

En decisionsteoretisk kommentar til retsstridighedsproblemet^{*)}.

Af HANNE D. BACKHAUSEN^{**)}

A. *Det statistiske problem.*

Hvad en statistiker traditionelt stræber efter – at kombinere kendte sandsynligheder og estimere ukendte sandsynligheder – er jo sjældent et mål i sig selv. Det vil i reglen være delproblemer indenfor en større helhed, og ofte vil denne helhed gå ud på, at en eller anden afgørelse skal træffes. Det må derfor være mest hensigtsmæssigt, at man under løsningen af de rent statistiske problemer hele tiden holder sig den endelige målsætning for øje. Det er i reglen denne, som er klarest formuleret, medens det vil kræve et arbejde at bringe det relevante sandsynlighedsproblem frem for dagen. Man vil under dette ofte opdage, at den mest 'rationelle' statistiske metode – bedømt ud fra slutformålet – må forudsætte kendskab til vurderingen af de forskellige mulige begivenheder, der har med sagen at gøre. Disse værdidomme er den traditionelle statistik fremmed. Hvis den, der har stillet hovedproblemet – hvervgiveren – kan give klare og utvetydige oplysninger om disse værdidomme, ja så kan statistikeren igen tage sig den del af sagen let. Næste spørgsmål bliver, hvordan sandsynligheder og værdidomme skal sammenfattes. Det er f. eks. ikke nok blot at levere hvervgiveren et forventningstro (centralt) skøn over en parameter; man skulle helst finde det skøn, som det i en eller anden forstand vil være 'billigst' for hvervgiveren at benytte. Det kræver endnu et element i løsningen af problemet, nemlig fastsættelsen

^{*)} Ideen til artiklen opstod i 1960 efter et semesters inciterende forelæsninger af prof., dr. Arne Jensen og prof. dr. A. Vinding Kruse. En særlig tak bør rettes til prof. Arne Jensen for hans utrættelige opmuntring, uden hvilken denne artikel ikke var blevet til.

^{**) cand. act.}

af en strategi. Det kan være, at hvervgiveren vil være bedst tjent med en løsning, som gennemsnitlig vil føre til det mindste tab for ham; men måske er hvervgiveren mere interesseret i en løsning, der minimerer det maksimale tab, han kan komme ud for. Ofte vil hvervgiveren ikke direkte have gjort sig klart, hvilken strategi han finder mest hensigtsmæssig, og det må da være statistikerens opgave at gøre ham opmærksom på de muligheder, der er her. Hvis hvervgiverens vurdering af tab ved de forskellige begivenheder også er upræcist formuleret, kan man se, at en god løsning af hovedopgaven forudsætter et nært samarbejde mellem hvervgiver og statistiker.

Det vil være hensigtsmæssigt, at statistikeren er opmærksom på mulighederne for vurdering af begivenheder og valg af strategi, da hvervgiveren ikke kan forventes at have sin mening om disse ting udtrykt på en måde, som direkte kan puttes ind i en statistisk metode.

I de senere år er statistikerne blevet stedse mere interesserede i disse ting, og det har ført til en ny gren af statistikken – decisionsteorien. Her er der fra forskellig side givet forslag – eksplicit udtrykt i formler – til håndtering af sådanne udvidede statistiske problemer, hvori også værdidomme og valg af strategi indgår. Disse formler udpeger direkte, hvilke afgørelser, der skal træffes. Nu kunne man jo spørge sig selv, om denne teori egentlig har ret megen forbindelse med virkeligheden? For at få svar på dette kunne det være interessant at gå til de mennesker, som i et par tusinde år har beskæftiget sig netop med at træffe afgørelser, nemlig juristerne. Hvordan gør de det? Det er nok mest givtigt at se på den del af juraen, hvor sandsynligheder spiller den største rolle, nemlig erstatningsretten. Det ses tydeligt, at juristerne ikke starter samme sted i problemerne, som en statistiker ville gøre, og de vil på forespørgsel nok benægte, at det var raffinerede statistiske metoder, det kom an på. Afgørelserne træffes ud fra et juridisk skøn, som er en uhyre fint konstrueret mekanisme, der er opbygget gennem århundreder, og hvis udslag bestemmes af de mest forskelligartede faktorer på en måde, der ikke kan eftergøres i formler.

Kan imidlertid statistikeren ikke trænge ind i juristens decisionsteori, kan han da i hvert fald prøve at løse et juridisk problem på sin egen måde og så sammenligne sin afgørelse med juristens. Er de enige, vil det være ham en opmuntring på vejen videre frem.

Det problem, der her skal tages op, er handlingers farlighed. Det egentlig statistiske delproblem er skønnet over en bestemt handlingssandsynlighed for at skade. Hovedspørgsmålet er, hvor farlige handlinger samfundet vil tillade udført. Man når frem til, at den gennem-

snitlige skade skal være mindre end den gennemsnitlige nytte. Hvem skal vurdere skade og nytte? Før man ved det, kan man ikke lave det 'bedste' skøn over skadesandsynligheden. Man har kun et dårligt iagttagelsesmateriale at bygge på; hvor præcist behøver skønnet at være? Det afhænger af forholdet mellem skade og nytte. Kort sagt, en helhedsanalyse er nødvendig.

Den følgende analyse er tænkt som et diskussionsoplæg mellem jurister og statistikere. Den er skrevet med henblik på jurister; en statistiker vil finde afsnittene 1.2 og 4 mest interessante. Da den er skrevet i et juridisk sprog, vil mange i og for sig dagligdags ord have en skarpere afgrænset mening end ellers. Uden her at gå i detaljer med dette skal meningen med et par af de mere særprægede udtryk antydes:

Integritetskrænkelse: Fysisk skade på person eller ting forvoldt med fysiske midler.

Culpa: En mand siges at handle *culpøst*, hvis han opfører sig mere uforsigtigt og skødeløst end en god og ordentlig mand (en *bonus paterfamilias*) ville gøre. En culpøs handling er *forsætlig*, hvis manden ved, at det vil gå galt; ellers er den *uagtsom*.

B. *Det juridiske problem.*

1. Indledning

Decisionsteori (eller spilteori, som den også kaldes) er en meget ung disciplin i slægt med den matematiske statistik. Den beskæftiger sig med en nærmere, formel analyse af de regler, hvorefter beslutninger kan træffes, når man ønsker at opnå visse ting. Det kan også udtrykkes som en undersøgelse af de strategier, man kan anvende i et spil med flere mulige gevinster. Decisionsteorien er en hjælpevidenskab, der kan bruges indenfor f. eks. sociologi, psykologi, statistik og virksomhedsplanlægning, og den har i hvert fald i et enkelt tilfælde været anvendt på et juridisk problem, nemlig i en artikel af *Arne Jensen*: »Decisions économiques et modèles stochastiques«, der omhandler bl. a. pater est-reglen.¹⁾ I fremtiden vil sådanne tilfælde blive hyppige. I U.S.A. er der opstået en ny disciplin, *jurimetrik*, der tager elektronregnemaskiner, symbolsk logik og sandsynlighedsregning i brug.³¹⁾

Her er det et andet problem, der skal tages op, nemlig spørgsmålet om, hvornår en handling bliver retstridig, fordi den rummer en fare for integritetskrænkelser. Det viser sig, at det er muligt uden anvendelse af særlig megen jura, blot ud fra visse generelle forudsætninger, at give en besvarelse af spørgsmålet ved hjælp af et simpelt matematisk-

logisk system – en model. En sådan model er naturligvis blot en arbejds-hypotese. Prøver man imidlertid at give en juridisk fortolkning af modellen elementer, kommer man til en overraskende god overensstemmelse med den nordiske retstridighedslære, således som den er udtrykt hos flere forfattere. At disse forfattere på nogle punkter ikke er enige kan forklares ved, at de ikke lægger samme vægt på de elementer, der indgår i systemet. Modellen synes således at være i samklang med en hovedstrømning i den juridiske teori, og det er derfor måske ikke uden interesse at se, hvilket lys den kaster over et par ikke ganske afklarede teoretiske spørgsmål – forholdet mellem årsag, adækvans og culpa f. eks. Til slut undersøges nogle af de indvendinger, der er rejst mod retstridighedslæren. En handling (objektive) retstridighed er her opfattet som indbegrebet af de objektive betingelser, der skal være opfyldt, for at en handling kan mødes med retshåndhævelse, når denne har karakteren af en misbilligelse. Det er ikke hensigten her at komme ind på, i hvilket omfang en retshåndhævelse som pålæggelse af erstatningsansvar forudsætter retstridighed i denne forstand. Der bortses fra lov og sædvane, undersøgelsen koncentrerer om forholdets natur.

2. Decisionsteoretisk formulering af problemet.

En mand foretager en handling, som kan forvolde en skade. Han kan f. eks. køre over for rødt lys, fordi han skal nå et vigtigt møde eller han stiller en potteplante i et åbent vindue på 4. sal. Eller han stiller en cykel fra sig ved fortovskanten. Skal man billige, at han gør det? Hvis man forudsætter, at den potentielle skadevolder umiddelbart før udførelsen af sin handling nøjagtigt er klar over alle omstændigheder, således at han præcist ved, med hvor stor sandsynlighed handlingen vil medføre en skade, og hvis man yderligere forudsætter, at han ikke vil foretage handlingen, dersom samfundet fordømmer den (erklærer den for retstridig), bliver spørgsmålet, hvornår samfundet har fordel af at hindre ham i at handle. Dette kan decisionsteoretisk formuleres som et spil mellem naturen og samfundet, hvor naturen (tilfældet) nu og da vil lade en skade indtræffe, og hvor samfundet vil vælge den strategi, der giver det mindste gennemsnitlige tab.

Gevinster og tab i dette spil er af højst forskellig art. Nogle er næsten rent økonomiske (tingskader), andre indeholder væsentlige ikke-økonomiske elementer (personskader) eller er udelukkende ikke-økonomiske. Det forudsættes nu, at man på en eller anden måde kan måle disse ting med den samme målestok, således at de bliver indbyrdes sammenlign-

lige. (Denne forudsætning diskuteres nærmere i afsnit 4). For nemheds skyld antages det, at denne fælles måleenhed kan udtrykkes i penge. Når man skal vurdere f. eks. en personskade i penge på denne måde, skal man finde et pengebeløb, der er præcis så stort, at samfundet ville være indifferent, hvis det fik valget mellem at undgå en personskade og at modtage dette beløb. Det drejer sig altså *ikke* om at finde størrelsen af den erstatning, som skadevolder skulle udrede. Medfører en uagtensom handling et barns død, vil erstatningens størrelse være måske et par tusinde kr.; men ingen vil dog være indifferent i et valg mellem at spare et liv og spare 2000 kr. Det beløb, som barnets liv i denne sammenhæng skal vurderes til, er af en hel anden størrelsesorden. På den anden side er det ikke uendelig stort, skønt man plejer at regne menneskeliv for absolutte goder.

Sandsynligheden for, at den potentielle skadevolders handlinger resulterer i en skade, kaldes p . Den er som alle sandsynligheder et tal mellem 0 og 1, hvor en umulig begivenhed har sandsynligheden 0, og en sikker begivenhed har sandsynligheden 1. Den interessante sandsynlighed er her den *forøgelse* af risikoen for skaden S , som handlingen H vil medføre. (Hvis handlingen formindsker risikoen for skaden, er der jo ingen grund til at beskæftige sig med problemet her). Kaldes skadesandsynligheden, hvis handlingen udføres, for $p\{S|H\}$ og skadesandsynligheden, hvis handlingen ikke udføres, for $p\{S|\bar{H}\}$, har man

$$p = p\{S|H\} - p\{S|\bar{H}\}. \quad (1)$$

Dette vil vise sig at have betydning for adækvansproblemet, hvorom mere nedenfor.

Der kan opstilles følgende skema over de mulige situationer og de dertil knyttede tab for samfundet:

		A Skade vil ikke ske	B Skade vil ske
Sandsynlighed		$1 - p$	p
Samfundets tab, hvis det erklæ- rer handlingen	retmæssig	0	$x + c$
	retstridig	n	n

I skemaets fire rubrikker står der det samfundsmæssige tab ved, at samfundet vælger en af de to muligheder, der er angivet til venstre, og naturen uafhængigt heraf vælger at lade en skade indtræffe eller ej.

Man ved, at naturen træffer dette valg med de sandsynligheder, der er angivet. Der skal ikke lægges noget dybere retsfilosofisk i denne terminologi, der blot svarer til den indenfor decisionsteorien brugte betragtningsmåde.

Det er forudsat – måske lidt urealistisk – at handlingen kun bliver udført, hvis samfundet vil erklære den for retmæssig. Er det tilfældet, og der ingen skade sker, er tabet 0. Udføres handlingen, og en skade indtræder, er tabet $x + c$. Her står x for det retligt relevante – mest økonomiske – tab ved selve skaden, mens c repræsenterer samfundets ubehag ved, at den handlende overhovedet har forvoldt en integritetskrænkelser. Var samme skade sket ved en naturbegivenhed, ville man ikke få tabet c . Til belysning af, hvad der menes med dette rent ideelle tab, kan f. eks. anføres følgende citat af *Fr. Vinding Kruse*: "Det ene Menneskes Interesse skal i Almindelighed ikke ofres for det andets, selvom dette – efter en materiel, økonomisk Maalestok – er nok saa mange Gange større end hint.«²⁾

Hvis samfundet erklærer handlingen for retstridig, og den altså ikke bliver udført, er tabet n . Hvad der skal indgå i denne størrelse, er et vanskeligt problem. I hvert fald indgår der samfundets beklagelse af at have indskrænket individets handlefrihed, og der indgår den generelle nytte af den undladte handling.

Tabet, hvis handlingen bliver gjort retmæssig, vil gennemsnitligt være $(1 - p) \cdot 0 + p \cdot (x + c) = p \cdot (x + c)$. Tabet, hvis handlingen gøres retstridig, vil være n . Heraf følger, at samfundet bør vælge den strategi at erklære handlingen for retstridig, hvis det dermed forbundne tab er det mindste, d. v. s. hvis

$$p \cdot (x + c) > n, \quad (2)$$

alt forudsat selvfølgelig, at modellen ikke giver et for urealistisk og simplificeret billede af problemstillingen.

I det foregående er der forudsat, at der kun kan ske *en* skade; nu udvides modellen til at omfatte flere skader. Samtlige mulige skader opregnes således, at forskelle i skadeforløbet vil medføre, at der tales om to forskellige skader. Er således et vindu knust, betragtes det som én skade, er en dør ødelagt, er det en anden skade, og er både vinduet og døren ødelagt, opfattes det som en tredje skade og ikke som »både den ene og den anden skade«. De mulige skader nummereres herefter $S_1, S_2, \dots, S_k$. Betegnelsen S_i skal betyde løst sagt »en af skaderne«, idet i kan være ethvert nummer fra 1 til k . Den ved hand-

lingen fremkaldte ekstrarisiko for skaden S_i 's indtræden kaldes p_i , hvor analogt med formel (1)

$$p_i = p \{ S_i | H \} - p \{ S_i | \bar{H} \}, \quad (3)$$

idet denne størrelse forudsættes at være ikke-negativ for alle i . (Er dette ikke tilfældet, kan et ræsonnement ganske analogt med det følgende gennemføres med en lidt ændret opstilling af modellen). Sandsynligheden for, at der overhovedet sker en skade, kaldes p ; den er lig summen af sandsynlighederne for de enkelte skader, når disse er defineret som ovenfor, altså

$$p = p_1 + p_2 + \dots + p_k. \quad (4)$$

Samfundets tab med den i 'te skade er dels det overvejende økonomiske x_i , dels et ikke-økonomisk, der hænger sammen med uviljen mod, at den handlende griber forstyrrende ind overfor andres retsbeskyttede goder. Dette sidste tab kaldes c , og det antages at være det samme, hvadenten skaden er stor eller lille.

Nu kan det første skema generaliseres således:

		A. Skade vil ikke ske	B. Skade vil ske, nemlig			
			S_1	S_2	...	S_k
Sandsynlighed		$1 - p$	p_1	p_2	...	p_k
Samfundets tab, hvis det erklærer handlingen	retmæssig	0	$x_1 + c$	$x_2 + c$	...	$x_k + c$
	retstridig	n	n	n	...	n

Det gennemsnitlige tab F ved at udføre handlingen bliver

$$\begin{aligned} F &= (1-p) \cdot 0 + p_1 \cdot (x_1 + c) + p_2 \cdot (x_2 + c) + \dots + p_k \cdot (x_k + c) \\ &= p_1 \cdot x_1 + p_2 \cdot x_2 + \dots + p_k \cdot x_k + (p_1 + p_2 + \dots + p_k) \cdot c \end{aligned}$$

Udføres handlingen, og man ender i rubrik B (der sker en eller anden skade), vil det overvejende økonomiske tab gennemsnitligt være $M \{ x | B \}$, (middelværdien af x , betinget af B), hvor man fra statistikkens teori har

$$M \{ x | B \} = \frac{1}{p} \cdot (p_1 \cdot x_1 + p_2 \cdot x_2 + \dots + p_k \cdot x_k). \quad (5)$$

Indsættes dette i udtrykket for F , fås under hensyntagen til formel (4):

$$F = p \cdot M\{x|B\} + p \cdot c \quad (6a)$$

$$= p \cdot (M\{x|B\} + c). \quad (6b)$$

Heroverfor står tabet ved, at handlingen erklæres retstridig og altså ikke udføres, nemlig n . Den bedste strategi for samfundet vil herefter være at motivere den handlende til ikke at handle, hvis F er større end n , altså hvis

$$F = p \cdot (M\{x|B\} + c) > n, \quad (7)$$

og i modsat fald lade være at blande sig i den handlendes dispositioner. Formel (7) er en generalisation af formel (2). Hvis der er en promilles sandsynlighed for, at en urtepotte i et åbent vindue på 4. sal blæser ned og rammer nogen, og hvis en sådan skade gennemsnitlig vurderes til 10 000 kr., bliver handlingens 'farlighed' F

$$\begin{aligned} F &= 0.001 (10\,000 \text{ kr.} + c) \\ &= 10 \text{ kr.} + 0.001 \cdot c. \end{aligned}$$

Nytten af at slippe for at flytte urtepotten væk kan nok ikke antages at overstige 10 kr., for det er jo kun et øjebliks sag. Uanset vurderingen af c vil man altså komme til, at man bør få manden til at lukke vinduet eller flytte urtepotten. Man vil altså kende handlingen retstridig – i hvert fald med de her brugte skønsmæssige tal.

3. Modellen sammenholdt med retstridighedslæren.

a. Handlingens farlighed.

Ovenstående resultat er udledt ved rent decisionsteoretiske metoder uden anvendelse af nogen speciel juridisk forhåndsviden. Det er derfor højst interessant at se, hvor nøje det stemmer overens med interesse-afvejningsteorien i den nordiske retstridighedslært. Det er i virkeligheden det samme princip, blot udtrykt i to forskellige sprog. Og prøver man at »oversætte« modellens detaljer til juridisk sprogbrug, vil et par problemer indenfor retstridighedslæren kunne trækkes klarere op.

Formel (7) siger, at man skal veje handlingens »farlighed« F mod nytten af at lade den ske uhindret. Dette er samme tanke, som Goos udtrykker ved at anbefale »en Afvejelse af de to modstaaende Hensyns fornuftige Krav, paa den ene Side Fordringen paa en saadan Handlefrihed, som er fornøden for Opnaaelsen af Livsvirksomhedens berettigede Formaal, paa den anden Side en saadan Betyggelse for Rettighederne,

som er Betingelsen for en virkelig Retssikkerhed.«³⁾ De fleste forfattere efter Goos har sluttet sig hertil – med større eller mindre forbehold.

Hvordan måles nu handlingens farlighed? Man kunne tænke sig to muligheder: enten ved sandsynligheden for, at en eller anden skade forvoldes, eller ved skadens gennemsnitlige værdi. Goos ser på skadesandsynligheden p , »Bedømmelsen in concreto retter sig paa den ene Side efter Handlingens større eller mindre Nytte (»Vigtighed«), paa den anden Side efter Skadens større eller mindre Sandsynlighed.«⁴⁾ Det samme gør tilsyneladende Stang, »– en viss grad af fare.«⁵⁾ Ussing derimod opererer med handlingens skadeevne, der defineres som »Produktet af den mulige Skades Værdi og Sandsynlighedsgraden.«⁶⁾ Denne størrelse må være identisk med $M\{x|B\} \cdot p$, der er første led i formel (6a), idet Ussings definition må forstås som »produktet af de mulige skaders gennemsnitlige værdi (hvis skade sker) og sandsynligheden for, at der sker en eller anden skade«. Ussing er imidlertid en smule uklar på det punkt og nærmer sig flere steder stærkt til Goos og Stang. Han sonderer således efter den fare, handlingen medfører,⁷⁾ og definerer skadeevne som »en vis Tendens til at fremkalde Skade.«⁸⁾ Denne sprogbrug kan virke lidt forvirrende, da skadeevnen er et beløb i kr. og øre og således væsensforskellig fra en sandsynlighed. Hos Ussing er vanskeligheden imidlertid ikke øjnefaldende på grund af de anvendte ords flertydighed; men den træder klart frem hos A. Vinding Kruse, der i sin afhandling om adækvansproblemet i erstatningsretten uddyber og strammer begreberne, bl. a. ved at udtrykke dem i matematiske symboler. Et par steder i afhandlingen defineres farlighedsmålet som Ussings skadeevne, mens der flere steder tilsyneladende ræsonneres ud fra skadesandsynligheden.⁹⁾

Hvis man tør antage, at en model som den i nærværende artikel opstillede kan beskrive noget væsentligt i retstridighedslæren, bliver afstanden mellem de to farlighedsmål ikke så stor endda. For så bliver det benyttede farlighedsmål $F = p \cdot M\{x|B\} + p \cdot c$, hvor første led er Ussings skadeevne, mens det interessante element i andet led er skadesandsynligheden p , (hvis man antager, at modviljen c mod integritetskrænkelser er nogenlunde den same for alle skadevoldende handlinger). Begge dele skal altså med, og jo større værdi en forfatter tillægger c , jo mere vægt vil han lægge på skadesandsynligheden i sine betragtninger, idet sidste led i formel (6a) vil dominere over det første. Eksempelvis afvejer Goos [ovfr. ved note 3)] handlefriheden mod retssikkerheden og rettighedernes betryggelse, altså c , men nævner ikke

det økonomiske tab. I overensstemmelse hermed måler han handlingens farlighed ud fra skadesandsynligheden [ovfr. ved note 4)].

Man kan for øvrigt prøve mere direkte at ræsonnere sig frem til, at farlighedsmålet må inkludere begge bestanddele. Tog man kun hensyn til skadeevnen, kunne man ikke få en fornuftig beskyttelse af små og store goder samtidig. Et eksempel: Hvis det var retstridigt at udsætte et gode på 10 kr. for en fare med sandsynlighed på 0.01, ville det også være retstridigt at udsætte et gode på 1 mill. kr. for en faresandsynlighed på 0.0000001, da skadeevnen i begge tilfælde er 10 øre (forudsat at nytten n var den samme ved begge handlinger). Men en så lille sandsynlighed som den sidstnævnte vil der normalt ikke tages hensyn til. Prøvede man så at klare den vanskelighed ved at sætte retstridighedsgrænsen ved en større skadeevne, altså vurdere nytten højere, ville man ikke kunne beskytte det lille gode blot nogenlunde.

Hvis farlighedsmålet var skadesandsynligheden alene, ville man reagere ens, hvadenten en handling truede et gode til en værdi af 10 kr. eller et til 1 mill. kr., når blot skade var lige nærliggende i begge tilfælde, og nytten var den samme. Men den almindelige indstilling er vel, at der bør udvises ekstra forsigtighed med kostbare ting.

Det i formel (5) anførte farlighedsmål indeholder både skadeevnen i Ussings forstand og skadesandsynligheden. Det kan derfor yde de større goder en rimelig beskyttelse uden at lade de små goder i stikken. Om man vil lægge mest vægt på det ene eller det andet element afhænger af, hvor højt man vurderer størrelsen c , der står for misbilligelsen af integritetskrænkelser i det hele taget.

b. Årsagsbetingelsen og v. Kries's adækvansbegreb.

Tyskeren J. v. Kries indførte udtrykket adækvans, som han definerede således: »Es soll also, wo das ursächliche Moment A den Erfolg B verursachte (bedingte), A die *adäquate* Ursache von B, B die *adäquate* Folge von A heissen, falls generell A als begünstigender Umstand von B anzusehen ist; im entgegengesetzten Falle soll von zufälliger Verursachung und zufälligem Effecte gesprochen werden.«¹⁰⁾ Betydningen af v. Kries's adækvansbegreb er herhjemme blevet stærkt fremhævet af A. Vinding Kruse. En skade er altså kun en adækvat følge af en handling, hvis handlingen har forøget sandsynligheden for skadens indtræden. Dette stemmer overens med, at de i den opstillede model indgående sandsynligheder p_i for den i 'te skades indtræden netop er den ekstrarisiko, som handlingen vil medføre, jfr. formel (3). Kun

adækvate skader skal tages med i afvejelsen. Det spiller ingen rolle, om et gode udsættes for en stor fare, når blot faren ikke er forøget i forhold til tidligere. Brandskade er således normalt en adækvat følge af at flytte en genstand ind i et brændende værelse. Men flytter man i et brændende hus en ting fra et værelse til et andet uden at kunne få den ud, vil brandskade på tingen ikke være en adækvat følge. v. Kries's adækvansbegrænsning er rent objektiv, uafhængig af nogens skøn eller indsigt, og ved interesseafvejelsen træder den i stedet for en begrænsning til farer i årsagsforbindelse med skader. For interesseafvejelsen er en apriorisk vurdering; den foretages i princippet før udførelsen af handlingen, hvor man ikke kan vide, om handlingen konkret vil blive årsag til en skade. (Jfr. *Ussing*: »Hvis spørgsmaalet om Faren først rejses, efter at der er sket Skade, som det jo sker i Erstatningssager, maa Dommeren altsaa tænke sig tilbage til det Øjeblik, da den skadevoldende Handling blev foretaget.«¹¹⁾ Ligeledes *Stang* ndfr. ved note 24). Omvendt kræver *Fr. Vinding Kruse* tilsyneladende normalt, at en retstridig handling skal have været årsag til en skade.¹²⁾ Årsagsbegrebet skulle således efter nærværende beskrivelse af retstridighedslæren ikke spille ind ved afgørelsen af handlingens eventuelle retstridighed, men det får indflydelse på valg af sanktion. Til forbud og nogle former for straf kræves ikke forårsagelse; men erstatningsansvar kan kun ifaldes for en handling, der virkelig har været årsag til en skade; det er ikke nok, at adækvat fare er fremkaldt, hvis skaden dog udelukkende er forårsaget af noget andet.¹³⁾

I enkelte specielle tilfælde kunne det dog være nærliggende at frafalde årsagssammenhæng som betingelse for erstatningsansvar. Hvis der til en bestemt art handlinger er knyttet en adækvat fare for visse skader, som også kan opstå på anden måde, og hvis det generelt kan siges om disse skader, at den enkelte skades årsag er umulig at opspore, har man valget mellem enten at fritage skadevolder for erstatningsansvar overhovedet eller at opgive kravet om (bevist) årsagsforbindelse. Her tænkes navnlig på skader voldt ved radioaktiv stråling, f. eks. som følge af uheld med en atomreaktor.¹⁴⁾ Et menneske, der har været udsat for radioaktiv bestråling, vil løbe en større risiko end andre for at få leukæmi og cancer, og der vil gennemsnitlig forekomme flere genmutationer i hans eller hendes arvelige anlæg. Men selv om vedkommende bliver syg af cancer eller får et defekt barn, vil det være umuligt at afgøre, om dette skyldes bestrålingen, da disse ting jo også forekommer i den normale befolkning. Man kan kun angive, med hvor stor sandsynlighed radioaktiviteten er årsagen. Er f. eks. hyp-

pigheden af en vis kræftform 0.0005 blandt ubestrålede personer og 0.002 blandt individer, der har været udsat for en bestemt dosis stråling, vil blandt 10 000 bestrålede personer ca. 20 få sygdommen, men af dem ville ca. 5 have fået den også uden bestråling. Sandsynligheden for, at den radioaktive stråling er årsag til en bestemt persons sygdom, kan så anslås til $(20 - 5)/20 = 3/4 = 75\%$. Denne aposterioriske »bevissandsynlighed« for, at en indtruffen skade har én af flere mulige årsager, er væsensforskellig fra den almindelige aprioriske sandsynlighed for, at en handling engang i fremtiden vil blive årsag til skade.

Hvorledes kan disse tilfælde nu behandles? Man kan gå frem efter de almindelige regler, hvorefter skadelidte har bevisbyrden for årsagsforbindelse, og man kan slå af på kravet til beviset efter forholdene i øvrigt. Men normalt vil alvorlige bevisvanskeligheder dukke op nu og da, ret uafhængigt af den skadevoldende handlingens art. Her derimod ligger det i selve handlingens natur (drift af atomreaktor), at årsagsbevis ikke kan føres for en væsentlig del af de skader, den kan forvolde, og dette kan føre til urimeligheder.

Det er klart, at der – hvis ansvarsgrundlaget i øvrigt er i orden – ifaldes ansvar, hvis bevissandsynligheden er nær ved 1. Det er mere problematisk, hvis den f. eks. er 0.5. Man kan mene, at det er tilstrækkeligt, og pålægge fuldt ansvar; i så fald vil skadevolder komme til at betale dobbelt så meget, som han egentlig skulle, idet kun halvdelen af de erstatningsberettigede vil være skadelidte. Eller man kunne nægte erstatning på grund af manglende bevis; det ville være ensbetydende med, at skadevolder overhovedet ikke kunne ifalde ansvar for disse meget betydelige skader, hvad der ville virke ret stødende. En tredje løsning ville være at give hver enkelt af de ramte erstatning i forhold til bevissandsynligheden. Så ville skadevolder gennemsnitligt komme til at betale det rigtige beløb, forudsat at de enkelte tabs størrelse var uafhængig af årsagen til dem. I eksemplet ovenfor var kun 75 % af de kræftangrebne blevet syge som følge af reaktorens stråling; men da man ikke ved, hvem det er, giver man dem alle 75 % af fuld erstatning. Herved får de gennemsnitligt det, de skulle have, og da de heller ikke selv kan kende årsagen til deres sygdom, har ingen af dem grund til at føle sig forfordelt. Løsningen har endvidere den fordel, at man undgår det vilkårlige skel mellem tilfælde, hvor fuld erstatning gives, og dem hvor erstatning nægtes; der vil jo være en jævn overgang fra tilfælde med lille bevissandsynlighed til dem med stor, afhængig af den modtagne strålingsdosis. Måske ville man dog af retstekniske hensyn nægte erstatning, hvor der kun var ringe sandsynlighed for, at skadens årsag

var bestrålingen. En fjerde løsning er skitseret og i hovedsagen forkastet af *Gomard*,¹⁵⁾ nemlig at give erstatning i forhold til *faren* for senere indtrædende skader. I så fald skulle alle 10 000 bestrålede i eksemplet hver have 1.5 promille af fuld erstatning.

c. Handlingens 'nytte' og selve interesseafvejelsen.

Det tab, som samfundet lider ved at hindre udførelsen af en handling, er her kaldt *n*. Det er vanskeligt at give en udtømmende opregning af, hvad det består af, men kan kunne betragte følgende fire elementer: 1. Den gevinst, som handlinger af den art plejer at tilføre samfundet. 2. Den gevinst herudover, som netop denne handling ville give. 3. Det ideelle tab, som forvoldes ved, at samfundet på denne måde indskrænker handlefriheden. 4 Retstekniske hensyn.

Det første element er handlingens generelle værdi, som *Ussing* definerer som »den gennemsnitlige Værdi af Handlinger af den paagældende Art.«¹⁶⁾ Det er gevinsten ved overhovedet at gøre den pågældende ting. Hvis handlingen kunne udføres på en mindre risikabel måde og skaden derved undgås, er det gevinsten ved at bruge en mere farlig metode. Det er ikke givet, at den sikreste metode altid skal benyttes. Den generelle nytte ved at svinge til venstre på cykel uden at vise af er meget ringe, men nytten ved at køre bil uden at have en mand med et rødt flag gående foran vognen er anderledes betydelig.

Det andet element er handlingens konkrete nytte, der ligesom det generelle kan være en økonomisk eller en anden anerkendelsesværdig interesse.

Det tredje, hensynet til handlefriheden, dækker over ulemperne ved, at samfundet griber forstyrrende ind i borgernes dispositioner.

Endelig må der tages hensyn til, hvad der retsteknisk er gennemførligt, og til de mål, som retsordenen i øvrigt forfølger.

Hvilke elementer skal medtages i afvejelsen? Der er nogenlunde enighed i litteraturen om, at i hvert fald den generelle nytte og hensynet til handlefriheden bør indgå, mens navnlig *Ussing* fremhæver, at den konkrete nytte kun undtagelsesvis bør regnes med, f. eks. ved nødret og negotiorum gestio. Retstekniske hensyn spiller særlig en rolle ved ikke-integritetskrænkelser; således er udøvelsen af en subjektiv ret oftest retmæssig, selv om den overvejende skader.

Nu kan man foretage afvejelsen af handlingens adækvate farlighed mod dens nytte og deraf se, om den bør være objektivt retstridig. At nytten er medregnet garanterer, at ikke enhver ringe fareforøgelse fører

til retstridighed. Alle relevante økonomiske og ikke-økonomiske hensyn skulle gerne være tilgodeset, og ved at se på, hvilke elementer man med rimelighed kan medtage i særlige tilfælde, kan man få specialregler frem.

Er der handlet udelukkende af skadelyst, har hensynet til den generelle og konkrete nytte og handlefriheden ikke megen vægt, derfor skulle blot en ringe adækvat fare medføre retstrid samt erstatningsansvar, hvis skade sker. *Ussing* siger om skadehensigt ved integritetskrænkelser: »Der bør navnlig ikke indtræde Ansvar i Tilfælde, hvor Skadevolderens Handling hørte til de helt ufarlige Handlinger. Ved Handlinger, der frembringer en vis betydeligere Fare, er der snarere Grund til at lade Skadehensigten medføre Ansvar.«¹⁷⁾ Hvis *Ussing* med »helt ufarlige Handlinger« mener handlinger, som ikke forøger risikoen for skade, altså hvor skaden er objektivt inadækvat, stemmer modellen nogenlunde hermed.

Ussing følger i dette spørgsmål *Knoph*, der vil lade ikke helt ufarlige handlinger være retstridige, når de kun er motiveret af skadehensigt, fordi »når handlingen nemlig foretas for å skade og ikke for å fremme andre interesser, vil dens samfundsnytte regelmæssig være 0,«¹⁸⁾ altså et udslag af interesseafvejningen.

Ifølge *Getz* kan nytten af en handling bedømmes væsentligt lavere, når det er klart, at den ikke tjener noget anerkendelsesværdigt formål. Dette, og ikke skadehensigt, er for ham det afgørende, som det fremgår af følgende: »Er der saaledes en vis efter omstændighederne varierende grad af sandsynlighed, som altid maa til, for at en handling af hensyn til sammes mulige følger skal være forbudt, saa er det en ligefrem konsekvens deraf, at handlinger, som ei medfører denne sandsynlighedsgrad, under enhver omstændighed er retmæssige, hvad enten de er foretagne i den hensigt at fremkalde den skadende følge eller ei. --- Blot maa her erindres, at disse retmæssige handlinger ei har denne egenskab, uanset de omstændigheder, hvorunder de foretages. I det øieblik der ei lader sig paavise noget gyldigt formaal, som igjennem dem kunde forfølges, forandres ofte deres karakter. --- Da nu de fleste saadanne handlinger sjelden vil foretages, uden at nogen gyldig grund foreligger, medmindre netop hensigten er ond, saa vil det ofte se ud, som om den onde hensigt forandrede sagen; men dette er ei saa.¹⁹⁾

Når senere forfattere som nævnt ovenfor ikke er enige med *Getz* på dette punkt, kan det måske skyldes, at man ved blot unyttige handlinger kun kan se bort fra den generelle og konkrete nytte, mens man ved skadehensigt også kan slå en streg over hensynet til handlefriheden og

måske først derved opnår en væsentlig formindskelse af »nyttesiden« i regnskabet.

I nogle tilfælde vil samfundet tillade, at den konkrete nytte ud over den generelle tages med i bedømmelsen af handlingen. Et par eksempler herpå skal omtales. Når man i reglen ser bort fra den særlige gevinst, der i enkelte situationer kan være knyttet til en farlig handling, kan det bl. a. skyldes, at et hensyn hertil ofte vil være ensbetydende med et særligt hensyn til enkelte skadevoldere. Herved ville interesseafvejningen glide over i at blive spørgsmålet om, hvorledes denne skadevolders interesse i at handle forholdt sig til skadelidtes interesse i at undgå skaden, og en sådan interpersonel nyttesammenligning er en ret betænkelig sag – ikke mindst fra et decisionsteoretisk synspunkt. Men ved nødværge og nødret anerkender man, at den konkrete nytte virkelig er en samfundsmæssig gevinst, og derfor tør den medtages i afvejelsen. Ved *negotiorum gestio* finder der heller ikke nogen interpersonel nyttesammenligning sted, selv om den konkrete nytte medtages, idet både gevinst og tab rammer dominus; afvejelsen foretages blot af gestor på hans vegne. For at nødret skal være retmæssig kræves en betragtelig forskel mellem handlingens skadeevne og det reddede godes værdi (eller nøjagtigere: mellem skadeevnen og den gennemsnitlige værdi af den skade, som redningsforanstaltningerne ville hindre), hvilket stemmer med, at man også skal regne med ulempen ved at tilføje en udenforstående en skade. Dette hensyn falder væk ved nødværge og *negotiorum gestio*, hvor en sådan forskel ikke er nødvendig.

d. Subjektiv retstridighed.

I det foregående har det været forudsat, at alle modellens konstanter (sandsynligheder og tabsværdier) var kendte. I praksis må man imidlertid nøjes med skøn herover, og skønnet foretages i første omgang af den, der står i begreb med at handle, senere af domstolene. Disse skal afgøre dels, om den handlendes skøn var så godt, som man kunne vente af en god og fornuftig mand i hans situation, dels, om han har handlet i overensstemmelse med sit skøn. I modsat fald foreligger der ubevidst, henholdsvis bevidst, culpa. Den handlende kan selvstændigt skønne over skadesandsynlighederne p_i og de tilsvarende tab x_i samt eventuelt over den konkrete nytte af handlingen. Hvis han derimod skønner anderledes end domstolene over konstanten c (ulempen ved, at en andens retsbeskyttede gode krænkes) og over nytteelementerne: hensynet til handlefriheden og de retstekniske hensyn samt måske handlingens ge-

nerelle nytte, vil dette fejlskøn være en art retsvildfarelse, der ikke kan gøre handlingen retmæssig. *Ussing* siger således: »Dommen om Handlingen maa altsaa fældes paa Grundlag af, hvad den handlende ved Handlingens Iværksættelse vidste eller med Anvendelse af den i den paagældende Situation normale Opmærksomhed vilde have vidst om Handlingens Egenskaber. Paa det saaledes tilvejebragte Grundlag maa Dommen saa fældes efter *de almene, retlige Grundsætninger*, hvorefter det afgøres, om Handlinger af den paagældende Art skal søges forebygget ved Erstatningsregler.«²⁰⁾ På grundlag af disse skøn afgøres det, om handlingen er subjektivt retstridig, på samme måde som ovenfor fremstillet for den objektive retstridighed.

I decisionsteoretisk terminologi er denne overgang fra objektiv til subjektiv retstridighedsvurdering ensbetydende med, at problemet ikke mere opfattes som et spil med en vis kendt risiko for hvert af de mulige udfald, men som en afgørelse, der træffes på grundlag af delvis uvidenhed. Uvidenheden vil normalt ikke være fuldstændig; man vil have en vis fornemmelse af i hvert fald størrelsesordenen for skadesandsynligheden p – om den er ca. 50 %, 5 % eller 0.1 promille. Medens der blandt statistikere er nogenlunde enighed om, hvorledes risikosituationen skal behandles, er der flere forslag til decisionsregler for delvis uvidenhed. Et par af dem skal refereres i meget grove træk.

*Hurwicz*²¹⁾ prøver at udsondre, hvad man i hvert fald ved om sagen, og derudover regne med et vejet gennemsnit af det heldigste og uheldigste udfald, hvor ens større eller mindre pessimisme bestemmer vægtene. Som oftest vil man af forsigtighedsgrunde lægge langt det største eftertryk på det uheldigste udfald. Anvendt på det foreliggende problem vil det sige, at man er sikker på, at handlingens farlighed F ikke er større end et vist F_0 , måske er den langt mindre. Den meget forsigtige vil så disponere ud fra $F = F_0$, mens optimisten løber an på, at F er næsten lig 0. Spørgsmålet er så, hvor letsindig en fornuftig og omhyggelig mand vil være.

*Savage*²²⁾ foreslår, at man ud fra de mere eller mindre vage fornemmelser af forholdene opstiller subjektive sandsynligheder for de mulige udfald og derefter opererer med disse sandsynligheder som i risikosituationen. Dette svarer til at foretage interesseafvejelsen ud fra den handlendes bedømmelse af den farlige handlingens egenskaber. Tilføjes nu visse minimumskrav til kvaliteten af den handlendes skøn, fås bonus paterreglen. I det følgende bygges modellen op efter Savages principper.

Den handlende skal altså skønne over den ekstrarisiko for skaderne $S_1, S_2, \dots, S_k$, som hans handling vil medføre (jfr. skemaet s. 47). Denne

skadesandsynlighed er p_i for den i 'te skade, og hans skøn herover kaldes p'_i , dog defineres p'_i som en god og fornuftig mands skøn i de tilfælde, hvor den handlendes bedømmelse er ringere end en bonus pater.

Hvis $p'_i = 0$, d. v. s. hvis den handlende ikke har medtaget risikoen for den i 'te skade i sin afvejelse, og en bonus pater heller ikke ville regne med den, er skaden subjektiv inadækvat, jfr. at *Ussing* som en nødvendig betingelse for en skades adækvans anfører, at »Skaden maa ligge indenfor de Muligheder som den handlende, eller en fornuftig Mand i hans Sted overhovedet maatte regne med.«²³⁾ Medens den objektive v. Kries-adækvans er et spørgsmål om, hvorvidt handlingen overhovedet virker generelt begunstigende for skadens indtræden, uanset hvor lille ekstrarisikoen er, og uanset hvor fjern og indirekte sammenhængen måtte være, er den subjektive adækvans et spørgsmål om, hvor meget af dette den handlende indser eller burde indse. Kravet om subjektiv adækvans skulle altså bevirke en beklippelse af – ikke årsagsrækken, for handlingen er endnu ikke udført på tidspunktet for afvejelsen og er derfor ikke blevet årsag til noget – men af mængden af mulige, objektivt adækvate skader. For de resterende skader skønnes over de økonomiske og ikke-økonomiske tab, der omregnet til en fælles måleenhed og adderet giver summen x_i for den i 'te skade; skønnet herover kaldes x'_i . Da den i 'te skade S_i er defineret som et ganske bestemt hændelsesforløb, ligger der i bedømmelsen af x_i ikke noget skøn over eventuelle fjerne konsekvenser, det er allerede gjort ved at finde ud af, hvilke skader S_i der slap igennem den subjektive adækvans's nåleøje. Den ulighed, der skal være opfyldt, for at handlingen er subjektivt retstridig, er herefter

$$F' = p' \cdot (M \{ x' | B \} + c) > n, \quad (8)$$

der svarer fuldstændig til formel (7) for den objektive retstridighed, blot med de sande værdier af x og p erstattet af skøn – måske også skøn over dele af n . Udføres handlingen på trods af, at dens således skønnede farlighed overstiger dens nytte, handles der culpøst – bortset fra særlige ansvarsfrihedsgrunde. Her som tidligere kan handlingen være retstridig, skønt ingen enkelt skade er så nærliggende eller så stor, at hensynet til den alene kan begrunde handlingens uønskværdighed, jfr. *Ussing* ndfr. ved note 26).

Flere forfattere har diskuteret, om adækvansgrænsen er den samme som culpagrænsen. Ifølge nærværende model må svaret blive både ja og nej. Ja, fordi der i culpaafvejelsen indgår alle de subjektivt adækvate skader og kun disse. Nej, fordi en afvejelse bygget på adækvate skader

udmærket kan give til resultat, at handlingen ikke er culpøs, nemlig hvis dens nytte overstiger dens farlighed.

Det ses, at hvis den her fremsatte matematiske beskrivelse af problemerne er nogenlunde dækkende, er adækvanslæren fundamental for udformningen af retstridighedsbegrebet, idet man derigennem bestemmer, hvilke farer der skal tages hensyn til ved interesseafvejelsen. Hermed stemmer en udtalelse af *Stang*: »Man skal altsaa ta sit udgangspunkt i det øieblik, handlingen blev foretaget, og man skal regne med den viten, som er avgjørende, naar det spørges, om følgen er adækvat. Er dette rigtig, gaar læren om adækvans ind som en faktor i læren om retstrid; det er bare den adækvate skade, man skal ta hensyn til, naar det spørges, om handlingen er retstridig.«²⁴⁾ Derimod mener *A. Vinding Kruse*, at adækvans sikkert ingen betydning har for fastlæggelsen af retstridighedsområdet,²⁵⁾ hvilket nok må ses i sammenhæng med forfatterens noget kølige holdning overfor interesseafvejningsprincippet.

Adækvansspørgsmålet har i litteraturen mest været drøftet med henblik på et andet problem, nemlig afgrænsning af de følger af en skadevørende handling, for hvilke skadevolder ifalder erstatningsansvar. Dette skal afgøres i en helt anden situation end den, hvori interesseafvejningen foretages, nemlig efter at handlingen er udført, og kun hvis den har medført en skade. Det er nærliggende kun at lade skadevolder hæfte efter culpereglen, hvis skaden er en af dem, som skadevolder med rimelighed havde eller burde have taget i betragtning ved interesseafvejelsen. I så fald bliver adækvansbetingelserne nøjagtig de samme som ovenfor. Herfor *Stang* i citatet ved note 24) og *Ussing*, der udtaler, at den subjektive adækvansbegrænsning »har man undertiden udtrykt derhen, at Ansaret skulde være betinget af, at Handlingen var retstridig og tilregnelig overfor netop det Gode, som var ramt af Skaden. — — — Meningen synes at være, at Handlingen skal have været retstridig paa Grund af Faren for selve det Gode, som blev ramt af Skaden. — — — Saa meget kan imidlertid ikke kræves. Det er formentlig tilstrækkeligt, at Handlingen er farlig for Godet, og at Faren for Godet gaar ind under den Fare (den Sum af Farer), som gjorde Handlingen retstridig.«²⁶⁾ Skaden skal altså være en subjektivt adækvat (påregnelig) følge af handlingen, og desuden objektivt adækvat. Et sidste krav føres man til ved at forestille sig en handling, som i en god og fornuftig mands øjne tager sig retstridig ud, skønt dens farlighed i virkeligheden er yderst ringe. Hvis den alligevel bevirker en skade, bør handlingens objektive retmæssighed ifølge *Ussing* formentlig medføre, at skadevolderen ikke ifalder ansvar, trods dens subjektive retstridighed.²⁷⁾

Et lignende problem opstår, hvis den handlende troede, at handlingen var retstridig, skønt en bonus pater med samme viden ville finde den retmæssig, og den også objektivt er det. Det ville være urimeligt at lade skadevolder hæfte blot på grund af hans abnormt pessimistiske bedømmelse af situationen. Derfor er det relevante skønt over de i afvejelsen indgående størrelser ovenfor defineret som bonus pater-skønnet overalt, hvor dette er mere præcist end den handlendes eget skøn; dog kan det ikke overstige handlingens objektive farlighed F . Lad $F'(b-p)$ være en bonus paters skøn og $F'(h)$ den handlendes skøn, mens F' betegner det skøn, som afgør, om skadevolder skal ifalde ansvar efter culpereglen. Man får så i de 6 mulige tilfælde:

- | | | | |
|------|-------------------------|----|----------------|
| Hvis | $F'(h) < F'(b-p) < F$, | er | $F' = F'(b-p)$ |
| - | $F'(b-p) < F'(h) < F$, | - | $F' = F'(h)$ |
| - | $F'(b-p) < F < F'(h)$, | - | $F' = F$ |
| - | $F'(h) < F < F'(b-p)$, | - | $F' = F$ |
| - | $F < F'(h) < F'(b-p)$, | - | $F' = F$ |
| - | $F < F'(b-p) < F'(h)$, | - | $F' = F$ |

De to første tilfælde, hvor både den handlende og en bonus pater undervurderer handlingens farlighed, er nok langt de vigtigste i praksis, og derfor er culpereglen udformet med henblik på dem. Handlingens objektive farlighed vil oftest være skjult også for domstolene, der således sjældent vil kunne se, om sagen falder ind under et af de fire sidste tilfælde.

4. Kritik af interesseafvejningslæren. Sammenfatning af økonomiske og ikke-økonomiske tab.

Der har i de senere årtier ikke været udelt sympati blandt jurister for interesseafvejningsprincippet, navnlig ikke hvis det forsøgtes udformet mere præcist og eksakt. Det skal ikke påstås, at der ved nærværende udkast til en matematisk model er nået et tilfredsstillende resultat. En decisionsteoretiker vil straks påpege, at mere forfinede metoder kunne være anvendt. En grundigere behandling af emnet vil sikkert vise sig frugtbar, navnlig for de specialtilfælde, hvor skadesandsynligheder m. v. lader sig bedømme nogenlunde præcist. En jurist vil sikkert mene, at modellen er for upraktisk, og at den umiddelbare

retsfølelse er at foretrække. Det her fremsatte har da også mest teoretisk sigte. Retsfølelsen må være en kompliceret tillært proces, som mest foregår i det ubevidste. Hvis denne proces følger logikkens love, skulle der være mening i at prøve at trække den op i dagslyset og underkaste den en nærmere analyse. Direkte praktisk betydning har sagen, når en statistiker skal finde ud af, om en risikabel disposition er samfundsmæssig forsvarlig, for så har han brug for et matematisk kriterium herfor, som er sammenfaldende med den juridiske bedømmelse. Den situation vil opstå stadig hyppigere, efterhånden som decisionsteorien tages i anvendelse indenfor erhvervslivet og det offentlige. Et beslægtet eksempel fra praksis er afgørelsen af, hvorvidt det var forsvarligt at undlade at opføre et nyt dige ved Thyborøn.²⁸⁾

Det viser sig efter konstruktionen af modellen, at nogle af de indvendinger, som fra forskellig side er fremsat mod interesseafvejningslæren, skulle være tilgodeset. Den handlende foretager ikke afvejelsen som part i sagen, men kun på samfundets vegne, og det er samfundets interesser for og imod, der afvejes, ikke direkte den handlendes mod den potentielle skadelidtes. Den handlendes sjælelige indstilling påvirker bedømmelsen, dels gennem indførelsen af det subjektive skøn, dels derved, at den relevante nytte nedsættes ved skadehensigt. Afvejelsen er i høj grad baseret på ikke-økonomiske faktorer. Der er enighed om, at interesseafvejelsen i det enkelte tilfælde som hovedregel viger for lov eller sædvane; til gengæld skulle den kunne bidrage til at forklare lovens og sædvanens opståen. Ved udformningen af modellen er der særligt tænkt på integritetskrænkelser, og det er et åbent spørgsmål, hvor langt herudover den er anvendelig; det afhænger af, hvorledes man definerer de retligt relevante tab i de forskellige situationer.

Et af de alvorligste problemer ved hele sagen er vanskeligheden ved at sammenfatte vidt forskellige økonomiske og ikke-økonomiske interesser. Ross har med stor iver hævdet, at det er umuligt, fordi størrelserne er inkommensurable, og fordi det er forskellige personers interesser, der sammenlignes.²⁹⁾ Det vil føre for vidt på dette sted at behandle spørgsmålet så grundigt, som det fortjener; her skal blot gives nogle antydninger og i øvrigt henvises til fremstillinger af *Zeuthen*, *Neumann and Morgenstern* og *Luce and Raiffa* (sidstnævnte giver en klar, kritisk og nogenlunde tilgængelig oversigt over problemerne).³⁰⁾ Vil man have et indtryk af, hvorledes en person værdsætter en række goder, kan man tage dem parvis og for hvert par spørge ham, hvilket han helst vil have. Vil han af A og B helst have A, og af B og C helst have B, kan

man – under visse forudsætninger – sige, at tabet af A er større end tabet af B, der igen er større end tabet af C. Disse valg kan personen foretage, selv om det drejer sig om helt forskelligartede goder som f. eks. et måltid mad, en femkroneseddel og glæden ved at lytte til en symfoni, for vi vælger i praksis daglig mellem lignende inkommensurable ting. Ved at lade personen fortsætte med at vælge mellem goderne – både økonomiske og ikke-økonomiske – fås en målestok for de tilsvarende tabs indbyrdes størrelse. Det er en målestok af denne type, der er lagt til grund for fremstillingen.

Interesseafvejningen foregår ud fra samfundets tab, og herved forstås noget lignende som ovenfor (ikke just noget nationaløkonomisk). Men samfundet er ikke nogen person med sin egen smag og sine særlige præferencer; det består af individer, der hver har deres vurdering af tingene. Hvorledes skal disse vurderinger sammenfattes til en enkelt målestok? Hertil kan siges, at denne tilsyneladende uløselige opgave påtager domstolene sig dog ved at dømme i disse sager, og herudfra kan en samfundsmålestok opstilles. Der ligger ingen moralsk vurdering af de enkelte goders ønskværdighed eller af de enkelte individers præferencer i denne målestok; den er blot en beskrivelse af retspraksis.

Formålet med denne overvejende matematiske beskrivelse af retstridighedslæren har været at give en oversigt over problemerne og understrege deres indbyrdes sammenhæng, at fremhæve, hvilke forudsætninger der er tilstrækkelige til at opbygge teorien, og endelig ved at formulere juridiske begreber statistisk at lette en vekselvirkning mellem disse to videnskaber, hvad begge parter måske kunne have udbytte af.

Noter:

- 1) Colloque Decision. Paris, maj 1959. Ikke offentliggjort.
- 2) Retslæren I (1943) s. 321.
- 3) Strafferet Alm. Del s. 190.
- 4) Strafferet Alm. Del s. 192.
- 5) Erstatningsansvar (1927) s. 105.
- 6) Erstatningsret (1957) s. 32.
- 7) Erstatningsret (1957) s. 31.
- 8) Erstatningsret (1957) s. 30.
- 9) Adækvansproblemet i erstatningsretten TfR 1951 s. 330.
- 10) Citeret fra *A. Vinding Kruse: Adækvansproblemet i erstatningsretten TfR 1951* s. 327.
- 11) Erstatningsret (1957) s. 31.
- 12) Retslæren I (1934) s. 293.
- 13) *Ussing: Erstatningsret* s. 143. Samme værk s. 135 om erstatning for fare taler ikke herimod, da faren i sig selv skal have forårsaget et tab (altså en skade), for at erstatning kan ydes.
- 14) *Gomard: Erstatningsretlige problemer i forbindelse med atomenergiens udnyttelse. UfR 1958 B* s. 197.
- 15) *UfR 1958 B* s. 234.
- 16) Erstatningsret (1957) s. 33.
- 17) Erstatningsret (1957) s. 64.
- 18) Hensiktens betydning for grensen mellem rett og urett (1921) s. 251.
- 19) Juridiske afhandlinger. Udgivet af F. Hagerup (1903) s. 53 f.
- 20) Erstatningsret (1957) s. 69 f.
- 21) *Luce and Raiffa: Games and Decisions* (1957) s. 304 f.
- 22) *Luce and Raiffa: Games and Decisions* (1957) s. 300 ff.
- 23) Erstatningsret (1957) s. 149.
- 24) Erstatningsansvar (1927) s. 105.
- 25) Adækvansproblemet i erstatningsretten. TfR 1951 s. 364 og 413.
- 26) Erstatningsret (1957) s. 152.
- 27) Retsstridighed (1949) s. 103.
- 28) *Arne Jensen: Stormflod og digebygning - »Ingeniøren«* 1959, s. 613 ff.
- 29) Om ret og retfærdighed (1953) §§ 73-74.
- 30) *Zeuthen: Economic Theory and Method* (1957) s. 93 f.
Neumann and Morgenstern: Theory of Games and Economic Behavior (1947) kap. I. 3.
Luce and Raiffa: Games and Decisions (1957) s. 12-39.
- 31) *Lee Loevinger* i »Law and Contemporary Problems« 1963 no. 3. Udgivet af Duke University Law School.

Herudover henvises til *J. Trolle: Risiko og skyld i erstatningspraxis* (1960).