakkunnigutlåtanden, ett från Lejman, som hävdade att så var fallet, och ett från Malmström, som intog den motsatta ståndpunkten. HD valde Malmströms lösning.

Av rättsfallsreferatet framgår att R-mängden för den i stadgandet uttryckta regeln med avseende på denna situation var obestämmd. Denna obestämdhet kan karakteriseras så:

a) Väljes Lejmans lösning yttrar sig obestämdheten däri, att man inte kan avgöra huruvida man utför *en precisering* av regeln (eller, med andra ord, *tillämpar* den) eller använder densamma *analogt*.

b) Väljes Malmströms lösning yttrar sig obestämdheten däri, att man inte kan avgöra huruvida man använder regeln *e contrario* eller utför *en reduktion* av densamma.

(En annan sak är att fallet genom HD:s dom klart kom att falla utanför regelns R-mängd.)

Vi säger att Lejman förordade en extensiv tolkning av regeln och Malmström en restriktiv tolkning.

²⁵ Ross, Om ret og retfaerdighed, s. 175 f.

²⁶ Fallet diskuterat i Bolding, Juridik och samhällsdebatt, s. 28 ff.

Att *n'* är en *extensiv tolkning* av *n* innebär alltså att det är ovissst vilkendera av följande relationer som råder mellan *n'* och *n*:

- 1) *n'* är en precisering av *n*; eller
- 2) *n'* är analog med *n*.

Att *n'* är en *restriktiv tolkning* av *n* innebär på motsvarande sätt att det är ovissst vilkendera av följande relationer som råder mellan *n'* och *n*:

- 1) *n'* står i e contrario-relation till *n*; eller
- 2) *n'* är en reduktion av *n*.

Extension är med andra ord ett marginalfall av precisering och av analogi medan restriktion är ett marginalfall av e contrario och av reduktion.

En helt annan ovisshet föreligger när man skall företa *valet* mellan en extensiv och en restriktiv tolkning. Men denna ovisshet är av rättspolitisk natur och har ingenting att göra med definitionen av ifrågavarande begrepp. Det rättspolitiska valet handlar om huruvida man skall välja en lösning inom (den obestämda) regelns spektrum eller inom dess antitetiska spektrum.

I valet mellan en extensiv och en restriktiv tolkning i straffrätten uttalar sig legalitetsideologin - genom principen "in dubio pro reo" - till förmån för den senare.

Om termparet "extensiv" respektive "restriktiv tolkning" uttalar Strömholm:²⁷

Ibland användes termerna "*restriktiv*" och "*extensiv tolkning*". Vad som avses med det förra uttrycket är att en lagregels tillämpningsområde (d.v.s. betydelseområdet för det eller de tveksamma språkuttrycken i regeln) bestämmes snävt; endast klara fall (fall inom det betydelsemässiga kärnområdet) hänföres under regeln. "Extensiv" tolkning är det motsatta förfarandet: även fall som ligger inom betydelseområdets ytterkanter hänföres under regeln.

Strömholm relaterar alltså termerna ifråga till bestämmelsers betydelseområden medan de i förevarande arbete relateras till normers rättsfaktummängder (vilka endast delvis bestäms av bestämmelsers ordalydelse).

De här uppställda definitionerna kan emellertid relateras till såväl rättsfaktummängder som till betydelseområden (vilka också är mängder av fall):

²⁷ Strömholm, Allmän rättslära, s. 79.

Att fall, som ligger inom det semantiskt *osäkra* området, hänföres under en regel, innebär ju att man inte riktigt vet huruvida regeln preciseras (tillämpas) eller används analogt. Och att tillämpningsområdet "bestämmer snävt" - d.v.s. att regeln inte appliceras på de *osäkra* fallen - innebär att man med avseende på dessa fall inte kan bestämt avgöra huruvida man använt regeln reduktivt eller *e contrario*.

(3) Att en analogirelation mellan två normer, n och n' , är av typen *institutanalogi* innebär:

- (i) att $n:s$ och $n':s$ R-mängder är disjunkta; och
- (ii) att en tillräcklig betingelse för denna disjunktion ligger i själva den juridiska systematiken.

Exempel:

- 1) n är en köprättslig regel och n' en legarättslig
- 2) n är en nyttjanderättslig regel och n' en servitutsrättslig
- 3) n är en ogiltighetsregel avseende förmögenhetsrättsliga avtalsförhållanden och n' en ogiltighetsregel avseende familjerättsliga avtalsförhållanden (se *NJA 1965 s. 345*)
- 4) n är en medverkansregel i BrB:s regelsystem och n' är en specialstraffrättslig medverkansregel
- 5) n är regeln i 54:10 RB och n' regeln i 36 § förvaltningsprocesslagen.

Man kan förenklat uttrycka saken så att institutanalogin är en analogi som beror på *juridiskt-tekniska orsaker*.

Vi inför vidare ett begrepp *isomorf institutanalogi* (vilket kommer till användning i framställningen av den analoga rättsanvändningens teknik i avsnitt 5.1). Tag normerna:

(n) Om säljare dröjer väsentligt med leverans, får köparen häva köpet; och

(n') Om legogivare dröjer väsentligt med leverans, får legotagaren häva legoavtalet.

Låt $n:s$ rf-struktur vara $S = \langle U, K, L, R \rangle$ och $n':s$ rf-struktur $S' = \langle U, K', L', R \rangle$.

Mellan n' och n råder isomorf institutanalogi. Därmed menas att R-relationen i de båda normernas rf-struktur är densamma (i exemplet: "väsentligt dröjsmål med leverans") medan K' och K respektive L' och L (inom vårt "Universe of Discourse", U) är disjunkta på grund av den

juridiska systematiken: K är mängden av säljare, K' mängden av legogivare, L mängden av köpare och L' mängden av legotagare.

Isomorfa institutanalogier är alltså ett slags "rena" analogier: för varje rekvisit i n finns ett motsvarande rekvisit i n' .

Men ofta när man använder regler institutanalogt åstadkommer man icke-isomorfa ("orena") analogier, d.v.s. man "begränsar analogiverkan" hos subsumtionsnormerna genom att förse dem med ytterligare rekvisit (jfr avsnitt 5.1). (Man kan också tänka sig en generalisering genom att underlåta att förse n' med rekvisit som har motsvarigheter i n .)

När det gäller institutanalogier uttryckta i lagtext används ofta den lagskrivningstekniken att man för undvikande av upprepningar formulerar hänvisningsbestämmelser innehållande uttryck av typen "skall äga motsvarande tillämpning på" och liknande.²⁸ (Se exempelvis 4:25 1 st. JB och 1 § 2 st. köplagen.)

3.5 Den analoga rättsanvändningen beskriven i termer av manipulationer med rekvisit

Hittills har vi betraktat den juridiska analogin "från rättsfallssynpunkt": analogirelationerna har beskrivits i termer av vissa relationer mellan adekvansmängder. Här studerar vi analogin "från normsynpunkt": analogin karakteriseras som ett manipulerande med rekvisit (eliminering eller försvagning av sådana).

Nyskapande av rättsnormer genom analogi kan beskrivas som förändringar på normplanet eller som förändringar på rättsfallsplanet - de båda avspeglar varandra. Man kan, lite slagordsmässigt, säga att det råder parallellitet mellan analogianalysen på rättsfallsplanet och den på normplanet.

En rättsfaktumutsaga (rf-utsaga) kan ofta sönderdelas i *rekvisit*. (Var gränsen går mellan ett och flera rekvisit är från teoretisk synpunkt likgiltigt; hela rf-utsagan kan, om man så vill, ses som ett rekvisit.) Inte sällan kan en rf-utsaga innehålla många - och svårtydda - rekvisit.

²⁸ Jfr Heller, Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung, s. 70 ff.

Av rekvisiten i en rättsnorm anger något K-mängden, något L-mängden och något R-relationen i normens rf-struktur. Alltid behöver så dock inte vara fallet. Man kan tänka sig att K- eller L-mängden är så specificerade av regelns placering i en viss lag eller del av lag att dessa mängder ej behöver explicit anges i ifrågavarande regel.

R-relationen är vanligen det mest komplicerade elementet i rf-strukturen. Den är ofta sammansatt av vad som naturligt kan ses som flera rekvisit.²⁹

Låt K-mängden i rf-strukturen för regeln i 8:1 BrB vara klassen av personer underkastade svensk straffrättskipning och L-mängden mängden av saker. Låt $\langle x, y \rangle \in K \times L$. Att R råder mellan x och y betyder då (i) att x olovligen tillgripit y , (ii) att y inte tillhör x , (iii) att x inte hade y i sin besittning, (iv) att x haft uppsåt att tillägna sig y samt (v) att x :s tillgrepp av y inneburit skada. Detta visar att R i själva verket är en sammansatt relation. Låt S_1 beteckna relationen (i), S_2 relationen (ii) o.s.v. Vi kan då konstarera att $\langle x, y \rangle$ är ett element i R om och endast om $x(S_1 \cap S_2 \cap S_3 \cap S_4 \cap S_5)y$. Med andra ord: $R = (S_1 \cap S_2 \cap S_3 \cap S_4 \cap S_5)$.

Generellt kan vi säga att en R-relation ofta är en sammansatt relation $R = (S_1 \cap \dots \cap S_n)$.

(I nyssnämnda exempel hade det självfallet varit lämpligare att ha en n -ställig R-relation i rf-strukturen där $n \geq 2$. Men för att inte komplicera teorin betraktar vi R-relationerna som tvåställiga.)

Exemplet visar också en annan sak. Det kan ofta vara godtyckligt vilka sakförhållanden som skall hänföras till K-mängden respektive L-mängden respektive R-relationen. Vi kunde sålunda i vårt exempel ha låtit L-mängden vara mängden av människor (medan K-mängden varit densamma). R-relationen hade då fått utseendet (i) att x olovligen tillgripit något som tillhör y , (ii) att x inte hade den y tillhöriga saken i sin besittning, (iii) att x haft uppsåt att tillägna sig den y tillhöriga saken samt (iv) att x :s tillgrepp inneburit skada för y .

Ofta faller det sig dock naturligt att bestämma vad som skall anses tillhöra K respektive L och vad som skall hänföras till R . Att

²⁹ Se Elwin, Några frågor angående lagtillämpning och domskrivning i straffrätten, Festskrift till Per Olof Ekelöf s. 225, där stöldstadgandet i 8:1 BrB tas som exempel på detta.

hävningensregeln i 21 § köplagen lämpligen har K-mängden säljare, L-mängden köpare och R-relationen (visst slag av) dröjsmål eller att djurplåsteristadgandet 16:13 BrB har K-mängden personer underkastade svensk straffrätt, L-mängden (vissa) djur och R-relationen "otillbörligt ut sättande för lidande" förefaller rimligt att påstå.

Att rf-strukturen enligt någon norm kan komma att avlägsna sig från vad som anges i dess rf-utsaga - åtminstone sedan normen varit gällande en tid - hänger samman med följande förhållande. De olika rekvisiten i en rf-utsaga har inte sällan olika dignitet. Somliga rekvisit är nödvändiga för att uppnå de åsyftade effekterna av normen medan andra har lägre dignitet från denna synpunkt och några kanske är irrelevanta.³⁰ Ja, det kan rent av förhålla sig så, att existensen av vissa rekvisit motverkar uppnåendet av vad lagstiftaren tänkt sig med normen. Detta kan bero på olycksfall i lagstiftningsarbetet.

Å andra sidan händer det också att rättspraxis till rf-utsagans rekvisit fogar ytterligare sådana.

Att rättsfaktummängden F_n för någon norm n är vidare än mängden O_n av fall som klart faller under rf-utsagans, rf , enligt n ordalydelse (extension, analogi) innebär att något rekvisit i rf har *elimineras* eller, i vart fall, *försvagats*. Att F_n inskränker O_n (restriktion, reduktion) betyder å andra sidan att något rekvisit har *tillfogats* de i rf angivna rekvisiten. (Jfr framställningen i avsnitt 2.23.)

Antag att vi har en rf-utsaga med rekvisiten r_1 , r_2 och r_3 ordnade i en konjunktion $r_1 \& r_2 \& r_3$. En analogi kan då bestå i att t.ex. r_3 elimineras, varvid den analoga normens rf-utsaga får utseendet $r_1 \& r_2$. Eller låt en rf-utsaga ha utseendet $r_1 \& r_2$. En annan variant av analogi kan då bestå i en försvagning av r_2 genom att man låter r_2 bli ett alternativ i en disjunktion $r_2 \vee r_3$, varvid den analoga normens rf-utsaga får utseendet $r_1 \& (r_2 \vee r_3)$.³¹ En sådan rf-utsaga kan naturligtvis, som Heller påpekat,³² uppfattas som två skilda rf-utsagor (och därmed som två skilda normer): (i) $r_1 \& r_2$ respektive (ii) $r_1 \& r_3$. Antag slutligen att vi har en rf-utsaga $r_1 \& r_2$. En reduktion av denna innebär att

³⁰ Jfr Heller, Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung, s. 83 f.

³¹ Jfr Heller, a.a. s. 71 och Tammelo, Outlines of Modern Legal Logic, s. 129.

³² Heller, a.a. s. 84.

ytterligare ett rekvisit tillfogas, så att vi erhåller rf-utsagan $r_1 \& r_2 \& r_3$.

Några exempel får illustrera det sagda.

(1) Som exempel på att F_n utvidgar O_n genom eliminerande av rekvisit kan nämnas *NJA 1952 s. 240* och *NJA 1953 s. 524*.

I 1952 års fall var läget detta. En person F hade vid försäljning av plåt överskridit då gällande stoppriser enligt prisregleringslagen. Detta beteende var kriminaliserat genom 12 § 1 mom. nämnda lag. I 12 § 3 mom. fanns en förverkanderegeln som lydde: "*Fälles någon till straff enligt 1 mom. [kurs. här] ... skall domstolen tillika förplikta honom att utgiva värdet av uppburet eller avtalat vederlag ...*".

I detta fall förhöll det sig nu så, att F inte kunde fällas till straff enligt 12 § 1 mom., då brottet hade preskriberats. Frågan var då om förverkande av uppburet vederlag kunde ske trots detta och i strid mot rekvisitet i 3 mom. att gärningsmannen skulle ha fällits till straff enligt 1 mom.

RR:n utdömde förverkande i strid mot ordalydelsen medan HovR:n underkände konfiskationsyrkandet. Fallet prövades av HD in pleno, varvid HovR:ns slut fastställdes. Men av HD:s ledamöter ville hälften (säg 12-gruppen) fastställa RR:ns domslut.

Vad RR:n och 12-gruppen i HD gjorde var att utvidga rättsfaktummängden för den i 12 § 3 mom. uttryckta rättsregeln. Eller med andra ord: Rekvisitet "*fälles någon till straff enligt 1 mom.*" eliminerades; hade 12-gruppen segrat skulle normens rf-struktur ha konstruerats som om detta rekvisit inte alls stått att finna i rf-utsagan.

I 1953 års fall var det fråga om tillämpning av en förverkanderegeln i 21 § valutaförordningen. En amerikansk medborgare S hade, med en däcksteward på M/S Gripsholm som redskap, försökt föra in pengar, inslagna i ett paket, i Sverige. S befanns ha gjort sig skyldig till anstiftan av försök till olovligt införande av svenska sedlar - ett brott enligt valutaförordningen. Emellertid kunde S inte dömas för detta brott, då han ej var underkastad svensk straffrättskipning (han var utländsk medborgare och befann sig ej i Sverige). Också den här aktuella konfiskationsregeln innehöll rekvisitet "*dömes någon till straff*". I detta fall - i motsats till det likartade 1952 års fall - utdömde HD förverkande av pengarna. HD plockade alltså ut nämnda

rekvisit ur normen och utvidgade därmed dess rättsfaktummängd.³³

(2) Som exempel på försvagning av ett rekvisit genom att förvandla det till ett alternativ i en disjunktion ("eller", förkortat "v") med ett nytt rekvisit som andra alternativ kan vi anföra *NJA 1951 s. 265*.

I 7:10 FB stadgas: "Fader till barn utom äktenskap vare skyldig, att efter vad med hänsyn till hans och moderns villkor må anses skäligt, bidra till hennes underhåll under sex veckor före och sex veckor efter nedkomsten". Under åberopande av detta stadgande yrkade Marian C. underhållsbidrag av Juan A. Juan bestred yrkandet (bl.a.) på den grunden att någon nedkomst inte förevarit - havandeskapet hade nämligen avbrutits genom abort. RR:n och HovR:n godtog denna invändning och underkände Marians yrkande. HD däremot tillerkände henne det yrkade bidraget. Den analogi - utvidgning av rättsfaktummängden - som HD utförde bestod i att tillägga ett alternativt rekvisit, som, lite klumpigt, kan formuleras: "Fader till barn utom äktenskap *eller*, där havandeskapet avbrutits genom abort, man som gjort kvinna gravid, vare skyldig etc." (med följdändring av rättsföljden).³⁴

(3) Vi låter de i avsnitt 2.23 anförda rättsfallen *NJA 1961 s. 98* (hundmålet) och *NJA 1961 s. 105* (gåvomålet) illustrera det förhållandet att inskränkning av en norms rättsfaktummängd innebär tillägg av rekvisit till de i normens rf-utsaga angivna rekvisiten. Efter HD:s dom i hundmålet bör regeln i 38 § 3 punkten i 1928 års renbeteslag läsas: "Påträffas hund, som *icke användes i lapparnas renskötsel*,³⁵ medan den jagar eller annorledes ofredar ren ..., må hunden dödas." Den reduktion HR:n företog i gåvomålet grundar sig på 5 § i 1857 års gåvoförordning med tillägg av följande rekvisit: "Har gåvotagaren gjort givaren märklig orätt eller skada *och har gåvotagaren inte handlat under sådan själslig abnormitet som avses i 5:5 SL*, stånde givaren fritt gåvan att återkalla ...".

Analogiargumentationen kan således ses som ett manipulerande med rekvisit i rf-utsagor genom eliminering eller försvagning på det sätt

³³ De båda konfiskationsmålen diskuteras utförligt i Hjerner, Om rättsfallstolkning, s. 33 ff.

³⁴ Såväl i specialstraffrättens konfiskationsbestämmelser som i 7:10 FB gjorde lagstiftaren senare ändringar i linje med HD-utslagen i *NJA 1953 s. 524* respektive *NJA 1951 s. 265*.

³⁵ Jfr avfattningen av 37 § och 38 § 1 p. samma lag.

vi nyss beskrivit. Eftersom rekvisiten i en given rf-utsaga antingen anger R -relationen eller den mängd av individer på vilken relationen råder, KxL , kan vi skilja mellan tre olika slag av analogier: (i) analogi genom utvidgning av sistnämnda mängd, (ii) analogi genom "generalisering" av själva relationen samt (iii) kombinationen av (i) och (ii). En utvidgning av KxL kan exempelvis bestå i att mängden av gäldenärer för skuldebrevsfordringar utvidgas till att omfatta mängden av gäldenärer i obligationsrättsliga förhållanden över huvud taget och en utvidgning av en R -relation kan t.ex. vara att generalisera relationen "väsentligt dröjsmål med prestation" till "dröjsmål med prestation".

Den generalisering av en given rättsregel r som uppställandet av en *modellnorm* innebär (se avsnitt 5.1), kan på samma sätt beskrivas i termer av eliminering eller försvagning av rekvisit i r .

Vi betraktar, som tidigare utvecklats, en rf-struktur $S = \langle U, K, L, R \rangle$ som en urvalsprincip eller ett identifikationskriterium med vars hjälp man urskiljer de fall på vilka en given lagregel är tillämplig. Som bl.a. föregående resonemang visar är lagregelns rf-utsaga inte det enda argumentet vid fastställandet av den mot lagregeln korresponderande rättsnormens rf-struktur. Innehållet i prejudikat, förarbeten, andra lagar eller lagkommentarer kan vara argument som spelar roll vid fastställandet av normers rf-strukturer.

4. LIKHET OCH ANALOGIARGUMENTATION

4.0 Inledning

De analogirelationer vi studerar i detta arbete har, som tidigare framhållits, följande utseende: "en norm, n' , med avseende på ett fall, f' , är analog med en norm, n , med avseende på ett fall, f ."

Vår definition av det juridiska analogibegreppet inkluderar två nödvändiga - och tillsammans tillräckliga - villkor:

(i) Mellan n' och n skall råda någon av normrelationerna (13) - (16) i n :s spektrum (jfr avsnitt 3.1).

Av skäl som redovisats i 3.4 räknar vi inte normrelationerna (9) - (12) som (oegentliga) analogirelationer.

Inte heller tar vi i vår definition med de s.k. rättsföljdsanalogierna, d.v.s. normrelationerna (3), (4), (7) och (8). Dessa skall underkastas en separat behandling (i avsnitt 4.4).

Vår teori omfattar inte heller sådana sammansatta normrelationer, vilka behandlades i avsnitt 3.3.

(ii) f' och f skall tillhöra en likhetsmängd konstituerad av en *analogigrundande* (likhets)*egenskap*.

Detta kapitel skall ägnas villkoret (ii).

Att det juridiska analogibegreppet är intimt relaterat till likhetsbegreppet betraktas i litteraturen på området som något närmast självklart. Ibland framskyntar tanken att analogi och likhet är ungefär samma sak, ibland att analogi är ett visst slag av likhet¹ och

¹ Så Austin, *Lectures on Jurisprudence*, vol. I, (Lecture V), s. 167: "Analogy is a species of resemblance." Men som framgår av den närmast följande framställningen hos Austin laborerar han även med ett annat analogibegrepp, där "resemblance is opposed to analogy".

Ofta är det, i flera europeiska språk, naturligt att använda "analog" i betydelsen "lik". Se t.ex. Strömholm, *Le Droit moral de l'auteur*, II:1, s. 74: "On pourrait être tenté de conclure que si l'identité substantielle [mellan verk i upphovsrättslig mening] est réellement rompue, se *cas* doit être considéré comme *analogue* aux simple usurpations de nom." [Kurs. här]. En annan vanlig användning av ordet "analog" är i betydelsen "isomorf", t.ex. när man talar om analoga formella teorier. I den meningen torde von Wright (*An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action*, s. 13 f) använda termen, när han hävdar att nedanstående "formella" analogi råder mellan uppträdandet hos de logiska operatorer som svarar mot följande begrepp i det naturliga språket (" - " står för "icke"): ... (forts.)

ibland att analogin beror på, eller motiveras av, likhet mellan entiteter av något slag - för juridikens del juridiskt intressanta situationer, eller rättsfall.

Vår analys av likhetsbegreppets funktion vid juridisk analogiargumentation bygger närmast på den sistnämnda tanken. Vi tänker oss att analogi är en relation mellan rättsnormer, som motiveras, eller rättfärdigas, av likhet av visst slag mellan rättsfall. Denna likhet mellan rättsfall är emellertid så fundamental vid juridisk analogiargumentation att vi tar med den som en klausul i vår definition av analogirelationen.

Denna syn på saken, som ju ligger nära tillhands, finns företrädd på flera ställen i analogilitteraturen. Ross, exempelvis, beskriver analogirelationen på följande sätt:²

Den problematik, der ligger bag den udvidende fortolkning (analogislutningen) kan skildres således. Hvis en regel efter "naturlig sproglig forståelse" finder anvendelse på område a, forudsætter dens udvidelse til område b, (1) at en retlig vurdering ud fra de formål og ideer, der antages at have bestemt reglen, taler for at anvende den også på område b. --- Og (2) at der ikke mellem a og b er nogen sådan forskel, der ud fra andre retlige vurderinger og ideer kan begrunde, at de to tilfælde behandles forskelligt.

Ross' villkor (1) och (2) anger preliminärt vad vi inlägger i begreppet "analogigrundande egenskap".

På ett något mer precist sätt uttrycker García Máynez tanken att analogislutet rättfärdigas av en dominant likhet mellan rättsfall:³

[Wir können sagen] dass die Füllung einer Lücke auf dem Wege der Analogie nur gerechtfertigt ist, wenn folgende Bedingungen gegeben sind:

1) die Ähnlichkeit zwischen dem unvorgesehenen Fall und dem analogen, vorgesehenen muss auf einem gemeinsamen Element M beruhen, das für den vorgesehenen Fall die Anwendung einer bestimmten Rechtsfolge rechtfertigt;

... E	något	M	möjligt	P	tillåtet
- E	inget	- M	omöjligt	- P	förbjudet
- E - alla	- M -	nödvändigt	- P -	obligatoriskt	

Om förhållandet mellan begreppen "analogi" och "likhet" i allmänhet, se vidare Heller, Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung, s. 7 ff.

² Ross, Om ret og retfaerdighed, s. 176.

³ García Máynez, Die Argumente a simili ad simile, a maiore ad minus und a minore ad maius, s. 118.

2) die Zuschreibung auf den unvorgesehenen Fall einer Folge, die das Gesetz mit dem analogen, vorgesehenen verknüpft, muss ebenfalls in dem gemeinsamen Element M begründet sein;

3) in dem unvorgesehenen Fall darf nichts vorhanden sein, das verhindern würde, auf Grund des gemeinsamen Elements M die für den analogen, vorgesehenen Fall bestimmte Vorschrift auf diesen speziellen Fall anzuwenden.

Detta citat uttrycker vissa grundläggande idéer om den juridiska analogin, vilka idéer inspirerat utvecklandet av den teori som framställs i detta arbete. Förevarande kapitel följer nedanstående program.

Likhetsbedömningar av olika slag - även utanför området för rättsanvändning *per analogiam* - är inga okända fenomen i juridiken. Det kan därför ha sitt intresse att först betrakta och jämföra några sådana. Utmärkande för juridiska likhetsbedömningar finner vi, inte överraskande, vara deras finala karaktär - eller annorlunda uttryckt: likhetskriterier bestäms av, låt oss kalla det, rättspolitiska överväganden. Om detta handlar avsnitt 4.1.

En annan, nära tillhands liggande, jämförelse just när det gäller likhetsbegreppets roll vid analogi är den mellan det analogislut som brukar behandlas i litteraturen om induktionslogik och som (möjligen) förekommer i olika empiriska vetenskaper - här kallat det induktiva analogislutet - och det juridiska analogislutet. I 4.2 ges en presentation av det induktiva analogislutet, vars kärna vi finner vara en relation av visst slag mellan en likhetsbas och ett analogitema.

I avsnitt 4.3 skall vi beskriva analogiernas mängdteoretiska struktur. Vi introducerar rättsfallsmängderna *likhetsmängd* och *analogimängd* samt definierar preliminärt begreppet *analogigrundande egenskap*.

I 4.4 ges - med användning av det i avsnitt 2.3 definierade begreppet "rättsgrund" - en mer precis definition av "analogigrundande egenskap", där sådana egenskapers finala karaktär framhävs. Avsnittet mynnar ut i en definition av det juridiska analogibegreppet. Därjämte behandlas, helt kort, de s.k. rättsföljdsanalogierna.

I 4.5, slutligen, skall något sägas om de olika analogirelationernas formella egenskaper.

4.1 Likhetsbedömningar i juridiken

Det kan vid en explikation av likhetsbegreppets roll i analogiresonemang vara av intresse att studera likhetsbedömningar i andra juridiska sammanhang.

(1) Inom processrätten har Ekelöf fäst uppmärksamheten vid en rad s.k. identitetsfrågor.⁴ Det är fråga om identitet mellan processuella entiteter som yrkanden, grunder, talan, saker och gärningar. Sådana identitetsfrågor aktualiseras vid tillämpning av olika stadganden i RB, vilka innehåller uttryck som "samma sak" (13:3 3 st.), "annan gärning" (30:3), "samma gärning" (45:5 3 st.) o.s.v.

Först måste konstateras, att det här egentligen inte är fråga om identitet utan om (höggradig) likhet.⁵ Liksom relationen "lik med avseende på ..." är identitetsrelationen en ekvivalensrelation. Men medan likhet mellan två företeelser a och b råder om och endast om a och b har åtminstone en gemensam egenskap, föreligger identitet mellan a och b om och endast om varje egenskap hos a också är en egenskap hos b och varje egenskap hos b också är en egenskap hos a . När man i processuella sammanhang talar om exempelvis två identiska gärningsbeskrivningar a och b menar man emellertid att a och b har samtliga processuellt relevanta egenskaper (kriterier), säg f , g , h , gemensamma. Detta förhållande kan man beskriva genom att säga antingen att a och b är lika med avseende på f , g , h eller att a och b är identiska med avseende på samtliga relevanta egenskaper (f , g , h). Låt oss kalla detta senare identitetsbegrepp för *svag identitet*.

I det praktiska livet torde det vara vanligt att "abstrahera från" i en given situation (t.ex. en problemlösning- eller beslutssituation) ovidkommande egenskaper hos jämförda storheter. I språket tar detta sig uttryck i att man använder termer för (svag) identitet i stället för termer för likhet. Man säger t.ex. "Jag åker till jobbet varje morgon med samma tåg" och vill naturligtvis inte därmed göra gällande

⁴ Ekelöf, Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper, s. 39-54 och 86-121; dens., Ändring av talan, SvJT 1957 s. 314 ff; dens., Rättegång I s. 28 ff. och Rättegång III, 2 uppl., s. 136 ff.

⁵ Jfr Ekelöf, Processuella grundbegrepp, s. 45 och Olivecrona, Rätt och dom, s. 281 ("Två olika skildringar av ett händelseförlopp är naturligtvis inte identiska, men de kunna vara mer eller mindre lika varandra.").

att det varje morgon är fråga om samma lok och samma vagnar i samma ordning.⁶ Och på samma sätt säger man i processrätten att två av en åklagare framförda gärningsbeskrivningar beskriver samma gärning även om åklagaren i den senare gärningsbeskrivningen anför ytterligare gärningsmoment.

Jag tror, för att göra en kort exkurs, att det nyss sagda kan förklara ett inte sällan påpekat förhållande när det gäller lagtolkning. Det förekommer, som bekant, att domare namnger ting eller sakförhållanden med ord eller uttryck, vilka, åtminstone i det allmänna språkbruket, inte denoterar dessa ting eller sakförhållanden. Om dessa ord eller ordsekvenser ingår i rättssatser som uttrycker rättsnormer, låter sig normerna i fråga tillämpas på situationer, i vilka sådana ting och sakförhållanden förekommer. Ett sätt att beskriva detta beteende är att säga, att domaren *definierar* i rättssatser förekommande ord eller uttryck på sådant sätt att ting eller sakförhållanden av nämnt slag kommer att denoteras av dem.⁷ Som ett exempel kan nämnas 14:15 SL, som beskrev den gärningen att någon "i uppsåt att göra skada eller eljest i vredesmod, emot annan dragit kniv eller svärd, spämt bössa eller rest annat livsfarligt vapen". Detta uttryck har ansetts omfatta slag i huvudet med hammare (*NJA 1905 s. 73*), kastande av strykjärn (*NJA 1942 s. 24*, HR:n och HovR:n), slag med skyffel (*NJA 1943 s. 48*) och slag med järnskena (*NJA 1946 s. 471*).⁸ Om fall, som tidigare icke tillhört rättsfaktummängden R_n enligt en given norm n , genom en dylik definition kommer att utgöra element i R_n , föreligger en, låt oss kalla det, *kamouflerad analogi*. Sådana torde vara vanligast förekommande inom rättsområden, där legalitetskravet är särskilt starkt, såsom i straff- och skatterätten. Det är också möjligen så, att kamouflerade analogier var vanligare för några decennier sedan än vad de är nu, vilket kan sammanhånga med att fiktioner spelade en större roll i äldre juridik. Vad vi här vill göra gällande är, att denna trafik underlättas av det förhållandet att man i vanligt språkbruk ofta uttrycker likhet

⁶ Jfr Ekelöf, a.a. s. 42.

⁷ Jfr Oppenheim, *Outline of a Logical Analysis of Law*, s. 147.

⁸ Som ett ytterligare exempel härpå kan nämnas det av Strömholm utförligt behandlade arvskattefallet *NJA 1965 s. 33*. (Teleologisk metod och likformig argumentation, Festskrift till Per Olof Ekelöf, s. 671 ff.)

i termer av svag identitet. Det är lika naturligt att säga att slag med skyffel är resande av livsfarligt vapen (med avseende på straffrättsligt relevanta egenskaper) som att slag med skyffel *liknar* resande av livsfarligt vapen (med avseende på dessa egenskaper).⁹

De processuella identitetsfrågorna är alltså frågor om likhetsbedömning. Om denna bedömning gör Ekelöf en del uttalanden, vilka är av intresse även för vår analys.

(i) Man kan laborera med olika likhetsegenskaper (i Ekelöfs terminologi: identitetskriterier) vid fastställandet av likhet (identitet) mellan samma givna entiteter.¹⁰

(ii) Valet av relevanta likhetsegenskaper betingas av ändamålssynpunkter.¹¹

(iii) De relevanta likhetsegenskaperna behöver inte vara "inre egenskaper" hos de jämförda storheterna utan kan vara relationer till storheter "utanför" dessa.¹² För oss intressanta relationer av detta slag är kausalrelationer, där de jämförda storheterna orsakar (eller är ägnade att orsaka) sakförhållanden av samma slag. Och bland dessa kausalrelationer speciellt sådana, där de jämförda storheternas *funktion* är att åstadkomma sakförhållanden av samma slag.¹³

(2) I immaterialrätten är likhets- eller identitetsbedömningar betydelsefulla. Vad det här gäller är att jämföra verk i immaterial-

⁹ I rättsfallet *NJA 1943 s. 48* uttalade HD att "den skyffel var-med misshandeln skedde *med hänsyn till sin form och tyngd är att betrakta såsom* livsfarligt vapen (kurs. här).

¹⁰ Ekelöf a.a. s. 42: "Antag att man utfrågar en arkitekt, en byggnadsingeniör och en husmor om huruvida ombyggnaden av ett hus medfört förändring med avseende på dettas identitet. Helt säkert skulle de härvid inte tillämpa samma identitetskriterier."

¹¹ Ekelöf a.a. s. 49: "Antag att man i res judicatafallet använder sig av ett annat identitetskriterium än vid ändring av talan. Anledningen härtill kan icke vara att processen tillhör det förgångna utan det motiveras av att skilda ändamålssynpunkter göra sig gällande inom de båda instituten. Att detta kan påverka identitetsfrågans bedömning är inte någonting egendomligt." Se också Ekelöf, Ändring av talan, s. 317 ff.

¹² Ekelöf, Processuella grundbegrepp, s. 45: "Vidare må uppmärksammas att, ehuru ett identitetskriterium alltid måste vara utmärkande för den ifrågavarande företeelsen, det icke förefaller vara nödvändigt att kriteriet tillhör denna i den meningen att det utgör *ett däri ingående element*. Detsamma kan lika väl utgöras av en *relation*, i vilken företeelsen står till annat verkligt."

¹³ Jfr Ekelöf a.a. s. 45 n. 10: "Användningen (av ett hus) betraktas alltså ... som en yttre relation, vari huset står till annat verkligt."

rättslig mening för att, allmänt talat, avgöra huruvida det ena innebär en kränkning av det andras rättsligt skyddade position.

Sådana identitetsfrågor har behandlats av bl.a. Strömholm.¹⁴ Och hans uttalanden om likhetsbedömningen inom detta rättsområde påminner starkt om Ekelöfs inom processrätten. Sålunda framhåller Strömholm att man här bör laborera med olika identitetskriterier (jfr (i)),¹⁵ och han presenterar tre olika slag av sådana (identité substantielle, identité nominale och identité fonctionnelle). Vidare framhåller Strömholm att man vid likhetsbedömningen i vissa fall bör ta hänsyn till de jämförda verkens *funktion* (jfr (iii)).¹⁶

Precis samma tankar återkommer i Heidings framställning av varumärkesrätten.¹⁷ Här är det fråga om att jämföra varumärken och därvid använder sig Heiding av olika kriterier (jfr (i)) såsom förväxlingsavsikten, totalintrycket (där en tillämpning av gestaltpsykologin tycks aktualiseras), förhållandet att märkena "giva uttryck åt samma idéinnehåll", överensstämmelse i färg etc. Vidare måste man inom varumärkesrätten göra en bedömning av vad som menas med "varor av samma eller liknande slag" (6 § varumärkeslagen). Detta beror på att hinder för registrering av varumärken föreligger då jämförda märken representerar sådana varor. När det gäller denna likhetsbedömning framhåller Heiding att den måste göras utifrån ändamålssynpunkter (jfr (ii)).¹⁸ Heiding påpekar därvid att de jämförda varornas funktion är av betydelse vid likhetsbedömningen (jfr (iii)).¹⁹

¹⁴ Strömholm, *Le Droit moral de l'auteur*, II:1, s. 72 ff.

¹⁵ Strömholm a.a. s. 72: "En ce qui concerne le problème général nous croyons qu'il suffit d'affirmer que l'identité doit être considérée comme un concept relatif, déterminé par les critères choisis pour l'établir."

¹⁶ Strömholm a.a. s. 75: "On peut dire que tous les ouvrages ... qui ont le même but pratique sont *identiques du point de vue de leur fonction*. Il existe des critères d'identité fonctionnelle."

¹⁷ Heiding, *Svensk varumärkesrätt*, 2 uppl., s. 41 ff.

¹⁸ Heiding a.a. s. 48: "Vid tolkningen av begreppet varor av liknande slag måste man utgå från varumärkets ändamål att skilja olika näringsidkares varor från varandra."

¹⁹ Heiding a.a. s. 49: "Varor, som användes för *samma eller praktiskt taget samma ändamål*, anses därför såsom varor av liknande slag, t.ex. kaffe - kaffesurrogat, raktvål - rakkräm och lim - klister. Även då varorna endast avse *närliggande användningsområden* anses som regel varuslagslikhet föreligga, t.ex. skodon - strumpor, nagellack - läppstift, mjölk - bröd och motorer - ångmaskiner."

Ett genomgående drag i juridiska likhetsbedömningar finner vi alltså vara deras finala karaktär. Likhetskriterierna skall, menar man, väljas efter ändamålssynpunkter. Den bakom detta liggande tanken kan vi uttrycka på följande sätt. Vad man gör när man utväljer identitetskriterier (relevanta likhetsegenskaper) är att uppställa ett slags (empiriskt konstaterade eller de lege ferenda föreslagna) legaldefinitioner av typen ($R_1 \dots R_m$ och $S_1 \dots S_n$ är relationer):

(1) h och h' är samma gärning om och endast om $h R_1 h'$ eller $h R_2 h'$ eller ... eller $h R_m h'$

(2) v och v' är varor av samma eller liknande slag om och endast om $v S_1 v'$ eller $v S_2 v'$ eller ... eller $v S_n v'$ där definieändum innehåller i lagen förekommande uttryck som "samma gärning" och "varor av samma eller liknande slag" och definieändans anger disjunktioner av utvalda likhetskriterier.

Ändamålsidén (se (ii) ovan) kan då preliminärt beskrivas så, att om man i de aktuella lagreglerna ersätter lagens uttryck med uttryck som anger likhetskriterierna, så är tillämpningen av de rättsregler man då erhåller ägnade att åstadkomma vissa önskvärda samhällstillstånd.

På liknande sätt förhåller det sig vid utväljandet av sådana likhetsegenskaper som vi kallar *analogigrundande egenskaper*, då en analog användning av någon rättsnorm har aktualiserats (se avsnitt 4.3). Vi har en norm n , dess rättsfaktummängd R_n och ett fall $f \in R_n$, som har egenskapen g . Syftet med n säger vi vara att uppnå det önskvärda samhällstillståndet t . Vidare har vi ett fall $f' \notin R_n$ som likaledes har egenskapen g . Att likhetsegenskapen g är en av ändamålsskäl utvald analogigrundande egenskap kan då - starkt förenklat - sägas innebära följande: På grund av att f' har egenskapen g gäller att om en norm av visst slag, n' , tillämpas på f' , så uppnås ett önskvärt samhällstillstånd, t' . Denna tanke, som söker träffa själva kärnan i juridiska analogiresonemang, skall vi göra ett försök att explicera i senare avsnitt.

I själva verket bygger, som kommer att framgå, vår teori om den komplicerade likhetsrelation som analogirelationer mellan rättsnormer utgör på tanken att *rättsnormer* kan likhetsjämföras med avseende på deras *funktion* - d.v.s. är entiteter av det slag som med Ekelöfs ord kan jämföras med avseende på relationer, i vilka företeelserna står "till

annat verkligt" (jfr (iii) ovan och not 12) och i synnerhet företeelsernas funktion (jfr not 13). Liksom man säger att

(1) huset h' är samma hus som huset h med avseende på husens användning som kontorsbyggnad

(där h' är, säg, en ombyggnad av h) kan man säga att

(2) normen n' tillämpad på fallet f' är analog med normen n tillämpad på fallet f med avseende på de önskvärda samhällstillstånd, som n tillämpad på f och n' tillämpad på f' är ägnade att åstadkomma.

Innan vi övergår till att utveckla den här antydda tanken, skall ytterligare en anmärkning göras i anslutning till (iii). *Analogigrundande egenskaper* är inte sällan egenskaper av den typ Ekelöf, Strömholm och Heiding syftar på, när de talar om de jämförda storheternas *funktion*. Under vissa omständigheter har en laddad pistol, en hammare, ett strykjärn, en skyffel och en järnskena samma funktion, nämligen att vara ett medel för att försätta någon i livsfara. Denna funktion hos de uppräknade föremålen kan då utgöra en analogigrundande egenskap. (Detta är någonting annat än det vi nyss sade om *normers* funktion.) En icke ovanlig analogigrundande egenskap i skadestands- och straffrätt är just *farligheten* hos ett speciellt handskande med vissa föremål. Ett annat exempel kan hämtas från värdepappersrätten. De i 32 § skuldebrevslagen omnämnda slagen av värdepapper (bankmotböcker, förlagsbevis) behandlas i vissa avseenden som enkla och i andra avseenden som löpande skuldebrev. Det förefaller rimligt att anta, att dylika värdepapper i vissa avseenden har samma funktion som enkla skuldebrev och i andra avseenden samma funktion som löpande skuldebrev. Därför tillämpar man i det förra fallet reglerna om enkla skuldebrev på dessa värdepapper och i det senare fallet reglerna om löpande skuldebrev.

4.2 Det induktiva analogislutet

Utanför juridiken möter oss ett analogislut som brukar behandlas i framställningar om induktiva slutledningar²⁰ och som anses utgöra ett i em-

²⁰ Se t.ex. von Wright, A Treatise on Induction and Probability, s. 254 ff., dens., The Logical Problem of Induction, s. 134 ff. och Marc-Wogau, Modern Logik, s. 178 ff. Jfr Heller, Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung, s. 17 ff. och där förekommande hänvisningar till tysk filosofisk litteratur.

piriska vetenskaper i allmänhet använt analogislut. Därvid betraktas analogin ibland som en variant av induktion,²¹ ibland som något med induktion närbesläktat²² och ibland som något från induktion mer skilt.²³ Det kan vara av intresse att jämföra detta analogislut - låt oss benämna det *det induktiva analogislutet* - med det juridiska analogislut som är föremål för studium i detta arbete. Av speciellt intresse är den roll likheter spelar i de båda slagen av analogi. (Av detta skäl behandlas det induktiva analogislutet just här.)

Vi skall i detta avsnitt ge en kortfattad presentation av vad vi uppfattar som det väsentliga hos det induktiva analogislutet. Vad som här sägs därom skall i ett följande avsnitt jämföras med det juridiska analogislutet.

Ett sätt att betrakta det induktiva analogislutet är att se det som en hopkoppling av en induktiv och en deduktiv slutledning.²⁴ Analogislutet

(1) s_1 är a, b, c

(2) s_2 är a, b

(3) s_2 är c

kan, enligt denna tanke, upplösas i induktionen

(1') s_1 är a, b, c

(2') s_1 är s

(3') Varje s är a, b, c

och deduktionen

(3') Varje s är a, b, c

(4') s_2 är s

(5') s_2 är a, b, c

²¹ Se Marc-Wogau, a.a. s. 178.

²² Se von Wright, A Treatise on Induction and Probability, s. 264.

²³ Se Lindenbaum Hosiasson, Induction et analogie: Comparaison de leur fondement, Mind 1941, s. 351.

²⁴ Se Heller, a.a. s. 18.

Den moderna forskningen rörande det induktiva analogislutet bygger på en insikt om att detta har "probabilistiska inslag" och att dess analys därför kräver en mobilisering av sannolikhetsteori.²⁵ En analys av detta slag har utförts av von Wright.²⁶

Det essentiella i det induktiva analogislutet enligt von Wright kan sammanfattas i följande punkter.

(1) Av det faktum att två sakförhållanden ("things"), x och y , liknar varandra med avseende på egenskaperna $A_1 \dots A_n$ och att x därjämte har egenskapen B sluter vi att också y karakteriseras av egenskapen B .

(2) Sannolikheten hos slutsatsen i ett analogislut (t.ex. " y har egenskapen B ") är större ju högre antalet n är av likhetsegenskaper ($A_1 \dots A_n$) hos de jämförda sakförhållandena x och y . (Däremot gör von Wright inte gällande att sannolikheten hos slutsatsen är en funktion *enbart* av storleken hos n .)

(3) Orsaken till att analogislutet förefaller övertygande är att vi misstänker något slags *samband* mellan förefintligheten av egenskaperna $A_1 \dots A_n$ och egenskapen B hos ett sakförhållande. De förra egenskaperna tänkes vara på något sätt "ansvariga" för existensen av den senare egenskapen hos ifrågavarande sakförhållande.

(4) Denna "ansvarighetsrelation" analyseras i termer av tillräckliga (eller ev. nödvändiga och tillräckliga) betingelser. Om mängden av likhetsegenskaper $A_1 \dots A_n$ (sannolikt) innehåller ett element som är en tillräcklig betingelse för B - eller flera element som tillsammans utgör en sådan betingelse - så innebär existensen av likhetsegenskaperna hos ett sakförhållande att detta (sannolikt) också karakteriseras av B .

(5) Sannolikheten för att n egenskaper ($A_1 \dots A_n$) bland sig innehåller en tillräcklig betingelse för B är större, ju större n är.

Det är, som von Wright påpekar, givet att *antalet* likhetsegenskaper inte ensamt kan vara avgörande för trovärdigheten hos ett induk-

²⁵ Se t.ex. Carnap, *Logical Foundations of Probability*, § 110 D samt i not 23 och 20 nämnda arbeten av Lindenbaum Hosiasson och von Wright. En resumé av Lindenbaum Hosiassons och Carnaps probabilistiska analogiteorier återfinns i Heller a.a. s. 46 ff.

²⁶ von Wright, *The Logical Problem of Induction*, s. 134 ff.

tivt analogislut. Har vi två sakförhållanden, s_1 och s_2 , av vilka s_1 har egenskapen B , kan vi, när vi vill undersöka huruvida även s_2 har egenskapen B , inte nöja oss med att beakta antalet för s_1 och s_2 gemensamma egenskaper. Det kan ju exempelvis bland omständigheterna i s_1 finnas någon, C , som saknas i s_2 och som med stor sannolikhet är en tillräcklig betingelse för B . Detta förhållande kan vara ägnat att kasta tvivel över påståendet att det bland likhetsegenskaperna finns en tillräcklig betingelse för B . Eller det kan vara så att det bland omständigheterna i s_2 finns någon, D , som med stor sannolikhet är en tillräcklig betingelse för *icke-B*.

I det följande skall jag anställa några reflexioner som har att göra med dels det probabilistiska inslaget i det induktiva analogislutet och dels betydelsen av faktorer av nyssnämnt slag. Jag är angelägen att framhålla att dessa funderingar är av utomordentligt tentativ karaktär. De tangerar filosofiska problem av betydande svårhetsgrad. Att jag ändå tar upp dessa ting till diskussion beror på att jag vill ha en bas, låt vara bräcklig, för en jämförelse mellan det induktiva analogislutet och det juridiska (vilka slut vi, *ex hypothesi*, tills vidare betraktar som skilda.)

Vår tankegång skall illustreras med hjälp av några variationer på ett exempel²⁷ där vi jämför två situationer, s_1 och s_2 , i vilka en patient undergår tandläkarbehandling. s_1 och s_2 har vissa gemensamma egenskaper. Mängden av dem kallar vi *likhetsbasen*. I exemplet är det fråga om att analogivis tilldela s_2 en egenskap som man vet finns hos s_1 , nämligen att patienten upplever smärta. Påståendet att s_1 har denna egenskap kallar vi *analogitemat*. Omständigheter i (eller egenskaper hos) s_1 och s_2 betecknas med bokstäverna a, b, c etc. enligt följande:

- a = att tandläkaren borrar i patientens tand
- b = att patienten vrider sig i stolen
- c = att tandläkaren har en vacker sköterska
- d = att patienten ogillar ljudet av borren
- e = att patienten har kramp i benet
- f = att patienten är lokalbedövad
- g = att patienten upplever smärta.

²⁷ Exemplet är (i modifierad form) hämtat från Marc-Wogau, *Modern Logik*, s. 178 ff.

Påståendet att g föreligger är analogitemat.

Påståenden om existensen av sakförhållandena $\alpha-g$ är logiskt oberoende av varandra.

(I exemplet bortser vi från att smärtupplevelsen kan variera i intensitet. Vi antar att det i vårt exempel inte förhåller sig på detta sätt.)

Det centrala begreppet i explikationen av den induktiva analogiargumentationen är "tillräcklig betingelse". För att analogislutet skall övertyga måste man göra sannolikt att likhetsbasen innehåller en tillräcklig betingelse för den omständighet som analogitemat handlar om.²⁸

En analys av den mycket komplicerade relationen " x är sannolikt en tillräcklig betingelse för y " erbjuder betydande svårigheter. Någon sådan analys har jag inte kunnat finna utförd i litteraturen. Nedanstående "analys" får ses som ett preliminärt försök att återge en intuitiv uppfattning i mer explicit form.

Först kan konstateras att begreppet "tillräcklig betingelse" är relativt i den meningen att det kan förhålla sig så att x är en tillräcklig betingelse för y (förkortat: " $xTBy$ ") i mängden av omständigheter F_1 men ej i omständighetsmängden F_2 . Den relation man skall explicera är således relaterad till någon mängd av omständigheter (F): $xTBy$ i F .

Den intuitiva uppfattningen om "tillräckligheten" är väl att x ensam skall "klara" existensen av y i omständigheterna F , d.v.s. att den betingade omständigheten föreligger så snart den betingande föreligger oavsett vilken kombination för övrigt av faktorer i F som utgör den *faktiska* situationen. I tillräckligheten ligger ett slags oberoende.

Man kunde nu tänka sig att så att säga baka in det probabilistiska inslaget i själva definitionen av $xTBy$ i F , eller, med andra ord, att jämföra sannolikheten för y givet olika situationer där x ingår.

Lite mer explicit och tekniskt uttrycker vi denna tanke så här:

Hypotes: $xTBy$ i $F.F = \{x, y, f_1 \dots f_k\}$

Vi bildar mängden $S = F \setminus \{x, y\}$, d.v.s. $S = \{f_1 \dots f_k\}$.

²⁸ Att det vid induktiv analogi är fråga om sannolikheten för att något är en tillräcklig betingelse för något annat se von Wright a.a. s. 134 f. och Marc-Wogau a.a. s. 179.

Låt vidare $Z = \{z_1 \dots z_n\}$ vara potensmängden av S och z_i ett godtyckligt element i Z ($z_i \in Z$). Vi kan då uppställa villkoret ("Pr (/)" är en binär sannolikhetsfunktör: "sannolikheten för ... givet ..."):

$$xTB_y \text{ i } F \text{ om och endast om } Pr(y / x, \overline{z_i}) \geq Pr(y / x, z_i)$$

för vilket z_i som helst i Z .

(Formeln utläses: x är en tillräcklig betingelse för y i omständigheterna F om och endast om sannolikheten för y givet x men inte z_i är minst lika stor som sannolikheten för y givet x och z_i .)

Villkoret säger, att sannolikheten för y givet x och vilken kombination som helst av faktorer i F förutom x och y inte får vara större än sannolikheten för y givet x utan att denna kombination föreligger. Ty ökade sannolikheten för y när en sådan kombination infördes i närvaro av x , så vore det ju inte sannolikt att x var en tillräcklig betingelse för y . Är xTB_y , så kan inte z_i påverka sannolikheten av att y föreligger givet att x föreligger. Tillräckligheten betyder just detta.

Skulle också z_iTB_y , kan tecknet " $\geq$ " ersättas med " $=$ ".

x kan givetvis vara en konjunktion av faktorer, t.ex. $x = x_1 \& x_2 \& x_3$. Var och en av x_1 , x_2 och x_3 är då en del av en tillräcklig betingelse för y .

Vi betraktar nu följande fall:

$$(1) \quad s_1 = \{a, b, c, g\}$$

$$s_2 = \{a, b, d\}$$

$$\text{Likhetsbasen} = \{a, b\}.$$

Antag att vi kan konstatera, att varken c i s_1 eller d i s_2 påverkar patienten från smärtsynpunkt i någon riktning. c och d är således *irrelevanta faktorer*. (Det låter vi dem vara också i de följande fallen.) Trovärdigheten hos analogitemat beror alltså på sannolikheten för att det i likhetsbasen finns en tillräcklig betingelse för g .

(Exemplet tycks dock visa att analogiargumentets styrka inte uteslutande beror på huruvida det finns en tillräcklig betingelse i likhetsbasen som kauserar analogitemat. Antag att vi finner att $\{a, b\}$ är en tillräcklig betingelse för g . Av de båda faktorerna i likhetsbasen är det då rimligt att säga om a att denna kauserar g . Däremot är det inte rimligt att säga om b att denna är (en komponent i) orsaken till g . Snarare är ju g en orsak till b . Men ändå kan det ju

vara rimligt att hävda att sannolikheten för g givet a och b är större än sannolikheten för g givet enbart a : $Pr(g/ab) > Pr(g/a\bar{b})$. Man får alltså skilja de faktorer som *orsakar* smärtan från de övriga faktorer som gör antagandet att smärtan föreligger sannolikt.²⁹⁾

$$(2) \quad s_1 = \{a, b, c, e, g\}$$

$$s_2 = \{a, b, d\}$$

$$\text{Likhetsbasen} = \{a, b\}.$$

I detta fall kan det vara svårt att avgöra huruvida likhetsbasen innehåller en tillräcklig betingelse för g . Det ligger ju nära tillhands att anta antingen att e är en ensamt tillräcklig betingelse för g , medan $\{a, b\}$ inte är det eller att varken e eller $\{a, b\}$ är var för sig ensamt tillräcklig för g men att e och $\{a, b\}$ tillsammans är det. I båda fallen är ett analogislut oberättigat. Berättigat blir det endast om $\{a, b\}$ är en ensamt tillräcklig betingelse för g - och då spelar det ingen roll att också e är ensamt tillräcklig för g . För att ett analogislut skall godtas bör alltså följande villkor vara uppfyllt: $Pr(g/ab\bar{e}) \geq Pr(g/abe)$.

$$(3) \quad s_1 = \{a, b, c, e, g\}$$

$$s_2 = \{a, b, d, e\}$$

$$\text{Likhetsbasen} = \{a, b, e\}.$$

Antag att $\{a, b\}$ respektive e båda är ensamt tillräckliga för g . Enligt vårt villkor ökar inte analogiargumentets styrka genom att likhetsbasen innehåller två skilda, var för sig tillräckliga betingelser för analogitemat i förhållande till det fall att endast en tillräcklig betingelse föreligger. Ty $Pr(g/ab\bar{e}) = Pr(g/abe) = Pr(g/\overline{abe})$.

$$(4) \quad s_1 = \{a, b, c, g\}$$

$$s_2 = \{a, b, d, e\}$$

$$\text{Likhetsbasen} = \{a, b\}.$$

²⁹ På samma sätt förhåller det sig inom bevisvärderingen. Från exempelvis det faktum att bromsspår av viss längd föreligger sluter vi till att bilen som åstadkommit dessa (sannolikt) haft hastigheten h km/tim. Och hastigheten är en komponent bland orsakerna till bromsspåren. - Att induktiva analogislut kan tänkas förekomma vid bevisvärdering har påpekats i avsnitt 2.4.

Om det är sannolikt att $\{a, b\}$ respektive e är var för sig ensamt tillräckliga betingelser för g , kan man som argument för att g föreligger i s_2 åberopa såväl en analogi från s_1 som existensen av e . Men att åberopa bådaddera ökar inte argumentvärdet jämfört med att åberopa endast endera.

$$(5) \quad s_1 = \{a, b, c, f, g\}$$

$$s_2 = \{a, b, d\}$$

$$\text{Likhetsbasen} = \{a, b\}.$$

$$(6) \quad s_1 = \{a, b, c, f, g\}$$

$$s_2 = \{a, b, d, f\}.$$

$$\text{Likhetsbasen} = \{a, b, f\}.$$

Beträffande dessa båda fall räcker det att notera, att i (5) existensen av f i s_1 men ej i s_2 inte ökar analogiargumentets styrka. Ty g föreligger ju i s_1 och $\{a, b\}$ kan alltså mycket väl vara en tillräcklig betingelse för g även i närvaro av f .

$$(7) \quad s_1 = \{a, b, c, g\}$$

$$s_2 = \{a, b, d, f\}$$

$$\text{Likhetsbasen} = \{a, b\}.$$

Här förekommer en omständighet, f , i s_2 , som saknas i s_1 och som kan misstänkas vara en *negativ faktor*. Innebörden därav är att $\{a, b\}$ väl kan vara en tillräcklig betingelse för g i s_1 men att, om f införes, g uteblir. Borrandet kan vara en tillräcklig betingelse för smärtan i frånvaro av lokalbedövning, men sker lokalbedövning kan smärtan utebli. Detta exemplifierar det förhållande som ovan påpekats, att något, x , kan vara en tillräcklig betingelse för något annat, y , under vissa omständigheter men att så ej behöver vara fallet i andra. För den som analogiserar i detta fall gäller det att visa att $abTBg$ även i närvaro av f .

Beträffande det induktiva analogislutets vanlighet i olika empiriska vetenskaper vet jag intet. En vanlig uppfattning misstänker jag är, att det är något skumt med analogislut. De områden där man nödgas tillgripa dylika torde vara sådana där ingen annan möjlighet att er-hålla kunskap står till buds. Styrkande av subjektiva rekvisit av

psykisk natur ("uppsåt") t.ex. i brottmålsprocesser kan väl ytterst betraktas som en analogiargumentation (jfr avsnitt 2.4).

De teoretiska problemen rörande det induktiva analogislutet är många och komplicerade. Man kan fråga sig om analogislutet över huvud taget är något speciellt; om inte analogislutet helt enkelt är en induktion i vanlig mening. I den filosofiska litteraturen om induktion rörner analogislutet föga intresse. Det är signifikativt att i ett modernt arbete i detta ämne analogislutet inte ens är omnämnt.³⁰

4.3 Likhetsmängder, analogimängder och analogigrundande egenskaper

Alla rättsfakta är, har vi hävdad, rättsfall. Däremot är inte alla rättsfall rättsfakta. "Rättsfall" är ett vidare begrepp än "rättsfaktum".

Ett rättsfaktum är, med vår terminologi, ett rättsfall, som tillhör rättsfaktummängden enligt någon rättsnorm. Men det finns rättsfall, som inte tillhör någon sådan rättsfaktummängd. Hit hör sådana situationer som ej blivit föremål för lagstiftning och ej heller tidigare prövats av domstol, i vart fall inte av någon prejudikatbildande instans, men vilka situationer ändå betraktas som i någon mening "rättsliga".

Vad innebär det då att en situation är "rättslig"? Ett sätt att uttrycka den saken är att säga med Alchourrón & Bulygin:³¹

In fact, cases are circumstances or situations *where it is of interest to inquire* [kurs. här] whether a certain action is permitted, made obligatory or prohibited by a certain normative system.

Ett annat sätt att uttrycka saken är detta. Ett rättsfall av icke-rättsfaktumtyp är ett sakförhållande, som domstolarna på grund av non liquet-förbudet (se därom kapitel 5) är skyldiga att pröva - eller, med andra ord, är skyldiga att konstruera en rättsnorm för. Antag att det inte finns någon regel i svensk rätt om legotagares rättigheter vid fel i det lejda godset. En svensk domstol får inte avvisa en legotagares talan om prövning av en situation av denna typ med argumentet att

³⁰ Kyburg, Jr., *Probability and Inductive Logic*, 1970.

³¹ Alchourrón & Bulygin, *Normative Systems*, s. 22.

regler därom saknas. Domstolen måste uppställa en norm för tvistens lösande. Antag däremot att en person A stämmer personen B och yrkar att B skall återgälda en middagsbjudning eller betala skadestånd. En sådan situation skulle inte betraktas som rättslig av våra domstolar. A:s talan skulle avvisas. En talan om fastställelse dom på att jorden är platt (eller rund) skulle utan tvivel behandlas på samma sätt.

Vilka villkor skall då ställas på ett sakförhållande för att det skall vara "rättsligt" inom non liquet-förbudets ram? Detta måste anses vara en av de verkligt "djupa" rättsteoretiska frågorna. Dessbättre behöver vi emellertid inte besvara den frågan för att kunna uppställa en tillfredsställande teori om de juridiska analogierna.

Detta beror på att de situationer som är av juridiskt intresse vid analogiargumentation är situationer som tillhör klasser, vilka på visst sätt genereras av fall, som tillhör rättsfaktummängden för en given norm (s.k. ekvivalensmängder). Dessa klasser kallar vi (juridiskt relevanta) *likhetsmängder*. Mellan elementen i en sådan mängd råder likhet i något visst, specificerat avseende. Denna tanke, som är en hörnsten i vår teori, innebär följande.

Relationen "liknar med avseende på g " (där g är en variabel för specificerade egenskaper) är en s.k. *ekvivalensrelation*, d.v.s. den är reflexiv, symmetrisk och transitiv.³² Låt R vara en ekvivalensrelation i någon mängd M . För $x \in M$ kan vi då bilda mängden $[x]$, som vi kallar *den av x genererade R -ekvivalensmängden* och som är sådan att (" $\leftrightarrow$ " står för "om och endast om"):³³

$$y \in [x] \leftrightarrow (y \in M \ \& \ x R y).$$

³² I den filosofiska och rättsteoretiska litteraturen råder inte enighet om att likhetsrelationen är en ekvivalensrelation. Enligt Carnap kallas en relation "a *similarity relation* if it is symmetrical and reflexive and an *equivalence* if it is also transitive". (The Logical Structure of the World, ch. A, 11.) Denna åsikt har, i anslutning till Carnap, också Klug (Juristische Logik, s. 79). Att likhet är en ekvivalensrelation menar, å andra sidan, Alchourrón (Juristische Schlüsse a fortiori und a pari, s. 21) och Segerberg (Some Logics of Commitment and Obligation, s. 150), ehuru den senare inte tar det för helt givet. Hilpinen menar att några, men inte alla, likhetsrelationer är ekvivalensrelationer (Hilpinen, An Analysis of Relativised Modalities, s. 189 i antologin Philosophical Logic, ed. Davis *et al.*). För mig förefaller det naturligt att betrakta vår relation "liknar med avseende på g " som en ekvivalensrelation. - Analogirelationerna, däremot, är inga ekvivalensrelationer (se avsnitt 4.5).

³³ Se Suppes, Introduction to Logic, s. 218 f.

Antag att vi har en rättsnorm n , dess rättsfaktummängd R_n och ett rättsfall $f \in R_n$. Antag vidare att f har en egenskap g , som är av speciellt juridiskt intresse, t.ex. vid ett rättskipningstillfälle. (g är t.ex. egenskapen "vårdslöst handskande med farligt kemiskt ämne" och det gäller bedömningen av ett fall $f' \notin R_n$, som också har egenskapen g .) Den av f genererade g -ekvivalensmängden, $[f_g]$, är således mängden av alla fall med egenskapen g oavsett hur olika dessa fall än är för övrigt. Vi säger att $[f_g]$ är (g -)likhetsmängden för $f \in R_n$. För varje fall f i en rättsfaktummängd R_n kan man alltså bilda likhetsmängder av detta slag.

$[f_g]$ är således mängden av alla fall som har egenskapen g gemensam med f . Bland sådana egenskaper är vissa av speciellt intresse för oss. Det är egenskaper, som vi kan kalla *analogigrundande egenskaper*. Dessa egenskaper är sådana att de motiverar uppställandet av en med en given norm analog sådan.

Antag att vi har ett fall $f \in R_n$ och likhetsmängden $[f_g]$. Vidare har vi två rättsfall $f' \in [f_g]$, ($f' \notin R_n$) och $f'' \in [f_g]$, ($f'' \notin R_n$). Det juridiska problemet är nu huruvida med n analoga normer skall konstrueras för f' respektive f'' . Antag att f'' har en egenskap h , som gör det olämpligt att analogisera från n beträffande f'' (h är en s.k. negativ instans) medan någon sådan egenskap inte finns hos f' . Lösningen på problemet blir därför att uppställa en med n analog norm för f' men att inte göra det för f'' (utan kanske i stället använda n e contrario för f''). En annan lösning för f'' 's del kan emellertid vara att man för detta fall konstruerar en med n analog norm n'' , i vilken man lagt in något rekvisit, som begränsar dess rättsfaktummängd och därigenom minskar olägenheten av h . Vi skall strax återkomma till detta.

Mängden av fall i $[f_g]$, för vilka man konstruerar en med n analog norm n' kallar vi (g -)analogimängden för $f \in R_n$. För dylika analogimängder använder vi variabeln AN_n .

En analogimängd AN_n är alltså alltid en delmängd av någon likhetsmängd $[f_g]$, där $f \in R_n$. - AN_n och R_n är emellertid alltid disjunkta.

För det fall att $AN_n = [f_g] \setminus R_n$ säger vi att det råder *maximal g-analogi relative* $f \in R_n$.

Några ord bör också sägas om relationen mellan R_n och $[f_g]$, där $f \in R_n$. Det behöver icke förhålla sig så att $R_n \subseteq [f_g]$. Det kan nämli-

gen vara så att det finns fall i R_n , som saknar den analogigrundande egenskap g som konstituerar den likhetsmängd varav AN_n är en delmängd.

Vidare förtjänar följande förhållande att påpekas. Det gäller det av Segerberg lancerade *normativt avstånd* (deontic distance).³⁴ Normativt avstånd är en relation som råder mellan möjliga situationer och avser att fånga idén om likhetsgradering: ett fall f' kan vara mer likt ett fall f än vad ett fall f'' är likt f :

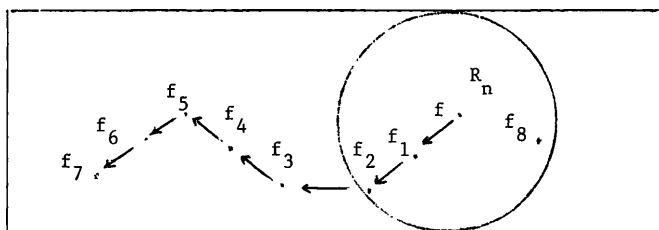
A possible situation may be similar to another with respect to certain features, and not similar with respect to others. Of two possible situations that are both similar to a third, one may be more similar to the third than the other is. Suppose it were meaningful to talk about the 'deontic distance' between possible situations. Then two situations would be similar to some degree whenever the deontic distance between them would be finite; the deontic distance between two situations would be zero if and only if they would be completely similar from a deontic point of view (that is, with respect to every set of deontically relevant features); a situation u would be more similar to a situation w than a situation v would be if and only if the deontic distance between u and w would be smaller than that between v and w ; and so on.³⁵

Som Segerberg framhåller är idén om "normativt avstånd" en smula fantasifull och han gör heller inget försök att uppställa något slags "normativ metrik" över mängden av möjliga situationer. Något sådant försök skall inte heller göras här. För vår del nöjer vi oss med att säga, att det normativa avståndet mellan rättsfall i en likhetsmängd har att göra med tyngden (argumentvärdet) av de negativa instanserna hos de jämförda rättsfallen; så att ett fall f' ligger närmare ett fall f än vad fallet f'' gör om och endast om argumentvärdet av de negativa instanserna hos f' relative f är lägre än argumentvärdet av de negativa instanserna hos f'' relative f . Denna något dunkla tanke förtjänar förvisso explikation men torde i alla fall någorlunda förmedla den bakomliggande intuitionen.

Låt oss illustrera det sagda med en bild:

³⁴ Segerberg, Some Logics of Commitment and Obligation (i samlingen Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings, ed. Hilpinen), s. 150. Citatet medtas för att illustrera idén om likhetsgradering.

³⁵ Segerberg a.a. s. 150.



Likhetsmängden $[f_g] = \{f, f_1, f_2, f_3, f_4, f_5, f_6, f_7\}$. Över $[f_g]$ råder relationen "normativt avstånd", så att f_1 ligger närmare (är mer lik) f än vad f_2 gör (är) o.s.v. Antag nu att f_3 och f_4 liknar f i så hög grad att man konstruerar en med n analog norm n' för dessa fall. Vi har då bildat en *analogimängd* $AN_n \subset [f_g]$, där fallen i fråga ingår; $AN_n = \{f_3, f_4\}$.

Fallet f_8 är ett exempel på ett fall som tillhör R_n men saknar den analogigrundande egenskapen g .

Exempel:

1) Antag att f och f_1 är klara fall av "skada i följd av trafik med automobil" enligt 2 § i bilansvarighetslagen. Antag också att f_2 är det i *NJA 1949 s. 195* relaterade fallet att en bil gjort ett ryck framåt i ett garage och därvid klämt en person mot en vägg så att denne skadats. Just genom detta prejudikat har f_2 , vars bedömning tidigare var oklar, intrangerats i rättsfaktummängden för den aktuella normen. Antag att det är 1950 och att HD har att bedöma det fall f_3 att en person halkat vid avstigning ur en stillastående buss. Genom sin dom (refererad i *NJA 1950 s. 493*) placerar HD in även detta fall i rättsfaktummängden, som därvid förändras. Låt oss slutligen göra det lögnaktiga påståendet att HD i sina domskäl i denna dom i ett obiter dictum uttalade att samma bedömning skulle vederfarits det fall, f_4 , att en person genom våda knuffats ut ur en stillastående buss. Sedan allt detta skett, kunde vi säga att år 1950 förvandlades den mot 2 § bilansvarighetslagen 1949 svarande normen n , i vars rättsfaktummängd ingick fallen f , f_1 och f_2 , till normen n' , vars rättsfaktummängd omfattar förutom nyssnämnda fall även f_3 och f_4 . Det låter sig också sägas att det normativa avståndet mellan, säg, f_3 och f är större än det normativa avståndet mellan f_2 och f . (Vilket visar att det kan råda olika normativa avstånd mellan fall också inom en rättsfaktummängd.)

2) Antag att f , f_1 och f_2 är klara fall av svek enligt 30 § i avtalslagen medan f_3 och f_4 är fall av svek vid slutande av äktenskapsrättsliga avtal om underhållsbidrag. Konstruerar vi nu en mot den förmögenhetsrättsliga svek-normen n svarande äktenskapsrättslig norm n' för fallen f_3 och f_4 innefattar analogimängden $AN_n (= R_n)$ sistnämnda fall.

Härefter övergår vi till ett något mer komplicerat läge. Antag att man beträffande fallen f_5 och f_6 säger sig, att visserligen talar likhetsegenskapen starkt för att uppställa en med n analog norm även för dessa fall. Men motstående hänsyn (betingade av negativa instanser) gör att man i så fall får *modifiera* den med n analoga n' för dessa fall på ett eller annat sätt. Man får t.ex. lägga på något rekvisit i n' , som inskränker dess rättsfaktummängd eller man får ändra rättsföljden i något avseende (liksom man gjorde i fallet *SvJT 1969 rf s. 27*).

Ett exempel. I *NJA 1951 s. 444* var det fråga om att tillämpa 7 § 2 st. skuldebrevslagen analogt på fall där i ett internationellt handelsförhållande kursförlust uppstått på grund av dröjsmål med betalning. En hovrättsdissident (Lindencrona) var beredd att göra en sådan analogi *men med tillägg av* ett adekvansrekvisit i den analoga normen, som saknas i 7 § 2 st. skuldebrevslagen, för att så att säga begränsa analogi-verkan av denna.

Till sist skall vi betrakta denna situation. Antag att beträffande f_7 motstående hänsyn är så starka - eller, annorlunda uttryckt, det normativa avståndet så stort - att de "slår ut" likhetsegenskapens argumentvärde. Då är det inte fråga om att skapa en med n analog norm för detta fall. I stället kanske n används *e contrario* för f_7 .

Exempel:

Frågan gäller huruvida det är förbjudet att sympatistrejka, när man är bunden av kollektivavtal, med sådana som själva *ej* är bundna av fredsplikt. Att det är förbjudet att i en sådan situation sympatistrejka med sådana som är bundna av fredsplikt vet vi. Fallen liknar varandra i avseende på sympatisörens bundenhet av kollektivavtal men skiljer sig beträffande bundenhet av fredsplikt på sympatimottaga-

rens sida. Är de hänsyn som betingas av sistnämnda negativa instans starkare än de hänsyn som betingas av den förra, likhetsegenskapen, uppställs ingen analoginorm för det bedömda fallet.

Det nu sagda sätter oss i stånd att preliminärt definiera begreppet "analogigrundande egenskap".

Låt n vara en analogibas (se avsnitt 3.30) för normen n' relative fallet f' och f ett element i n 's R -mängd. Att en likhetsegenskap, g , (eller en konjunktion av sådana, g_1 & ... & g_n) hos f och f' är en *analogigrundande egenskap med avseende på f'* innebär då att g motiverar uppställandet av n' . g skall därvid vara så "stark" att varje eventuell egenskap h (eller konjunktion av egenskaper, h_1 & ... & h_m) hos f' , vilken talar mot uppställandet av n' , "uppväges av" g .

Denna preliminära begreppsbestämning preciseras i nästföljande avsnitt.

4.4 Analogigrundande egenskaper och rättsgrunder

Vi erinrar inledningsvis om vårt i avsnitt 2.3 uppställda "juridiska axiom": att varje gällanderättsregel är avsedd att vara *ett medel* att åstadkomma ett önskvärt samhällstillstånd. Detta axiom, eller postulat, kan också formuleras så: varje gällande rättsregel är (explicit eller implicit) motiverad av ett påstående om att någon *rättsgrund* för regeln föreligger.³⁶

Accepteras inte detta postulat, förefaller mig all rationell argumentation i juridiska frågor omöjlig.

I juridiken förhåller det sig nu så, att vissa påståenden om rättsgrunder har en särskilt stark valör - relativt oberoende av deras sakliga värde. Det gäller sådana påståenden om rättsgrunder som görs av lagstiftaren själv (och vilka kommer till uttryck i lagförarbeten) eller

³⁶ Jfr Christensen, Studier i köprätt, s. 10 ff., där författaren om sådana påståenden använder uttrycket "teorier om rättsgrunder". - Vi konstaterar, att följande kan vara fallet: (i) att en regel har flera rättsgrunder, (ii) att det i doktrinen råder delade meningar dels om vilken rättsgrund som är "den riktiga" för en given regel och dels om sanningsvärdet hos ett påstående om en rättsgrund samt (iii) att en regels rättsgrund ändras under regelns giltighetstid. Exempel härpå återfinns i Christensen, a. st.

av prejudikatbildande instanser (i domskäl). Att påståenden om rättsgrunder har olika värde beroende på auktoriteten hos dem som gör dem är ett viktigt förhållande i juridiken. Men för definitionen av analogibegreppet saknar det betydelse.

I vår teori om förhållandet mellan likhet och analogi spelar rättsgrundsbegreppet (rekonstruerat i 2.3) en central roll.

Varje rättsgrund för en norm, n , med avseende på ett fall, f , i n :s R -mängd har följande utseende:

(rg_n) det är sannolikt att: $(f \& nf) \Rightarrow t$

där nf är något mot f korresponderande element i n :s N -mängd och t ett mot f korresponderande önskvärt samhällstillstånd. (" $\&$ " symboliserar den temporala konjunktionen "och därefter" och " $\Rightarrow$ " någon kausalrelation.)

Vi skall här göra en för vår teori viktig distinktion mellan *positiva* och *negativa rättsgrunder*. En positiv rättsgrund är helt enkelt en rättsgrund där t är ett *önskvärt* samhällstillstånd medan en negativ rättsgrund är en rättsgrund där t är ett *oönskat* samhällstillstånd. Det kan ju mycket väl förhålla sig så, att normen n :s tillämpning på f har vissa oönskade konsekvenser men att dessa uppvägs av önskvärda sådana.

Distinktionen är av särskilt intresse i situationer där någon (lagstiftaren, domaren, rättsvetenskapsmannen) överväger uppställandet av någon regel - eller då en rättsvetenskapsman i en *de lege ferenda*-argumentation kritiserar någon gällande rättsregel. I de fall då regeln har såväl positiva som negativa rättsgrunder måste dessa vägas mot varandra och ett rättspolitiskt beslut fattas om huruvida regeln skall uppställas eller ej.

I det fallet att en positiv rättsgrund, rg , för en norm, n , slår ut varje eventuell negativ rättsgrund för n , säger vi att rg är en *dominant positiv rättsgrund* för n . En mer precis formulering av vårt postulat är nu denna: varje gällande rättsregel är (explicit eller implicit) motiverad av ett påstående om att någon dominant positiv rättsgrund för regeln föreligger. - På motsvarande sätt kan vi tala om *dominanta negativa rättsgrunder*.

I avsnitt 4.0 omnämndes två nödvändiga villkor för att en analogirelation mellan två normer skall föreligga och det ena av dem angavs. Här skall det andra villkoret, likhetsklausulen, formuleras. Därvid

behöver vi det i föregående avsnitt preliminärt definierade begreppet "analogigrundande egenskap". Enligt vår teori spelar detta begrepp samma roll i den juridiska analogiargumentationen som begreppet "i likhetsbasen ingående tillräcklig betingelse för analogitemat" spelar i ett induktivt analogislut.

Vi definierar "analogigrundande egenskap" så här:

1) Låt f vara ett fall i normen n :s R -mängd och rg : $(f \ \& \ nf) \Rightarrow t$ en rättsgrund för n . Låt vidare g vara en egenskap (omständighet) hos f .

2) Vi bildar likhetsmängden $[f_g]$.

3) För varje fall, f_i , i $[f_g]$ uppställer vi en norm, n_i , som överensstämmer med n i den meningen att n_i till f_i knyter *samma* rättsföljd som n knyter till f - varvid med identitet förstås sådan trivial följdändring mutatis mutandis varom talades i kommentaren till normrelation (13) i avsnitt 3.1. Vi erhåller alltså en mängd normer, N :

n_1 , där nf_1 knyts till f_1

n_2 , där nf_2 knyts till f_2

- - -

n_n där nf_n knyts till f_n .

På motsvarande sätt bildar vi mängden, NG , av rättsgrunder för $n_1 - n_n$, som i ovannämnda mening överensstämmer med rg :

rg_1 : $(f_1 \ \& \ nf_1) \Rightarrow t_1$

rg_2 : $(f_2 \ \& \ nf_2) \Rightarrow t_2$

- - -

rg_n : $(f_n \ \& \ nf_n) \Rightarrow t_n$.

4) Vi säger att g är en *tillräcklig, relevant positiv faktor* hos f om och endast om var och en av rg_1 och rg_2 och ... och rg_n är en positiv rättsgrund för respektive n_1 och n_2 och ... n_n .

5) Låt f' vara ett fall i normen n' :s R -mängd och rg' : $(f' \ \& \ nf') \Rightarrow t'$ en rättsgrund för n' . Låt vidare g vara en egenskap hos f' .

6) Vi säger att likhetsegenskapen g hos f och f' är en (*tillräcklig*) *analogigrundande egenskap* hos f' med avseende på n' om och endast om:

(i) $n' \in N$ och $rg' \in NG$

- (ii) g är en tillräcklig relevant positiv faktor hos f ; samt
- (iii) rg' är en dominant positiv rättsgrund för n' .

Framställningen fram till denna punkt i föreliggande arbete kan ses som ett slags rekursiv definition av det juridiska analogibegreppet. Vi skulle nu vara framme vid det sista steget i denna definition:

(DEF. JUR. ANALOGI)

I. Låt

- (a) f vara ett fall i normen $n:s$ R-mängd,
- (b) f' vara ett fall i normen $n':s$ R-mängd,
- (c) $g(g_1 \& \dots \& g_n)$ vara en likhetsegenskap hos f och f' ; och
- (d) J vara ett juridiskt system vari n ingår.

II. n' med avseende på f' är analog med n i J med avseende på f ifråga om g om och endast om

- (i) n' står i någon av normrelationerna (13) - (16) till n ; och
- (ii) g är en analogigrundande egenskap hos f' med avseende på n' .

Av definitionen framgår, att n' med avseende på f' kan vara analog med n med avseende på ett fall, f_1 , i $n:s$ R-mängd utan att behöva vara analog med avseende på ett annat fall, f_2 , i samma mängd. Vidare kan n' med avseende på f' vara analog med n med avseende på f ifråga om egenskapen g utan att behöva vara analog med n med avseende på f ifråga om en annan egenskap, h , hos f . Det är alltså ett förhållandevis plastiskt analogibegrepp som erbjudes.

Låt oss nu steg för steg konkretisera det sagda med hjälp av ett exempel (NJA 1950 s. 225):

(n): Om någon under kvalifikationstiden varit anställd med tidlön beräknad för vecka eller längre, skall han under semester uppbära den å semestertiden belöpande lönen (14 § 1 st. 1945 års semesterlag)

(f): att någon under kvalifikationstiden varit anställd med tidlön beräknad för vecka eller längre

(rg): (Det är sannolikt att) om någon under kvalifikationstiden varit anställd med tidlön beräknad för vecka eller längre och därefter uppbär den å semestertiden belöpande lönen, så erhåller han sådan semesterlön som genomsnittligt sett varken försämrar eller förbättrar hans inkomst under semestern jämfört med om han arbetat

(n'): Om någon under kvalifikationstiden varit anställd med provision som är oberoende av hans arbetsinsats, skall han under semester uppbära den å semestertiden belöpande provisionen (HD i ett obiter dictum i ovannämnda referat, s. 231).

(f'): x har under kvalifikationstiden varit provisionsanställd försäljare i företag där alla försäljare delar provisionsinkomsten lika

(rg'): (Det är sannolikt att) om x under kvalifikationstiden varit provisionsanställd försäljare i företag där alla försäljare delar provisionsinkomsten lika och x därefter uppbär den å semestertiden belöpande provisionen, så erhåller han sådan "semesterprovision" som genomsnittligt sett etc.

n' står i normrelation (13) till n . Klausulen (i) i analogidefinitionen är således uppfylld.

Vi låter anställningsförhållandet med ersättning oberoende av arbetsinsats under kvalifikationstiden vara likhetsegenskapen g hos f och f' . Vi bildar mängden $[f_g]$ av fall där sådant anställningsförhållande mellan parter under kvalifikationstid råder, hur olika fallen än är för övrigt. Självfallet tillhör f och f' själva $[f_g]$.

Vi uppställer en mot n svarande mängd av normer, N , för fallen i $[f_g]$, t.ex. n själv, n' och

(n'') Om någon under kvalifikationstiden varit anställd med daglön, skall han etc.

På motsvarande sätt bildar vi mängden NG av rättsgrunder för normerna i N , som korresponderar med rg , t.ex. rg själv, rg' och

(rg''): Om någon under kvalifikationstiden varit anställd med daglön och därefter etc., så erhåller han sådan semesterlön etc.

För att g skall vara en tillräcklig, relevant positiv faktor hos f krävs enligt vår definition att varje rättsgrund i NG är en positiv rättsgrund för den mot rättsgrunden ifråga korresponderande normen i N .

Att så är fallet för rg relative n har vi lagstiftarens ord på och att så är fallet för rg' relative n' HD:s. Vad däremot angår rg'' relative n'' kunde tyckas att någon positiv rättsgrund inte föreligger (fallet reglerades i 2 st. av 14 §). Observera emellertid att vi inte kräver att rg'' skall vara en *dominant* positiv rättsgrund - det räcker att den är positiv, hur svagt skäl den än ger för uppställandet av n'' . Och att den ger ett skäl förefaller klart. - Låt oss anta att g är en

tillräcklig, positiv relevant faktor hos f .

Vårt skäl för att laborera med begreppet "tillräcklig, positiv relevant faktor" hos det "analogigrundande" fallet är detta. Antag att av två normer, n_1 och n_2 , n_1 med avseende på f_1 påstås vara analog med n_2 med avseende på f_2 . (De jämförda fallen kan här, liksom annorstädes, vara maximalt generiska, d.v.s. identiska med rättsfaktummängderna.) Antag vidare att h är en likhetsegenskap hos f_1 och f_2 . Men h :s existens i båda fallen behöver ju inte innebära att denna s.a.s. motiverar analogin, h kan ju från analogisynpunkt vara helt indifferent eller rent av en negativ faktor.

Låt oss nu undersöka huruvida g är en (tillräcklig) analogigrundande egenskap hos f' med avseende på n' . Klausulerna (i) och (ii) i definitionen av detta begrepp är uppfyllda. Frågan blir då huruvida rg' är en dominant positiv rättsgrund för n' .

Denna prövning får utföras på ett sätt som motsvarar prövningen i fallen (1) - (7) avseende den induktiva analogiargumentationen (avsnitt 4.2). Jämförelsen visar, att det kan finnas indifferent likhetsegenskaper (fallet (1)), och att existensen av en egenskap, h , hos f men icke hos f' , kan göra det svårt att avgöra huruvida g är en analogigrundande egenskap hos f' (fallet (2)).

Fallet (3) visar en skillnad mellan den induktiva och den juridiska analogiargumentationen. Medan vid det förra existensen av två skilda, tillräckliga betingelser för analogitemat inte ökar argumentationens styrka i förhållande till om bara en av dem föreligger, tycks vid den juridiska analogiargumentationen motsatsen vara fallet. Motsvarande gäller vid fallet (4). Förekomsten av en negativ faktor hos f men ej hos f' (jfr fallet (5)) kan sägas karakterisera en analogiargumentation *a fortiori*.

Av särskilt intresse är i detta sammanhang motsvarigheten till fallet (7), d.v.s. det fall där det finns negativa faktorer (eller, med andra ord, negativa rättsgrunder) hos f' . En sådan negativ faktor hos f' kunde vara svårigheten att avgöra huruvida viss provisionsinkomst uppkommit oberoende av arbetstagarens egen arbetsinsats eller ej.

Om rg' uppväger varje av någon sådan negativ faktor föranledd negativ rättsgrund är den en dominant positiv rättsgrund - och analogidefinitionen därigenom uppfylld.

Beträffande rättsföljdsanalogierna - normrelationerna (3), (4), (7), (8), (15) och (16) - kan helt kort sägas följande.

Bland komponenterna hos rättsnormen ligger själva den instrumentala funktionen hos rättsföljden - dess "förverkligande" är ju avsett att åstadkomma något önskvärt samhällstillstånd. Det är därför naturligt att jurister manipulerar med de instrument rättsföljderna utgör så att dessa blir så effektiva för sina syften som möjligt. - se t.ex. Pihls modifikation av den i båtmålet aktuella normens rättsföljd (avsnitt 3.0). För de fall där en norm, n , förändras "på rättsföljdssidan" kan man använda termen "rättsföljdsanalogi" då denna förändring består i utvidgandet av n :s N -mängd eller utbytandet av densamma mot en disjunkt mängd.

Den grundtanke, på vilken vår analogiteori vilar, är denna. De likhetsegenskaper hos fall, som motiverar ett analogislut, kan inte vara vilka likhetsegenskaper som helst. Likhetsegenskapen måste vara sådan, att den "garanterar" en positiv rättsgrund för den analogivis uppställda normen. Att använda begreppet "analogi" vid vilken godtycklig likhetsegenskap som helst kränker vårt uppställda postulat - för att inte tala om den absurda konsekvensen att alla regler i ett system (eller åtminstone alla med samma rättsföljdsmodalitet) blir analoga med varandra, om man godtar ett sådant analogibegrepp. Likheter av intresse vid analogier har alltså den finala karaktär, varom talades i avsnitt 4.1.

En härifrån avvikande uppfattning har framförts av Gomard, som hävdar³⁷: "En nødvendig, men ikke altid tilstraekkelig betingelse for en analogi er, at lovregelns udtalte eller formodede *formål* i nogenlunde samme grad taler for, at det ulovbestemte tilfaelde afgøres på samme måde, som den loven naevner." Vid sidan av sådana betingelser skulle nämligen s.k. yttre likhet mellan fall kunna utgöra skäl för att uppställa en norm. Helt bortsett från att talet om yttre likhet mellan rättsfall är - milt uttryckt - dunkelt, är det svårt att föreställa sig att någon "från rättsgrundssynpunkt" helt indifferent "yttre" likhetsegenskap skulle kunna utgöra något som helst argument för uppställandet av en norm. Jag har heller aldrig någonsin sett en sådan åberopas vare sig i praxis eller doktrin.

³⁷ Gomard, Analogi i strafferetten, Festskrift til Alf Ross, s. 127 f.

I inledningen till förevarande arbete definierades *en analogiargumentation* som en motivering för en analog användning av en rättsnorm. Genom likhetsklausulen har vi så att säga kapslat in analogiargumentationen i själva analogidefinitionen: endast om en final likhetsargumentation om visst slag motiverar uppställandet av en norm utifrån en annan norm föreligger en analogirelation mellan normerna ifråga.

Häremot kan nu invändas, att företeelser som i ordinärt juridiskt språkbruk klart är att rubricera som analogier ofta inte alls motiveras av en argumentation av nyssnämnt slag. Man kanske nöjer sig med en standardfras av typen "jämlikt grunderna för ...", "får anses jämfästalld med", "bör vinna motsvarande tillämpning i det förevarande fallet" o.s.v., eller man låtsas, ja, kanske rentav tror, att man utför en direkt tillämpning av en regel etc.

På denna invändning kan först svaras, att fraser av nämnd typ ofta får ses som ett slags standardiserade förkortningar, bakom vilka finala likhetsargument döljer sig.

Men f.ö. gäller här - liksom på så många andra områden inom juridiken - att vi ofta måste stanna i ovisshet om motiven bakom en given ståndpunkt.

4.5 Något om analogirelationernas formella egenskaper

I detta avsnitt skall några ord sägas om de formella egenskaperna hos analogi- och generaliseringsrelationer mellan normer, d.v.s. normrelationerna (3) och (4) samt (7) - (16) - här för enkelhetens skull alla kallade analogirelationer: n' är analog med n .

Att relationen "lik med avseende på ..." ifråga om rättsfall är en ekvivalensrelation har tidigare konstaterats (avsnitt 4.3).

En genomgång av analogirelationernas formella egenskaper visar följande. För varje analog norm, n' , gäller att dess R -mängd respektive N -mängd antingen är (i) en inskränkning, (ii) en utvidgning eller (iii) en disjunktion av motsvarande mängd enligt basnormen n . Eftersom både inskränkning och utvidgning är "äkta delmängds-relationer" och såväl äkta delmängdsrelationen som disjunktionen är irreflexiva, följer att varje analogirelation är irreflexiv, d.v.s. en norm kan inte vara analog med sig själv.

Äkta delmängdsrelationen är vidare assymetrisk medan identitetsrelationen och disjunktionen är symmetriska. Därav följer att analogirelationerna (4), (13) och (16) är symmetriska medan övriga analogirelationer är assymetriska. De konversa relationerna till (4), (13) och (16) är således (4) respektive (13) respektive (16). Beträffande de övriga relationerna gäller:

- Konversen till (3) är (2)
- Konversen till (7) är (10)
- Konversen till (8) är (12)
- Konversen till (9) är (5)
- Konversen till (10) är (7)
- Konversen till (11) är (6)
- Konversen till (12) är (8)
- Konversen till (14) är (15)
- Konversen till (15) är (14).

En konsekvens härav är att man inte beträffande varje analogirelation kan använda uttryck som "två med varandra analoga normer" eller "de med varandra analoga n och n' ". I fråga om analogirelationerna (3), (9) och (11) gäller ju att medan n' är analog med n , så är n inte analog med n' utan i stället en precisering av denna. Egentligen skulle man ju endast kunna tala om två med varandra analoga normer beträffande de symmetriska relationerna (4), (13) och (16). Vad däremot angår de övriga relationerna - (7), (8), (10), (12), (14) och (15) - är visserligen n och n' analoga med varandra, men n' är *inte* analog med n i samma mening som n är analog med n' . Det förefaller mig ha ett klargörande värde att konstatera detta.

5. DEN ANALOGA RÄTTSANVÄNDNINGENS TEKNIK OCH IDEOLOGI

5.0 Inledning

Framställningen hittills i föreliggande arbete har varit ägnad uppgiften att söka besvara frågan vad som menas med "analogi" i juridiken. Detta har varit huvuduppgiften för vårt arbete.

Inledningsvis ställdes emellertid en del ytterligare frågor av intresse i samband med studiet av de juridiska analogierna. Med dem skall vi - helt kort - sysselsätta oss i detta sista kapitel.

I 5.1 företas en rekonstruktion av den analoga normanvändningen, vilken tycks blottlägga något som skulle kunna kallas en teknik för analog normanvändning - eller, om man så vill, *en analogimetod*. Denna illustreras med hjälp av några exempel hämtade från rättspraxis och doktrin. Därmed har frågan 2] i inledningen fått ett svar i jakande riktning.

Frågan varför analog normanvändning är en så vanlig företeelse i juridiken kan, enligt vår mening, inte ges ett tillfredsställande svar utan att man beaktar vissa förutsättningar för rättskipningens utövande i ett samhälle av svensk typ - vilka förutsättningar kan betecknas med uttrycket *rättskipningens ideologi*. Vår tanke är, att den judiciella argumentationsteknikens karaktär är betingad av denna ideologi, och att åtskilliga egenheter hos denna teknik, jämförd med ett mera "fritt" beslutsfattande, blott kan förklaras av nämnda ideologi.

Rättsvetenskapen (doktrinen) betraktar sig traditionellt som rättskipningens tjänare, eller rådgivare. En konsekvens därav är, tillspetsat uttryckt, att den förra underkastar sig samma ideologiska förutsättningar som den senare, varvid den rättsvetenskapliga argumentationstekniken i mycket kommer att uppvisa samma särdrag som den judiciella.

Av denna syn på saken följer, att den (mycket svepande) frågan huruvida analogislut bör företas i juridiken blir en fråga om, huruvida rättskipningens ideologi bör accepteras eller ej.

Om rättskipningens ideologi och dess betydelse för den analoga normanvändningen handlar avsnitt 5.2.

5.1 Normgeneralisering och normavskiljning

Den rekonstruktion av den analoga rättsanvändningen, som här skall företas, bygger på framställningen om likhetsargumentationen i föregående kapitel. Den däri utvecklade analogiteorin kan karakteriseras på följande sätt.

"Analogi" är en relation mellan normer (n' är analog med n). Uppställandet av n' med hjälp av n är motiverat av ett visst slag av likhet mellan ett fall, f , enligt n och ett fall, f' , som skall regleras av n' . Att uppställandet av n' motiveras på detta sätt är en nödvändig förutsättning för att n' skall vara analog med n . Förutsättningen i fråga ingår därför som en klausul i vår definition av "analogi".

Vid ett induktivt analogislut motiveras analogitemat av att det i likhetsbasen (sannolikt) finns en tillräcklig betingelse för den omständighet analogitemat handlar om. Denna tillräckliga betingelse motsvaras vid det juridiska analogislutet av en s.k. analogigrundande egenskap, g , hos de jämförda rättsfallen (f' och f). Denna egenskap har en final karaktär. Detta innebär att g "garanterar" att det finns en positiv rättsgrund för såväl basnormen n som subsumtionsnormen n' .

Vanligen torde det inte vålla någon svårighet att konstatera vilken likhetsegenskap som varit den avgörande vid uppställandet av n' - i de flesta fall är den analogigrundande egenskapen så iögonenfallande att någon diskussion därom är överflödig. Men en teoretisk analys måste erbjuda ett något säkrare kriterium på "analogigrundande egenskaper".

Detta kriterium utgörs av vårt krav att varje hypotetisk norm, som reglerar fall med egenskapen g på motsvarande sätt som n reglerar f , motiveras av en positiv rättsgrund - hur svag denna än är jämförd med eventuella negativa rättsgrunder.

För att g skall vara en analogigrundande egenskap hos f' relative n' krävs vidare att g i just detta fall "garanterar" en *dominant* positiv rättsgrund för n' , d.v.s. att denna rättsgrund slår ut varje eventuell negativ rättsgrund för n' .

Medan "tillräckligheten" vid ett induktivt analogislut är av probabilistisk natur ligger "tillräckligheten" hos den analogigrundande egenskapen vid ett juridiskt analogislut i dess förmåga att garantera en dominant positiv rättsgrund för en norm. Ett (rationellt) induktivt analogislut grundar sig på en uppskattning av sannolikheter medan ett (rationellt) juridiskt analogislut vilar på såväl värderingar av

samhällstillstånd som sannolikhetssuppskattningar av rättsgrunder.

Mot denna bakgrund rekonstruerar vi den analoga rättsanvändningen så här. Vi tänker oss att uppställandet av normer analogivis försiggår i två steg, som vi betecknar med termerna *normgeneralisering*¹ och *normavskiljning*.

Antag att vi har en norm, n , i det juridiska systemet J , ett fall, f , i n :s R -mängd samt ett fall, f' , utanför denna mängd, vilket i något relevant avseende, g , liknar f . Det gäller nu att konstruera någon med n analog norm, n' , för fallet f' .

Normgeneraliseringen innebär att man hypotetiskt (försöksvis) uppställer en på basis av n generaliserad norm, n^* , för alla fall med egenskapen g - eller i vart fall en norm i denna riktning. Vi kallar en på detta sätt uppställd norm (rättsprincip, rättsgrundsats) för *en modellnorm*.

Tanken att den analoga normanvändningen inkluderar en generalisering får ett gott uttryck i följande uttalande av Austin²:

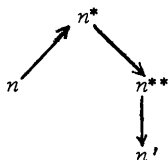
The cases which the law omits (but which fall within its principle) and the cases which fall within its principle, and which it actually includes, are *analogous*. Or (changing the expression) they are resembling cases, *with reference to that common principle*, in spite of the differences by which they are distinguished when viewed from other aspects. And, since they are resembling cases with reference to the principle of the law, *analogy* ... is said to require, that the law should be applied to *all* of them in an equitable or uniform manner.

I åtskilliga fall gäller emellertid att modellnormen n^* är alltför generell för att vara en värdig regelkandidat relative J . Den måste ofta preciseras i olika avseenden, d.v.s. man måste förse den med ytterligare rekvisit, tills man slutligen erhåller en - med n analog - norm n' , som är en acceptabel regelkandidat relative J . Med "normavskiljning" avser vi detta moment i den analoga normanvändningen.

Varje steg i den precisering som normavskiljningen innebär kan i rekonstruktionen beskrivas med hjälp av någon modellnorm. En analog normanvändning kan schematiskt beskrivas så:

¹ Här står termen "generalisering" för ett förfarande medan den i kapitel 3 stod för en viss typ av normrelationer. Resultatet av en generalisering i den förra meningen kan beskrivas i termer av generalisering i den senare. I förevarande kapitel används termen uteslutande i den förra meningen.

² Austin, Lectures on Jurisprudence, vol. II, s. 579.



där n är basnormen, n^* och n^{**} modellnormer, som avspeglar stadier i generaliserings- och avskiljningsprocessen, samt n' slutresultatet - en med n analog subsumtionsnorm.

Det kan nu invändas, att så här förfar inte domare och rättsvetenskapsmän när de bildar normer analogivis. Det förhåller sig inte så att man först hypotetiskt uppställer en generell modellnorm och sedan avskiljer en norm därifrån. Som våra exempel visar, tycks dock tillvägagångssättet inte vara juristerna främmande. Och vid en beskrivning *ex post* av analog normanvändning faller det sig naturligt att göra detta i termer av generalisering och avskiljning.

Självfallet finns det vissa gränser för den generalisering som företas vid en analog normanvändning. Sådana, för juristerna naturliga gränsdragningar kan sägas utgöra det första steget i normavskiljningen. Tre, nära tillhands liggande avskiljningsprinciper är dessa:

(i) När en analog normanvändning aktualiseras i en rättsskipningssituation sätter det givna, konkreta fallet en naturlig gräns för generaliseringen av någon rättsregel: denna sträcker sig ofta ej längre än att den kommer att innesluta det givna fallet - men inte mer. Låt oss kalla denna avskiljningsprincip för *principen om minimal generalisering*. De svenska domstolarnas motvilja mot "att säga för mycket" är sålunda ett av rättsvetenskapen känt och stundom beklagat fenomen.

(ii) Vid institutanalogi är det naturligt att avskilja en med basnormen *isomorf* norm (se avsnitt 3.4) för det oreglerade institutet, d.v.s. "överensstämmande" normer av typen:

(n) Om säljaren dröjer väsentligt med leverans av det sålda godset, får köparen häva köpet; och

(n^*) Om legogivaren dröjer väsentligt med leverans av det utlejade godset, får legotagaren häva legoavtalet.

(iii) En annan rimlig generaliseringsspärr kunde vara att man ej bör företa så vidsträckta generaliseringar att man kolliderar med redan

förefintliga regler i *J* och därvid reducerar dessa. Att en sådan spärrregel inte ovillkorligen iakttas visar framställningen i avsnitt 3.3.

Det tycks emellertid vara vanligt att man går längre än vad som anges i (i) - (iii) när det gäller att avskilja den analoga normen n' . Ofta förser man nämligen denna norm med rekvisit som saknar motsvarighet i basnormen. Detta förfaringssätt tycks vara vanligt, vilket nedanstående exempel ger en antydan om:

(1) I *NJA* 1951 s. 444 var situationen denna (citerat efter referatets rubrik): Ett svenskt bolag P var skyldigt att till ett i Venezuela etablerat bolag I därstädes betala ett i svenska kronor bestämt provisionsbelopp [för två av P genom I:s förmedling till ett venezolanskt bolag sålda fartyg] men erlade detta först sedan betalningsskyldigheten blivit genom dom fastställd. Under tiden mellan kravet och domen blev den svenska kronans värde nedskrivet i förhållande till dollarn, till vilken den venezolanska valutan var anknuten. Fråga om skyldighet för P att i anledning av dröjsmålet med betalningen till I utgiva ersättning för kursförlust.

I 7 § 2 st. skuldebrevslagen heter det: "Varder skuldebrev å myntslag som ej är gångbart å den ort där betalning skall ske icke i rätt tid infriat, och har kursen å det utländska myntslaget där fallit, äge borgenären kräva betalning i ortens mynt efter kursen å den dag då betalning hade bort erläggas."

I HovR:n och HD ålades P skyldighet att ersätta I för kursförlusten i fråga. Att man därvid utförde ett analogislut från det citerade stadgandet i skuldebrevslagen framträder särskilt tydligt i HovR:ns dom.

Vi tänker oss att HovR:n uppställde följande modellnorm:

(n^*) Varder provisionsfordran å myntslag ... icke i rätt betald, och ... bort erläggas.

Emellertid var det inte n^* som kom att tillämpas av HovR:n. n^* försågs nämligen med ett ytterligare rekvisit, som saknar motsvarighet i 7 § 2 st. skuldebrevslagen: ett adekvansrekvisit av innebörd att skadan (kursförlusten) skulle ha varit förutsebar. HovR:n uttalade: "HovR:n anser att, i likhet med vad som beträffande fordringar på grund av skuldebrev gäller enligt 7 § andra stycket lagen om skuldebrev, en borgenär i ett sådant fall som det i målet föreliggande äger rätt till gottgörelse ... Dock måste det för skadeståndsskyldighet i

allmänhet uppställda kravet i fråga om sannolikhet för skadans inträffande upprätthållas." Än tydligare framträder detta adekvanskrav hos dissidenten Lindencrona, som ville ogilla I:s talan just på den grunden att ifrågavarande rekvisit ej var uppfyllt. Subsumtionsnormen *n'* hade alltså utseendet:

(*n'*) Varder provisionsfordran å myntslag ... icke i rätt tid betald och ... fallit *och* var kursfallet förutsebart, äge etc.

Det är vidare av intresse att notera, att i HD JR Walin i ett omfattande särskilt yttrande motsatte sig tillfogandet av ett adekvansrekvisit i subsumtionsnormen. Han gjorde med andra ord halt vid *n**.³

(2) I Karlgren, Passivitet (s. 188-202) görs en serie analogislut från 6 § 2 st. avtalslagen. I detta stadgande görs ingen skillnad mellan avtal "av handelsrättsligt betonad natur" och "civila" rättsförhållanden. Karlgren ifrågasätter nu (s. 202) om inte de av honom i den föregående framställningen utförda analogierna i riktning mot en allmän passivitetsregel bör begränsas till handelsrättsliga förhållanden. - Motsvarande gäller vid analog användning av 82 § kommissionslagen (s. 219).

(3) I sin argumentation för prisnedsättning som felpåföljd inom institutet lega⁴ uttrycker Sundberg den reservationen "att nedsättningsbefogenheten tolkas restriktivt, när det är fråga om icke-yrkessmässiga transaktioner".⁵

(4) Till frågan huruvida skadeståndsregeln i [dåvarande] 11 § hyreslagen om omkastad bevisbörda till hyresgästens fördel bör vinna analog användning vid fall av fel i uthyrt gods uttalar Sundberg (efter en diskussion av olika typfall)⁶: "I själva verket är det väl möjligt att tillämpa den [11 § hyreslagen *ex analogia*] över hela linjen och låta justera dess effekt i de olämpliga fallen genom att där ställa relativt ringa krav på exculpationen, t.ex. genom tillämpning av det i 130 § sjölagen för detta ändamål avpassade rekvisitet att 'antagas må, att varken han själv eller någon för vilken han svarar gjort sig skyldig till fel eller försummelse'".

³ Ytterligare ett exempel från rättspraxis på avskiljning genom tillfogande av rekvisit återfinns i JR G. Linds yttrande i NJA 1952.s. 240.

⁴ Sundberg, Om ansvaret för fel i lejt gods, s. 77 ff.

⁵ a.a. s. 84.

⁶ a.a. s. 247.

5.2 Rättskipningens ideologi och den analoga rättsanvändningen

Rättskipningens ideologi kräver sin egen monografi. I detta arbete nöjer vi oss med att påvisa två i denna ideologi ingående principer och deras betydelse för den juridiska argumentationstekniken. Principerna anges i en renodlad form och med bortseende från den historiska aspekten på dem, som eljest vid en mer omfattande undersökning är ofrånkomlig.

Att rättskipningsideologin i avsevärd utsträckning är betingad av den politiska ideologi som råder i samhällets ledande kretsar och av de uttryck denna tar sig i det politiska systemet är uppenbart.

De två principer vi här skall sysselsätta oss med är vad vi kan kalla lojalitetsprincipen samt *non liquet*-förbudet.

(1) *Lojalitetsprincipen* innebär att myndigheterna (domstolarna och förvaltningen) i sitt beslutsfattande skall vara lojala mot lagstiftaren. I Sverige råder inget tvivel om att de rättskipande organen är *underställda* de högsta politiska organen (riksdag och regering) och så betraktar sig även de högsta domstolarna (HD och RegR) ehuru dessa statsrättsligt sett är jämställda med de förstnämnda organen och därjämte numera har en klart angiven rättsskapande funktion. Närmare bestämt säger lojalitetsprincipen att rättskipningen på det hela taget skall nöja sig med att *tillämpa* av lagstiftaren givna rättsregler och att starka skäl måste föreligga för att man skall underlåta att tillämpa regler på klara fall. Lojalitetsprincipen i radikal form innefattar ett krav på försiktighet med reduktionsslut och dess metod par préférence är den subjektiva - lagstiftarens intentioner skall utrönas och givna fall avgöras på ett sätt som ligger så nära dessa intentioner som möjligt. Den flitiga användningen av lagförarbeten i svensk rättskipning är ett uttryck för lojalitetsprincipens dominans.

Någon form av lojalitetsprincip är självfallet ofrånkomlig i varje samhälle där lagstiftande organ ger generella regler som andra organ skall tillämpa på konkreta fall (*regeljurisprudens*). I samhällen med demokratiskt styrelseskick rättfärdigas lojalitetsprincipen därav att de generella reglerna direkt eller indirekt är givna av folkvalda organ.

Frågan huruvida lojalitetsprincipen *bör* iakttagas eller ej har självfallet att göra med hur den rättsordning är beskaffad inom vilken principen tänkes operera. I ett samhälle vars rättsordning kränker

humanitetens och civilisationens mest elementära krav är ingen mer lov-
värd än den domare som saboterar denna rättsordning.

Men även i samhällen där lagstiftarens strävan är att uppfylla de
krav rättsstatens idé ställer är det givet att vissa gränser för rätt-
skipningens lojalitet måste dras. Varje samhälle av någorlunda komple-
xitet kräver ovannämnda arbetsfördelning mellan lagstiftare och verk-
ställare. Hur väl genomtänkta de generella regler än är, som lagstif-
taren uppställer, står det inte i mänsklig förmåga att undvika den kon-
sekvensen att tillämpningen av någon regel på ett givet fall just i
fråga om detta fall leder till olyckliga konsekvenser. När situationen
är denna, måste den möjligheten stå domaren till buds att utföra ett
reduktionsslut. En radikal lojalitetsprincip är inte eftertraktans-
värd och någon sådan gäller heller inte i vårt land.

I detta sammanhang bör också vikten av att lagstiftaren själv för-
ser regelsystemet med "reservutgångar" poängteras. Generalklausulerna
i civilrätten, 33:4 2 och 3 st. BrB inom straffrätten, 8 § i
1957 års lag om utlämning för brott (där begäran om utlämning kan av-
slås om utlämningen "finnes uppenbart oförenlig med humanitetens krav")
kan alla betraktas som dylika reservutgångar.

Det är således nödvändigt att regeljurisprudensens nackdelar på
detta sätt motverkas. Alternativet till regeljurisprudensen - myndig-
heternas beslutsfattande efter ett fritt skön (*mandarinjurisprudens*) -
är inget realistiskt alternativ i ett samhälle med krav på rättsenlig-
het och rättssäkerhet.

Lojalitetsprincipen kan ses som ena sidan av den maktodelnings-
princip som i vårt land råder mellan de högsta politiska organen och de
rättskipande myndigheterna: de förra skall skapa rätten, de senare lo-
jalt tillämpa den. Maktodelningsprincipens andra sida, som vi kan kalla
principen om myndigheternas självständighet, består däri att de poli-
tiska instanserna inte får ingripa i myndigheternas avgörande av en-
skilda fall.

Lojalitetsprincipen är nära besläktad med *legalitetsideologin*,
som - allmänt talat - kräver ett "totalt" lagstöd för att sanktionsme-
kanismen skall få utlösas. Lojalitetsprincipen kan ses som ett slags
svagare variant av legalitetsprincipen. En avgörande skillnad mellan
de båda principerna är dock den senares förord för antitetiskt regelan-
vändning (se kapitel 3).

(2) *Non liquet*-förbudet innebär att domaren inte får avvisa en talan, d.v.s. vägra att ta ställning i sak, när han föreläggs fall vilkas rättsliga bedömning är oklar eller där regler rentav saknas. Principen innefattar ett beslutstvång. Ibland föreställer man sig att denna princip är begränsad till civilrätten - principen återfinns som en straffsanktionerad regel i Code Civils fjärde artikel - men den torde gälla över hela det juridiska fältet. Verkan av principen kommer dock ofta att utfalla olika inom straffrätten respektive civilrätten - i det förra fallet leder kombinationen av *non liquet*-förbudet och legalitetsprincipen till preferens för antitetisk normanvändning: prövning skall ske även i oklara fall men åklagarens talan in dubio *ogillas*. Inom civilrätten föreligger däremot generellt sett inte någon preferens i denna riktning. Snarare förhåller det sig så att vid institutanalogi över förmögenhetsrättens avtalstyper analog normanvändning upplevs som förpliktande (se de uttalanden av Rodhe och Sundberg som citeras i avsnitt 3.3).

Sammanfattningsvis kan sägas följande.

(i) *Reduktiv användning av rättsnormer* har sin främsta funktion däri att den mildrar olägenheterna hos en rättskipning som innebär *generella* reglers tillämpning på enskilda fall.

(ii) *E contrario-användning av rättsnormer* har sin främsta funktion i situationer där legalitetskravet (och det bakom detta liggande rättssäkerhetskravet) gör sig gällande.

(iii) *Analog användning av rättsnormer* har sin främsta funktion däri att den erbjuder en lösning på det "rättskipningsdilemma" som lojalitetsprincipen respektive *non liquet*-förbudet tillsammans åstadkommer. Detta "dilemma" kan beskrivas så: *Non liquet*-förbudet kräver beslut även där lagen är dunkel eller helt tiger. Ändå skall domaren i sitt beslutsfattande vara lojal mot lagstiftaren. En väg ut ur detta "dilemma" erbjuder den medelbara normanvändning som analogislutet utgör.

Det sägs ibland att skälet för analog normanvändning skulle vara en princip "lika skall behandlas lika".⁷ Denna fras är emellertid så intill meningslöshet vag att man gör klokt i att inte använda den.

⁷ Se Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, s. 71 ff.

Frågan huruvida man bör använda rättsnormer analogt skulle då till sist bli en fråga om huruvida de här båda diskuterade principerna i rättsskipningens ideologi bör upprätthållas.

APPENDIX

Mängd- och relationsteoretisk introduktion

I föreliggande arbete har använts en del begrepp ur mängd- och relations-teorin. Till hjälp för den i dessa ting oinvigde läsaren ges i detta appendix en förklaring av nämnda begrepp. För ytterligare information hänvisas till Marc-Wogau, Modern logik, kapitlen 4 och 5, samt Suppes, Introduction to Logic, kapitlen 9 och 10.

I. Några begrepp ur mängdteorin

1) En *mängd* (klass) är en samling av entiteter, vilka som helst. Man kan tala om mängden av hästar i ett stall, mängden av kentaureer på Helikons berg, mängden av primtal, mängden av rättsfall som klart faller under en rättsregel, mängden av dels mängden av hästar och dels mängden av kentaureer o.s.v. De entiteter som ingår i en given mängd kallas mängdens *element*. Elementen i en given mängd kan själva vara mängder.

2) Den *tomma mängden* är den mängd som saknar element. Betecknas Λ .

3) Antalet element i en mängd M kan vara ändligt eller oändligt. Är antalet ändligt, säg antalet n , kan vi beteckna elementen $x_1, x_2, \dots, x_n$ och mängden av dem så:

$$M = \{x_1, x_2, \dots, x_n\}.$$

4) Att x är element i M betecknas $x \in M$ och att x inte tillhör M betecknas $x \notin M$.

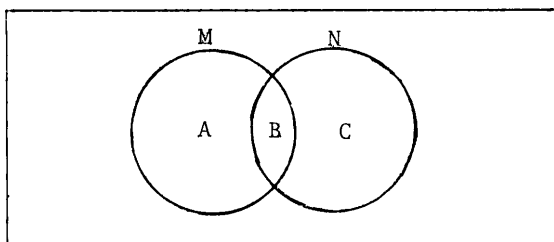
5) Att elementen x och y respektive mängderna M och N är identiska betecknas $x = y$ respektive $M = N$ och icke-identiska betecknas $x \neq y$ respektive $M \neq N$.

6) Om mängderna M och N är sådana att varje element i M också är ett element i N är M en *delmängd* av N . Betecknas $M \subseteq N$. Mängden av kvinnor är en delmängd av mängden människor och mängden av människor är en delmängd av mängden av människor.

7) Om $M \subseteq N$ och det därjämte förhåller sig så att det finns åtminstone ett element i N som inte är element i M , är M en *äkta delmängd*

av N . Betecknas $M \subset N$. Mängden av kvinnor är en äkta delmängd av mängden av människor.

8) Ett pedagogiskt klagörande sätt att beskriva mängder och relationer mellan sådana är att återge mängder som cirklar (s.k. Venns diagram). För att belysa vissa mängdteoretiska begrepp i det följande använder vi diagrammet



9) Unionen av M och N är mängden av element som tillhör åtminstone ena av M och N . Betecknas $M \cup N$.

10) Intersektionen (snittet, skärningen) av M och N är mängden av element som tillhör både M och N . I diagrammet utgör B snittet av M och N . Betecknas $M \cap N$.

11) Att M och N är *disjunkta mängder* innebär att det inte finns något element som tillhör båda, d.v.s. $M \cap N = \Lambda$. (M och N i diagrammet är disjunkta om och endast om $B = \Lambda$.)

12) Låt $M \subset N$. Vi bildar mängden av element i N som inte tillhör M . Denna mängd kallas *komplementet av M med avseende på N* . Betecknas C_N^M eller bara CM . CM och M är disjunkta. - I diagrammet utgör A komplementet av B med avseende på M .

13) *Mängddifferensen av M och N* är mängden av element som tillhör M men inte N . Betecknas $M \setminus N$ (läses: M minus N). I diagrammet utgör A mängddifferensen $M \setminus N$.

14) Med *potensmängden* av en mängd M , $P(M)$, menas mängden av alla delmängder av M . Om $M = \{x, y\}$ är $P(M) = \{\{x\}, \{y\}, \{x, y\}, \Lambda\}$. Generellt uttryckt: Om M har n element, är antalet element i $P(M)$ 2^n .

15) Med ett *ordnat par* menas en mängd bestående av två element angivna i en bestämd ordning. $\langle x, y \rangle$ är ett ordnat par vars första element är x och vars andra element är y . (För att ange ordnade par används spetsiga parenteser.) Observera att medan

$$\{x, y\} = \{y, x\}$$

gäller att

$$\langle x, y \rangle \neq \langle y, x \rangle.$$

Med hjälp av ordnade par kan ordnade triplar etc. (n -tupler) bildas enligt mönstret:

$$\langle \langle x, y \rangle, w \rangle$$

$$\langle \langle \langle x, y \rangle, w \rangle, z \rangle$$

etc.

För dylika ordnade mängder används ibland termen *struktur*.

16) Med *produktmängden* av M och N (betecknas $M \times N$) menas mängden av alla ordnade par $\langle x, y \rangle$ sådana att $x \in M$ och $y \in N$. Om $M = \{\text{Anders, Björn}\}$ och $N = \{\text{Cecilia, Diana, Eva}\}$, är $M \times N = \{\langle \text{Anders, Cecilia} \rangle, \langle \text{Anders, Diana} \rangle, \langle \text{Anders, Eva} \rangle, \langle \text{Björn, Cecilia} \rangle, \langle \text{Björn, Diana} \rangle, \langle \text{Björn, Eva} \rangle\}$.

II. Några begrepp ur relationsteorin

17) När vi talar om *relationer* menar vi förhållanden som råder mellan två eller flera entiteter, t.ex. "Anders är större än Björn", "Karlstad ligger mellan Stockholm och Oslo", "Säljaren dröjer väsentligt med leverans av det sålda godset till köparen" etc. Beroende på antalet entiteter mellan vilka en relation råder kan vi tala om binära, ternära, 4-ställiga etc. relationer. I det följande sysslar vi med binära relationer.

Att en (binär) relation R råder mellan x och y kan betecknas xRy eller $R(x, y)$.

18) Relationsteorin kan ses som en del av mängdteorin. Relationen "större än" kan sålunda uppfattas som mängden av alla ordnade par $\langle x, y \rangle$ sådana att x är större än y . En binär relation är en mängd av ordnade par.

19) Antag att man är intresserad av att studera relationen "dröjsmål" endast hos säljare gentemot köpare men inte dröjsmålsrelationer mellan t.ex. legogivare och legotagare eller dröjsmål hos köpare gentemot säljare. Vi säger då att man studerar dröjsmålsrelationen över (eller i) produktmängden av säljare och köpare.

20) Med en *sammansatt relation* menar vi en relation bestående av flera delrelationer, t.ex. "Anders är en äldre broder till Björn" som består av delrelationerna "Anders är äldre än Björn" (R) och "Anders är bror till Björn" (S). Den sammansatta relationen kan betecknas Anders ($R \cap S$) Björn.

21) I relationen xRy tillhör x relationens *domän* och y dess *kontra-domän*.

22) *Konversen* av en relation R erhålles genom att man kastar om ordningen i alla ordnade par som ingår i R . Exempel: Konversen till "större än" är "mindre än".

23) (i) Att en relation är *reflexiv* innebär att varje element i relationens domän eller kontradomän står i denna relation till sig självt. Exempel: Relationen "lika stor som"; varje föremål är lika stort som sig självt.

(ii) Att en relation är *irreflexiv* innebär att inget element i relationens domän eller kontradomän står i denna relation till sig självt, t.ex. "större än".

(iii) Att en relation är *symmetrisk* innebär att om den råder mellan x och y så råder den också mellan y och x , t.ex. "lika stor som".

(iv) Att en relation är *assymetrisk* innebär att om den råder mellan x och y så råder den inte mellan y och x , t.ex. "större än".

(v) Att en relation är *transitiv* innebär att om den råder mellan x och y och mellan y och z , så råder den också mellan x och z , t.ex. "större än".

(vi) Att en relation är *intransitiv* innebär att om den råder mellan x och y och mellan y och z , så råder den inte mellan x och z , t.ex. "fader till".

24) En *ekvivalensrelation* är en relation som är reflexiv, symmetrisk och transitiv.

ON ANALOGICAL USE OF LEGAL NORMS

An analysis of the concept of "analogy" within the framework of a general legal methodology

SUMMARY

1. This essay is a study in general analytic jurisprudence. The main tasks of this branch of legal science are, broadly speaking, two: (i) the reconstruction of fundamental legal concepts and (ii) the study of judicial decision-making and legal reasoning.

By "reconstruction" in general jurisprudence we mean an activity in two steps. The first consists of analysing basic legal notions, i.e. of establishing their meaning in actual legal discourse. The second is the constructive part of the work, i.e. to build a well-defined, consistent and smooth-running system of such notions on the basis of analysis, answering to the needs of the special branches of legal science (civil law, criminal law etc.).

The two main tasks of general jurisprudence, as stated above, are closely joined together. Thus, in order to develop a theory for the legal concept of "analogy" we need in fact a rather comprehensive set of basic concepts, such as "legal norm", "legal system", "legal case", "legal fact", "legal consequence", "legal basis" and so on. (A methodological theory including such a set of basic concepts we call a general methodology.) This is easily seen when formulating the object of our reconstruction in terms of relations of the following type:

- (1) the norm n is used analogically on the case c
- (2) the norm n' is analogous to the norm n
- (3) the norm n' applied to the case c' is analogous to the norm n applied to the case c
- (4) the legal basis for (3) lies in the similarity with respect to ... between c' and c .

In developing our theory we now and then make use of the tools of elementary set-theory.

2. The term of "analogy" is used in somewhat different meanings in various sciences. As early as in ancient Greek philosophy theories were put forward for the special similarity relations called analogies.

Aristotle clearly distinguishes "analogy" in the meaning of similarity relation (ἀναλογία) from "analogy" in the meaning of a special kind of reasoning (παράδειγμα). (We give some references to classical and modern writings on analogies in law.)

As examples of analogical reasoning can be mentioned:

(1) Take the following prohibition - sign on a private beach: "Bathing-suit prohibited!". On the beach two gentlemen suddenly appear, one naked, the other wearing a dinner-jacket and a pair of trousers. What does the sign say with respect to this situation - none of the two men is in fact wearing a bathing-suit? Is it permitted for one of them to stay but not for the other (and, if so, which one?) or is it permitted or prohibited for both of them? Let us suppose that the beach belongs to a religious association. Probably the nude gentleman will have to leave (by analogical use of the norm expressed by the sign) while the well-dressed one is allowed to stay (by use *e contrario* of this norm). Suppose, on the other hand, that the beach is owned by the local nudist colony. Then it is fairly reasonable to presume that the naked gentleman is permitted to stay (by use *e contrario* of the norm), while the dinner-jacket man must take his leave (by analogical use of the norm).

(2) In 1970, a murder was committed on an iceberg floating around in arctic waters, on which an American arctic station was situated. The Law Department of the United States argued that the murderer should be punished by analogical use of a statute applicable to crimes committed on board ships in international waters.

(3) By a rule in the former Swedish Penal Code careless handling of "poison or similar [substance]" was punishable. In the case *NJA 1959 p. 254* the Swedish Supreme Court used this rule to punish a person, who had handled a radio-active isotope carelessly.

In this work we use the following terminology:

(i) By *analogy* we mean a certain relation between norms. We say that a norm, n' , is analogous to another norm, n .

(ii) By *analogical use of a legal norm*, n , we mean the establishing of any norm, n' , which is analogous to n .

(iii) By *an analogy-argumentation* we mean the reasons for an analogical use of a legal norm.

The following questions are of particular interest in a discussion of analogical use of legal norms:

- 1) Which is the meaning of "analogy" in legal discourse and which use of the word is the most suitable?
- 2) Is there any method (or technique) for analogical use of legal norms?
- 3) Why are legal norms used analogically?
- 4) Ought legal norms to be used analogically?

The present essay is mainly an attempt to answer question 1). The three other questions are briefly discussed in Chapter 5.

In Chapters 1 and 2 we construct a general methodology capable of expressing our theory of analogies - and, as we hope, some other theories of general jurisprudence as well.

Our definition of "analogy" includes two necessary - and, taken together, sufficient - conditions. One is formulated in Chapter 3, the other one in Chapter 4.

3. Chapter 1 concerns *legal systems* (in our terminology: *juristic systems*).

A conspicuous feature in legal theory of the 20th century is what has been called "rule scepticism" (cf. Hart, *The Concept of Law*, p. 133), i.e. the idea that all talk of legal rules is, to say the least, deceptive. In 1.0 we distinguish an ordinary variant of rule-scepticism from a radical one. While we are, at large, in accordance with the former, we reject the latter as unrealistic. The term of "legal rule" is defended as a useful tool in the terminological arsenal of legal science.

In 1.1 we are studying three different juristic systems: *GSR*, *S* and *T*. *GSR* is the system of Valid Swedish Law, *S* a system within the sphere of semi-official or private judiciary and *T* a system of legal science, a doctrine. We are making a point of the idea that e.g. Swedish judges take their norms of application from various separate juristic systems.

We regard legal rules exclusively from the point of view of rule-making power (thus, neither from the point of view of predicting the behaviour of lawyers nor from that of placing ethical restrictions on legal rules, i.e. the aspect of Natural Law).

Bodies endowed with rule-making power we call *legislators*. As legislators for the system *GSR* we choose the statute-producing bodies, the Supreme Court and the Administrative Supreme Court.

As *sources of law* for *GSR* we choose: (i) the bulk of statutes (*S*) and (ii) the bulk of precedents given by the courts mentioned (*P*).

We regard *S* as a set of provisions and *P* as a set of precedents.

Legal rules are abstract entities, created by "the raw material" provided by provisions and precedents. The process by which legal rules are made out of provisions and precedents we call reconstruction of rules. This process involves pure logical operations as well as specific legal techniques.

Elements of *GSR* are valid Swedish legal rules. A definition of what we mean by "a valid Swedish legal rule" is worked out in detail.

Certain interesting relations exist between the systems *GSR* and *S* and between *GSR* and *T*. As for *GSR* and *T*, subsystems of *GSR* correspond to subsystems of *T* (doctrines), where the latter are, as it were, better versions of the former.

In 1.2 the concept of "juristic system" is defined. The traditional way of regarding legal systems is to look upon them as sets of legal norms. This idea is, in our opinion, somewhat over-simplified. Our notion of "juristic system" is defined as a rather complicated structure, including (various) sets of definitions.

We say that a juristic system is a structure $J = \langle KL, KP, KF, KM, ND_f \rangle$ of interest to legal science, where

(i) ND_f is an ordered pair $\langle N_f, D \rangle$, where N_f is a system of rules addressed to the officials of the juristic system and D a set of legal definitions of expressions occurring in rules of N_f

(ii) KL is a set of criteria, specifying the competent legislators of ND_f

(iii) KP is a set of criteria, specifying the procedures that members of KL are to follow in creating rules of ND_f

(iv) KF is a set of criteria, specifying the competent officials for handling rules of ND_f , and

(v) KM is a set of criteria, specifying the category of persons subject to - or with access to - decisions given by competent officials.

This concept has, in our opinion, apart from giving a more precise formulation of the ideas underlying the concept of "legal system", certain advantages in offering a clearer picture of the rôle played by rules conferring rights or duties and competence. Furthermore, by help of our concept we suggest a solution of a "classical" problem in legal theory, here called Kelsen's dilemma: how can an infinite regress of "Grundnormen" be avoided without sacrificing the "purity" of the theory, i.e. without taking refuge in "social facts" exterior to the system itself.

4. The aim of Chapter 2 is mainly to reconstruct the concepts of "legal rule", "legal case", "legal fact" (Ger. "Rechtstatbestand", Sw. "rättsfaktum"), "legal basis" (Sw. "rättsgrund") and "administration of law" (Sw. "rättskipning").

2.1 deals with the structure of legal rules. We regard legal rules as norms having officials as addressees. A "Standard Form" for legal rules is introduced, into which all rules (of *GSR*) can be transformed (f is a variable for officials):

if ..., then [shall (may, must not): (f decides: (shall (may, must not): ...))].

Example: The rule "If anybody has stolen, the judge shall decide that the thief shall stay in prison for at the most 2 years" is expressed in Standard Form.

Circumstances (states of affairs) described by "... " in the antecedent of a rule, n , are *legal facts* of n , e.g. "that x has stolen a picture". The part "shall (may, must not):..." of a rule, n , we call a *legal consequence* (Ger. "Rechtsfolge", Sw. "rättsföljd") of n , e.g. " x shall stay in prison for one year" and circumstances (actions) described by "... " in a legal consequence we call - with Alchourrón & Bulygin, *Normative Systems*, p. 13 - the *deontic content* of a *legal consequence* (abbreviated: *d-content*), e.g. "that x stays in prison for one year".

In 2.2. the following definitions are stipulated:

(i) A *legal fact*, f , of a norm, n , is a state of affairs included under n in the opinion of the legal profession.

(ii) A *legal case* is a state of affairs which is either (1) a legal fact or (2) a situation which is not a legal fact but qualified to become one and which is "legally interesting".

(iii) A *d-content* of a norm, n , is a situation (action) given normative status by the normative (deontic) modality of the legal consequence of n in the opinion of the legal profession.

(iv) An *adequacy-set* is either (1) a set of legal facts of a norm or (2) a set of d-contents of a norm.

(v) We are talking about sets of legal facts of norms (*R-sets*) and use formulations such as "the R-set of n ". Correspondingly, we talk about sets of d-contents (*N-sets*) of norms.

An element of an R-set is an *individual legal fact*.

A subset of an R-set is a *generic legal fact*.

An element of a N-set is an *individual d-content*.

A subset of a N-set is a *generic d-content*.

In 2.3 the notion of "legal basis" is introduced. We postulate that, to any legal norm, n , corresponds a desirable state of affairs, t , such that n is an instrument of achieving t . Often many t -situations correspond to a norm - ranked in a preference-order.

Let "&" signify a conjunction with a temporal nuance (read: "and then" or "followed by"), " $\Rightarrow$ " a relation of causality, rf a legal fact in the R-set of n and nf a d-content in the N-set of n .

We say that rf & nf is a *satisfaction* of n . We also say that $(rf \text{ \& } nf) \Rightarrow t$ is a *legal basis* for n .

In order to characterize the rôle of reasoning by analogy in the administration of law, we dissolve the latter into certain components (2.4) - taking the following line of reasoning as a point of departure:

(1) If anyone is handling poison negligently, he shall be punished with imprisonment

(2) If anyone is handling radio-active isotopes negligently, he shall be punished with imprisonment

(3) x has handled a radio-active isotope negligently

(4) x shall be punished with imprisonment

(5) x shall be punished with a term of imprisonment of six months.

The reasoning by which (2) is reached from (1) we call *qualification*. The activity of stating the truth or falsity of (3) is *proof-evaluation*. The deduction of (4) from (2) and (3) is an *application*

of (2). The last component is *the choice of an individual legal consequence*, the result of which is expressed in (5). - It is shown that reasoning by analogy may appear in the activities of qualification, proof-valuation and choice of an individual legal consequence.

5. Chapter 3 contains an analysis of some *norm-relations* (n' and n are norms):

- (i) n' is a specification of n
- (ii) n' is analogous to n
- (iii) n' is a reduction of n
- (iv) n' follows *e contrario* from n
- (v) n' makes n obsolete
- (vi) n' is an extensive interpretation of n
- (vii) n' is a restrictive interpretation of n .

In these relations we call n a *basic norm* and n' a *norm of application*. Let R be the R-set of n , N the N-set of n , R' the R-set of n' and N' the N-set of n' .

In 3.1 we define 16 varieties of the relations (i) and (ii). Our idea is that these relations are exactly determined by "underlying" relations of set-theoretical nature between the adequacy-sets of n and n' .

The 16 varieties are the following ("R' dis R" signifies " $R' \cap R = \Lambda$ ", i.e. disjunction):

Set-theoretical relations

- (1) $R' = R$; $N' = N$
- (2) $R' = R$; $N' \subset N$
- (3) $R' = R$; $N \subset N'$
- (4) $R' = R$; $N' \text{ dis } N$
- (5) $R' \subset R$; $N' = N$
- (6) $R' \subset R$; $N' \subset N$
- (7) $R' \subset R$; $N \subset N'$
- (8) $R' \subset R$; $N' \text{ dis } N$
- (9) $R \subset R'$; $N' = N$
- (10) $R \subset R'$; $N' \subset N$
- (11) $R \subset R'$; $N \subset N'$
- (12) $R \subset R'$; $N' \text{ dis } N$
- (13) $R' \text{ dis } R$; $N' = N$
- (14) $R' \text{ dis } R$; $N' \subset N$
- (15) $R' \text{ dis } R$; $N \subset N'$
- (16) $R' \text{ dis } R$; $N' \text{ dis } N$

Norm-relations

- n' is identical to n
- n' is a c-specification of n
- n' is c-analogous₁ to n
- n' is c-analogous₂ to n
- n' is a specification₁ of n
- n' is a specification₂ of n
- n' is c-analogous₃ to n
- n' is c-analogous₄ to n
- n' is a generalization₁ of n
- n' is a generalization₂ of n
- n' is a generalization₃ of n
- n' is a generalization₄ of n
- n' is analogous₁ to n
- n' is analogous₂ to n
- n' is analogous₃ to n
- n' is analogous₄ to n

(By "c-analogies" we mean analogies with respect to legal consequences.)

The relations (1) - (16) we call *the spectrum of n*. (Examples of them are given.)

We are now able to formulate the first necessary condition of our definition of "analogy" (for the moment we disregard the c-analogies):

(AN₁) A norm, n' , is analogous to another norm, n , only if any one of the norm-relations (13) - (16) hold between n' and n .

In 3.2 we specify varieties of the relations (iii) - (v), the norm-relations (17) - (32). We use the same set-theoretical device as before, i.e. (17) corresponds to (1), (18) to (2) etc. But the relations (17) - (32) are also characterized by changing the normative modality of the legal consequence of n into its "opposite" in the legal consequence of n' , i.e. we are reversing "may" (or "shall") into "must not" or "must not" into "may" (or "shall"). Hereby, we get various concepts of *desuetudo*, *e contrario* and reduction. (Examples are given.) - The relations (17) - (32) are *the antithetic spectrum of n*.

In 3.3. some still more complicated norm-relations are described in terms of the simple ones. It may be the case that we have to make a choice between competing basic norms for analogical use. Furthermore, it is possible to construct a norm analogically by use of many basic norms. Collisions between norms may also occur: by constructing a norm, n' , analogically from n , another norm, n'' , may be reduced by n' .

In 3.4 the relations (vi) and (vii) are defined as marginal cases of (i) and (ii) and of (iii) and (iv) respectively. Here we also introduce the concept of "institutional analogy" to describe the result of creating rules within the range of a certain legal institution (e.g. leasing of goods) by analogical use of rules of another legal institution (e.g. sale of goods).

In 3.5, finally, analogical use of legal norms is described in terms of manipulations with requisites of legal norms, i.e. components of the antecedents of norms.

6. Chapter 4 is devoted to an investigation of the rôle played by similarity arguments in legal reasoning by analogy. In 4.1 similarity arguments in legal discourse at large are discussed. We find that

these arguments have a predominantly final, or teleological character.

In 4.2 a sketchy analysis is given of the argument from analogy within the scope of inductive logic.

Similarity relations which are of interest in reasoning by analogy in law hold between legal cases. From the set of properties common to the cases c' and c (where c is a legal fact of a norm, n) we form the subset of *analogy-basing properties* common to c' and c . Elements of this subset are properties motivating the creation of a norm n' for the case c' . 4.3 is dealing with these matters.

The notion of "analogy-basing property" is defined in a more accurate way in 4.4. Thereby, we make use of our concept of "legal basis". Our idea is, roughly speaking, this:

A property of c , g , offering a legal basis for n strong enough to overrule any (negative) legal basis talking against n is a *sufficient, legally dominant factor of c with respect to n* .

A property, g , common to c (of n) and c' (of n'), is a *sufficient, analogy-basing property of c' with respect to n'* if and only if

(i) g is a sufficient, legally dominant factor of c with respect to n ; and

(ii) g is a sufficient, legally dominant factor of c' with respect to n' .

Now we can formulate the other necessary condition of our definition of "analogy":

(AN_2) n' with respect to c' is analogous to n with respect to c only if there is a common property, g , of c and c' such that g is a sufficient analogy-basing property of c' with respect to n' .

The concept of "analogy" is now easily defined:

($AN.DEF.$) n' with respect to c' is analogous to n with respect to c if and only if the conditions stated in AN_1 and AN_2 are fulfilled.

(In 4.5 some remarks are made on the formal properties of analogy-relations.)

7. In Chapter 5 we are answering the question 2) posed above (point 2) by something like a "yes". In 5.1 we discern a sort of technique for the analogical reasoning made by judges and legal writers. This tech-

nique is a process in two steps: first a generalization of a basic norm, n , resulting in what we call a *model norm*, n^* , and, secondly, a kind of separation of a norm, n' , from n^* , n' being analogous to n .

The question 3) above gets a somewhat sketchy answer in 5.2. Our point is that the reason for analogical use of legal norms cannot be explained without examining the ideology of legal decision-making, an ideology closely connected with political ideology. The reasoning by analogy has, in our opinion, its roots in something like a dilemma: on the one hand, the judge is supposed to be loyal to the legislator and, on the other hand, he is bound by the *non liquet*-prohibition, i.e. he is not allowed to refuse deciding cases where the laws are obscure or missing. Reasoning by analogy shows a way out of this dilemma.

This answer to question 3) also suggests the lines along which question 4) is to be answered.

ANVÄNDA FÖRKORTNINGAR

AD	Arbetsdomstolen
ADD	Arbetsdomstolens domar
BrB	Brottsbalken (1962)
FB	Föräldrabalken (1949)
GB	Giftermålsbalken (1920)
HB	Handelsbalken
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätt
HR	Häradsrätt
JB	Jordabalken (1970)
JR	Justitierådet
KF	Kungl. förordning
KK	Kungl. kungörelse
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv, avd. I
NJA II	Nytt Juridiskt Arkiv, avd. II
RB	Rättegångsbalken (1942)
RegR	Regeringsrätten
RR	Rådhusrätt
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SFS	Svensk författningssamling
SL	Strafflagen (1864)
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT (rf.)	Svensk Juristtidning (rättsfallsavdelningen)
TfR	Tidskrift for Rettsvidenskap

ANFÖRD LITTERATUR

- Ahlander, B., Om rätt och rättstillämpning. 2 uppl. Uppsala 1952.
- Ahlander, B., Är juridiken en vetenskap? Uppsala 1950.
- Alchourrón, C., Juristische Schlüsse a fortiori und a pari. Lateinamerikanische Studien zur Rechtsphilosophie (utg. E. Garzón Valdés), Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Vol. 1965, s. 5 ff.
- Alchourrón, C. and Bulygin, E. Normative Systems. Wien 1971.
- Aristoteles, Nikomachische Ethik, übersetzt und kommentiert von F. Dirlmeier. 5 Aufl. Berlin 1969.
- Augdahl, P., Rettskilder. 2 utg. Trondheim 1961.
- Austin, J., Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law. Vols. I-II. 5th ed., revised and edited by R. Campbell. London 1911.
- Austin, J.L., Philosophical Papers. Ed. J.O. Urmson and G.J. Warnock. Oxford 1961.
- Beckman, N., Svensk språklära. 9 uppl. Stockholm 1968.
- Bobbio, N., L'analogia nella logica del diritto. Torino 1938.
- Bocheński, J.M., On analogy. The Thomist, vol. XI, 1948, s. 424 ff.
- Bolding, P.O., Juridik och samhällsdebatt. Stockholm 1968.
- Canaris, C.-W., Die Feststellung von Lücken im Gesetz. Berlin 1964.
- Carnap, R., Logical Foundations of Probability. Chicago 1950.
- Carnap, R., The Logical Structure of the World & Pseudoproblems in Philosophy. Berkeley and Los Angeles 1969.
- Christensen, A., Studier i köprätt. Ak. avh. Stockholm 1970.
- Cobb, Jr., C.K., Legal statements as conditional directives. Mind LXXVI, 1967, s. 493 ff.
- Cross, R., Precedent in English Law. 2nd ed. Oxford 1968.
- Danielsson, S., Some Conceptions of Performativity. Study No. 19 i Philosophical Studies published by the Philosophical Society and the Department of Philosophy, University of Uppsala. Uppsala 1973.
- Davis, J.W. et al. (ed.), Philosophical Logic. Dordrecht 1969.
- Dorolle, M., Le raisonnement par analogie. Paris 1949.
- Dworkin, R.M., Is law a system of rules? I Essays in Legal Philosophy, ed. R.S. Summers. Oxford 1968.

- Eckhoff, T., Noen bemerkninger om innskrenkende, utvidende, analogisk og antitetisk fortolkning. I Rettsferdighet og rettssikkerhet, s. 91 ff. Oslo 1966.
- Eckhoff, T., Når foreligger kollisjon mellom rettsregler? Nordisk Gjengklang. Festskrift till Carl Jacob Arnholm, s. 79 ff.
- Eckhoff, T., Rettskildelaere. Oslo 1971.
- Eek, H., Bergström, S., Arnheim, F., Juridikens termer. Stockholm 1958.
- Ekelöf, P.O., Juridisk slutledning och terminologi. TFR 1945 s. 213 ff.
- Ekelöf, P.O., Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper. Stockholm 1956. (Institutet för rättsvetenskaplig forskning VIII.)
- Ekelöf, P.O., Rättegång. 1 häftet. Stockholm 1957. (Institutet för rättsvetenskaplig forskning XV.)
- Ekelöf, P.O., Rättegång. 3 häftet. 2 uppl. Stockholm 1964. (Institutet för rättsvetenskaplig forskning XXVII.)
- Ekelöf, P.O., Ändring av talan. SvJT 1957, s. 305 ff.
- Ekelöf, P.O., Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? Lund 1951. (Skrifter utgivna av juridiska fakulteten i Lund. XIV.)
- Elwin, G., Några frågor angående lagtillämpning och domskrivning i straffrätten. Festskrift till Per Olof Ekelöf. Stockholm 1972, s. 224 ff.
- Fabreguettes, M.P., La logique judiciaire et l'art de juger. Paris 1914.
- Frank, J., Courts on Trial. Myth and Reality in American Justice. Princeton 1949.
- Frank, J., Law and the Modern Mind. London 1949.
- Friedmann, W., Legal Theory. 5th ed. London 1967.
- García Máynez, E., Die Argumente a simili ad simile, a maiore ad minus und a minore ad maius. Lateinamerikanische Studien zur Rechtsphilosophie (utg. E. Garzón Valdés), Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Vol. 1965, s. 115 ff.
- Gomard, B., Analogi i strafferetten. Festskrift til Professor, Dr. Jur. & Phil. Alf Ross. København 1969, s. 125 ff.
- Gray, J.C., The Nature and Sources of the Law. 2nd ed. New York 1921.
- Hansson, B., An analysis of some deontic logics. Nous vol. III, 1969, s. 373 ff. Omtryckt i Hilpinen, R. (ed.), Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings, s. 121 ff.

- Hart, H.L.A., *The Concept of Law*. Oxford 1961.
- Heck, P., *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*. Tübingen 1932.
- Hedenius, I., *Om människans moraliska villkor*. Uddevalla 1972.
- Hedenius, I., *Om rätt och moral*. 2 uppl. Stockholm 1963.
- Heiding, S., *Svensk varumärkesrätt*. 2 uppl. Halmstad 1961. (Affärs-ekonomis skriftserie nr 27.)
- Heller, T., *Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung*. Berlin 1961.
- Hellner, J., *Syften och uppgifter för rättsvetenskaplig forskning*. Festschrift til Professor, Dr. Jur. & Phil. Alf Ross. København 1969, s. 205 ff.
- Hilpinen, R., *An analysis of relativised modalities*. I *Philosophical Logic* (ed. Davis *et al.*), s. 181 ff.
- Hilpinen, R. (ed.), *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*. Dordrecht 1971.
- Hjerner, L.A.E., *Om Rättsfallstolkning*. 2 uppl. Kalmar 1973.
- Hägerström, A., *Till frågan om den objektiva rättens begrepp*. I. *Vil-jeteorien*. Uppsala 1917.
- Høffding, H., *Begrebet Analogi*. København 1923.
- Isay, H., *Rechtsnorm und Entscheidung*. Berlin 1929.
- Jägerskiöld, S., *Om domstols lagprövningsrätt*. Statsvetenskaplig tidskrift 1964, s. 1 ff.
- Kanger, S., *Law and Logic*. *Theoria*, vol. XXXVIII (1972), s. 105 ff.
- Kanger, S. and Kanger, H., *Rights and Parliamentarism*. *Theoria*, vol. XXXII (1966), s. 85 ff.
- Karlgren, H., *Passivitet*. En köprättslig och allmänt avtalsrättslig studie. Stockholm 1965. (Institutet för rättsvetenskaplig forskning XLII.)
- Karlgren, H., *Skadeståndsrätt*. 2 uppl. Stockholm 1958. (Institutet för rättsvetenskaplig forskning I.)
- Kelsen, H., *Den rena rättsläran*. Dess metod och grundbegrepp. Statsvetenskaplig tidskrift 1933, s. 193 ff.
- Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*. 2. Aufl. Wien 1960.
- Kelsen, H., *The Communist Theory of Law*. London 1955.
- Klug, U., *Juristische Logik* 3. Aufl. Berlin, Heidelberg, New York 1966.
- Kyburg, Jr., H.E., *Probability and Inductive Logic*, London 1970.

- Lindenbaum Hosiasson, J., *Induction et analogie: Comparaison de leur fondement*. *Mind* L, 1941, s. 351 ff.
- Makkonen, K., *Zur Problematik der juridischen Entscheidung. Eine strukturanalytische Studie*. Turku 1965.
- Malmström, Å., *Civilrätt jämte några grunddrag av den allmänna rättsläran. Lärobok för nybörjare*. 4 uppl. Lund 1971.
- Marc-Wogau, K., *Modern logik*. Örebro 1961.
- Nelson, A., *Ingripanden vid brott. En första lärobok i straffrätt*. Lund 1969.
- Olivecrona, K., *Rätt och dom*. 2 uppl. Köbenhavn 1966. (Institutet för rättsvetenskaplig forskning XXIV.)
- Olivecrona, K., *Rättsordningen. Idéer och fakta*. Lund 1966.
- Oppenheim, F.E., *Outline of a logical analysis of law. Philosophy of Science*, vol. 11, 1944, s. 142 ff.
- Peczenik, A., *The Concept "Valid Law"*. *Studia Juridica Stockholmiensia*, 41, 1972.
- Rodhe, K., *Lärobok i obligationsrätt*. Stockholm 1966.
- Ross, A., *Om ret og retfaerdighed. En indførelse i den analytiske retsfilosofi*. Köbenhavn 1953.
- Schneider, E., *Logik für Juristen*. Berlin 1965.
- Seegerberg, K., *Some Logics of Commitment and Obligation*. I Hilpinen (ed.), *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, s. 148 ff.
- Sjögren, W., *Om domskäl i tvistemål*. TFR 1918 s. 28 ff.
- Strahl, I., *Kompendium i straffrättens allmänna del*. Uppsala 1961. (Stencil.)
- Strömberg, T., *Inledning till den allmänna rättsläran*. 4 uppl. Lund 1971.
- Strömholm, S., *Allmän rättslära. En första introduktion*. Stockholm 1972.
- Strömholm, S., *Le droit moral de l'auteur*, vol. II:1. Stockholm 1966.
- Strömholm, S., *"Public" Rule-Making and "Private": The Swedish Experience*. *Scandinavian Studies in Law* 1971, s. 219 ff.
- Strömholm, S., *Teleologisk metod och likformig argumentation. Variationer kring ett känt tema*. Festschrift till Per Olof Ekelöf. Stockholm 1972, s. 671 ff.

- Strömholm, S., Till definitionen av begreppet "rättsregel". SvJT 1969, s. 168 ff.
- Summers, R.S. (ed.), *Essays in Legal Philosophy*. Oxford 1968.
- Sundberg, J.W.F., *Om ansvaret för fel i lejt gods*. Stockholm 1966.
- Suppes, P., *Introduction to Logic*. Princeton 1967.
- Tammelo, I., *Outlines of Modern Legal Logic*. Wiesbaden 1969.
- Wedberg, A., *Filosofins historia. Antiken och medeltiden*. Stockholm 1958.
- Wedberg, A., Some problems in the logical analysis of legal science. *Theoria*, vol. XVII, 1951, s. 246 ff.
- von Wright, G.H., *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action*. *Acta Philosophica Fennica*, 21. Helsinki 1968.
- von Wright, G.H., *A Treatise on Induction and Probability*. London 1951.
- von Wright, G.H., *Norm and Action*. London 1963.
- von Wright, G.H., Om s.k. praktiska slutledningar. TFR 1955, s. 465 ff.
- von Wright, G.H., On the Logic and Ontology of Norms. I *Philosophical Logic* (ed. J.W. Davis *et al.*), s. 89 ff.
- von Wright, G.H., *The Logical Problem of Induction*. 2nd ed. Oxford 1957.
- Åqvist, L., *Performatives and Verifiability by the Use of Language*. Study No. 14 i *Philosophical Studies* published by the Philosophical Society and the Department of Philosophy, University of Uppsala. Uppsala 1972.

ANFÖRDA RÄTTSFALL

NJA

1905 s. 73
1916 s. 274
1942 s. 24
1943 s. 48
1946 s. 471
1949 s. 195
1950 s. 225
1950 s. 417
1950 s. 493
1951 s. 265
1951 s. 444
1952 s. 240
1953 s. 524
1957 s. 44
1959 s. 254
1961 s. 98
1961 s. 105
1965 s. 33
1965 s. 58
1965 s. 345

SvJT

1969 rf. s. 27
1973 rf. s. 9
1973 rf. s. 19



Rättelser:

s. 19. Citatet av Hellner börjar vid ordet "explikation".

s. 58 not 2. Noten skall utgå.

