



# Danskernes Historie Online

Danske Slægtsforskeres Bibliotek

## Dette værk er downloadet fra Danskernes Historie Online

**Danskernes Historie Online** er Danmarks største digitaliseringsprojekt af litteratur inden for emner som personalhistorie, lokalhistorie og slægtsforskning. Biblioteket hører under den almennyttige forening Danske Slægtsforskere. Vi bevarer vores fælles kulturarv, digitaliserer den og stiller den til rådighed for alle interesserede.

### Støt Danskernes Historie Online - Bliv sponsor

Som sponsor i biblioteket opnår du en række fordele. Læs mere om fordele og sponsorat her: <https://slaegtsbibliotek.dk/sponsorat>

### Ophavsret

Biblioteket indeholder værker både med og uden ophavsret. For værker, som er omfattet af ophavsret, må PDF-filen kun benyttes til personligt brug.

### Links

Slægtsforskeres Bibliotek: <https://slaegtsbibliotek.dk>

Danske Slægtsforskere: <https://slaegt.dk>

# Anders Sandøe Ørsteds Betydning

for

den danske og norske Retsvidenskabs Udvikling

af

**C. Goos. J. Nellesmann. H. Ølgaard.**

~~~~~  
**3die Afdeling III.**  
~~~~~



**H. Hagerups Forlag.**  
København.

**Triers Bogtrykkeri (G.L.Lind & Numa Frænkel) Kjøbenhavn.**

**1906**

# A. S. Ørstedes Betydning

for

Moral- og Retsfilosofien samt Strafferetsvidenskaben

af

C. G o o s.

**2den Halvdel:**

**III. Strafferetslære.**



**H. Hagerups Forlag.**

K ø b e n h a v n .



**Følgende Forkortelser, der ere særlige for denne  
Halvdel, betyde:**

- H. 1. = Dette Skriffs 1ste Halvdel (Morallære og almindelig Retslære).  
Udk. 1844 - 46. = Udkast til en Anordning om Trykkefriheden, forelagt Stænderforsamlingerne i Roskilde og Viborg 1844 og paany 1846.  
M. t. N. U. = Motiver til Udkast til almindelig borgerlig Straffelov for Kongeriget Norge, 1896. S. 368: Udk. 1888.  
Ny n. Stl. = Almindelig borgerlig Straffelov (for Norge) af 22. Maj 1902.  
Hagerup n. Stl. = Hagerup, Straffeloven, (nemlig den nye norske), 1903.

- 
- Rettelser i 1ste Halvdel: S. 214, Note 1 tilføjes efter »67«: 114, 242, Note 1, Lin. 20 indskydes efter »(1812)«: II.
- 271 Note, sidste Lin. »Eun. I« læs: Eun. II.
  - 272 Note, Lin. 2 f. n.: »189—40«, læs: 139—40.
  - 299 Note Lin. 1: »(1803)«, læs (1823).
  - 340 Lin. 14 udgaa de gentagne Ord: »imod Magt«.
  - 383 Note, sidste Lin.: »A. f. R. II«, læs: A. f. R. III.
- I 2den Halvdel: - 11, Note, Lin. 2 f. n.: »4)«, læs: 5).  
- 17 Lin. 4 »XXI«, læs: XXIX.  
- 123, Note, sidste Lin. »1800«, læs: 1803.

# INDHOLDSFORTEGNELSE.

---

## III.

### Ørsteds Strafferetslære.

	Side
16. Strafferetlige Skrifter.....	1— 32
17. Strafferetlige Normer.....	32— 78
18. Straffbarhedens objektive Betingelser.	
I. De for al Retshaandhævelse fælles objektive Betingelser.....	78—114
19. Fortsættelse.	
II. Særlige objektive Betingelser for Straffbarhed.....	114—151
20. Straffbarhedens subjektive Betingelser.....	151—195
21. Subjektive Straffrihedsgrunde.....	195—218
22. Straffens Bestemmelse efter Strafskylden.	
1. Maalestokken.....	218—254
23. Fortsættelse.	
2. Ydre Hensyn, der paavirke Maalestokken.....	254—264
24. Fortsættelse.	
3. Maalestokkens Anvendelse.....	265—281
25. Strafskyldens Ophør.....	282—294
26. Straffemidler.....	294—331
27. De enkelte Forbrydelser.....	331—398

---

### III.

## Ørsteds Strafferetslære.

### 16. Strafferetlige Skrifter.

For saa vidt Ø.s strafferetlige Skrifter tjene til Belysning af hans almindelige Straffeteori, ere de nævnte ovfr. i § 8. De allerfleste af disse Skrifter omhandle imidlertid tillige eller endog fortrinsvis Straffeinstituttets »Mellembegreber«, baade dem, der høre til Strafferettens almindelige, og dem, der høre til dens specielle Del. I en Angivelse af de egentlig strafferetlige Skrifter maa de derfor medtages ved Siden af dem, der alene omhandle hine Mellembegreber. Paa den anden Side maa ogsaa de fleste af Ø.s Udtalelser med Hensyn til hans Tids positive Strafferet her nævnes. Ti det er kun sjældent, i alt Fald ved de mere udførlige, at Ø. indskrænker sig til positive Fortolkningsspørgsmaal. I Regelen medtager han herved almindelige Synspunkter. For saa vidt dette er Tilfældet, maa saadanne Skrifter nævnes i denne Oversigt, skønt ellers det, der kun vedkommer Datidens positive Strafferetsnormer, som ovfr. i Indledningen bemærket, forbigaas.<sup>1)</sup>

Medens af Ø.s Ungdomsarbejder Prisskriftet ikke kom ind paa Drøftelse af særlig strafferetlige Emner,

<sup>1)</sup> H. 1 S. 5-6.

var dette derimod i ikke ringe Omfang Tilfældet med de Afhandlinger og Recensioner, som han leverede i »filosofisk Repertorium« og i »Lærde Efterretninger«, samt i fortrinlig Grad med de to Konkurrenceafhandlinger, der offentliggjordes i »Minerva.« — I fil. Rep. høre herhen Recensionerne af Birckner S. Skr. II. <sup>1)</sup>, hvor Ø. første Gang behandler de til Trykkefriheden knyttede strafferetlige Spørgsmaal, og af Collets Afhandling om Æresstraffe. <sup>2)</sup> I L. E. for 1799 kommer Recensionen af »Politivennen« ind paa strafferetlige Emner angaaende Opløb, Helligbrøde, Selvmord og Fængsler <sup>3)</sup>, Rec. af »Filosofiske Afhandlinger« paa de strafferetlige Grænser for politisk Ytringsfrihed <sup>4)</sup>, Rec. af Schlegels »Naturret« paa en hel Række saadanne Emner — Forbrydelsers Foretagelse i Affekt eller af Lidenskab, Ærefornærmelser, Politiforseelser, uagtomme Forbrydelser, Sædelighedsforbrydelser, Livsstraf, Analogianvendelse i Strafferetten <sup>5)</sup> — samt Rec. af Hempel om Fdg. 27. Spt. 1799 paa Trykkefriheden i Forhold til Strafferetten <sup>6)</sup> I L. E. 1800 berøres strafferetlige Emner i Recensionerne af Wibergs »Pligt- og Retslære« og af »Astræa«, i den første med Hensyn til Virkningen af Retsuvidenhed, i den anden med Hensyn til Straffeloves Virksomhed i Rummet, Angreb paa afdødes Ære samt om ulovbestemte Forbrydelser <sup>7)</sup>. Ø.s strafferetlige Konkurrenceafhandling havde vel hovedsagelig Fremstillingen af Straffeteorien og dennes Forudsætninger i den almindelige Retsteori til Opgave. Men Opgaven lød dog tillige paa at under-

---

<sup>1)</sup> Fil. Rep. II. S. 91 o. ff. <sup>2)</sup> S. St. S. 257—77, ifr. H. I. S. 126 med Noter. <sup>3)</sup> L. E. 1799 S. 54 o. ff. <sup>4)</sup> S. St. S. 236. <sup>5)</sup> S. St. S. 382, 386, 426 o. ff., 452, 453, 455. <sup>6)</sup> S. St. S. 641 o. ff. <sup>7)</sup> L. E. 1800 S. 34, 250 o. ff., 257, 277, jfr. H. 1, S. 128—29 m. Noter.

søge, efter hvilke Regler Straffene skulle bestemmes. I den anden Del af Forelæsningen, som beskæftiger sig hermed, kom Ø. derfor ind paa en Række Undersøgelser om Straffene og deres Udmaaling. Da Forelæsningen holdtes (1799), stod Ø. i saa Henseende paa Fichte's Standpunkt. Da den offentliggjordes (1800), var dette ikke længere Tilfældet. Ved tilføjede Noter gør Ø. opmærksom herpaa. Det samme gjaldt den Forelæsningen afsluttende Undersøgelse om Dommerens Stilling til Straffeloven. I Forelæsningen afvistes de arbitrære Straffe. Men dette Standpunkt havde Ø. allerede opgivet i Recensionen af »Astræa«<sup>1)</sup>. Ogsaa den folkeretlige Konkurrenceforelæsning kom ind paa strafferetlige Emner, for saa vidt den omhandlede den strafferetlige Beskyttelse, der tilkommer Gesandter<sup>2)</sup>.

Aaret 1801 dannede ogsaa for Strafferettens Vedkommende Skellet mellem Ø.s Ungdomsarbejde og hans efterfølgende videnskabelige Produktion. Denne blev i Strafferetten overordentlig righoldig. Fra 1801 og saa længe, som Ø.s egentlige Forfattervirksomhed varede, gik der ikke noget Aar, i hvilket han ikke offentliggjorde mere eller mindre omfattende strafferetlige Undersøgelser, dels af speciel Art eller lejlighedsvis i Skrifter af andet Hovedindhold, dels i større recenserende eller monografiske eller systematiske Værker.

Rækken aabnedes med *Trykkefrihedsskriftet* af 1801, der dels ifølge sit Formaal gav en udtømmende Behandling af en vis Kreds af Statsforbrydelser, dels lejlighedsvis ydede Bidrag til Læren om forskellige almindelige kriminalistiske Emner, saaledes om

---

<sup>1)</sup> Min. 1800, II. 1, S. 273 o. ff., S. H. 1, S. 126 m. N. <sup>2)</sup> Min. 1800, I. 2, S. 7 o. ff.

strafferetlige Normer udenfor de positive Love, om Anstifters Strafbarhed, om Landsforvisningsstraf, om Ansvar for Presseforbrydelser m. m.<sup>1)</sup>.

I *Jur. Maanedstid.* for 1802 og 1803 begyndte Ø. den Cyklus af Udtalelser om enkelte strafferetlige Emner, som fik Plads i de juridiske Tidsskrifter, af hvilke han, under skiftende Benævnelser, blev Udgiver eller Medarbejder. I J. M. for 1802 findes først Afhandlinger, om animus lucri faciendi er nødvendig til Tyveri og Ran, og om Tyveri kan begaas af den, der har Part i Tingen<sup>2)</sup>, senere i en Recension af et Skrift af Oldenburg Bemærkninger om Aager<sup>3)</sup>, fremdeles, ved Omtalen af forskellige Domme, om Straf i ulovbestemte Tilfælde<sup>4)</sup>, om Forsøg og fuldbyrdet Forbrydelse samt om error facti<sup>5)</sup>, endelig en selvstændig Afhandling om Straffes Kumulation<sup>6)</sup> og, ved Omtalen af en Dom, atter nogle Bemærkninger om Tyveribegrebet<sup>7)</sup>, — i J. M. for 1803, ved Omtalen af Domme, Bemærkninger om Drab paa Neger-slaver, om Ærefornærmelser og om Forsøg<sup>8)</sup>, i en Afhandling om Kumulation af Bøder efter Chr. V's Lov 6—7—8 Udtalelser om Straffekumulations Forudsætninger, samt i Bemærkningerne om Sædvaner og-saa om deres Betydning for Strafferetten<sup>9)</sup>.

Det næste Tidsskrift, *Juridisk Arkiv*, hvis Udgivelse Ø. overtog med det 3dje Nummer (1804) og fortsatte til dets sidste Nummer (1812), bragte ikke blot en Hærskare af Bemærkninger om enkelte strafferetlige Emner, men fik ogsaa Interesse ved at bringe dels

---

<sup>1)</sup> S. om Trykkefrihedsskriftet H. 1, S. 130 m. N. <sup>2)</sup> J. M. 1802 I, S. 145—59, <sup>3)</sup> Smst. S. 484—96. <sup>4)</sup> Smst. S. 515 N. og 518 N. <sup>5)</sup> Smst. S. 549 o. ff. <sup>6)</sup> Smst. II. S. 160 o. ff. <sup>7)</sup> Smst. S. 292 o. ff. <sup>8)</sup> J. M. 1803 I. S. 13—14, II. S. 327, 396, N. <sup>9)</sup> Smst. I S. 71 o. ff., II. S. 445.

Begyndelsen, dels den første Udarbejdelse af flere af Ø.s betydeligste selvstændige strafferetlige Skrifter. I først nævnte Henseende findes saaledes i 3dje Nummer Bemærkninger om Tyveriforbrydelsen, dels i den nærmest straffeprocessuelle Afhandling, om Tyvsstraf er anvendelig, naar Ejeren er ukendt<sup>1)</sup>, dels i en udførlig Recension af et Skrift af Bech om Forholdsregler mod Tyveri<sup>2)</sup>, endvidere, som Noter til Domme, Udtalelser om Angiverpligt, om Ærefornærmelser, om Fortolkningsopgaven i Strafferetten, om Embedsfortællelse som Straf og som umiddelbar Følge<sup>3)</sup>, og endelig en udførlig Belysning af H. v. Almendingen's Lære om uagtsomme Forbrydelser i »Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft«<sup>4)</sup>. Ogsaa den 1804 udkomne *første Del af Supplementet* til Nørregaard's Forelæsninger over den danske og norske private Ret omhandlede forskellige strafferetlige Emner, dels saadanne, der henregnes til »Indledning«, saaledes om Sædvaners Betydning for Strafferetten, om formildende Straffeloves Virkeomraade, om Strafs Forhold til andre Retshaandhævelsesmidler, dels lejlighedsvis om andre Emner, hvortil Supplementets Plan gav Anledning, (om Grænsen mellem moralske og fysiske Aarsager til en Forbrydelse, om »eventuel Hensigt«, om Ærefornærmelser mod afdøde, om »Fjantedes« Strafbarhed, om Ærestraf og om »Retstridighed«<sup>5)</sup>). I de tre Nummere, 4—6, af Arkivet fra 1805 findes dels lignende spredte Bidrag om enkelte kriminalistiske Emner — saaledes om Nødstilfældes Betydning for Lydighedspligten mod Øvrigheden, om Gravtyveri og Gravfreds Krænkelser, om Tyveri-

---

1) J. A. Nr. 3, S. 1 o. ff. 2) Smst. S. 216 o. ff. 3) Smst. S. 77 N, S. 99 o. ff., 102, 125 o. ff. 4) Smst. S. 182 o. ff., jfr. ovfr. H. 1. S. 132 og 364 m. N. 2. 5) Supl. I. S. 34, 41 o. ff., 45 o. ff. 69, N., 90, 97, 141, 166, 253.

begrebet og Dommerens Begrænsning ved positiv Lov, om Husfredskrænkelse, om Bogtrykkeres Ansvar, om Utilregnelighed, om Forsæt ved Drabsforsøg, om Sandhedsbeviset ved Injurier, om Gentagelse, om Brandstiftelses Fuldbyrkelse, om Exces i Nødværge<sup>1)</sup>, dels flere Afhandlinger af større Rækkevidde og mere almindelig Betydning. Hertil hører fornemmelig den udførlige Recension af Feuerbach's Kritik af Kleinschrod's Straffelovsudkast<sup>2)</sup>. Denne i Forbindelse med Recensionen af Kleinschrod's Genmæle<sup>3)</sup> dvæler ved alle de Hovedspørgsmaal, som Strafferettens almindelige Del omfatter og kan saaledes siges at være et Forarbejde for Ø.s senere systematiske Værk »Grundregler«. Af Betydning ogsaa udenfor det specielle Emne er dernæst ogsaa Afhandlingen i Nr. 6 om Strafbarheden af forsøgt Selvmord, der senere blev indordnet i Monografien om Manddrab<sup>4)</sup>. — I de 4 Nummere, 7—10, af Jur. Arkiv, der udkom 1806, findes atter en stor Mængde Udtalelser om enkelte strafferetlige Emner, saaledes om error facti, Udvisning af fremmede, Tilsnigelse af offentlig Approbation, Forsøg paa Falsk, animus lucri faciendi ved Tyveri, Gentagelse, Ærefornærmelsers Mortifikation, visse Sædelighedsforbrydelser, Forsæt ved Attentat og Ansvar for Presseforbrydelser<sup>5)</sup>. Men ogsaa flere Arbejder af mere indgaaende eller omfattende Art findes i disse Nummere. Dertil hører Kritiken af Schlegel's i Naturrettens anden Udgave fremsatte Definitioner af Forsæt og Uagtsom-

---

1) J. A. Nr. 4, S. 52, N., 74, 195 o. ff., Nr. 5 S. 91, 140 N., Nr. 6, S. 114 N., 116 N., 137 N., 150 N., 153 N., 172. 2) J. A. Nr. 4 S. 123—89 3) Smst. Nr. 6 190—204, s. ogsaa smst. Nr. 20 S. 5, 241 N. 4) J. A. Nr. 6, S. 2 05—20, s. H. 1, S 132 m. N. 8 og S. 173—74 m. N. 5 (S. 173). 5) J. A. Nr. 7 S. 48 N., 53 N., 99 og 100 N., 127 N., 141 N., Nr. 8 S. 101 N., Nr. 9 S. 6 o. ff., 58 N., 88 o. ff., Nr. 10 S. 113 N., 171 N., 196 o. ff.



hed<sup>1)</sup>, Afhandlingen om verbale Ærefornærmelser<sup>2)</sup> samt 1ste Afsnit af »systematisk Udvikling af Begrebet om Tyveri«, der fremkom som Prøvestykke af og senere blev Bestanddel af Værket om Tyveri<sup>3)</sup>. — Aaret 1806 bragte endvidere *Supplementets anden Del*. Ogsaa i denne berøres en Række strafferetlige Emner: om Børns Tilregnelighed, Forbrydelser i fremmed Stat, Blasfemi, Nød og Lydighedspligt, Politiforseelser, Censur og Strafansvar, Sædvaners strafferetlige Betydning, Straffeloves Tilbagevirkning<sup>4)</sup>. — Nr. 11 af Jur. Arkiv fra 1807 bragte Fortsættelse og Slutning af den nævnte Afhandling om Tyveri<sup>5)</sup> og dette Nummer samt Nr. 12 og 13, ligeledes fra 1807, Bemærkninger vedrørende Ærefornærmelser og Mened, Benaadning, Kavsalforhold, exceptio veritatis, Bødestrafs Ophør ved Døden, Straffekumulation og Strafbarhed af Rygters Udbredelse<sup>6)</sup>. — I Aaret 1808 udkom Arkivets Nummere 14—17. Af størst Betydning er her det første Afsnit af »Prøve af en Lærebog i Kriminalretten« (Nr. 15). Fortsat i senere Aargange var dette den første Form, hvori et af Ø.s strafferetlige Hovedværker fremstilledes<sup>7)</sup>. Talrige Udtalelser om enkelte Emner findes atter i disse Nummere fra 1808: om Mistankes Betydning for Strafudmaaling, Kumulation, Konfiskationsstraf, Lovgrænser for Straffedommeren, Statsforbrydelser, Forsøg og fuldbyrdet Forbrydelse, Krigsfangers Forbrydelser, Aager, psykologisk Meddelagtighed og Ærefornærmelser<sup>8)</sup>.

---

<sup>1)</sup> J. A. Nr. 7, S. 185—98, s. ovfr. H. 1, S. 132 m. N. 9. <sup>2)</sup> J. A. Nr. 8, S. 129—45. <sup>3)</sup> J. A. Nr. 9, S. 124—77. <sup>4)</sup> Supl. II, S. 107, N. 180, 197, 219, 263, 270, 327—28, 329. <sup>5)</sup> J. A. Nr. 11, S. 1—24. <sup>6)</sup> J. A. Nr. 11, S. 156 o. ff., Nr. 12 S. 20—25 (i Afhdlg. om beneficia legis og Privilegier), S. 296, Nr. 13 S. 70 N., 108 N., 115 N., 147 N. <sup>7)</sup> J. A. Nr. 15, S. 189—217, s. ovfr. H. 1, S. 138—39, N. 1. <sup>8)</sup> J. A. Nr. 14, S. 59 N., 61 N. 79 N., Nr. 15 S. 119 o. ff., Nr. 16 S. 90 o.

Aaret 1809 fik en særlig Betydning i Ø.'s strafferetlige Produktion, dels ved flere betydelige Afhandlinger i Jur. Arkiv for dette Aar (Nr. 18—21), dels ved det første større systematiske Værk, som — længe forberedt — nu saa Lyset i færdig Skikkelse, nemlig — som den lange Titel lyder — »*Systematisk Udvikling af Begrebet om Tyveri, og denne Forbrydelses juridiske Følger, samt andre dermed forbundne Retsmaterier; tilligemed Vink til vor Tyvslovgivnings rigtige Bedømmelse*«<sup>1)</sup>. Om den ud over den positive Lovgivning rækkende Betydning af Værket siger Ø. i Fortalen, at det, udført med nogen Grad af Grundighed, har Interesse ogsaa for andre Dele af Kriminalretten, ja, selv for den borgerlige Ret, til Dels endog for den filosofiske Retslære; ti meget i Kapitlet om Tyveri kan ej sættes i et klart Lys, uden at der anstilles Undersøgelse dels om de almindelige Grundsætninger for Straffelovene og disses Anvendelse, dels over Ejendom, Besiddelse og flere vigtige juridiske Begreber, og senere: »De filosofiske og nomotetiske Undersøgelser, jeg paa enkelte Steder har indstrøet . . . ville maaske og kunne læses med Interesse af dem, hvis Sag det ikke er at gøre dem bekendte med Detaillen af Fædrelandets Lovgivning«<sup>2)</sup>. I dette Værk indlemmede Ø. de mange Undersøgelser om enkelte Punkter af Læren om Tyveri samt de Prøver af Skriftet, der tidligere vare offentliggjorte, og som ovfr. ere nævnte. Omtrent samtidige Supplemerter, hvilke Fortalen bebuder, ere dels den »kritiske Fremstilling af den nyere preussiske Tyvslovgivning«<sup>3)</sup>, som findes i Jur. Ark.s 20de Bd., dels Kritikken af Eggers' »Entwurf eines peinlichen Gesetz-

---

ff. 32 N. 34 o ff, 123 N., 126, 151 o. ff., Nr. 17 S. 22 N., 31, 116 N. <sup>1)</sup> S. H. 1, S. 132 N. 10. <sup>2)</sup> Forerindring til »Tyveri« S. III—VI. <sup>3)</sup> J. A. N. S. 20, S. 165, 243.

buchs für die Herzogthümer Schleswig und Holstein«<sup>1)</sup>). Det er dog kun en lille Del af den sidst nævnte Kritik, der særlig tager Sigte paa Tyveriemnet. Hovedopgaven for den satte Ø. selv i en Bedømmelse af de i Udkastet »forekommende Bestemmelser, som have Hensyn paa Materien om uagtsomme Forbrydelser«. Kun for saa vidt denne Opgave medførte det, behandle den Udkastets enkelte Bestemmelser. Hovedinteressen ved denne Kritik ligger saaledes paa et andet Punkt. Men det er iøvrigt et meget stort Omraade af Strafferettens saavel almindelige som specielle Del, Ø. derved fik Anledning til at behandle. Den leder derved Tanken hen paa Ø.'s 13 Aar senere givne Kritik af Gönner's bajerske Straffelovsudkast, for hvilken den i flere Henseender er et Forbillede. En vis ydre Forbindelse med den fremkommer derved, at Ø. i Slutningen af Kritikken over Eggers' Udkast tager til Genmæle mod Gönner, der havde rost hint Udkast, idet det udtales, at G.'s Indsigter i Kriminalretten ere ligesaa indskrænkede, som den fornemme Tone, han har fundet for godt at paatage sig, naar han taler om en Straffelovgivning, og den Overmod, hvormed han behandler den Mand, der af alle Tysklands Lærde har størst Fortjeneste af Kriminalretten (nl. Feuerbach), ere utilbørlige, og

---

<sup>1)</sup> J. A. Nr. 21, S. 199—252 og Nr. 22 (1810) S. 167—214, jfr. Forerindr. til »Tyveri« S. IX—XI. I J. A. Nr. 20 S. 239—40 udtalte Ø., at han ansaa det for en »Borgerpligt« at udtale sig udlørligt om Eggers' Udkast til en Straffelov for en Del af Fædrelandet, der paa Grund af Forf.s betydelige Embeder og den ved flere evropæiske Regeringers Dom stadfæstede Agtelse, han har tilvundet sig som Arbejder i Lovgivningsfaget, er traadt frem for Publikum paa særlig udmærket Maade. skønt det efter Ø.'s Overbevisning aldrig vil blive mere end Udkast, da »det kunde lede til ugunstige Slutninger for Danmarks juridiske Videnskabsmænd, hvis ikke en eneste af disse offentlig opløftede sin Stemme i dette Nationalanliggende.«

samtidig forkyndes, at dette vil blive dokumenteret af Ø., naar G.'s bebudede »gründliche Revision der Grundsätze des peinlichen Rechts und peinlichen Processes« (→hvilken i det mindste vil udmærke sig fremfor F.'s Revision derved, at der vil findes Grundighed paa Titelbladet) er udkommet<sup>1)</sup>. — Til de betydeligere strafferetlige Arbejder fra 1809 maa endvidere regnes dels en Undersøgelse om Straffe-kumulations Udelukkelse ved Straffes Inkompatibilitet<sup>2)</sup>, dels Afhandlinger »over Injurier mod moralske Personer«<sup>3)</sup>, og »Endnu et Par Ord til Retfærdiggørelse for Begrebet om ulovbestemte Forbrydelser«<sup>4)</sup> samt ikke mindst Fortsættelsen af Prøver paa en Lærebog i Kriminalretten<sup>5)</sup>. Ogsaa i dette Aar giver endelig fældede Domme Ø. Lejlighed til Udtalelser om særlige Emner, saaledes mod Bøders Idømmelse in solidum, om Aagerstraffen, Konkurs af Forbrydelser, om Tyveri af Breve, ufrivillige Undersaatters Strafbarhed.

De fire Nummere af J. Ark., som udkom 1810 (N. 22—26), bragte Fortsættelse af Prøven af Lærebogen<sup>6)</sup> og, som alt berørt, Slutningen af Kritikken af Eggers' Udkast<sup>7)</sup> samt spredte Udtalelser om Mordbrand, om Ansvar ved Presseforbrydelser, om Straf for Edsbrud, om Gentagelse, om Konkurrence af Betleri og Løsgængereri, om Ansvar for Rygter, om Drabsforsæt, om symbolske Injurier. — I de sidste Nummere af Jur. Ark. fra 1811 og 1812 (N. 29—30) afsluttede Ø. Prøverne af Lærebogen<sup>8)</sup>, omtaler i en Afhand-

---

1) J. A. Nr. 20 S. 239—40. 2) J. A. Nr. 18 S. 194—201. 3) Smst. S. 202—11. 4) J. A. Nr. 20 S. 243—60. 5) J. A. Nr. 21 S. 177—98. 6) J. A. Nr. 19 S. 86 o. ff. S. 147 N. 20 S. 112 N. 1 og 2, Nr. 21 S. 56 N. 1. 7) J. A. Nr. 22, S. 1—22. 8) J. A. Nr. 22, S. 167 o. ff. 9) J. A. Nr. 22 S. 34 N. 164 o. ff., Nr. 23 S. 65 o. ff., 132 N., Nr. 24 S. 19 N., 143 N., Nr. 25 S. 4 o. ff., 70 N. 10) J. A. Nr. 29 S. 160—234 og Nr. 30 S. 1—104.

ling om Loves tilbagevirkende Kraft ogsaa Straffelove, uden dog at gaa nærmere ind herpaa under Henvisning til sin Lære i Supplementet<sup>1)</sup>, behandler i en Afhandling »Endnu et Bidrag til Teorien over forsøgte og fuldendte Misgerninger« Spørgsmaalet om Forsøg med utjenlige Midler eller mod uegnet Objekt<sup>2)</sup> og i en anden Afhandling (»Fornyet Undersøgelse om det Spørgsmaal, enten Forsæt eller Uagtsomhed bør formodes, naar en Lovovertrædelse er bevist«<sup>3)</sup>), et straffeprocessuelt Spørgsmaal, der imidlertid altid af Ø. sattes i nøjeste Forbindelse med den materielle Strafferet, og fortsætter sine Bemærkninger om enkelte Spørgsmaal, hvortil afsagte Domme give Anledning, saaledes om Konfiskationsstraf, om Børns Ansvar og om Exces ved Hustugt<sup>4)</sup>. Ogsaa *Supplementets 3dje Del*, der udkom 1812, berører lejlighedsvis strafferetlige Emner, saaledes om Selvmord, om Gravfreds Krænkelser, om Nødret og i Tillægene om Straffelovenes Virkeevne i Rummet samt om Hor<sup>5)</sup>.

Det Tidsrum af Ø.'s strafferetlige Forfatterskab, i hvilken *nyt juridisk Arkiv* var hans periodiske Organ, nemlig fra 1812 til 1820, har faaet sin fremtrædende Betydning dels derved, at han i dette begyndte den længe fortsatte Række af Recensioner, som knyttede sig til »neues Archiv des Criminalrechts«, dels ved, at de tre første Dele af Samlingsværket *Eunomia*, hvori to af hans strafferetlige Hovedværker findes, udkom i det, til Dels forberedte ved omfattende Recensioner i Arkivet. Langt sjældnere forekomme derimod i dette Tidsrum de spredte Bemærkninger om straffe-

---

1) I J. A. Nr. 27—28 S. 291—92 og 299. 2) J. A. Nr. 29 S. 235 o. ff. 3) J. A. Nr. 29 S. 249 o. ff. 4) J. A. Nr. 27—28, S. 25 N. 141—42, Nr. 29 S. 5—6. 5) Smst. III. S. 204 o. ff. 212, 273, Smst. o. ff., 278, 347.

retlige Emner, hvortil i den foregaaende Periode afsagte Domme ved den Ret, af hvilken Ø. selv da var Medlem, havde givet ham Anledning.

Det første Bind af Arkivet, der udkom 1812, bragte en Afhandling »Om den Visheds Grad, der bør kræves om en lovstridig Handlings Følger, naar Straffen derpaa beror«<sup>1)</sup>, en Afhandling, der vel nærmest vedkommer Bevislæren, men som dog, hvad dens Titel viser, har sine Forudsætninger i et af den materielle Strafferets Hovedspørgsmaal. Medens Ø. derfor paa den ene Side med Rette satte Afhandlingen i Forbindelse med sin grundlæggende Lære om den juridiske Visheds Natur og Væsen<sup>2)</sup>, kom han paa den anden Side ind paa det strafferetlige Spørgsmaal om Forholdet mellem Handling og Følger, der som en rød Traad atter og atter vender tilbage i hans kriminalistiske Arbejder. Dette og lignende straffeprocessuelle Bevisspørgsmaal blev derfor ogsaa af Ø. optagne i hans strafferetlige Hovedskrifter. — I det andet Bind af Arkivet, der ligeledes er fra 1812, fremkom et ligesaa betydningsfuldt strafferetligt Arbejde under Titel: »Blandede kriminalistiske Anmærkninger, fremsatte i en kritisk Anmeldelse af den ved v. Eggers' Udkast til en Kriminallovbog foranledigede Litteratur«<sup>3)</sup>. De Skrifter, der her recenseres, vare af Gönner, v. Schirach og Steltzer. Medens Ø., som forhen omtalt, tidligere havde særlig udtaget til Behandling, hvad Eggers' Udkast indeholdt om Forsæt og Uagtsomhed, gav Anledningen ham her et langt bredere Grundlag. Meget af det, han her udvikler, fandt i en senere Tid Plads paany dels i Grundreglerne dels i Kritikken af Gönner's bajerske Udkast.

<sup>1)</sup> N. J. A. I S. 43, 78.    <sup>2)</sup> Smst. S. 57 N., jfr. H. 1, S. 137.

<sup>3)</sup> Smst. II S. 1—90.

I de 3 Bind af Arkivet, som udgaves i 1813, gav en kritisk Anmeldelse af Feuerbach's »Themis«<sup>1)</sup> Lejlighed til Udtalelser om Jagtforbrydelse (»Wald-diebstahl«) og derunder om Dommerfrihed og Lovbundethed, om Bestikkelse, om Tortur og om Kollision mellem forskellige Straffelove i samme Statsomraade. En Afhandling om de Love, hvorefter en Persons Myndighed bør bedømmes, omfatter ogsaa dette Spørgsmaal anvendt paa kriminel Lavalder<sup>2)</sup>, hvorimod en Afhandling om Løsagtighedsstraf efter den positive Ret i et vist Tilfælde forbeholder, men ikke drøfter det nomotetiske Spørgsmaal, om der bør være saadan Straf<sup>3)</sup>. Fadermords særlige Strafværdighed fremkalder en Dom Udtalelse om<sup>4)</sup>.

I Aaret 1813 udkom 1ste Del af Hurtigkarl's Privatret. Den anmeldtes af Ø. i Arkivet VI og VII<sup>5)</sup>, som udkom 1814, og gav ham Lejlighed til at berøre enkelte strafferetlige Emner, saaledes om formildende Straffelove<sup>6)</sup> og om, hvor Grænsen for Barnealderen skal sættes i forskellige strafferetlige Forhold<sup>7)</sup> Af særlig Betydning er fra 1814 (Bd. VIII), Afhandlingen: »Udførlig Undersøgelse om Grænserne for den Indflydelse, der tilkommer den fremsatte Beskyldnings Sandhed i Injuriesager«<sup>8)</sup>.

Af Arkivet udkom i 1815 5 Bind (IX—XIII). Af stor Interesse er her »kritisk Anmeldelse« af Feuerbach's Skrift: Betrachtungen über das Geschwornen-Gericht<sup>9)</sup>, hvis væsentlig straffeprocessuelle Indhold ikke kunde undgaa at føre ind paa Spørgsmaal af den materielle Strafferet. Et vigtigt strafferetligt Arbejde er dernæst fra

1) Smst. III S. 193 o. ff. og IV S. 167 o. ff. 2) Smst. S. 39—40, s. ogsaa S. 29. 3) Smst. S. 49. 4) Smst. IV, S. 127—29. 5) Smst. VI, S. 203 o. ff. og VII, S. 127 o. ff. 6) Smst. VI, S. 210—11. 7) Smst. VII, S. 130—33. 8) Smst. VIII, S. 186—231. 9) Smst. X, S. 1—110.

dette Aar Afhandlingen »om Dommeres Ansvar for deres Embedshandlinger<sup>1)</sup>. Ved to Domme findes Udtalelser om Seddelfalsk<sup>2)</sup> samt om Livsstraf ved Brandstiftelse<sup>3)</sup>. En Afhandling »Bør der tillægges en domfældt Forbryder Ret til at forkaste den i Kraft af Regentens Benaadningsret bestemte mildere Straf og forlange den over ham afsagte Straffedom fuldbyrdet?<sup>4)</sup>, fremkaldt ved den norske Grundlovs bekræftende Besvarelse, optoges senere i Grundreglerne. Fra 1815 foreligger der endnu en Udvikling om Strafbarheden af en Parts Mened som Led i den store Afhandling om Parters Ed i Eunomia I<sup>5)</sup>. De andre Arbejder, som indeholdes i dette Bind af Eunomia, give kun faa Bidrag til Udvikling af særlige strafferetlige Spørgsmaal<sup>6)</sup>.

I Arkivet for 1816 (XIV—XVII), gav en Dom Ø. Anledning til at opstille Grundsætningerne for Strafbarheden af Handlinger forøvede i Drukkeneskab<sup>7)</sup> og en Afhandling af Malthe Bruun Nyegaard (»Bør Dueller taales i Staten«) til at udvikle Synspunkter for Duels legislative Behandling<sup>8)</sup>.

I 1817 bragte Arkivet (XVIII—XIX) en vigtig Afhandling »Om Straffen for falsk Vidnesbyrd og nogle dermed beslægtede Forbrydelser«<sup>9)</sup> og gjorde dernæst Begyndelsen med de ovfr. berørte Recensioner under Titelen »kriminalistisk Litteratur«<sup>10)</sup>. Den ene af Recensionerne fra dette Aar angik Kleinschrod's Grundtræk af Tilregnelselæren, den anden har visse straffeprocessuelle Forhold til nærmeste Genstand, men indeholder lejlighedsvis Forsvar for den fra Feuer-

<sup>1)</sup> Smst. XIII, S. 120—88. <sup>2)</sup> Smst. XI, S. 2 N. <sup>3)</sup> Smst. XI, S. 124—27. <sup>4)</sup> Smst. XII, S. 196—207. <sup>5)</sup> Eun. I, S. 325 o. ff. <sup>6)</sup> S. om dette Binds tre moral- og retsfilosofiske Afhandlinger H. I, S. 130 og 133—34. <sup>7)</sup> N. J. A. XV, S. 75, N. <sup>8)</sup> Smst. S. 210—24. <sup>9)</sup> Smst. XVIII, S. 122—69. <sup>10)</sup> Smst. XIX, S. 212 o. ff. jfr. H. I, S. 138—41.



bach stammende Udvikling af Straffelovgivningen mod tyske Lovprisere af den ældre Tilstand. Størst Betydning i Ø.'s strafferetlige Forfatterskab fik imidlertid Aaret 1817 derved, at hans systematiske Hovedværk »*Om de første Grundregler for Straffelovgivningen*« da udkom i anden Del af *Eunomia*<sup>1)</sup>. I dette Værk, der ledsages af en udførlig Fortale, hvori Ø. gør rede for sit Standpunkt lige overfor Feuerbach's Lære<sup>2)</sup>, omhandle vel de første 13 Paragrafer kun »Kriminalrettens øverste Grundsætning«, og ere derfor omtalte tidligere i dette Skrift<sup>3)</sup>. Men Værket indskrænker sig ingenlunde dertil. Denne Udvikling er tværtimod Værkets mindste Del. »Jeg har« — siger Ø. i Fortalen — »med særdeles Omhu søgt at udvikle de mere praktiske Grundbegreber og Grundsætninger, der udgøre Mellemlid mellem Straffelovens øverste Princip og dettes Anvendelse paa de enkelte Forbrydelsers Afstraffelse, og som afgive Stoffet for de almindelige Forskrifter, hvormed en velindrettet Straffekodex, efter det alle kyndige ere enige om, bør begynde«. Afhandlingen indeholder derfor i Virkeligheden en Fremstilling af de fleste af de Emner, som Systemerne nu ville henføre dels til Strafferettens Indledning dels til den almindelige Del. Værket har, som Ø. fremdeles siger, og som ovfr. bemærket, »benyttet nogle mindre Afhandlinger og adspredte Bemærkninger, som jeg (Ø.) tilforn, fornemmelig i juridisk Arkiv, til Dels og i nyt jur. Arkiv, har meddelt om adskillige til hint Emne hørende Genstande. Ved at samle og omdanne disse ældre Udarbejdelser og forbinde dem med de fornødne nye Undersøgelser har jeg frembragt en Afhandling, der indbefatter en, som jeg tør haabe, temmelig fuldstændig Kriminalretsfilosofi«<sup>4)</sup>.

1) *Eun.* II, S. 1—431, jfr. *H.* 1, S. 134. 2) *Fort.* S. VI o. ff.

3) *S. H.* 1, S. 368 o. ff. 4) *Fort.* S. I—II.

Værket blev saaledes Afslutning af et langt og frugtbart forudgaaende Arbejde, og tillige det Udgangspunkt, til hvilket Ø.'s kriminalistiske Arbejde i de efterfølgende Aar sluttede sig, og som han videre udviklede, baade i den positive og i den almindelige Strafferet<sup>1)</sup>.

I de Bind af Arkivet, som udkom 1818—20 (XX—XXX) fremkom ingen selvstændige Afhandlinger vedkommende Strafferetten. Dog har Afhandlingen »om Rettigheden og Forpligtelsen til Skadeserstatning«, som indeholdes i Bd. XX og XXII (1818)<sup>2)</sup> Interesse for Strafferetten ved at belyse visse Fællesbegreber, særlig om en Handlings Retstridighed og Tilregnelighed. Af umiddelbar Vigtighed for Strafferetten ere derimod de Recensioner, som under Overskriften »kriminalistisk Litteratur« fortsatte, hvad der var begyndt i 1817. I Bd. XXI (1818) findes saaledes udførlige Recensioner af et Skrift af Mittermaier, der vel nærmest angik et straffeprocessuelt Emne, men ved dette bragte Ø. ind paa Læren om en Kreds af Strafudmaalingshensyn, af et Skrift af Klien om Falsk og Bedrageri, af Mittermaier om Forsøg, af Kleinschrod om Strafskylds Forældelse, af Henke om Strafferettens Udviklingsgang, af Tittmann om Lovgrænsen for Straffedommere, af Mittermaier om Krig i dens Forhold til Strafferetten, af Lægen Henke om retlig Bedømmelse af Saars Dødelighed samt om Lægers Kunstfejls strafferetlige Behandling, af v. Schirach om Komplot, af Hoffbauer om Svangres Tilregnelighed samt af nogle tyske Skrifter om Begreberne Affekt og Liden-skab<sup>3)</sup>, i Bd. XXII (1818) af Spangenberg om Foster-

1) Et Supplement for den positive Rets Vedkommende gav Ø. samtidig i den ligeledes i Eun. II optagne Afhandling: »Om Straffes Kumulation efter de danske og norske Love« S. 432—57.  
2) N. J. A. XX, S. 123—30 og XXII, S. 115—90. 3) N. J. A. XXI,

fordrivelse, af Mittermaier om den bajerske i Weimar indførte Straffelov, af Kleinschrod om »borgerlig Død«, af Mittermaier om Mened og Brud paa Løfteed<sup>1)</sup>, i Bd. XXI (1819) af Fortsættelsen af Spangenberg om Fosterfordrivelse, af et Skrift om præsumtio doli, af Mittermaier om fortsat og gentagen Forbrydelse, af v. Seckendorf om det nære og det fjerne Forsøg, af et Skrift om Drab af Livslede, af Tittmann om Anstiftere og Medhjælpere, af et Skrift om Sondringen mellem Forbrydelser og Forseelser, af Spangenberg om Haytis Straffelov, af Kleinschrod om Tilregnelighed ved Drukkenskab, af Borst om præsumtio doli, af Henke om Billighed i Strafferetten, af Meister om Drab ved Elskovsdrikke, af Mittermaier om Forsæt, af Kleinschrod om Grænsen mellem Røveri og Tyveri, af Henke om Oprør, af Schelhasz om Forbrydelsens Gentagelse, af Mittermaier om forberedende Handlingers Strafbarhed, af Frühling om Gravfred, af Skrifter om Børns Udsættelse og om Bevis for Forsæt<sup>2)</sup>, og endelig i Bd. XXX (1820) kun en enkelt, men meget indgaaende Recension med Forsvar mod Mittermaiers Angreb paa den nyere teoretiske og legislative Behandling af Strafferetten («Ueber die Grundfehler der Behandlung des Criminalrechts in Lehr- und Strafgesetzbüchern») <sup>3)</sup> — et Led i den Kamp, Ø. førte mod tyske Angreb fra forskellige Lejre paa Feuerbach. Til disse Recensioner slutte sig de Anmeldelser, som under Titelen »norsk Litteratur« findes i Arkivets Bd. XXVI og XXVIII, for saa vidt deri ogsaa strafferetlige Emner behandles<sup>4)</sup>. Dette er Tilfældet med Anmeldelsen af

S. 1—111. <sup>1)</sup> N. J. A. XXII, S. 64—114. <sup>2)</sup> N. J. A. XXIX, S. 1—79. <sup>3)</sup> N. J. A., XXX, S. 1—46, jfr. H. 1, S. 376 o. ff. <sup>4)</sup> Det anmeldte Skrift var »Juridisk Repertorium«, udg. af M. af Morgenstjerne, Lange, Vogt og Hjelm.

en Forestilling angaaende Spidsrodsstraffens Afskaffelse<sup>1)</sup> og af en Afhandling af Vogt om de særlige norske Grundlovsbestemmelser om Benaadning<sup>2)</sup>. Endelig bør her endnu nævnes fra 1819 en Udtalelse om Nødværgeretten, som findes i en Anmærkning til Bangs Nødværgeafhandling, og som ikke blot angaar den positive Ret, men ogsaa de almindelige Retsgrundsætninger om dette Emne<sup>3)</sup>. Foruden denne Skare af spredte kriminalistiske Udviklinger bragte Aaret 1819 et af Ø.s strafferetlige Hovedværker, nemlig »*Systematisk Udvikling af Materien om Manddrab og de dermed beslægtede Forbrydelser*«. Denne Monografi holder sig vel nærmest til den danske og norske Lovgivning. Men allerede ved Tilføjelsen »sammenlignet med fremmede Love«, giver Ø. tilkende, at han ikke agtede at holde sig indenfor vor positive Rets Ramme. Udførelsen viser ogsaa, at Opgaven strakte sig langt videre og tog direkte Sigte paa alle de almindelige kriminalistiske Spørgsmaal, som Emnet gav Anledning til. Monografien findes i Eunomia III og indlemmede, som det i Fortalen bemærkes, en Del Udtalelser, som tidligere vare offentliggjorte i de to Arkiver<sup>4)</sup>.

»*Juridisk Tidsskrift*« var det tredje og sidste perio-

1) N. J. A. XXVI (1819) S. 191. I Forbindelse hermed kan mærkes Ø.'s Udtalelse i Arkivets Bd. XXX (1820) S. 44—45, hvor Ø. fremsætter sit daværende Synspunkt med Hensyn til Legemsstraffe. 2) Vogt's Afhandling lød: »Undersøgelse, hvorvidt en dømfældt Forbryder bør have Ret til at vælge imellem den af Kongen under Form af Benaadning bestemte Straf og den idømte, og hvorvidt det af Stortinget fremsatte Forslag om ved en Forandring i den n. Grl. § 20 at betage Forbryderen denne Ret, fortjener Bifald.« Afhdl. var rettet imod Ø.'s Afhdg. i N. J. A. XII, S. 196—207. 3) N. J. A. XXVIII, S. 62, Note. 4) Eun. III (1819) Fort III—IV og S. 1—341, jfr. iovrigt H. 1, S. 375—76.

diske Organ for Ø.'s Skrifter. Han udgav Tidsskriftets første 16 Bind fra 1820 til 1830. I Ø.'s strafferetlige Produktion har dette Tidsrum ikke mindre Betydning end de foregaaende. Foruden de betydelige Arbejder, som Tidsskriftet indeholdt, gaves der i de samtidig udkomne 5 Bind af »*Arkiv for Retsvidenskab*« væsentlige strafferetlige Bidrag, der vel — efter dette Arkivs Bestemmelse — i deres Grundtræk tidligere vare offentliggjorte, men nu modtog en til Dels gennemgribende Omarbejdelse. Ogsaa de tre første i dette Tidsrum udkomne Bind af »*Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed*« berøre lejlighedsvis strafferetlige Emner. Udbyttet for de enkelte Aar i dette Tidsrum er følgende.

I Aaret 1820 udkom Jur. Tidsskr.'s 1ste Bind og 2det Binds første Hefte. De Recensioner af »*kriminalistisk Litteratur*«, som indeholdes i 1ste Bind, angaa dels et selvstændigt Arbejde af Mittermaier om Juryinstitutionen <sup>1)</sup>, hvis processuelle Emne dog ogsaa førte ind paa egentlig strafferetlige Spørgsmaal, navnlig om Straffængsels Forhold til Varetægtsfængsel, dels en Række Afhandlinger i »*neues Archiv des Criminalrechts*« <sup>2)</sup>: af Spangenberg om Barnemord, af et russisk Straffelovsudkast, af Roszhirt om Tyveri, af Mittermaier om Anstiftelse, af Tittmann om Gerningsstedets Værneting, hvorved berøres Straffeloves Virkekreds i Rummet, af et Skrift om Pyromani, af Grävell om Ærefornærmelser, af en militær Straffelov for Württemberg, af Mittermaier om Indflydelsen af Mangler i det forbryderske Indhold (Thatbestand), af v. Schirach om Anstifter og Medhjælper, af Mittermaier og Roszhirt om Duel, af Gesterding om Drab i Fejltagelse om Personen, af Mittermaiers Recension af Ø.'s »Grund-

<sup>1)</sup> J. T. I, S. 273—91. <sup>2)</sup> Smst. S. 291—428.

regler«, der 1818 var udkommet paa Tysk<sup>1)</sup>, af Lotz om Politimyndigheden, hvorved Politiforseelsernes Begreb omtales, af en Fremstilling af den franske Kriminaljurisprudens, i hvilken Udtalelser om Code pénal forekomme, af Dabelow om Statens Strafferet. I J. T. 2det Bd. 1ste Hefte findes en Afhandling »Fornytt Undersøgelse over Begrebet om ærerørige Udtryk«, der vel hovedsagelig har positiv-retligt Indhold, men dog tillige berører almindelige Synspunkter. — I de tre Hæfter af Jur. Tdskr., som udkom 1821, fortsatte Ø. med Recensioner under Titelen »Kriminalistisk Litteratur«<sup>2)</sup>. I dem findes Recensioner af Mittermaier om Forsøg og fuldbyrdet Forbrydelse, af Weber om delictum perfectum, af Boehmer om Fuldbyrdelse af Dødsstraf, af Mittermaier om den nyere Strafferetsvidenskab i Tyskland, af Walter om Ærefornærmelser, af Tittmann om Strafffuldbyrdelsen, af Steltzer om Tilregnelsen af dødelige Legemskrænkelser, af Abegg om Straf for i Udlandet begaaede Forbrydelser, af Kleinschrod om Straf for udeblevne Komplotanter, af Kleinschrod om Gerningsindholdet ved Manddrab. Jur. Tidsskrift for dette Aar meddeler fremdeles nogle selvstændige Afhandlinger, der helt eller delvis have Betydning for Strafferetten, saaledes: »Er det retfærdigt, at kriminelle Sager paakendes af retslærde Dommere«<sup>3)</sup>, »Bidrag til Læren om en Lovs Anvendelse paa kriminelle Tilfælde, som ere opstaaede førend dens Udgivelse«<sup>4)</sup>, »Om partikulære og specielle Love og i Særdeleshed Reskripters Anvendelse uden for de ved samme udtrykkelig bestemte Tilfælde«<sup>5)</sup>. — Aaret 1822 bragte af Recensioner kun én,

---

<sup>1)</sup> S. H. 1, S. 134 N. 3 og 396 N. 1. <sup>2)</sup> J. T. II, 2, S. 197—234, III, 1, S. 220—42, III, 2, S. 57—102. <sup>3)</sup> Smst. III, 1, S. 1—32. <sup>4)</sup> Smst. S. 33—80. <sup>5)</sup> Smst. III, 2, S. 1—56.

der dog fortrinsvis angik den almindelige Straffeteori, om end med Anvendelse paa mere specielle Emner, nemlig Recensionen af Spangenberg's Skrift efter Roscoe om Penitentier-Systemet<sup>1)</sup>. Selvstændige Afhandlinger af Vigtighed ikke blot for den positive, men ogsaa for den almindelige Strafferet bragte Tidsskriftet i dette Aar i »Almindelige Bemærkninger over de Forbrydelser, som begaas i Embedsførelsen, med Hensyn til nogle fremmede Lovgivninger«<sup>2)</sup> og den dertil sig sluttende »Udførlig Fremstilling af Læren om de Forbrydelser, som af Embedsmænd begaas, efter de danske og norske Love«<sup>3)</sup>. Interesse for den almindelige Strafferet har ogsaa Afhandlingen »om Straffen for det Drab, som en Tyv under et Indbrud begaar uden foregaaende Overlæg«<sup>4)</sup>. Udenfor Tidsskriftet udkom i 1822 flere Skrifter af Ø., der vel havde andre Hovedøjemed, men dog i større eller mindre Omfang berørte Strafferetten. Hertil hører den tyske Nødretsafhandling<sup>5)</sup>, 4de Del af Eunomia, af hvis store Afhandling »over de Grundsætninger, hvorefter vore Domstole kunne tage fremmede Love i Betragtning«, §§ 18—21 særlig angaa Straffeloves Virkekreds i Rummet<sup>6)</sup>, samt 1ste Del af »Haandbog over den danske

---

1) Smst. IV, 1, S. 170—99, s. H. 1, S. 140 N. 1, 378 og 417 m. N. En anden omfattende Recension, nemlig af Feuerbach's Skrift om Offentlighed og Mundtlighed i Retsplejen vedkommer kun Processen, s. J. T. V, 1, S. 1—145. 2) J. T. IV, 1 S. 214—48. 3) Smst. IV, 2, S. 1—88 og V, 2, S. 1—83. En Afhandling »Endnu et Par Ord om Stemmeenheds og Stemme flerheds Principet med Hensyn paa kriminelle Tilfælde«, vedkommer kun Straffeprocessen. J. T. V, 2, S. 84—104, S. H. 1, S. 137 m. N. 1 og 431 m. N. 2 4) J. T. V, 1, S. 239—48. 5) S. om denne Afhdlg. H. 1. S. 134 m. N. 1 og 421. 6) Eun. IV, S. 1—164. §§ 18—21 række fra S. 74—113. I Fortalen bemærkes, at Lovgivningsfilosofien ikke er ganske tilsidesat i Afhandlingen (saa lidt som i den anden Afhdlg. om Vidnebeviset), idet Ø. ikke har indskrænket sig til at for-

og norske Lovkyndighed, der særlig berører en Del strafferetlige Emner: om Betydning af den skyldiges Stand for Straffen, om Sandhedsbeviset, om Straffesystemet i Almindelighed og relativt bestemte Strafferammer, om ulovbestemte Forbrydelser og Analogi i Strafferetten, om Sædvanens Betydning for Strafferetten, om Billighed i Strafferetten, om Nødværge, om Virkekredsen af nye Love om kriminel Lavalder, om Straffeloves Virkekreds i Tiden, om Pligt at frelse i Livsfare, om Strafs Stilling blandt Retshaandhævelsens Midler, om Gravfred, om særlige Fortolkningsregler for Straffelove, om Ærefornærmelser og om Døvtummes Tilregnelighed. Saadanne Udtalelser i Haandbogen gentage dog som oftest kun, hvad Ø. i tidligere Skrifter havde udviklet. Men af og til er Udviklingen dog mere dybtgaaende <sup>1)</sup>.

I Aaret 1823 kom der ikke fra Ø.s Haand nogen af de mange spredte strafferetlige Udtalelser, der i tidligere og senere Aar vare saa hyppige. Til Gengæld saa i dette Aar Lyset et Arbejde, der i Virkeligheden var Ø.'s mest omfattende, samlede Behandling af strafferetlige Emner fra et almindeligt Synspunkt, nemlig *Kritikken over det i 1822 udkomne Udkast til en*

---

klare de positive Loves Bestemmelser og deraf udlede Resultater. men tillige har udviklet de Grundsætninger, som Sagens Natur og det borgerlige Samfunds Tarv tilsige. og derefter prøvet de positive, egne og fremmede Loves Forskrifter. Der sluttes med følgende for Ø.s retvidenskabelige Metode i det hele betegnende Ytringer: De fleste Materier af Lovgivningsfaget egne sig ikke lettelig til en afsondret filosofisk Betragtning. Denne bliver gerne enten tom og ufsugtbar eller skæv og misledende, hvorimod et fortroligt Bekendskab med de positive Institutter giver den tænkende klar og levende Indsigt saa vel i Formaalene for den borgerlige Lovgivning som i Midlerne til sammes Opnaaelse. <sup>1)</sup> Hdlg. I, S. 13, ff., 19, 20—21, jfr. 30 o. ff., 33, 97, 106, 117, 138, 195, 216 o. ff. 268 N., 271, 341 N. 419, 463, 532.



*ny Straffebog for Bavern*<sup>1)</sup> Arbejdet blev mere omfattende end »Grundregler« og end »Indledning til den danske og norske Kriminalret«, som nedenfor omtales. Ti det indskrænker sig ikke, som disse, til Strafferettens almindelige Del, men omhandler tillige, om end ikke alle, saa dog en stor Mængde enkelte Forbrydelser. For den almindelige Dels Vedkommende danner Kritikken et vigtigt Supplement til de nævnte Arbejder, skønt ikke saa let tilgængeligt som disse, fordi det som recenserende er bundet til Orden og Indhold af et nu forlængst glemt Udkast, der aldrig naaede at blive til Lov, men som i Datidens strafferetlige Diskussion spillede en ret betydelig Rolle. Hovedmanden ved dette bajerske Udkasts Tilblivelse var Gönner, hvem Ø. villig ydede Anerkendelse for videnskabelige Fortjenester paa Processens Omraade, men hvem han — med Føje — ikke kunde yde lignende Anerkendelse paa Strafferettens Omraade, hvor han var optraadt som — ikke blot videnskabelig — Modstander af Feuerbach. Allerede to Gange tidligere havde Ø. tilbagevist disse Angreb. Nu gav Udkastet ham Lejlighed til en Kamp over hele Linien<sup>2)</sup>.

I Jur. Tidsskrift for 1824 og 1825 udgøre Ø.'s Udtalelser i den ved Howitz's Afhandling »om Afsindighed og Tilregnelser« begyndte Strid, en vigtig Del<sup>3)</sup>. Om end disse Udtalelser fortrinsvis have Betydning

---

<sup>1)</sup> J. T. VI, 1 S. 178—268, 2, S. 1—156, VII, I, S. 1—143, jfr. H. 1, S. 378—81. Skriftet udkom samme Aar paa Tysk som 2det Bind af »Abhandlungen aus dem Gebiete der Moral- und Gesetzgebungs-Philosophie«, jfr. H. 1, S. 134, N. 2. <sup>2)</sup> S. ovfr. S. 8—10. Bavern fik først 1861 en ny Straffelov, til hvilken Forarbejderne begyndte 1851. Udkastet fra 1822 og to senere fra 1827 og 1831 blev uden Frugt. <sup>3)</sup> J. T. VIII, 1, S. 118—54, IX, 2, S. 204—75, X, 1, S. 1—54 og X, 2, S. 121—53, s. H. 1, S. 23—24 med Noter og 140, N. 8.

for den almindelige Moral- og Retslære og derfor have været Genstand for Omtale i tidligere Afsnit af dette Skrift, have de dog ved Omtalen af den retlige Tilregnelighed speciel strafferetlig Interesse<sup>1)</sup>. Det betydeligste strafferetlige Bidrag fra Aaret 1825 i Tidsskriftet var *Forsvaret for Kritikken over det bajerske Udkast fra 1822 mod Gönners Antikritik*<sup>2)</sup>. Dette Forsvar uddyber og fuldstændiggør paa mange Punkter selve Kritikken. Disse to Arbejder danne saaledes en Enhed, der, som ovfr. bemærket, er Ø.'s mest omfattende, samlede Behandling af den almindelige Strafferet. For den legislative Behandling af Legemsfornærmelser har en Udtalelse af 1824, fremsat i Anledning af en Afhandling af Dreier om Chr. V. L. 6—6—11, Interesse<sup>3)</sup> og med Hensyn til Skovtyveri et Tillæg til en Afhandling af Nyegaard<sup>4)</sup>. Ved Siden heraf indeholder Tidsskriftet en Række strafferetlige Udtalelser i de som »kriminalistisk Litteratur« meddelte Recensioner, der efter nogen Tids Afbrydelse paany optoges i disse Aargange<sup>5)</sup>. I den iøvrigt Straffeprocessen tilhørende Recension af Lotz om Politi- og Strafforfølgning berøres Spørgsmaal om Prævention og Straf, dernæst drøftes Spørgsmaal om Undladelsesforbrydelser (Spangenberg), om Frihedsstraffe (Mittermaier), om sygelige Drifter, om Sekundanter Straff (i Anledning af fremmede Domme), om en kinesisk Straffelovbog (Spangenberg), om en svejtsisk Straffelov for Krigsmagten, om Brandstiftelse, om Detention efter lidt Straf, om Rø-

---

<sup>1)</sup> S. H. 1, S. 6, 4 o. N. 2, 69, 349—50 m. N. 1, 381—82. <sup>2)</sup> J. T. XI, I, S. 195—284 og 2 S. 1—174. Forsvaret udkom paa Tysk 1826 som 3die Bd. af det tyske Samlingsværk »Abhandlungen o. s. v.«, s. H. 1, S. 134 N. <sup>3)</sup> J. T. IX, 1, S. 261—79. <sup>4)</sup> Smst. IX, 2, S. 100—13. <sup>5)</sup> Smst. VIII, 2, S. 1—56, IX, 1, S. 91—121, og 2, S. 1—64.

veri, om de franske Fængsler (Mittermaier), om Strafudmaaling (Henke) og om Udlevering af Forbrydere. I Anledning af en dansk Dom udtaler Ø. sig mere indgaaende, end tidligere var sket, om ulovlig Jagt og Fiskeri <sup>1)</sup>. I Aaret 1825 udkom Ark. f. Retsv. 2det Bind og Haandbogens 2den Del. I A. f. R. II findes ved de der meddelte Domme Udtalelser om Censur og Strafansvar og om Gentagelsesstraf; derhos genfindes Afhandlingen om »ærerørige« Fornærmelser <sup>2)</sup>. Læren om Ære samt om Friheden i Haandbogen II berører ofte den strafferetlige Side. Senere Afsnit omtale blandt Udvisninger ogsaa Udlevering samt Brud paa Religionsfreden, — alt baade fra positiv og almindelig Rets Synspunkt <sup>3)</sup>.

Jur. Tidsskrift for Aaret 1826 bragte ingen særlige strafferetlige Udtalelser af Ø., bortset fra nogle Henvisninger til Værket om Tyveri i Anledning af refererede Domme. Derimod bragte Ark. for Retsvidenskabs 3die Del det første Afsnit af »*Indledning af den danske og norske Kriminalret*«, der, fortsat i Arkivets 4de og 5te Del (1827 og 1828), indeholdt en ny Bearbejdelse af Prøven af en Lærebog i Kriminalrettens almindelige Del, men ligesaa lidt som denne indskrænkede sig til Fremstilling af positiv Ret <sup>4)</sup>. — Spredte strafferetlige Bemærkninger indeholder fremdeles Ark. f. Retsv. 3die Bd., ved deri optagne Domme, om Nødværge, om Konkurrencens af Forbrydelser, om Beviset ved ubestemte Beskyldninger og iøvrigt om Ærefornærmelser <sup>5)</sup>, 4de Bind om concursus

---

<sup>1)</sup> J. T. XI, 2, S. 168 N. <sup>2)</sup> A. f. R. II, S. 156 Note, 240 N. 388 o. ff. (jfr. J. A. N. 8, s. ovfr. S. 7). <sup>3)</sup> Hdbg. II, S. 1—39, jfr. S. 589, 40—87, S. 537—38, 554 o. ff. <sup>4)</sup> A. f. R. III, S. 3—266, IV, S. 387—482, V, S. 3—356. <sup>5)</sup> A. f. R. III, S. 307 o. ff., 382 N., 408 N., 471 N.

idealis, om fuldbyrdet Forbrydelse, om fremmede Soldaters Eksterritorialitet, om Straffen for Aager, om Gentagelsesstraf, om Straffes Inkompatibilitet<sup>1)</sup>, og 5te Bind om Krigsfanger, om Tyveristraf efter det stjaalnes Værdi, om Straf for Edsbrud, om Barne-mord, om Indbrudstyveri med Vaaben<sup>2)</sup>. — Haand-bogens 3die Bind, som udkom 1828, berører de straffe-retlige Emner om Forbrydelser mod Embedsmænd med særligt Hensyn til Indflydelsen af Nødstilælde, og om Politiovertrædelser<sup>3)</sup>. — I Jur. Tidsskrift for 1827 og 1828 foreligger der atter en stor Mængde Recen-sioner, som Fortsættelse af de med 9de Bind, 2. H. afbrudte Anmeldelser<sup>4)</sup>, saaledes om fuldbyrdet Mand-drab (i Anledning af en tysk Dom), om Analogi i Strafferetten (Hofacker), om Overskridelse af Embeds-ret (Mittermaier og Code pénal), om Straffekumulation (Gesterding), om Barnemord (Kleinschrod), om Fuld-byrdelse af Dødsstraf (Boehmer), om culpa dolo de-terminata (Regenhertz), om nye svejtsiske Straffelove (Mittermaier), om uagtsomme Forbrydelser (Klein-schrod), om Dødsstraffe i England (Romilly), om For-brydelser i England, om Kvindens strafferetlige Stil-ling (Spangenberg), om det bajerske Straffelovsudkast (Mittermaier), om Strafforældelse (Wening-Ingenheim), om partielt Afsind og Drukkenskab (Kleinschrod), om Bevis for dolus, om et Straffelovsudkast for Weinlar (Mittermaier), om almindelige Strafferetsgrundsætning-er (Weber), om Lov og Praksis i Strafferetten (Ger-stäker), om Dommerfrihed (Klien), om den engelske Deportation, om Straffelovsudkast for Württemberg (Mittermaier), om Tyveristraf efter det stjaalnes Værdi

<sup>1)</sup> A. f. R. IV, S. 59 o. ff., 107 N, 122 N, 152, 155, 166 N, 366. <sup>2)</sup> A. f. R. V, S. 155 N, 157 N, 282 N, 330 N, 342 N. <sup>3)</sup> Hdbg. III, S. 12—14, 110 o. ff. <sup>4)</sup> J. T. XIII, 1. S. 185—226, og 2, S. 117—91, XIV, 1. S. 124—82 og 2, S. 1—157.

(Kleinschrod), om Barnemord og Barnefødsel i Dølgemaal (Mittermaier) og om Kanton Berns Straffelov om samme Emne, om et Straffelovsudkast for Louisiana, om offentlig Paatale af Hor (Linde), om Fængslerne i Frankrig, om positiv og filosofisk Strafferet (Gerstäcker), om Arter af dolus (Weber), om Straf og Sikkerhedsforanstaltninger (Gesterding), om uforsvarligt Forhold ved Barnefødsel (Mittermaier), om Meddelagtighed (Borst), om svigagtig Fallit (Lov for Kanton Bern). Endvidere have Bemærkninger i Tidsskriftet, ved Omtalen af danske Domme, om Gentagelsesstraf, om Tyveri og Hæleri og Efterskudsdomme Interesse<sup>1)</sup>.

I det sidste Hæfte for 1828 bragte Jur. Tidsskrift Begyndelsen af Ørsteds store Afhandling »om Dødsstraffens Retfærdighed og Hensigtsmæssighed«, der afsluttedes i 1829<sup>2)</sup>, og hvis Betydning rækker adskilligt videre end til det specielle Emne, dens Titel angiver. Dette blev det sidste betydelige Bidrag til den almindelige Strafferet, som Ø. gav i Tidsskriftet. Recensionerne af »kriminalistisk Litteratur« ophørte. En enkelt Dom gav dog endnu Anledning til Bemærkninger af almen Interesse, nemlig om Definitioner i Straffelve<sup>3)</sup>, og Recensionen af de norske »juridiske Samlinger«, som findes i Tidsskriftets 15de og 16de Bind fra 1829 og 1830<sup>4)</sup>, med hvilke Ø. afsluttede sin Udgivelse af Tidsskriftet, førte ogsaa ind paa enkelte strafferetlige Spørgsmaal, der have Interesse udover det positiv-retlige, saaledes om Landsforvisningsstraffen<sup>5)</sup>, om Aager<sup>6)</sup> og om Seddelfalsk<sup>7)</sup>.

<sup>1)</sup> J. T. XIII, 1, S. 78 N, 117 N, 2, S. 56 N, 113 N. <sup>2)</sup> J. S. XV, 1, S. 101—253 og 2, S. 1—45. Jfr. H. 1, S. 25 m. N. 2, S. 139 m. N. 3, S. 389 o. ff. og S. 417 o. ff. <sup>3)</sup> J. T. XV, 2, S. 96 o. ff. <sup>4)</sup> J. T. XV, 1, S. 163—274, XVI, 1, S. 184—277 og 2, S. 1—80. <sup>5)</sup> Smst. XV, 1, S. 164 o. ff. <sup>6)</sup> Smst. XVI, 1, S. 189 o. ff. <sup>7)</sup> Smst. XVI, 2, S. 59 o. ff.

Efter Afslutningen af Virksomheden som Udgiver af jur. Tidsskrift (1830) udgav Ø. endnu 6te og sidste Bind af Ark. f. Retsv. (1831) samt de tre sidste Bind af Haandbogen (1831, 1832 og 1835). Ikkun lejlighedsvis findes der i disse Skrifter Udtalelser, som have Betydning for den almindelige Strafferet. Nævnes kan, at der i Bindet af Ark. f. Retsv. ved Omtalen af en Dom findes Bemærkninger om det saakaldte indirekte Drabsforsæt<sup>1)</sup> og at der ved Genoptagelsen af et tidligere i Jur. Ark. meddelt Fragment af Colbjørnsen i Noter findes Bemærkninger angaaende Straf for Løsagtighed, Hor, Selvmordsforsøg, Angreb paa Legeme, falsk Vidnesbyrd, Falskmøntneri og Tyveri i visse Tilfælde, endvidere om beskæmmende Straffe, om Frihedsstraffe og Straffekumulation<sup>2)</sup>. I Haandbogens 4de Bind have Udtalelser om Nødretten<sup>3)</sup>, i 5te Bind Udviklingen om Skadeserstatning<sup>4)</sup> og i 6te Bind om Fuldmægtiges Ansvar og om Undsigelser, direkte eller indirekte Interesse for Strafferetten<sup>5)</sup>. I de Tillæg til tidligere Bind, som Haandbogens 6te Bind sluttes med, omtaler Ø. endnu en Gang Straffeloves tilbagevirkende Kraft, abnorme Sjælstilstande, særlige Regler for unge Menneskers Straf samt Aager<sup>6)</sup>.

Ø., der 1813 var udnævnt til Deputeret i Kanceliet, var fra 1815 først Medudgiver (med sin Kollega Monrad), fra 1834—40 Eneudgiver af Kollegialtidende og var som Deputeret, Generalprokurør, senere Statsminister fra 1841—47, til April 1848 Udgiver af Ny Kollegialtidende. Af og til forekommer der i disse Tidender Udtalelser om strafferetlige Emner af al-

---

1) A. f. R. VI, S. 6 N. 2) 548—98, Noter. 3) Hdbg. IV, S. 2 o. ff. 4) A. V. V, S. 4 o. ff. 5) A. V., VI, S. 14 o. ff., 377 o. ff. 6) Smst. S. 451 N, hvor Zachariæ's Skrift - Ueber die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze - omtales, 493—94, 519—20, 652 o. ff.

mindelig Interesse, der umiddelbart hidrøre fra Ø., saaledes om Utilregnelighed ved abnorme Sjælstilstande<sup>1)</sup>. Men desuden er der i de nævnte Tidender indeholdt en Række for den almindelige legislative Bearbejdelse af Strafferetten vigtige Meddelelser, der vel ikke umiddelbart ere affattede af Ø., men som dog ikke blot ved Aand, men særdeles ofte ved Bogstav vise, at de ere øste af Ø.'s videnskabelige Skrifter, i alt Fald med Mellemlid i de Begrundelser af sine strafferetlige Lovarbejder, han fremførte under den skriftlige Behandling i Kancellikollegiet. Med Føje kunne derfor de i Tidenden meddelte Motiver til en Række strafferetlige Love fra Ø.'s Tid nævnes blandt de, i alt Fald middelbart fra Ø. hidrørende Skrifter. Det anførte gælder om Motiverne til Fdg. af 12. Juni 1816 om Fængsel paa Vand og Brød, Pl. af 16. Juli 1817 om Forbrydelser af Straffanger, Fdg. af 11. Marts 1818 om Forbrydelser af undvegne Fanger, Pl. af 7. Aug. 1819 om Brandstiftelse, An. af 4. Aug. 1819 om Pligt at komme Personer i Livsfare til Hjælp, Fdg. af 24. Septbr. 1824 om Ophævelse af visse Formuestraffe, Fdg. af 20. April 1825 om Sørøveri, Pl. af 1. Fbr. 1826 om Forbrydelser af Straffanger, Fdg. af 30. Marts 1827 om Ophævelse af Landsforvisningsstraffen, Fdg. af 21. Aug. 1829 om Løsgænger og Beteri, Fdg. af 11. Juni 1832 om Afsoning af Bøder, Fdg. af 4. Okt. 1833 om Legemsfornærmelser, Fdg. af 3. Juli 1835 om Negerhandel, Fdg. af 16. Novbr. 1836 om Afsoning af Bøder m. m., Pl. af 1. Novbr.

---

<sup>1)</sup> Koll. Tid. 1827, S. 44—45 Note, 1840, S. 213 o. ff. om de strafferetlige Reformer fra hans Tid til 1840. ved Meddelelsen om det Ø. ved Rskr. 29. Fbr. 1840 overdragne Hverv at udarbejde Forslag til at fuldstændiggøre Kriminalloven for Kongeriget Danmark, hvilke Forslag dernæst skulde gennemgaaes af en dertil udnævnt Kommission.

1837 om Presseforseelser, Fdg. 11. April 1840 om Tyveri m. m., Fdg. af 15. April 1840 om falsk Vidnesbyrd, Fdg. 26. Marts 1841 om Brandstiftelse, Pl. af 24. Septbr. 1841 om Misligheder ved Erhvervelse af stjaalne Koster, Pl. 3. Juni 1846 om Presseforseelser og Fdg. af 5. Maj 1847 om Beskadigelse af Jernbaner m. m.<sup>1)</sup>)

Endnu kan det nævnes, at baade Ø.'s »Prøvelse af Udkast t. Grundlov« og hans »Af mit Livs og min Tids Historie«, lejlighedsvis berøre Emner, der gribe ind i Strafferetten. I det første Værk mærkes saaledes hans Udviklinger om Kongens Benaadningsret<sup>2)</sup>, om Rigsdagsmænds Ansvarsfrihed<sup>3)</sup>, om Nævningeinstitutionen<sup>4)</sup>, om religiøse Samfunds Frihed<sup>5)</sup>. I det andet Værk maa fremhæves Betragtningerne med Hensyn til Fdg. 27. Sept. 1799 og dens Anvendelse<sup>6)</sup>, om Nødretten<sup>7)</sup>, om Spørgsmaal vedrørende Forbrydelsers subjektive Side, særlig om abnorme Sjælstilstandes Indflydelse paa Tilregneligheden<sup>8)</sup>, samt om Brud paa Pligter under Krigsforhold<sup>9)</sup>.

---

1) Koll. Tid. 1816, S. 395 o. ff., 1817, S. 601 o. ff., 1818, S. 209 o. ff., 1819, S. 267 og 551 o. ff., 1824, S. 563 o. ff., 1825, S. 256 o. ff., 1826, S. 83 o. ff., 1827, S. 265 o. ff., 1829, S. 729 o. ff., 1832, S. 465 o. ff., 1833, S. 617 o. ff., 649 o. ff., 1835, S. 465 o. ff., 489 o. ff., 1836, S. 865 o. ff., 1837, S. 921 o. ff., 1840, S. 345 o. ff., 521 o. ff. Ny Koll. Tid. 1841, S. 265 o. ff., 817 o. ff., 1846, S. 401 o. ff., 1847, 361 o. ff. 2) »Prøv af U. T. Grl.«, S. 177 o. ff. 3) A. Skr., S. 195 o. ff. 4) A. Skr., S. 286 o. ff. 5) A. Skr. S. 368 o. ff. 6) »Af mit Liv« I, S. 41—114, 230—45, 245—57. 7) Smst. I, S. 168—72. s. H. 1, S. 425 o. ff. 8) Smst. I. S. 216—229, s. H. I, S. 395 m. N. 3. 9) Smst. III, S. 335. 415.



Om de fleste fremmede Forfattere, hvis strafferetlige Skrifter ere i større eller mindre Udstrækning recenserede af Ø., findes oplysende Notitser i H. 1, S. 142 Note 3, 419 Note 5 og S. 432 Note 1. Om følgende ikke tidligere omtalte, betydeligere tyske Forfattere, som omtales af Ø., hidsættes følgende Oplysninger:

V. d. Becke f. 1756 † 1830, Statsminister i Gotha, Forf. i forskellig Retning, ogsaa af flere juridiske Skrifter.

J. A. Bergk f. 1764 † 1834, privatiserende Lærd. Forf. af talrige, nu glemte Skrifter om filosofiske, ogsaa retsfilosofiske Emner.

Chr. H. A. Henke f. 1775 † 1843, Prof. i Lægevidenskab i Erlangen. Forf. af ansete retsmedicinske Skrifter.

K. W. L. Hofacker f. 1794 † 1842. Prof. i Tübingen. Udgav et juridisk Tidsskrift for Württemberg, Forf. af strafferetlige Afhandlinger i n. A. d. Cr. R.

J. Chr. Hoffbauer f. 1766 † 1827, Prof. i Filosofi i Halle, Forf. af mange psykologiske og retsfilosofiske Skrifter, deriblandt flere, som angaa Psykologiens Anvendelse i Retsplejen.

K. F. Hommel f. 1722 † 1781, Retslærd og Filosof, Prof. i Leipzig. Forf. af flere Skrifter om filosofisk Strafferet. Et under Pseudonymet Alexander von Joch 1770 udgivet Skrift hævdede Determinismen.

Sebastian Jenull, f. 1777 † 1848. Kriminalist, Prof. i Grätz, senere i Wien. Hans Fremstilling af den østrigske Strafferet udkom i 4 Dele 1808, 1809. 1812 og 1815, 3die Oplag 1837.

J. E. Chr. Meister f. 1758 † 1828. Retsembudsmand, senere Prof. i Frankfurt og Breslau.

Dan. Nettelbladt f. 1719 † 1791, Prof. i Halle. hørte til de tyske Retslærde, som nød Anseelse i det 18de Aarhundredes 2den Halvdel, docerede samtlige Retsdiscipliner, ogsaa særlig Retsfilosofi som Tilhænger af Wolf.

G. A. v. Seckendorff f. 1775 † 1823, var fra 1818—21 Prof. i Filosofi i Brunsvig, men virkede særlig som yndet dramatisk Forfatter

Greve J. v. Soden f. 1754 † 1831, var nogen Tid, indtil 1796, Retsembudsmand, senere Privatmand. Var en frugtbar Forf. i forskellige Retninger: Retsvidenskab, Nationaløkonomi. Filosofi, Historie og Kunst. I Retsvidenskab foreligger der fra ham strafferetlige Skrifter og Lovarbejder.

A. F. J. Thibaut f. 1772 † 1840, Prof. i Retsvidenskab, først i Kiel, senere i Jena og Heidelberg. Var en meget anset Civilist, mod hvem v. Savigny og den historiske Skole fortrinsvis rettede sine Angreb. Som iøvrigt selvstændig Elev af Kant var han i et kriminalistisk Skrift Modstander af Feuerbach.

F. W. Walter f. 1794 † 1879, Prof. i Bonn. Forf. af Skrifter i næsten alle Grene af Retsvidenskab, ogsaa Retsfilosofien. I Strafferetten er især et Prisskrift (1821) om Injurier efter romersk Ret af Betydning.

K. Salomo Zachariä f. 1769 † 1843, Prof. i Heidelberg, anset Lærer og Forf. i næsten alle Forgreninger af Retsvidenskab, dog navnlig i Statsret. I filosofisk Strafferet stod han paa Kant's Standpunkt.

Zachariä H. A. f. 1806 † 1875, Prof. i Göttingen, Statsretslærer og Kriminalist. Af strafferetlige Arbejder fik hans Skrift om Straffeloves tilbagevirkende Kraft (1834) og om Forsøg (1836 og 1839) især Betydning. Som Statsretslærer virkede han før og i 1864 imod Danmark og for Augustenborgerne.

## 17. Strafferetlige Normer.

Om de Hovedspørgsmaal, der frembyde sig ved Betragtningen af Straffenormerne, har Ø. ofte og udførlig udtalt sig, om han end ikke, selv i sine systematiske Skrifter, har behandlet alle her henhørende Spørgsmaal som et samlet og ejendommeligt Hele. En Sammenstilling fra dette Synspunkt vil dog bedst bidrage til Belysning og Vurdering af den Lære, han udviklede om disse Emner.

1. Det første Hovedspørgsmaal, som paa dette Omraade frembyder sig, er det, om Straf kan finde Sted paa andet Grundlag end Lov, eller om Sætningen »nulla poena sine lege« bør gælde. Paa den Tid, da Ø. begyndte sin Forfattervirksomhed, hyldede hos os, som andetsteds, de fleste filosoferende Kriminalister den sidste Lære. De støttede sig særlig til Beccaria's Autoritet. »Hos os førte — som Ø. et Sted bemærker — fra 1796—99 alle Skribenter, som ikke vilde taale

at anses for Borgerfrihedens Fjender, denne Sætning stedse i Munden«<sup>1)</sup> At ogsaa Ø. begyndte med at slutte sig hertil — i Strafferetsforelæsnngen og i Recensionen af Schlegel's Naturret — men dog meget snart kom bort fra en Lære, der saa daarligt passede til den danske Straffelovgivnings daværende Tilstand, nvad han navnlig paaviste i Trykkefrihedsskriftet, er omtalt tidligere i denne Fremstilling<sup>2)</sup>. Da Feuerbach senere gav Sætningen en ny Begrundelse ud fra Straffe-truselsteorien, fik Ø. Anledning til atter og atter at bekæmpe den og til yderligere at udføre og begrundede sin modsatte Opfattelse<sup>3)</sup>. Udviklingerne i »Grundregler«<sup>4)</sup> samt senere i »Indledning« ere her de betydningsfuldeste<sup>5)</sup>.

Ø. vender sig i »Grundregler« først mod den Betragtning, som hentedes fra Feuerbach's Straffeprincip, og som den Gang alle, baade Tilhængere og Modstandere af dette Princip, syntes at godkende, nemlig, »at Begrebet om ulovbestemte Forbrydelser af sig selv maa bortfalde, naar Straffens Væsen og virkende Kraft søges deri, at Forestillingen om det Onde, Straffen indeholder, skal overvinde Forestillingen om den Lyst, Forbrydelsens Genstand i og for sig vilde opvække«. Ø. bemærker hertil: »Det er indlysende, at dersom det gøres til Grundsætning i Retsplejen, at Handlinger, der have en Forbrydelses naturlige Mærker, skulle anses med forholdsmæssig Straf, skønt ingen skreven Straffelov har nævnt dem, saa vil der hos Folket opstaa den Overbevisning, at man ligesaa vel ved deslige Handlinger, som ved dem, der ere forbudne ved

1) N. J. A. II, S. 27. jfr. H. 1, S. 242 m. N. 2) S. H. 1, S. 163—69 og S. 238 o. ff. S. dog endnu en noget ubestemt Udtalelse i J. M. 1802 II, S. 176 N. 3) S. H. 1, de S. 242 N. 1 anførte Steder. 4) Eun. II, S. 96 o. ff. 5) A. f. R. III, S. 48—55, se endvidere J. T. VII. 1, S. 48—50.

en udtrykkelig Straffelov, paadrager sig fysiske Lidelser, og denne Overbevisning maa virke efter selvsamme psykiske Love som en udtrykkelig Straffetrusel. Feuerbachs Lære angaaende Grundbegrebet om Straf og Grundloven for sammes Virksomhed kan altsaa i sit Væsen — skønt ikke just i de Udtryk, hvormed han har betegnet den, — meget gerne bestaa med Antagelsen af ulovbestemte Misgerninger«<sup>1)</sup>).

Som det ses, er denne Ø.s uforkastelige Gendrivelse af Straffetruselsprincipets formentlige Konsekvens bygget paa Forudsætningen om, at den Handling, der straffes uden Lov, har »en Forbrydelses naturlige Mærker«, og er en saadan »hvis Strafværdighed flyder af nødvendige Fornuftlove«. Mod denne Forudsætning havde imidlertid Feuerbach erklæret sig og opstillet som ny Grund for Læren »ingen Straf uden Lov«, »at det blot er en Klogskabsregel, der bevæger Lovgiveren til at bruge Straf for at forebygge visse Retskrænkelser, da der gives uendelig mange andre Midler, hvorved Staten kan afværge den Handling, som den vil forebygge«. Mod denne Betragtningssmaaede, som ogsaa andre Straffeteorier end Feuerbach's kunne tænkes at tilegne sig, er Hovedudviklingen hos Ø. rettet: »Det er aabenbart, at der gives Handlinger, som i ethvert Samfund, hvor Ret skal sikres, maa belægges med Straf. De andre Midler, Staten har i sin Magt til at værne mod Retsbrud — forekommende Tvang, umiddelbar Tvang til Pligtens Opfyldelse, Tvang til Skadeserstatning, Tabet af en ved Lovens Opfyldelse betinget Ret — have alle snævre Grænser for deres Virksomhed, noget som ogsaa F. selv har erkendt<sup>2)</sup>. Det er f. Eks. indlysende, at Staten

<sup>1)</sup> Eun. II, S. 98, jfr. A. f. R. III, S. 48 Nr. 2 og S. 50—51 ad 2dum. <sup>2)</sup> Se iøvrigt herved H. 1, S. 326 o. ff. (§ 13) om Ø.s Paavisning af Retshaandhævelsens nødvendige Grænser.

ingen Sikkerhed vilde give mod Mord, Lemlæstelse, Voldtægt og andre personlige Mishandlinger, saafremt disse blev uden Straf. At bevogte enhver Borger saaledes, at slig Udaad ej kunde begaas, vilde være en urimelig Opgave, og at gøre den derved skete Skade god igen, er ogsaa umuligt. Naar altsaa Morderen og Voldsmanden ikke løb Fare for Straf, saa fandt end ikke en Skygge af Borgersikkerhed Sted. Deraf flyder, at Fornuften med Nødvendighed kræver Straf, i det mindste i deslige Tilfælde, og at det ej er en blot politisk, men en juridisk (∴ ved det retlige Samlivs Tarv med Nødvendighed bestemt) Grund, hvorved de i saa Henseende givne Straffelove ere fremkaldte... Omfattes disse Handlinger ikke ved Straffelovens udtrykkelige Bogstav, maa de dog retmæssig kunne straffes. Men det samme, der gælder om uerstattelige Rettigheders Krænkelser, finder og, under visse nærmere Bestemmelser, Anvendelse paa de Handlinger, hvorved nogen retstridigen angribes med Hensyn til et i sig erstatteligt Gode. Naar Handlingen er forbundet med den Stræben at dølges, og den forurettede følgelig er udsat for ej at komme til Skadesløsholdelse, den uretgørende derimod kan have Haab om at opnaa sin Hensigt, saa vilde, hvis ikke en af Handlingen flydende Straf kom med i Regningen, Staten aldeles intet have, hvorved den kunde hindre slig Forurettelse. Ti Gerningsmanden havde da at haabe af et lykkeligt Udfald, uden at have noget at frygte, hvis Udfaldet ej blev efter Ønske. Tyveri, Bedrageri og hvad de andre til denne Slægt af Retskrænkelser hørende Handlinger kaldes, maa altsaa nødvendigvis belægges med Straf, hvis Ejendom skal sikres, eller med andre Ord, hvis der skal være Ejendom<sup>1)</sup>.

1) Eun. II, 98—101, jfr. 88—91, A. f. R. III, S. 49—50. jfr. S. 19, samt Hdbg. I, S. 271—76.

Med Hensyn til Rækkevidden af de »naturlige Forbrydelser«<sup>1)</sup> føjer Ø. til den anførte Udvikling, »at det, for at en Handling uden udtrykkelig Lov kan anses med Straf *ikke er nødvendigt, at den indeholder Brud paa en naturlig Rettighed*<sup>1)</sup>, men at, *saasnart Lovene have erkendt en Rettighed eller indført en vis Orden, maa ethvert tilregneligt Brud paa samme, der ikke ved andre Midler kan forebygges, være Genstand for Straf.* Ti Lovgiveren vilde være i Modsigelse med sig selv, hvis han ingen Modvægt vilde have anvendt mod dem, der gaa ud paa at forstyrre hans Hensigter«<sup>2)</sup>. Til Fuldstændiggørelse af denne Udvikling bemærker Ø. endelig — ganske i Overensstemmelse med sin almindelige Lære om Retskilderne —, »at man, selv om ingen Fornuftnødvendighed fordrede Straf for et givet Forhold, dog i det mindste maatte kunne slutte fra en Lov, der straffer en vis Handling, til, at Lovgiveren og vil have Straf anvendt paa en anden, der i en aabenbar større eller ligesaa stor Grad gør Brud paa samme Rettighed«, ∴ anvende Straf ifølge Lovens Analogi<sup>3)</sup>.

Utvivlsomt godtgør Ø.'s Udvikling, at Sætningen, uden Lov ingen Straf, ikke blot ikke kræves af en Fornuftnødvendighed, men at det under givne Forhold, nemlig Straffelovgivningens mere eller mindre fragmentariske Tilstand, endog er en Fornuftnødvendighed, at der kan straffes uden Lov. I Grunden anerkendte ogsaa F. dette derved, at han opstillede forskellige, rigtig nok uheldig formulerede og svagt begrundede Undtagelser, hvis Gendrivelse faldt Ø. let<sup>4)</sup>. Ø.'s Betragtningssmaade har i Virkeligheden ogsaa

---

<sup>1)</sup> S. om dette Begreb H. 1, S. 222. <sup>2)</sup> S. herved H. 1, S. 272 med Noter. Eun. II, S. 101, A. f. R. III, S. 55. <sup>3)</sup> Eun. II, S. 102, A. f. R. III, S. 50, Se H. 1, S. 234. <sup>4)</sup> Eun. II, S. 107—17.

Gyldighed udover det Retssikkerhedshensyn, den alene har for Øje. Fornuftnødvendigheden gælder ikke blot den materielle Retshaandhævelses bydende Krav. Ogsaa for den Opfattelse, der ved Siden af denne Straffehjemmel sætter den ideelle Retshaandhævelse, o: Fuldestgørelsen af Samfundets Retfærdighedskrav, gør Fornuftnødvendigheden sig gældende. Straf er med andre Ord i mange Tilfælde den nødvendige Slutsten i Retshaandhævelsens Bygning, hvorledes end Straffeteorien formes<sup>1)</sup>. Der staar dog endnu et Spørgsmaal tilbage i dette Emne. Ø. hævder selv med stor Kraft — og andre Teorier ville heri ganske samstemme med ham, — at Retshaandhævelsens Krav ikke er absolut, at den har en negativ Grænse bl. a. ogsaa i Retfærdighedshensyn, d. v. s. i Forbryderens Ret<sup>2)</sup>. Det blev da en Opgave for Ø. endnu at prøve, om det, at straffe uden Lovhjemmel, ikke kommer i Strid med Forbryderens Ret eller udsætter denne saaledes for Fare, at det af denne Grund maa findes rigtigt at godkende Læren om ingen Straf uden Lov. De to Betragtninger, der fra denne Side gøres gældende, gaa ud paa, dels at »det er en uretfærdig Fordring til Statens Medlemmer, at disse ved Slutninger skulle udfinde, hvilke Handlinger der kunde være strafbare, og hvad Straf der for samme kunde ventes«, dels, »at der indrømmes Dommeren en unaturlig, i den lovgivende Magts Funktioner indgribende og for den individuelle Sikkerhed farlig Myndighed, naar det tilstedes ham at straffe uden udtrykkelig Lovhjemmel«. Til den første Betragtning bemærker Ø., »at en naturlig Misgernings Strafbarhed ikke kan være nogen, der ejer sund Sans, ubekendt, at Kendemærkerne ere saa klare og iøjnefaldende, at selv den enfoldigste vil være

<sup>1)</sup> S. H. 1, s. 406—9. <sup>2)</sup> S. H. 1, S. 346 o. ff., 403 o. ff.

i Stand til forud at indse Handlingens Strafbarhed, medens selv den oplyste Statsborger kan være uvidende om de positive Loves Straffebud mod en Handling, hvis Natur ej har stemplet den som Misgerning, eller fejle i Forstaaelsen af Loven. I Virkeligheden er det vistnok mere Forbrydelse, i det mindste de groveres, naturlige og for den sunde Menneskeforstand indlysende Strafbarhed end de skrevne Straffelove, som betrygge Kriminaljustitien imod den Fare at straffe Handlinger, hvis Strafbarhed var Gerningsmanden ubekendt. At han ikke forud nøjagtig kan vide, hvorledes Handlingen vil blive straffet, finder ogsaa Sted i de mange Tilfælde, hvor Lovene vel erklære Handlingen for strafbar, men ganske eller til Dels overlade Straffens Bestemmelse til Domstolens Skøn. Med Hensyn til de aldeles ulovbestemte Misgerninger er Straffen ingenlunde ganske vilkaarlig, da der intet kriminelt Tilfælde vil møde, som ikke i Loven finder en Analogi, der maa binde Dommeren indenfor mere eller mindre snævre Grænser. Den, der med Bevidsthed krænker Samfundets eller Medborgeres Ret, er heller ingenlunde berettiget til den Fordring, forud at være underrettet om Graden af den Fare, hvorfor han udsætter sig<sup>1)</sup>. Lige over for den anden Betragtning henviser Ø. først i »Indledning« til sin i Haandbogen givne Udvikling om, at »ingen Lovgivning, den være end saa omhyggeligt udarbejdet, kan undgaa at støtte sig til en naturlig, allerede i Folket levende Ret, ved hvis Hjælp han maa baade supplere og forklare, saa at Domstolens Virkekreds ingenlunde er indskrænket til bestemte Lovreglers Anvendelse. Den Myndighed, der tillægges dem til ved Hjælp af den sunde Fornuft og

<sup>1)</sup> Eun. II, S. 103—5 og 105—7. A. f. R. III, S. 51—52.



Lovens Konsekvens at bestemme Straf for Handlinger, der ikke i nogen skreven Lov er mærkede som Forbrydelse, er altsaa ikke udenfor Naturen af Embedets Myndighed<sup>1)</sup>. Med Hensyn til Faren for Misbrug bemærker han i »Grundregler«, at »de Egenskaber, som gør en Handling til en naturlig Forbrydelse, ere saa kendelige, at en Dommer ikke, uden at stille sin Uretfærdighed offentlig til Skue, kan give dette Begreb en for stor Udvidelse«, og dernæst, overensstemmende med Udviklingen i Afhandlingen af 1807, at »hvor fuldstændig og nøjagtig Straffeloven end er, er det dog ved Prøvelsen af Beviserne og ved Gerningssagernes Henførelse til det Lovbegreb, hvorunder samme høre, uundgaaeligt nødvendigt at overlade Dommernes frie Reflektion en meget udstrakt Virkekreds, der langt mere sætter Borgerne blot for mulige Forurettelser af den dømmende Myndighed, end den Frihed, som tilstaas denne til at paaskønne, hvor vidt en Handling har en Forbrydelses naturlige Kendetegn<sup>2)</sup>.

Utvivlsomt ere disse Ø.'s Betragtninger i Almindelighed rigtige, men de klare dog ikke helt Sagen. Naar Blikket ikke alene fæstes paa det sekundære Spørgsmaal, om en utvivlsomt retstridig Handling bør belægges med Straf, men videre paa det Spørgsmaal, som er Forudsætningen for hint, og som derfor først frembyder sig, nemlig om en Handling, hvorum Loven intet har udtalt, er retstridig, bliver man var, at der her let kan forekomme Grænsetilfælde, hvor det ikke kan siges, at Retstridigheden og dermed Strafbarheden er saa indlysende for den sunde Menneske-

---

<sup>1)</sup> A. f. R. III, S. 52—53, Hdbg. I, S. 83 o. ff., s. H. 1, S. 246 o. ff. <sup>2)</sup> Eun. II, S. 105, A. f. R. III, S. 53, Eun. I, S. 73—80, s. H. 1, S. 181 o. ff., 222—23, 232—45.

forstand, at den ikke kan være ubekendt for nogen, der ejer sund Sans eller, at ingen Dommer uden bevidst og for alle aabenbar Uretfærdighed kan komme til at statuere Strafværdighed uden tilstrækkelig Hjemmel. At dette forholder sig saa, har ingen stærkere end Ø. selv gjort gældende. Denne Sandhed har hans Fremstilling i Afhandlingen af 1812 og senere Skrifter i ganske særlig Grad indprentet ved at paavise den uundgaaelige Ubestemthed ved en Mangfoldighed af saavel moralske som retlige Pligter, en Ubestemthed, som ingen almindelig Regel kan hæve, og hvor Afgørelsen om det enkelte Tilfælde derfor altid vil komme til al bero paa en udviklet sædelig og retlig Takt<sup>1)</sup>. I Forbindelse hermed udvikler Ø. videre, at det heller ikke altid er en sikker Udvej fra Grænsetvivl, at afholde sig fra den Handling, hvis Retfærdighed ligger paa den tvivlsomme Grænse. »Conscientia dubia non est agendum« er en Sætning, der ligesaa lidt paa det retlige som paa det moralske Omraade altid slaar til<sup>2)</sup>. Vel er det rigtigt, at hine Grænespørgsmaal med Hensyn til Retstridigheden ikke forsvinde derved, at Straffbarheden og dens Forudsætning Retstridigheden faar Lovhjemmel. Ubestemtheden og dermed Grænespørgsmaalene ville, som Ø. ogsaa har paavist, ofte med Nødvendighed følge med ind i Loven, noget som ogsaa det løseste Blik paa enhver Straffelov maa overbevise om<sup>3)</sup>. Men de begrænses dog derved til et snævrere Omraade, end naar ikke en Gang Rammen er dragen af Loven<sup>4)</sup>. Der

---

1) S. H. 1, S. 92 o. ff., særlig S. 107 o. ff., samt S. 222 o. ff., 238 o. ff., 275, 289—90. 2) S. H. 1, S. 109 o. ff. 3) S. H. 1, S. 223 og S. 238—41 m. Noter. Jfr. hermed mine Bemærkninger om Bedrageriforbrydelsen i T. f. R. 1900, S. 117 o. ff. 4) Se herom særlig det i Note 3 anførte Sted i T. f. R.

kan derfor i denne Omstændighed findes et Motiv til, naar *Straffelovgivningens Tilstand iøvrigt tillader det*, at optage Regelen *nulla poena sine lege*, ikke som en fornuftnødvendig Regel, hvad den aldrig kan blive, men som en Regel, der kan anbefale sig ved at begrænse Retsreglernes Ubestemthed, og hvorved der for saa vidt vindes større Sikkerhed baade for, at Straffbarhedens Betingelser virkelig ere tilstede hos den handlende, og for, at disse Betingelser ikke fejltagtig af Dommeren antages at være tilstede<sup>1)</sup>.

Den af Ø. bekæmpede Sætning, *nulla poena sine lege*, var i 1817 — da Grundreglerne udkom — endnu kun udtrykkelig udtalt i Code pénal og i den bajerske Straffelov af 1813<sup>2)</sup>, medens den i Norge havde faaet en, oprindelig dog ikke saaledes forstaaet, grundlov-mæssig Hjemmel<sup>3)</sup>. Senere er den derimod optaget i de allerfleste, systematisk udarbejdede Straffelve<sup>4)</sup>. Denne Kendsgerning viser dog ikke, at Udviklingen skulde have givet Ø.'s Lære Uret, men kun, at For-

---

1) At den sidst nævnte Fare dog i Virkeligheden ikke er særdeles stor, naar retskyndige Fagdommere have Adgang til at dømme til Straf uden udtrykkelig Lovhjemmel, men stiger betydelig, naar Lægdommere have saadan Adgang, er paavist i anførte Afhdlg i T. f. R., S. 116 o. ff. Dette kommer ikke i Strid med, at det erkendes, at Lægdommers Medvirkning ved Afgørelsen af et Skyldspørgsmaals retlige Side kan være en Betyggelse for den sigtede, naar Afgørelsen beror paa en Ubestemthed indenfor Lovens Ramme, som det er udviklet i min Afhdg. om Strafferetsplejens almindelige Grundsætninger (Univ. Program 1878). S. 70 o. ff. 2) Eun. II. S. 97, Note. 3) N. Grl. § 96, Nord. Retsencykl., nord. St. R. alm. Del, S. 8—9. 4) Den svenske Straffelov af 1864 har dog ingen udtrykkelig Bestemmelse, men Teorien er i Sverige tilbøjelig til desuagtet at antage Sætningen, s. n. Retsencykl. a. St., S. 9. Den danske Stl. er, som bekendt, gaaet en Mellemsvej. I den nyeste norske Sfl. af 1902 har man paa Grund af Grundlovens Bestemmelse anset det for overflødigt at udtale den, s. M. t. n. U. 1896, S. 8 m. N.

udsætningerne for denne Lære ikke længere ere tilstede. Med en fragmentarisk Straffelovgivning, som den danske og den almindelige tyske var i 1817, vilde det idelig blive Følge af Fordringen om egentlig Lovhjemmel for Straf, at Handlinger, hvis »Strafværdighed flyder af nødvendige Fornuftgrunde«, maatte blive straffri. Med denne Tilstand for Øje førte Ø. sin Kamp mod, at hin Sætning skulde være tilraadelig, end sige fornuftnødvendig<sup>1)</sup>. Mulig vilde Sætningen først blive, naar og for saa vidt Straffelovgivningen realiserede den Tanke, udtømmende at angive de strafbare Handlinger og derved udelukkede, i alt Fald tilnærmelsesvis, at nogen efter sin Natur strafværdig Handling undgik Straf paa Grund af Lovens Tavshed. Var Formaalet fuldstændig naaet, vilde den udtrykkelige Opstilling af Sætningen rigtignok være overflødig. Men da dette sjelden eller aldrig vil være Tilfældet, kan det under disse Forhold forsvares at tage større Hensyn til Mislighederne ved Dommerens Adgang til at straffe uden Lov, end det under modsatte Forhold kunde forsvares lige overfor Samfundets Retshaandhævelseskrav. Betragtninger af denne Art laa i og for sig ikke udenfor Ø.'s Tankegang<sup>2)</sup>. Men ganske vist tillagde han ikke Faren ved Dommernes Adgang til at dømme uden Lovhjemmel saa stor Betydning, at han ikke skulde finde det rigtigere, at selv systematiske Straffelove nøjedes med den store faktiske Formindskelse af Omraadet for anden Strafhjemmel, som de nødvendig maatte medføre, og ikke absolut lukkede Døren for en saadan, hvorved dog i givne Tilfælde og paa Grund af Lovens ufrivillige Mangel-

---

<sup>1)</sup> Eun. II, S. 114, A. f. R. III, S. 53. <sup>2)</sup> S. de i Note 4 anførte Steder, jfr. Noten i Eun. II, S. 97 (om Motivet til den bayerske Straffelovs Regel) samt de H. 1, S. 240, Note 2 anførte Steder.

fuldhed en skadelig og anstødelig Straffrihed kunde blive Følgen<sup>1)</sup>. Heri har Ø. ogsaa sikkert haft Ret, navnlig, for saa vidt der alene tænkes paa retskyndige Dommere. Det Spørgsmaal derimod, om ikke Forsigtighed maatte paabyde Udelukkelse af Straf uden Lov, naar Lægdommere skulle afgøre eller deltage i Afgørelsen, drøftede Ø. ikke paa den Tid, da han undersøgte det omhandlede Spørgsmaal. En langt senere Ytring af ham<sup>2)</sup> synes at vidne om, at han ikke saa de ejendommelige Vanskeligheder, som fremkomme, naar Lægdommere faa Adgang til at domfælde uden Lovhjemmel<sup>3)</sup>.

2. Sætningen *nulla poena sine lege* indeholder kun, at der maa være Lovhjemmel for selve Straffbarhedsspørgsmaalet. Den indeholder, som ovfr. bemærket, ikke, at det forudgaaende Spørgsmaal om den paa-gældende Handlings Retstridighed ogsaa maa være afgjort ved Loven. Ligesom det jævnlig forekommer, at Straffeloven ikke selv afgør dette Spørgsmaal, men henviser til andre Love<sup>4)</sup>, saaledes forekommer det

---

1) I Sverige, hvor vel ikke Loven udtrykkelig udelukker Straf uden Lov, men hvor den almindelige Opfattelse dog har været stemt for at følge denne Regel, har det unaturlige Resultat i et givet Tilfælde vist sig stærkt nok til at overvinde Sætningen, s. n. Retsencykl. N. St. R. sp. Del, 1899, S. 316. med Hensyn til »intellektuelt Falsk«. At iøvrigt lærde Kriminalister kunne være udsatte for at statuere urimelige Analogier, nævner Ø. under Striden med Gönner et Eksempel paa, som foranlediger ham til at bemærke: »Naar slige Analogier kunne gaa for fyldest, maatte man virkelig ønske al analogisk Anvendelse af Loven strengelig forbudt«. J. T. VII, 1, S. 5—6 N. <sup>2)</sup> Prøv. af U. t. Grt. (1849) S. 297—98 og 303—4. <sup>3)</sup> Se herom min Afhdlg. i T. f. R. 1900, S. 116 o. ff. At med vor nugældende Straffelov Straf uden egentlig Lovhjemmel ikke kan undværes, og det ikke blot i det i Stl.'s § 1 hjemlede Omfang, men for Bedrageriforbrydelser i endnu langt videre Omfang, er paavist i denne Afhandling. <sup>4)</sup> Paa saadanne Blanketstraffebud — som Binding og M. t. n. U. 1896 kalder dem

meget hyppigt, at Straffeloven lader det henstaa uden nærmere Bestemmelse. Hin Sætning udelukker altsaa ikke, at andre Retskilder, ifølge en af Lovens selv givne udtrykkelig eller stiltiende Anvisning, kunne blive afgørende for et Forholds Strafbarhed. Disse Retskilder, der saaledes faa Betydning indenfor Lovens Ramme til at erklære et Forhold for strafbart, kunne ikke være andre end de, der gælde for ethvert andet Retsomraade. Hvad der saaledes gælder om Strafbarhedens objektive Betingelse (Handlingens Retstridighed), gælder i ikke mindre Grad om Strafbarhedens andre Betingelser samt ved Afgørelser om Straffens Bestemmelse. Udenfor det specielle Forhold, hvor Sætningen nulla poena sine lege kan findes hensigtsmæssig, gælder der ikke i Strafferetten noget særligt med Hensyn til Retskilderne. Disse Sætninger have i Ø.'s Fremstillinger om Retskilderne i Almindelighed og om Strafferettens Kilder i Særdeleshed faaet en for Videnskaben, den Gang og senere, i det hele fyldestgørende Begrundelse, baade i Henseende til det almindelige Syn paa Ret og Lov, hvori de have deres Rod, og i Henseende til de Følgesætninger, der flyde af dette om Loves Fortolkning, om subsidiære Retsnormer og om de forskellige Retsnormers indbyrdes Rangfølge <sup>1)</sup>. For saa vidt disse Udviklinger ere fælles for det hele Retssystem, har Ø. hyppigt illustreret dem med Eksempler hentede fra Strafferetten <sup>2)</sup>. I adskil-

---

— frembyder d. Stl. §§ 291 og 292 Eksempler. Ogsaa, hvor Udfyldningen af Loven med Hensyn til Handlingens Retfærdighed henvises til andre Retskilder — f. Eks. naar der ved Afgørelsen af, om Sviger Bedrageri, henvises til »hvad der efter gældende Retsopfatning er utilstedeligt i Handel og Vandel«. M. t. n. Stl. 1890 i T. f. R. 1900, S. 55, jfr. H. 1. S. 239 m. N. samt Koll. Tid. 1840. S. 459 o. ff. — kunde iøvrigt den ubestemte Lov ogsaa karakteriseres som et Blanketstraffebud. <sup>1)</sup> S. H. 1. S. 234 o. ff. <sup>2)</sup> Hdbg. I, S. 97—98, 292—451, 480—82. jfr. A. f. R. III. S. 55 N. og 144 N.

lige Tilfælde ere Spørgsmaalene særlig drøftede med Hensyn til Strafferetten efter den Anledning, som Datidens Kriminalister gav ham<sup>1</sup>). Hvad der i Ø.'s Behandling af disse Emner har særlig Betydning for Strafferetten, skal paa dette Sted nævnes.

Med Hensyn til *Straffelovenes Fortolkning* udtaler Ø. i »Indledning« den uomtvistelige Sætning, at den maa følge »de samme i Sagens Natur grundede Regler, som maa lægges til Grund for anden Lovfortolkning«<sup>2</sup>). Han paaviser det ugrundede i forskellige Særegenheder, som Datidens Videnskab var eller havde været tilbøjelig til at finde ved Fortolkningen af Straffelove. Naar det f. Eks. var antaget som en Særegenhed ved disse, at den mildere Mening altid bør foretrækkes, er dette, naar Sætningen forstaas rigtig, slet ingen Ejendommelighed: »Ti det følger allerede af *den tilstrækkelige Grunds Sætning* (principium rationis sufficientis), at Straf eller, hvor Spørgsmaal er mellem større eller mindre Straf, den første ikke kan antages, naar der mangler tilstrækkelige Grunde derfor, eller dog Modgrunde ere tilstede, som betage hine Grunde deres bevisende Kraft, ligesom og den Formodning, der er for det fornuftmæssigste og humaneste Resultat, kræver, at man tillægger de Love, som indeholde uforholdsmæssige Straffe, de snærest mulige Grænser. Men man vilde fejle meget, hvis man — som Udtrykket for hin Sætning og den Anvendelse, der ofte gøres af samme, kunde give Anledning til — vilde, at enhver nok saa løs Grund, der lod sig anføre for den mildere Mening, skulde gøre Udslag. Naar gyldige og overvejende Grunde tale for den strængere Mening, bør

---

<sup>1</sup>) S. et stort Antal af de i Noterne H. 1, S. 236, 237, 239, 242—44, 246, 247, 248—49, 251, 253 anførte Steder af Ø.'s Skrifter. <sup>2</sup>) A. f. R. III, S. 140.

denne upaatvivlelig blive at følge«<sup>1)</sup>. Dette er det samme, der i Haandbogen udtrykkes saaledes: »Hvor ingen anden Grund taler for en modsat Fortolkning, bør den af flere, efter Bogstavet lige antagelige Fortolkninger foretrækkes, som er den mest negative og indeholder mindst. Da der nemlig under denne Forudsætning mangler en tilstrækkelig Grund for det mere, som efter den modsatte Fortolkning skulde indeholdes i Lovstedet, tilsiger *den almindelige Forstandslov, hvorefter intel maa antages uden tilstrækkelig Grund*, at man maa lade sig nøje med det mindre betydende Resultat ... Herfra stammer den bekendte Regel, at Straffelove bør fortolkes paa den mildeste Maade, hvilken Regel er fuldkommen retsgrundet, for saa vidt den lader sig hidlede af den Fortolkningslov, vi her have opstillet, men er ligesaa *forkert som fordærvelig, naar man benytter samme som en blot Barmhjertighedsmaksime*<sup>2)</sup>.

Ogsaa med Hensyn til Anvendeligheden af *Hjælpenormer*, hvor Loven tier, hævder Ø. med Rette, at Forholdet er det samme i Strafferetten som paa andre Omraader<sup>3)</sup>, bortset i alt Fald fra den i Sætningen *nulla poena sine lege* udtrykte Undtagelse, hvilken Ø., som omtalt, bekæmpede, og som ogsaa kun er tilstedelig under særlige Betingelser. Allerede i Trykkefrihedsskriftet og ofte senere fik Ø. saaledes Lejlighed til at paapege Nødvendigheden af at have Hjælpenormer til at udfylde de Huller, Loven maatte have i Bestemmelsen af et Forholds Strafbarhed og Strafbarhedens Grad. »Loven vilde ellers blive uden Virkning, og den borgerlige Indretning ganske forfejle sin Hensigt«<sup>4)</sup>. At saadanne Huller forekomme, er givet

1) Smst. S. 141—42. 2) Hbg. I. S. 393—95. 3) A. f. R. III, S. 140—41. 4) S. H. 1, S. 238—40



derved, at Lovene ofte ikke kunne undgaa en vis Ubestemthed og derfor nødes til at henlægge til Dommeren den for Anvendelsen nødvendige Supplering, saaledes som Ø. gentagne Gange har paavist<sup>1)</sup>. Paa Hjælpenormer beror fremdeles ofte Anerkendelsen af Straffrihedsgrunde: »Analogisk Anvendelse af Forskrifter, som undtage visse Tilfælde fra Straffebud, hvorunder de ellers kunde indbefattes, kan ikke udelukkes«<sup>2)</sup>. »Hvor en Lovbestemmelse, der gør Undtagelse fra Straffelovens almindelige Bud, ifølge sin Grund og Hensigt omfatter flere Tilfælde end de, Bogstaven foreskriver, vilde det være ligesaa stridende mod Øjemedet med hin Regel, som det vilde være grusomt, om hin Lovbestemmelse aldeles ikke maatte anvendes udenfor sit Bogstav«<sup>3)</sup>. Herpaa beror endvidere ofte Anerkendelsen af Strafnedsættelses- og forhøjelsesgrunde<sup>4)</sup>, — alt under Forudsætning af, at det paa-gældende Lovbud efter rigtig Fortolkning tilsteder Rum for en saadan Hjælpenorm, hvorom nærmere nedenfor.

De Hjælpenormer, hvorfor der saaledes i Strafferetten bliver Brug, ere dernæst de samme, som paa andre Retsomraader. Som Hjælpenormer frembyder sig da i første Række de Normer, der have Hjemmel i hvad Ø. kaldte »Lovens Aand«, hvad der her vil sige Straffelovens Analogi i videste Forstand, derunder indbefattet Straffelovgivningens Grund- og Forudsætninger<sup>5)</sup>. Ø.'s almindelige Udvikling i Haandbogen om denne Klasse af Hjælpenormer gav strafferetlige Skrifter ham flere Gange Anledning til at slaa yderligere fast. Af særlig Interesse i den Henseende er

---

1) S. H. 1. S. 241 o. ff. m. N. 2) A. f. R. III. S. 141. s. og saa J. A. Nr. 21. S. 225 o. ff. 3) J. T. XIII, I, S. 153—54. s. 1. S. 246 m. N. 3. 4) A. f. R. V. S. 7—10. 5) S. H. 1 S. 248--50 m. Noter.

den mod Schlegel rettede udførlige Udvikling i en Note i »Indledning«, hvorledes det af Loven forudsatte Folkebegreb stiller sig med Hensyn til Hensførelse under Tyveri, naar nogen tager fra den rige for at give til den fattige<sup>1)</sup>. Men ogsaa naar denne »i Folket levende Ret«, (der af Ø. i Haandbogen og flere Steder betegnes som den virkelig naturlige Ret) ikke kan indlemmes blandt Lovens »Forudsætninger« og derfor maa tages, som den til enhver Tid er, uden at kunne bindes til den ved Lovens Tilblivelse herskende Opfattelse, kan den faa Betydning som Hjælpenorm i Strafferetten ligesaa vel som paa andre Retsomraader<sup>2)</sup>. I Grundreglernes Udvikling om Sætningen nulla poena sine lege har Ø. ikke taget denne Hjælpenorm i Betragtning. Men i Indledningens Fremstilling af det samme Emne optager han Henvisningen til den som Led i sin Argumentation<sup>3)</sup>. Anvendelse af denne Hjælpenorm i Strafferetten frembyder sig ofte, naar det gælder om at afgøre, om en Handling har en i Loven ikke nærmere bestemt Retstridighed. Anvendelse heraf gør Ø. saaledes ved Duel, for saa vidt det her kommer an paa en konventionel Nødvendighed for at duellere. »Lovstedet (Chr. V. L. 6—8—6) bør anvendes med Hensyn til enhver Tids Sæder og Tænkemaade, og det vilde være aldeles urigtigt at rette sig efter, hvad man ansaa for at have gældt paa den Tid, Loven udkom«<sup>4)</sup>. Paa et andet meget praktisk Felt, nemlig med Hensyn til Bedrageribegrebet, gælder den samme Betragtning, naar det

---

1) A. f. R. III. S. 172, Note 2. Se iøvrigt N. J. A. X. S. 60—64 (Rec. af Feuerbach). J. T. XIII. S. 153—54 (Rec. af Brinkmann) samt A. f. R. III. S. 52—53, s. H. 1. S. 244 Note og 247 Noter. 2) S. H. 1. S. 250 o. ff. 3) Eun. II. S. 96 o. ff., A. f. R. III. S. 52, s. H. 1, S. 247 N. 2. 4) Eun. III, S. 306—7, s. S. 1, S. 251—52.

skal afgøres, om urigtige Foregivender overskride det i Handel og Vandel tilstedelige<sup>1)</sup>). Det er i Medfør heraf, at ogsaa Sædvanen — der hører med til den »i Folket levende Ret«, skønt den ikke er den eneste Bestanddel af denne — kan faa Betydning for Strafferetten. Dette havde Ø. allerede paavist i sin Afhandling i Jur. Maan. Tid. 1803<sup>2)</sup>): »Saaledes kan alene vedtagen Konveniens bestemme, om en Handling indeholder en Foragtytring. Ligeledes kunde i visse Forhold en almindelig Sædvane fritage den for at anses skyldig i dolus, der tilegnede sig Ting, som han ellers ingen lovlig Adkomst havde til«. En bedre Form vilde det sidste Eksempel faa, naar det udtryktes saaledes, at Sædvanen ofte vil være afgørende for det strafferetlig vigtige Spørgsmaal, om en saadan Uagtsomhed foreligger, som udkræves til en Handling objektive Retstridighed<sup>3)</sup>). At endelig en »fornuftmæssig Ret« spiller eller under givne Forhold kan spille en betydelig Rolle i Strafferetten som Hjælpenorm, gav Ø.'s Udviklinger mod Sætningen nulla poena sine lege ham en særlig Lejlighed til at hævde: Disse Udviklinger hvile, som ovfr. omtalt, netop paa den Betragtning, at der gives Handlinger, hvis Strafverdighed flyder af nødvendige Fornuftlove, og at disse bør straffes, selv om Loven tier. Det fremgaar af disse Udviklinger, at den »Fornuftret«, der her sigtes til, er de af Retshaandhævelsens Formaal nødvendig flydende Tilsagn. Alle Omskrivninger af Tanken, som Ø. benytter, føre stadig tilbage til dette: Retshaandhævelsen kræver Straffen med Nødvendighed. Retshaandhævelsens nødvendige, ja eneste Formaal sætter Ø. dernæst, som tidligere paavist, i Sikkerheden

1) Koll. Tid. 1840, S. 459. 2) J. M. T. 1803, 2, S. 445 - 46.  
3) S. H. 1, S. 239 m. N.

i det retlige Samliv. Ved at fremhæve denne Fornuftrets Betydning for Strafferetten kommer Ø. derfor ikke i Modsigelse med sin Bekæmpelse af at lade rets-metafysiske Deduktioner gælde som Normer, hvorved der vilde aabnes Dør for Afgørelser efter det videnskabelige System, Dommeren hylder, derved for Dom-mervilkaarlighed, og Retten gøres til »Bold for Teoriernes vekslende Vind«. Imod denne subjektivt opfattede Fornuftret er det Ø. stiller den af Retsinstituttets Formaal med Fornuftnødvendighed flydende Norm, — en Fornuftret altsaa, der har et objektivt fast Ud-gangspunkt. At dette for Strafferettens Vedkommende findes i Retssikkerhedens Krav, kan ikke bestrides, saa vist som det er, at Strafferetten paa sin egen-dommelige Maade skal tjene Retssikkerheden. Men det er klart, at Ø.'s rigtige Betragtning ikke lider Skaar ved at udvide den Fornuftret, hvortil der kan tys som Hjælpenorm, til at gælde *Samfundets* Krav paa *Ret-færdighed*. Den sande Modsætning er mellem den Fornuftret, der paabydes af *Samfundets* Krav paa Rets-haandhævelse — være sig materiel eller ideel — og den, der blot har subjektiv Følelse eller en filosofisk Begrebsdeduktion til Grundlag. Med de af Forholdets Natur flydende fornødne Ændringer gælder iøvrigt Ø.'s Betragtning ogsaa alle andre strafferetlige Spørgsmaal end det, om et Forhold overhovedet under-ligger Straf. Den objektive Fornuftret, han godken-der, gælder f. Eks. ogsaa Spørgsmaal om Handlingens Retstridighed, om Strafbarhedens subjektive Betingel-ser m. m. Overalt maa der, naar Forudsætningerne iøvrigt er tilstede, kunde tys til den Hjælpenorm, som kan findes i den straffende Retshaandhævelses nød-vendige Grundsætninger eller Forudsætninger<sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> S. H. 1, S. 241 o. ff. m. N., særlig S. 252—54, samt S. 396 o. ff. (§ 14, II og III).

Med Hensyn endelig til *Rangfølgen* mellem de forskellige Klasser af Strafferetsnormer gælde ogsaa de samme Regler som paa andre Omraader. Særlig Anledning til at hævde Lovens ubetingede Supremati fik for Strafferettens Vedkommende Ø. derved, at han her mødte en modsat Lære og Praksis hos tyske Kriminalister og Domstole. Denne grundede sig bl. a. paa, at den positive tyske almindelige Strafferet da havde et meget forældet og mangelfuldt Grundlag i Const. Car. Crim., hvis mange Skrøbeligheder forledede Praksis til at sætte sig ud over Lovens Supremati, hvilket atter affødte Forsøgene paa at give denne Praksis et videnskabeligt Grundlag. Det er herimod Ø. gentagne Gange og stærkt tager Ordet<sup>1)</sup>.

Udførlig kommer Ø. ind paa Sagen ved i »Indledningen« at undersøge Spørgsmaalet om Dommerens Myndighed ved Anvendelsen af »bestemte« Straffelove : saadanne der aldeles nøjagtig bestemme Straffens Art og Størrelse<sup>2)</sup>. Anledningen var den Lære, der fremsattes af adskillige Kriminalretslærere, og som da (1828) »syntes at have vundet eller dog at være i Begreb med at vinde Overhaand i den kriminalistiske Literatur«, nemlig at »Dommeren vel er ubeføjet til at forhøje den lovbestemte Straf, fordi den ikke skønnes at svare til den Grad af Strafværdighed, der findes hos Forbrydelsen in concreto, men at han derimod kan og bør nedsætte hin Straf, naar den overstiger det *retfærdige* Forhold for det givne Tilfældes Strafbarhed«. Denne Lære vilde altsaa for saa vidt ikke anerkende Loven som højeste Norm for Dommeren i at afsige Straffedomme. Loven bør underordnes Ideen om den straffende Retfærdighed. Imod dette anfører Ø. for det første den i og for sig afgørende

<sup>1)</sup> S. H. 1, S. 236—37 med Noter. <sup>2)</sup> A. f. R. V, S. 1 o. ff.

Grund, at Læren modsiger »det naturlige og i enhver borgerlig Forfatning gældende Forhold mellem den lovgivende og dømmende Magt«. Men Ø. gaar ved Siden heraf ind paa særlige strafferetlige Betragtninger imod hin Lære. For saa vidt denne nemlig gik ud fra en moralsk Retfærdighedsteori og deraf uledede, at der altid maatte være et ved den almindelige Fornuft givet Forhold mellem en bestemt Forbrydelse og en bestemt Straffegrad, som udtrykker Ligevægten mellem moralsk Skyld og Lidelsen, gør Ø. med Rette gældende, at denne moralske Retfærdighed ikke er Straffens Opgave, at den Sikkerhed, som efter Ø. er Straffens eneste Formaal, udelukker hint bestemte Forhold mellem Forbrydelse og Straf, at Straffegradens Valg derfor for en stor Del er vilkaarlig, og at »Valget, skønt Dommeren ikke ganske kan udelukkes derfra, dog fortrinligvis tilkommer Lovgiveren, i hvis Haand det og er mest virksomt for den tilsigtede Afskrækkelse og tillige mest betryggende for den individuelle Frihed. Naar Lovgiveren nu for en vis Handling har kundgjort en bestemt Straf, har den, der med fuld Bevidsthed har foretaget sig denne Handling, endog uden Hensyn til den naturlige Retfærdighed paadraget sig Skyld ved sin forsætlige Ulydighed mod den lovgivende Vilje, og i det Forhold, hvori Lovgiveren ved Straffetruselens Størrelse har tilkendegivet sin Interesse for Handlingens Forebyggelse og søgt at overvinde de Tilbøjeligheder, som kunde friste til Handlingen, har Overtræderen lagt sin Ligeegyldighed mod Lovgiverens Vilje og sin Tilbøjelighed til den forbudne Handling for Dagen«. I denne Udvikling bygger Ø., som naturligt er, udelukkende paa Konsekvenserne af den af ham hævdede Straffetruselsteori. Men Grundtanken i Udviklingen vil ligesaa godt passe, naar man ved Siden af Sam-

fundets Sikkerhed stiller Fyldestgørelsen af Samfundets Retfærdighedskrav som Øjemed for Strafinstituttet. I Loven har Samfundet præciseret dette sit ideelle Krav, og Overtræderen har i Forhold til det paadraget sig retlig Skyld. Endnu føjer Ø. en tredje Betragtning til mod hin Lære. Den moralske Retfærdighed, som Dommeren ifølge denne skal realisere, giver ham i Virkeligheden ingen fast Maalestok. »Alt vil være overladt til hans subjektive Vurdering af Forbrydelsens Subjektivitet . . . Det vil da ufejlbarlig blive Følgen, at Forbrydelser, der baade indeholde de groveste Brud paa Ret og borgerlig Orden og tillige de største moralske Forgaaelser, paa Grund af subjektive Undskyldninger, som de fristende Omstændigheder og Gerningsmandens mindre forkastelige, maaske endog i deres Rod rosværdige Bevæggrunde maatte frembyde, kun blive ansete med ubetydelige Straffe. »*Et saadant System vilde derfor baade for den borgerlige Orden og for Nationens Sædelighed have de allerfordærveligste Følger.*« Kampen for Lovens Supremati føres saaledes i Strafferetten tilbage til det Punkt, som udgør Ø.s Straffeteoris Kærne, — til Kampen mod Subjektiviteten som normgivende i Strafinstituttet<sup>1</sup>). At iøvrigt den Lovens Supremati, som Ø. med Rette hævder ogsaa for Straffeloven, kun strækker sig til det, der efter rigtig Fortolkning er indbefattet under Lovens Bud, og følgelig aabner Plads for Undtagelser i Medfør af andre Normer, ogsaa Hjælpenormer, naar en saadan Indskrænkning af Lovens bogstavelige Omraade har Hjemmel i, hvad rigtig Fortolkning tilsiger, fremhæver Ø. i Fortsættelsen af sin anførte Udvikling: »Dette forudsætter ikke en unaturlig Ret for Dommeren til at berigtige Loven, men har

<sup>1</sup>) S. H. I. S. 409 o. ff. (§ 14, III.)

sin Hjemmel i hans Pligt at anvende Loven efter dens sande Mening og Betydning. Under denne Forudsætning kan der da blive Plads for Straffrihed eller Strafnedsættelse ogsaa ifølge Analogi<sup>1)</sup>. Kun om Grænsen efter rigtige Fortolkning mellem de to Klasser af Tilfælde kan der blive Strid<sup>2)</sup>.

Med Hensyn til Rangfølgen mellem de flere Arter af Hjælpenormer gav den fortsatte Udvikling om de Grundsætninger, Dommeren har at følge ved Straffelovens Anvendelse, Ø. Lejlighed til at paavise, at Straffelovens Analogi og Grundsætninger — i Overensstemmelse med hans rigtige almindelige Lære<sup>3)</sup> — maa have første Plads ved Valget af Straf, hvor denne ikke er aldeles lovbestemt, men der kun foreskrives en Ramme, indenfor hvilken Dommeren har Spillerum<sup>4)</sup>. Denne Sætning var bleven bestridt af Feuerbach. Hans Paastand var, at Dommeren i slige Tilfælde ikke skulde søge sin Vejledning i Lovens Analogi, men i »almindelige af Straffen og Straffelovens Natur afledede Retsgrundsætninger«<sup>5)</sup>. Ø. hævder, »at det er Lovens Analogi, der først og fremmest bør vejlede Dommeren i Straffegradens Valg. De almindelige Grundsætninger for Straffens Udmaaling, som Domme-

---

<sup>1)</sup> A. f. R. V, S. 7 o. ff. Ved at omtale Forholdet mellem en Straffelovs almindelige og specielle Del i Eun. II, S. 398 o. ff. udtales den rigtige Sætning: »Alle specielle Bud maa i flere Henseender betinges og nærmere bestemmes ved almindelige Regler, som enten udtrykkelig findes i Loven eller dog med Føje kunne hidledes enten af dens enkelte Forskrifter eller af Sagens nødvendige Væsen« (a. St. S. 402). <sup>2)</sup> En saadan Strid i ældre dansk Strafferet, nemlig med Hensyn til Strafnedsættelse paa Grund af ufuldstændig Tilregnelighed, omtales nærmere i min »Indledning til dansk Strafferet«, S. 169 o. ff. Der vil i det følgende blive Lejlighed til at berøre denne Strid. <sup>3)</sup> S. H. 1, S. 248 o. ff. <sup>4)</sup> A. f. R. V. S. 16 o. ff. <sup>5)</sup> Smst. S. 17.



ren maatte antage, er han ej beføjet til at gøre Brug af. uden for saa vidt de lade dem bringe i Harmoni med de skrevne Loves Aand. Ti det er, hvor Lovgiverens udtrykkelige Viljeserklæring mangler, hans præsumtive Vilje, Dommeren, der i denne sin Egen-skab ej er beføjet til at prøve Rigtigheden af Lovgiverens Grundsætninger, haver at gøre til sin Rette-snor«<sup>1)</sup>). F's Lære havde vel sin nærmeste Anledning i den tyske almindelige Strafferets daværende Tilstand, og Ø. erkender, at det vel kan have nogle, dog hverken hyppige eller uovervindelige Vanskeligheder, under en saadan Tilstand i den positive Ret at lade Lovens Analogi være afgørende fremfor almindelige Grundsætninger. Men F. bandt ikke sin Lære til denne Forudsætning. Han fandt den i det hele grundet i Sagens Natur<sup>2)</sup>). Herimod gør da Ø. atter gældende dels Hensynet til Dommerens Stilling til Lovgiveren i Almindelighed, dels at F.s Lære — for Resten imod, hvad F. efter sin Straffeteori kunde til-sigte eller forstaa ved »Straffelovens Natur« — fører til Strafferettens Prisgivelse til vekslende filosofiske Systemer: »Af F.'s Lære om dette Punkt vilde f. Eks. følge, at Dommeren i alle ubestemte Tilfælde havde at lægge Gengældelsesteorien til Grund, dersom samme stemte med hans Kriminalretsfilosofi, uagtet Lovgivingen, for saa vidt den indlod sig i Straffens Bestem-melse, udmaalte den efter ganske andre Regler, — at Dommeren ved alle ubestemte Straffes Anvendelse kunde give Forbrydelsens subjektive Størrelse en aldeles overvejende Indflydelse, uagtet Lovgiveren, hvor han ytrede sig, saa mere paa Forbrydelsens objektive Side, — at Hensyn paa Forbrydelsens tilfældige Føl-ger, paa Grund af Dommerens kriminalistiske Fore-

A. f. R. smst. <sup>2)</sup> Smst. S. 20—21.

stillingsmaade kunde bortfalde i alle ulovbestemte Tilfælde, skønt Lovgivningen ellers gav Udfaldet en ikke ringe Indflydelse, — at Dommeren, hvor Loven derom manglede særlige Bestemmelser, kunde, i at fastsætte Forholdet mellem forsøgt og tilendebragt Misgerning, mellem psykiske og fysiske Aarsager, Hovedmænd og Medhjælpere, lægge en Maalestok til Grund, der aldeles ikke kom i Overensstemmelse med den, der ytrer sig i de Lovbestemmelser, som have desangaaende, — at slet Opdragelse af de Dommere, der antage F.'s Mening om dette Moments Indflydelse paa Straffegraden, kunde betragtes som en Grund til en højere Straffegrads Anvendelse, medens Lovgiveren deri erkendte en Grund til Straffens Nedsættelse, — at de mange Arter af legemlig Vold, hvorom Loven manglede udtrykkelige Bestemmelser, kunde anses med en saadan Straf, som Dommeren finder svarende til den Plads, de efter rigtige Grundsætninger bør optage blandt Forbrydelserne uden noget Forhold til de Forbrydelser af samme Slags, hvorfor Straffen er bestemt i Loven<sup>1)</sup>. Underkendelsen af det naturlige Supremati for Lovens Analogi og Grundsætninger er saaledes identisk med det Subjektivitetens Overherredømme i Straffeinstituttet, som Ø. saa stærkt og med Grund bekæmpede<sup>2)</sup>.

3. Spørgsmaalet om Straffeloves rumlige Anvendelsesomraade har Ø. gentagne Gange udførlig udtalt sig om, ogsaa bortset fra den positive danske Ret, dels i sine systematiske Arbejder, dels lejlighedsvis i Recensioner<sup>3)</sup>. Medens i dette Emne et vist Kompleks af

1) A. f. R. smst. S. 17—19. 2) Jfr. ovfr. S. 53. 3) Eun. II (Grundregler), S. 124—38, Eun. IV (Grundsætninger for Hensyn tagen til fremmede Love ved vore Domstole), s. S. 69—113 (§§ 18—21). A. f. R. III (Indledning), S. 119—31, J. A. Nr. 4 S. 137 o. ff., N. J. A. III, S. 33, IV. 211—21.

Regler har ubestridt Tilslutning i Videnskab og Love, er der andre, hvorom Anskuelserne paa Ørsteds Tid vare delte og endnu til Dels ere det. Der er paa den ene Side en Tendens til at indsnævre, paa den anden Side til at udvide Straffelovenes Anvendelsesomraade. Men dette bunder atter i en Principforskel med Hensyn til Begrundelsen af Statens Strafferet. Det har da endnu aktuel Interesse at paavise den Stilling, Ø. indtog i Sagen.

a. Det først nævnte Komplex af Regler godkender Ø. selvfølgelig, først altsaa den Hovedregel, at en Stats Straffelove ere anvendelige paa alle Forbrydelser, der begaas af Personer, som befinde sig paa dens Territorium, hvad enten de ere Indlændinge eller Ud­lændinge, alene med de Undtagelser, som stats- eller folkeretlige Retsregler hjemle<sup>1)</sup>. Et ejendommeligt Spørgsmaal fremkaldte herved den ved Grundregler­nes Udgivelse endnu af de fleste antagne Lære, at Statens Strafferet (som dens Højhedsret overhovedet) grundede sig paa« en Underkastelsesforening, som den paagældende enten ved sit vedvarende eller midlertidige Ophold indenfor Statens Grænser eller endog ved et udtrykkeligt Løfte har indgaaet med Samfundet«. Ud fra denne Lære vilde Statens Ret til at straffe ikke kunne begrundes lige overfor fremmede, der imod deres Vilje nødes til at opholde sig i en Stat, f. Eks. Krigs­fanger eller Mandskab paa Skibe, der opbringes. »Man kan dog sandelig ikke af dette tvungne Ophold udlede nogen Viljesytring. Saafremt Staten ingen anden Adkomst kunde have til at anvende sine Straffe­love end hvert Individts frivillige Underkastelse, vilde den aldeles ingen Ret have til at kalde deslige Per­soner til Strafansvar for de lovstridige Handlinger, de

<sup>1)</sup> Eun. II. S. 124 og 130, IV, S. 74, A. f. R. III, S. 119.

foretage sig indenfor dens Grænser. Saaledes vilde der under hin Forudsætning endog indenfor Statens Enemærker kunne gives Mennesker, mod hvem Samfundets Fred ikke havde den Betyggelse, Straffelovene skulle give<sup>1)</sup>. Ø., hvis Stilling til Statsforeningslæren, som tidligere omtalt<sup>2)</sup>, er den, at han i det højeste erkender en »præsuntiv« Forening uden praktiske Virkninger, bestrider særlig dette, at al straffende Myndighed skulde hidledes af en Underkastelsesforening: »Da Forbrydelsens Afstraffelse er en nødvendig Betingelse for den Sikkerhed, Statens og enhver Borgers Ret bør nyde, synes det, at Statens Strafferet har Hjemmel nok i denne dens *Nødvendighed for at hævde Retsordenen*, og at man ikke behøver at tage sin Tilflugt til noget Samtykke fra Forbryderens Side. Fra denne Synspunkt er det klart, at Staten og maa kunne tilegne sig Straffen over de Individier, som den paa lovlig Maade tvinger til at opholde sig indenfor dens Grænse, ligesom det og indlyser, at det modsatte vilde være i høj Grad at give *Sikkerheden til Pris*<sup>3)</sup>. Den Lære, at Retten til at straffe beror paa en Underkastelsesforening har næppe nu nogen Talsmand. Ingen drager nu i Tvivl, at ogsaa ved hint tvungne Ophold paa Territoriet er Statens Strafferet hjemlet, heller ikke de, der mene, at Ø.'s Begrundelse ved Nødvendigheden ikke er vægtig eller i alt Fald ikke behøves<sup>4)</sup>. Det er derfor ikke for dette ubestridte

---

1) Eun, II, S. 124—25. 2) S. H. 1, S. 228—34, (§ 11, III). 3) Eun, II, S. 127—28, IV, S. 74, A. f. R. III, S. 119—20 og V. S. 155 N., s. ogsaa Supl. III, S. 278. Med Hensyn til opbragte Skibes Mandskab blev dansk Straffemyndighed statueret ved to Hof- og Stadsretsdomme af 1809. hvilke O. paa anførte Steder henviser til. 4) F. C. Bornemann udleder med Rette Straffemyndigheden over Personer, der opholde sig paa Territoriet, ogsaa de fremmede, hvis Ophold ikke er frivilligt, af »den suveræne Stats-

Resultats Skyld, at der er Anledning til at fremhæve hin Begrundelse, men fordi den ved andre Spørgsmaal i Emnet har Konsekvenser, som afvige fra dem, de komme til, der lægge en anden Betragtningssmaade til Grund <sup>1)</sup>).

Til de i Hovedsagen ubestridte Regler hører dernæst den, der gælder for Søforbrydelser. Ø. godkender denne i vid Udstrækning: »Det er nødvendigt, at disse maa kunne paatales i den Stat, under hvis Flag Skibet sejler, hvad enten de saa begaas paa Statens Land- eller Søterritorium eller paa det frie Hav eller paa fremmed Grund, og det af folkeretlige Hensyn. Man behøver ikke efter foranførte (3; fordi den Forening, som den da gængse Lære forudsatte, foreligger) at tage sin Tilflugt til Forestillingen om Skibet som Territorium, hvilken Forestilling næppe heller vilde holde Prøve« <sup>2)</sup>). Ved Søforbrydelser forstaar Ø. altsaa Forbrydelser, der begaas af Skibets Besætning eller Passagerer (ogsaa udenlandske). I alt Fald i de to første af de nævnte Tilfælde behøves dog Personalprincippet ikke til at begrunde Straffemyndigheden.

---

magts Væsen«, s. S. Skr. III, S. 29—30. At dette er et andet Princip end Ø.'s, vil vise sig ved Omtalen af et senere Spørgsmaal. <sup>1)</sup> Naar saa vel Ø som Bornemann i denne Forbindelse omhandler det Spørgsmaal, hvorvidt Udlændinge ogsaa kunne straffes for Forbrydelser mod den Stat, i hvilken de opholde sig (henhv. Eun. IV, S. 74—77 og S. Skr. III, S. 30), vedkommer dette ikke Spørgsmaalet, om Forbrydelsens Subjekt er Statens Straffemyndighed undergivet, men beror paa, om der her foreligger et ogsaa lige overfor de fremmede retsbeskyttede Objekt. Det samme gælder om den Udvikling, der findes i Eun. IV (S. 77—80, § 19) i Paragrafen: »Om Straffelovenes Anvendelse, hvor den fornærmede er Udlænding.« <sup>2)</sup> Eun. II, S. 125—26, IV, S. 88—89. A. f. R. III, S. 123, s. ogsaa »Prover« i J. A. Nr. 15, S. 212. I Suppl. I, S. 3, N. 2, tager Ø. ikke bestemt Parti mod Tanken om Skibet som Territorium.

Om der er tilstrækkelig Hjemmel for uden nærmere Betingelser at anvende det i det sidst nævnte Tilfælde, er blevet bestridt, hvilket har faaet Indflydelse paa den nu gældende danske Straffelovs Regel. Men andetsteds er Ø.'s Sætning i hele sin Udstrækning godkendt og sikkert ikke uden Hjemmel i Folkeretten. At der derved fremkommer to jævnsides løbende Straffemyndigheder, er ingen gyldig Indvending<sup>1)</sup>.

Udenfor de foran omtalte Tilfælde var der paa Ø.'s Tid og er endnu stedse store Divergenser, nemlig lige overfor de to Spørgsmaal, om og i hvilken Udstrækning Handlinger, begaaede af Indlændinge i Ulandet, ere undergivne Hjemlandets Straffemyndighed, og om Handlinger begaaede af Udlændinge i Ulandet nogensinde kunne hjemfalde under den Stats Straffemyndighed, der hverken har den territoriale eller den personlige Højhedsret over Vedkommende at beraabe sig paa. Medens Teorien paa Ø.'s Tid i Regelen holdt sig til Territorialprincippet og derfor besvarede begge Spørgsmaal benægtende, gik Tendensen i de Straffekodifikationer, der da saa Lyset, i større eller mindre Udstrækning i modsat Retning. Denne Tendens har holdt sig til Nutiden. Kun i anglikansk Ret og i Danmark fastholdes som Princip Territorialmaksimen<sup>2)</sup>.

---

<sup>1)</sup> Bornemann er i S. Skr. III, S. 40—43 Talsmand for en Begrænsning, der hovedsagelig hviler paa Tanken om, at to konkurrerende Straffemyndigheder maa undgaas. S. herimod Ø. »Tyveri« S. 208, N., Eun. II, S. 130—31, J. T. III, 2, S. 72, s. iøvrigt Bornemann selv, S. 37—38. Den nye norske Stl. af 22. Maj 1902 har i § 12 Nr. 1 og 2 fastsat Regler, der gaa endnu videre end Ø.'s Sætning, naar denne forstaas paa den i Teksten forudsatte Maade (Besætning og Passagerer), men skarpere sondrer mellem, hvad der beror paa Territorialprincippet, hvad paa Personalprincippet. Se herved N. M. 1896 S. 14. <sup>2)</sup> Denne Samstemning mellem dansk og anglikansk Ret hidrører dog ikke fra et fælles Ophav. Medens

Heller ikke Teorien kan nu siges at være saa gunstig stemt for dette Princip, som det indtil Ø.'s Tid var det sædvanlige. Ø. selv hyldede det ikke. Han hævdede en videre Udstrækning af Straffemyndigheden, end Territorialprincippet kunde indrømme, om han end ikke gik saa vidt, som de paa hans Tid nye Straffelove, og som hans egen Grundbetragtning kunde give Føje til.

b. Med Hensyn til Indlændinges Forbrydelser i Udlandet var Ø.'s Lære i »Grundregler« den, at Undersaatsforholdet (endog om det grundes paa en Forening) ligefrem hjemler Anvendelse af Hjemstatens Straffemyndighed samt af dens Straffelove med Hensyn til Straffens Bestemmelse, naar Forbrydelsen var til Fornærmelse for Hjemstaten eller dens Borgere: »Ti de Forpligtelser, som det Menneskesamfund, der udgør en Stat, paadrager sig *mod hinanden*, ophøre ikke derved, at man for et Øjeblik forlader Statens Grænse, og det vilde give rig Lejlighed til Lovens Elusion og Krænkelse af den borgerlige Fred og Orden, dersom man vilde antage, at Statens Undersaatte, saa længe de opholdt dem paa fremmed Grund, ustraffet kunde overtræde dens Love«<sup>1)</sup>. Senere føjede Ø. dog her til den Begrænsning, at »Forbrydelsen mod Medborgeren dog ikke er foranlediget ved fælles Ophold paa det fremmede Sted eller er begaaet paa den fornærmedes derværende Gods, men er en saadan, som og kan begaas i Frastand«<sup>2)</sup>. Med Hensyn til de Forbrydelser, som Indlændinge begaa i Udlandet til

---

den anglikanske Rets Regel væsentlig er historisk og praktisk begrundet, har den danske Rets Regel et teoretisk Ophav, nemlig den eksklusive Retfærdighedsteori. <sup>1)</sup> Eun. II, S. 125, s. allerede L. E. 1800, S. 250 o. ff., Suppl. I, S. 2—3 og II, S. 180. <sup>2)</sup> Eun. IV, S. 83 o. ff. A. f. R. III, S. 122, J. T. III, 2 S. 66 o. ff. XIV. 1, S. 149—50.

Fornærmelse for en fremmed Stat eller dens Medlemmer, lærte Ø. i Grundreglerne, at der i Kraft af Undersaatsforholdet ikke principielt var noget til Hinder for, at Hjemstaten gjorde sine Straffelove gældende: »Endog med Hensyn til andre Forbrydelser, som en Stats stadige Undersaatter begaa paa fremmed Grund til Fornærmelse for en fremmed Stat eller dens Medlemmer, vilde den Forudsætning, at Strafferetten grunder sig paa en Underkastelsesforening fra Overtræderens Side, ikke være Staten til Hinder i at gøre sine Straffelove gældende.« Men han tilføjer: »Da den Stats Love hvor Forbrydelsen begaaes, maa indeholde den Straf, som der findes fornøden til Samfundets Betyggelse, saa vil Øjemedet, gensidig Sikkerheds og Retfærdigheds Haandhævelse, bedst opnaas, og Ulighed i Behandlingen bedst afværges ved, at han i alle Tilfælde anses efter denne Stats Straffelove, og det saa meget mere, som Lokalteter ofte have Indflydelse i Straffelovgivningen, og det ikke blot paa Straffens Størrelse, men endog paa Bestemmelse af, hvad der er strafbart. Naar den paagældende, efter at have forbrudt sig i et fremmed Land, men uden at have lidt sin Straf, tyr tilbage til sit Fædreland, bør dette paa Begæring enten udlevere ham til hin Stat eller foranstalte ham straffet efter dens Love . . . At en Misdæder ved at ombytte Luft skal kunne fri sig for sin forskyldte Straf, er en Forholdsregel, hvorved enhver Stat taber en Del af den Beskyttelse, dens Straffelove skulde give dens Medlemmer mod Uret«<sup>1)</sup>. I de to senere Skrifter,

<sup>1)</sup> Eun. II, S. 126—27, J. A. Nr. 16, S. 211—12, J. T. I. S. 333, L. E. 1400, S. 25 1, hvor O mod Kammeradvokat Schönheider hævder, at den Sætning, at »Retfærdighedens Bud skal gælde over hele Jordkloden, og at det ikke gaar an, at den ene Stat gør sig til Asyl for dem, der ville unddrage sig deres Pligter i en anden Stat«, gælder ogsaa for »kriminelle Tilfælde«.



»fremmede Loves Anvendelse« og »Indledning«, forudsætter Ø. fremdeles hin udstrakte Straffemyndighed over Indlændingen, bl. a. med Bemærkning, at egne Undersaatter ikke let udleveres. Men han sætter sig dog her som egentlig Opgave at indskærpe, at det er de fremmede Straffelove, der i saa Tilfælde, saa vidt muligt, bør anvendes. »Det var Gerningsstedets Straffelove, hvis Trusler skulde have bevæget ham til at afholde sig fra Gerningen, og som nu, da de ikke have gjort denne Virkning, bør sættes i Fuldbyrkelse mod ham« — og »det modsiger Retfærdigheden, om den tilfældige Omstændighed, at han siden antræffes i en anden Stat, skulde forøge eller formindske den Straf, som han har forskyldt efter det Lands Love, hvorimod han har forbrudt sig« <sup>1)</sup>).

Denne Ø.'s Lære mødte hos os Modsigelse hos F. C. Bornemann. Han fandt den Kreds af Tilfælde, i hvilke Ø. vilde have Hjemstatens Straffelove anvendte, altfor vid. Den almindelige Regel maa være, at enhver kun forpligtes ved den Stats Love, paa hvis Territorium han befinder sig. Bundet tillige ved Hjemstatens Love kan en fraværende Undersaat kun være under særegne Forudsætninger. Saadanne erkender B. kun, naar Handlingen iværksættes udenfor Territoriet for at eludere Hjemstatens Love eller, naar hans Handling umiddelbart krænker Undersaatsforholdet til Hjemstaten eller et særegt Forpligtelsesforhold til Hjemstaten eller Private i denne, eller endelig Hjemstaten — undtagelsesvis — udtrykkelig maatte have givet Undersaatterne visse Forskrifter at iagttage paa Rejser i Udlandet. Udenfor disse særegne Tilfælde forpligte Hjemstatens Love ikke den fra-

<sup>1)</sup> Eun. IV, S. 81 m. N. — 83, 93. A. f. R. III, S. 121—22. J. T. XIV, 1, S. 149—50.

værende Undersaat. Hans Handlinger kunne altsaa ikke være en Overtrædelse af denne Stats Love og blive det ikke derved, at den angrebne staar under Hjemstatens Beskyttelse. Enhver Anvendelse af Straffemyndighed mod fraværende Undersaatter udenfor hin stærkt begrænsede Kreds er derfor en Anomali. B. erkender imidlertid, at Folkerettens nuværende Tilstand, særlig Grundsætningen om Undersaatters Ikke-Udlevering, indeholder et ikke ganske uforkasteligt Motiv — for at undgaa Forargelse og for egen Sikkerheds Skyld — til at tiltage sig en ekstraordinær, i sig selv anomal Straffemyndighed over alle en Undersaats Forbrydelser i Udlandet. Handler Lovgiveren efter dette Motiv, bliver Strafskyldens Størrelse dog ikke at fastsætte efter den fremmede Lov, som er overtraadt. Dommeren maa følge sin egen Stats Opfattelse af, hvad der er retfærdig Straf for Tilfældet og dømme derefter (∴ efter Analogien af sin Stats Love), hvad enten dette fører til et mildere eller strængere Resultat, dog med Undtagelse af de Tilfælde, hvor særegne Forhold i Udlandet, hvis Betydning Hjemstaten ikke forkaster, er Grund til Forskellen.<sup>1)</sup>

Paa denne B.'s Lære er den nu gældende danske Straffelovs Regler om Indlændinges Forbrydelser i Udlandet kendelig byggede. Praktisk Betydning har Sondringen mellem de to Klasser af Tilfælde dog kun med Hensyn til Paatalemyndigheden. Derimod har ingen anden nyere Straffelov indsnævret Statens naturlige Straffemyndighed overfor Indlændinges Forbrydelser i Udlandet paa den af B. hævdede Maade. De er for saa vidt mere i Slægt med Ø.'s Opfattelse, medens de dog med Hensyn til det sekundære Spørgs-

---

<sup>1)</sup> Bornemann S. Skr. III S. 35—39 og S. 45—55.

maal om de Straffelove, der skulle anvendes, ikke gøre den af Ø. hævdede Sondring. Dette sidste Standpunkt maa sikkert billiges.

Staten, som bevarer Højhedsret over sin Under-  
saat i Udlandet, kan ogsaa vedblivende forpligte denne  
ved sine Love og derfor uden Indskrækning straffe  
hans Brud paa disse. Ved at følge dette Personalprin-  
cip overskrider Staten ikke Grænsen for sin Ret efter  
Folkeretten. I hvilken Udstrækning Hjemstaten vil  
gøre Brug af denne sin Ret, er ogsaa dens egen Sag.  
Almengyldig folkeretlig Pligt i saa Henseende findes  
ikke. Den kan altsaa begrænse Anvendelsen af sin  
Ret til snævrere Kredse, saadanne, hvor dens egen Inter-  
esse stærkest byder det. Men den kan ogsaa gøre  
videre Anvendelse af den, for den fælles Interesses  
Skyld, som alle Stater have i at bekæmpe Forbrydel-  
sen, og den er stærkt opfordret hertil med Hensyn til de  
»naturlige« Forbrydelser (∴ de, hvis Strafbarhed over-  
alt er anerkendt), jo mere de internationale Forbry-  
deres Tal stiger<sup>1)</sup> Der er saaledes ingen retlig Hin-  
dring for, at Staten paa dette Omraade indtager et  
»verdensborgerligt« Standpunkt Gør Staten dette, vil  
den udstrække sin Straffemyndighed over Indlændinge  
i Udlandet udover den Grænse, hvor dens egne Inter-

<sup>1)</sup> Hvad der i modsat Retning, i Tilslutning til engelske For-  
svarere af Territorialprincippet, udtales i min Indl. t. d. Str. S.  
222—23 har ikke Gyldighed ved de »naturlige« Forbrydelse, hvilke  
det foreliggende Spørgsmaal fortrinsvis angaar. Det er ikke en  
unaturlig »Strikke om Halsen« paa den rejsende Indlænding, at  
han vedblivende bindes ogsaa af sin Hjemstats Love til Respekt  
for alle Vegne anerkendte naturlige Rettigheder. Det bør derfor  
erkendes, at den Straffemyndighed, der hævdes paa anførte Sted,  
S. 227 o. ff., jfr. S. 259 II, 1 ikke udøves for Brud paa andre Sta-  
ters Love, men for Brud paa Hjemstatens egne Love. De opstil-  
lede Betingelser efter Sagens Natur for Straffemyndighed i disse  
Tilfælde bør derfor ændres.

esser er det nærmeste Hensyn, til alle de Handlinger hvis naturlige Retstridighed og Strafbarhed er den samme overalt, og mod hvem de begaas, eller yderligere til saadanne Handlinger, hvis Strafbarhed i alt Fald har Hjemmel baade i Hjemstatens og Gerningsstatens Lov. Nogen Dobbeltstraf behøver dette ikke at føre til, og det kan i alt Fald let afværges. At fremdeles Lovene med Føje bestemme, at Hjemstaten anvender sin egen Straffelov, ogsaa i de sidst omtalte Tilfælde, har god Hjemmel i Udgangspunktet. Dette er ikke, som B. fra sit Standpunkt hævder, en blot analogisk, men en direkte Anvendelse. Hvad Ø. anfører for det modsatte kan, fra hans eget Standpunkt, ikke være afgørende. Hjemstatens Straffetrusel følger Indlændingen i Udlandet. Strengere, end den hjemler, kan Hjemstaten ikke straffe, mildere, af Hensyn til den fremmede Lov, heller ikke. Ti denne fremmede Lov er ikke den eneste overtraadte. Begge Statterne staa lige til at fyldestgøre Retfærdighedens Krav og maa gøre det hver efter sin Opfattelse. At dog en Divergens mellem Hjemstatens og Gerningsstatens Lov, der har sin Grund i »lokale Hensyn«<sup>1)</sup> kan faa Betydning, ligger deri, at et Gode, i hvis Værn Hjemstaten ikke er direkte interesseret, maa være retsbeskyttet alle Vegne eller dog baade efter Hjemstatens og Gerningsstatens Love, for at Hjemstaten skal kunne straffe Angreb paa det. Uden det foreligger der nemlig intet Retsbrud og altsaa intet strafbart<sup>2)</sup>. En videre Konsekvens heraf vil det være, at en mildere Regel i Udlandets Straffelov, for saa vidt den beror

---

<sup>1)</sup> Disse Hensyn gør Ø. gældende til Støtte for sin Regel. B. som Grund til Afvigelse fra den Hovedregel, han opstiller, se dels Eun. II, S. 126. IV, S. 82—83, 93—94, A. f. R. III, S. 122, dels Bornemann S. Skr. III, S. 54—55. <sup>2)</sup> N. M. 1896, S. 15—16.

paa en lavere objektiv Værdsættelse af det krænkede Retsgode, bør af Hjemstaten tages i Betragtning ved Straffens Bestemmelse i de Tilfælde, hvor Indlændingen straffes for en Handling i Udlandet, der kun angriber Retsgoder, som Hjemstaten ikke direkte er interesseret i at beskytte.

Det kan saaledes næppe nægtes, at Ø.'s Lære med Hensyn til Hovedspørgsmaalet har et uforkasteligt teoretisk Grundlag, og at hans Synsmaade, efter den Løsning, de fleste Straffelove efter hans Tid godkende, har vist sig praktisk tjenlig til at fyldestgøre en forhaandenværende Trang. I det sekundære Spørgsmaal har Ø.'s Lære derimod ikke vist sig holdbar, hverken teoretisk eller praktisk.

c. Udlændinge i Udlandet kan ingen Stat forpligte ved sine Love. Lige overfor dem kan den ikke have en paa saadan Forpligtelse grundet Straffemyndighed. »Gerningsmanden har hverken været pligtig at kende disse Love eller i alt Fald at adlyde dem.« Dette erkender Ø. selvfølgelig og understreger det stærkt, særlig lige overfor den vidt gaaende østrigske Straffelov af 1803<sup>1)</sup>. Derimod fremhæver Ø. i »Grundregler«, at Forholdet stiller sig anderledes efter hans ovfr. omtalte Lære, at Staten ogsaa har en af hin Forpligtelse uafhængig Strafferet i Kraft af »Straffens Nødvendighed for at hævde Retsordenen«. Med Hensyn til Konsekvensen for det omhandlede Spørgsmaal af denne Retsgrund for Strafferet udvikler Ø. i »Grundregler« følgende: »*Naar fremmede paa fremmed Grund fornærmer en Stat eller dens Borgere, taler denne Retsgrund for dens Bemyndigelse til at straffe dem. Men for saa vidt de høre til en anden civiliseret Stat, til hvilken man staar i Fredsforhold, kan man ikke, uden at*

1) Eun. II, S. 127. IV, S. 81, 95, 97, 99, A. f. R. III, S. 121.

*krænke denne Stats Ret, egenmægtig sætte sig i Besiddelse af Forbryderens Person, og dette behøves heller ikke. Ti man maa ved at henvende sig til den Stat, hvor han har forbrudt sig, kunne faa ham tilbørlig straffet. Selv hvis han kommer ind paa den fornærmede Stats Grund, bør denne derfor, efter at have anholdt ham, henvende sig til den anden Stat, og i alt Fald blot straffe ham saaledes, som han efter dennes Love har forskyldt. Er derimod Forbrydelsen udøvet af Mennesker, som ikke høre til noget ordnet Borgersamfund og paa en Grund, der heller ikke hører under nogen saadan Stats Myndighed, f. Eks. paa det frie Hav, er det uden Tvivl retfærdigt og nødvendigt, at den fornærmede Stat straffer«. Efter at have paavist, at herpaa grunder sig den vide Straffemyndighed (ikke blotte Sikkerhedsforanstaltninger) over Sørøvere samt over en krigsførende Magts Undersaatter, der til Skade for Modstaten overskride de for Krigen gældende Regler, tilføjes det, at denne Straffemyndighed blot kan udøves for »naturlige Forbrydelser« — da paagældende ikke har kendt eller været pligtig at kende den straffende Stats Love —, og at Straffen »ikke egentlig skulde udmaales efter Landets skrevne Love, der ikke have været Overtræderen kundgjorte«, men at Domstolene dog i Almindelighed maa følge dem, »fordi de maa antages at indeholde den i sig mest forholdsmæssige Maalestok« (∴ anvende dem analogisk), ligesom ved Forbrydelser, for hvilke Straffen ikke er lovbestemt, dog at mulige Vedtægter mellem de dannede Nationer rettest følges, i det mindste ikke overskrides<sup>1)</sup>. Disse Regler fastholder Ø. ogsaa senere. Med Hensyn til den første Klasse af Tilfælde, nægter han ikke absolut Straffemyndigheden, om den*

<sup>1)</sup> Eun. II. S. 127—30.

end i sig selv er lidet ønskelig, end sige nødvendig, og i hvert Fald ikke bør udøves mod den fremmede Stats Vilje<sup>1)</sup>. Men han retter en indgaaende Kritik mod de samtidige Love, for saa vidt de statuere Anvendelse af den straffende Stats egne Love paa Forbrydelser, begaaede under de angivne Forhold mod Staten eller dens Undersaatter, og dernæst særlig mod den østrigske Lov af 1803, der betingelsesvis udstrækker Straffemyndigheden og de egne Straffeloves Anvendelse udover denne Grænse, til Forbrydelser af Udlændinge i Udlandet, ogsaa naar de angribe Udlændinge, samt mod den af Grolman udviklede Lære, der mente ud fra sin Straffeteori at kunne hævde Statens Ret til ubetinget at straffe — og det efter egne Love — alle Forbrydelser af Udlændinge i Udlandet<sup>2)</sup>. Med Hensyn til Sørøveri, der hører til den anden Klasse af Tilfælde, fastholder Ø., som før, Straffemyndigheden som normal samt Anvendelse af den straffende Stats, dog af Folkeretten godkendte Regler, kun at han nu, med særligt Hensyn til d. Frdg. 20. April 1825, tier om de i »Grundregler« forudsatte Grænser med Hensyn til Stedet og Objektet for Sørøveriet. Er Stedet, hvor en ikke-dansk har øvet Sørøveri, fremmed Territorium, bør Sørøveren vel udleveres til denne Stat, hvis det forlanges, men ellers forfølges og straffes efter dansk Lovgivning<sup>3)</sup>.

Medens Ø. saaledes godkender et Princip, der i hvert Fald hjemler en Stat Strafferet over de mod Staten eller dens Undersaatter af Udlændinge udenfor civiliserede Lande eller i Krig begaaede naturlige Forbrydelser og ikke absolut udelukker Straffemyn-

<sup>1)</sup> Eun. IV. S. 97—98, jfr. S. 80 Not., A. f. R. III. S. 121—22.

<sup>2)</sup> Eun. IV, S. 91—113. <sup>3)</sup> A. f. R. III, S. 123—24, s. ogsaa S. 49 N. samt Koll. T. 1825, S. 258—59 og 265.

dighed over lignende Forbrydelser af Udlændinge i civiliseret fredeligt Land, om end en saadan Myndighed i Regelen er overflødig, sjelden formaalstjenlig og i hvert Fald underordnet Hensynet til den Stat, hvor Forbrydelsen er begaaet, — i visse Tilfælde denne Stats Ret —, opstillede Bornemann, i Samklang med de fleste ældre Teoretikere, den modsatte, absolut eksklusive Grundsætning: »Intet er i sig selv mere indlysende, end at Straffemyndigheden kun kan have mod de Lovens Herredømme undergivne Personer og paa Grund af disse Loves Overtrædelse.« Derfor er i B.'s Øjne selv den Strafferet, Staterne tiltage sig over Sø-røvere, uden Hensyn til, om de have forbrudt sig paa deres Territorium, »noget aldeles uregelmæssigt.« Er Udlændingens Forbrydelse begaaet paa en anden Stats Territorium, behøver ingen Stat en slig Straffemyndighed for sin eller sine Undersaatters Sikkerheds Skyld. Hin Stat skal og vil regelmæssig udøve Strafferetten. Udvisning staar i Nødsfald den krænkede Stat aaben<sup>1)</sup>. Paa denne eksklusive Bane har den danske Straffelov fulgt B., men har i Resultatet kun Medhold i den anglikanske Ret. Ingen anden Straffelov hylder den absolute Udelukkelse, om end Grænsen drages forskellig.

Det principielle Synspunkt, som B. hævder mod Ø., er ikke saa absolut indlysende, som han mener. Erkendes det, at der bestaar et Retsforhold ikke blot mellem Staten og dens Undersaatter, men ogsaa mellem Staten og Personer, der ikke er dens Højhed undergivne, vel ikke hvilende paa denne Stats positive Love, men i Kraft af Retsideens Krav (naturlig Ret), og er Straf for Retssikkerhedens Skyld alene overhovedet berettiget, er Ø.'s Hovedsætning ubestridelig.

<sup>1)</sup> Bornemann S. Skr. III, S. 35. 45—47.



At begge disse Forudsætninger have god Hjemmel i en almindelig Retsbetragtning, er paavist i dette Skrifts 2det Afsnit<sup>1)</sup>. Ved Siden af den Strafferet, som Staten udøver i Kraft af sin Højhedsret som suveræn Statsmagt paa sit Territorium eller over sine Undersaatter, staar der da en Strafferet, som den udøver til Forsvar mod en Angriber, over hvem den ikke har Højhedsret. I Kraft af denne Forsvarsstrafferet kan Staten da for det første 1) med Rette straffe enhver, der udenfor civiliserede Stater begaar »naturlige« Forbrydelser (∴ saadanne, der angribe utvivlsomme naturlige Retsgoder, og hvis Strafbarhed derfor overalt er anerkendt) mod Staten eller dens Undersaatter, f. Eks. Sørøveri mod disse paa aabent Hav<sup>2)</sup>. Staten kan dernæst 2) ikke ubetinget være udelukket fra at straffe saadanne Forbrydelser mod den eller dens Undersaatter, som af Udlændinge begaas paa en civiliseret Stats Territorium. Kun vil der hyppig ikke være Trang til Forsvarsstraf i dette Tilfælde, idet Anvendelsen af den anden Stats Højhedsstrafferet her ofte gør den overflødig. Med Hensyn til egentlige Statsforbrydelser er dette dog kun Tilfældet indenfor ret snævre Grænser, og ogsaa ellers kunne faktiske Forhold medføre, at Tilflugten til Højhedsstrafferetten ikke er fyldestgørende. I Regelen er det derimod muligt og naturligt, at Forsvarsstraffen viger for Højhedsstraffen. Denne dens subsidiære Karakter fører

---

<sup>1)</sup> S. H. 1, S. 219—26 (§ 11, II), hvor O.'s praktiske Erkendelse af den første Sætning paa vises, samt S. 396—408, hvor det begrundes, at Sikkerhedskravet vel ikke, som Ø. vil, er den eneste Straffehjemmel, men dog utvivlsomt en gyldig Straffehjemmel ved Siden af Retfærdighedskravet. <sup>2)</sup> Ogsaa Bornemann erkender, at hvad der antages med Hensyn til Sørøveri maa gælde ogsaa andre Handlinger, som den natnrilige Retsbevidsthed utvivlsomt stempler som Forbrydelser, s. a. St. S. 45. Note.

til, at Staten for sit eget Vedkommende øver friere Skøn, om Forfølgning bør ske, end den ellers gør, og at Udlevering til den Stat, der har Højhedsstrafferetten, regelmæssig vil være at foretrække. Men endelig maa det erkendes, 3) at der ingen retlig Hindring er for at udvide Forsvarsstrafferetten, udover den i de nævnte to Tilfælde forudsatte Grænse, til at omfatte ogsaa Forbrydelser, som ikke er rettede mod Staten selv eller dens Undersaatter, naar Handlingen er en saadan, hvis Strafbarhed alle Vegne er anerkendt eller dog ogsaa har Hjemmel i den Stats Lovgivning, hvor Forbrydelsen er begaaet. Intervention i Forsvar er jo ikke udelukket og Staternes egen Interesse vil opfordre dem til, ligesom ved Sørøveri, at staa solidarisk i Kampen mod Forbrydelsen, jo mere Forbryderhærens internationale Karakter breder sig. Forsvarsstrafferettens Princip hjemler Staterne Ret til at indtage dette »verdensborgerlige« Standpunkt, selv om der ikke indgaas Konvention derom. Men naar Forbrydelsen er begaaet paa en anden Stats Territorium, maa Forsvarsstraffen i denne udvidede Skikkelse ikke mindre have den subsidiære Karakter, som ovfr. under (2) er nævnt, og i visse Tilfælde underordnes Højhedsstatens Strafferet i endnu højere Grad end, hvor den udøves direkte i egen Interesse. Det vil da ogsaa kunne medføre, at der med Hensyn til det sekundære Spørgsmaal, hvilke Straffelove der skal dømmes efter, kan være Grund til nogen Afvigelse fra den Regel, der ved Forsvarsstraffen maa gælde i Almindelighed, at det er den straffende Stats egne Love (eller disses Grundsætninger), der maa anvendes.

Som ovfr. sagt, gaar Ø, dog langt fra saa vidt i at drage de Konsekvenser, som kunne drages af det Princip om en Forsvarsstrafferet, som han med Føje opstiller. Særligt bekæmper han den »verdensborger-

lige« Anvendelse, der paa hans Tid alene havde faaet Udtryk i den østrigske Straffelov af 1803<sup>1)</sup>. For saa vidt imidlertid Ø.'s Modgrunde gaa ud paa at paavise Ulemper, som hæfte ved Forsvarsstrafferetten overhovedet, og som tale imod en udstrakt Anvendelse af den, staar dette ikke i Strid med, at det hævdes, at der ingen retlig Hindring er for Anvendelsen. Utvivlsomt har Ø. Ret i, at der er Ulemper forbundet med den, navnlig Vanskeligheder ved en tilfredsstillende Bevisførelse. Spørgsmaalet er for saa vidt kun, om disse ere store nok til ubetinget at lukke Døren, i større eller mindre Omfang, for Anvendelsen, og om ikke i alt Fald Forholdene siden Ø.'s Tid have forandret sig saaledes, at Staterne nu have større Opfordring til at holde sig dette Middel aabent for den fælles Kamp mod Forbrydelsen, end paa hans Tid. Maaske ligger der yderligere i Ø.'s Kritik af den østrigske Lov, at han ikke vil anse en Stat for berettiget til ensidig at gøre Anvendelse af det verdensborgerlige Synspunkt, men at dette maatte bero paa Konvention mellem Staterne. Men dette vilde dog langtfra i Almindelighed være rigtigt og kan derfor ikke føre til Udelukkelse af den vide Anvendelse af Forsvarsstrafferetten. Trods Ø.'s mest af opportunistiske Grunde dikterede Advarsel mod at gaa for vidt i Anvendelse af Forsvarsstrafferetten, bliver det dog hans Ære, at han var blandt de Teoretikere, der først formulerede det Princip, hvorpaa denne Straffemyndighed kan støttes. Naar der da i nyere Straffelove er en voksende Tendens til at drage mere udstrakte Om-

---

<sup>1)</sup> Sebastian Jenull var i 1820 den østrigske Lovs dygtige Forsvarer, s. Eun. IV, S. 95 Note. Som N. M. 1896, S. 17 Note meddeler, blive Motiverne til det nyeste østrigske Straffelovforslag i dette Spor.

raader ind under Forsvarsstrafferettens Principer, ere de i Virkeligheden i nær Samstemning med Ø., og det des mere, jo mere de herved tage alle de Hensyn, som betinge, at Udvidelsen ikke bliver til Skade, men til Fremme af en retfærdig Retshaandhævelse<sup>1)</sup>.

4. De Spørgsmaal, der vedrøre Straffeloves Virkekreds i Tid, har Ø. gentagne Gange gjort til Genstand for mere eller mindre udførlige Undersøgelser<sup>2)</sup>. Med Hensyn til Hovedspørgsmaalet fastholdt Ø. i alle

<sup>1)</sup> Det »verdensborgerlige« Synspunkt opstiller Ø. i Principet allerede i den tidligere anførte Udtalelse i L. E. 1800, S. 251. Om Udvidelsestendensen i de nyeste Straffelove og Udkast meddeles Oplysninger i N. M. 1896, S. 16 o. ff. Denne Tendens er i fuldt Maal fulgt af den norske Straffelov af 1902. De nævnte Motiver fremhæve ogsaa med Grund, at Folkeretten ikke hindrer Udvidelsen. I min Indledn. (1875) erkendes vel en Strafferet af »ekstraordinær« Karakter, for saa vidt den kan støtte sig til Nødværgeret, men kun som bundet til denne Rets Betingelser og derfor som en Undtagelse. Men den Forsvarsstrafferet, der i Teksten omtales, fører videre, og jeg erkender, at en saadan har et gyldigt Retsgrundlag. De Konklusioner, der opstilles a. St. 239 II, 2 og III maatte derfor ændres. — Med Hensyn til et andet omdebatteret Punkt i Emnet om Straffeloves Virkekreds i Rummet, nemlig, om det ved Bestemmelse af, hvor en Forbrydelse er begaaet, kommer an paa Handlingens Sted (o: den handlendes Opholdssted) eller Virkningens Sted, ses det, at Anerkendelsen af en Forsvarsstrafferet fører til, at Virkningsstedet kan faa Betydning ved Siden af Handlingsstedet, hvilket sidste derimod maatte blive ene afgørende ved den paa Højhedsretten grundede Straf, s. min Indledning, S. 220—21 og 247 o. ff., jfr. Bornemann S. Skr. III, S. 30 o. ff. Dog burde principielt den Omstændighed, at en Stat er Virkningssted, ikke frigøre for de Betingelser, der maatte gælde for al Anvendelse af Forsvarsstrafferet. Bestemmelsen i n. Stl. af 1902 fastholder ikke dette, som det ses af N. M. 1896, S. 19, af »praktiske« Hensyn. Ø. har ikke gjort dette Spørgsmaal til Genstand for særlig Undersøgelse. <sup>2)</sup> Suppl. I, S. 41—52, II, S. 329—30, J. A. Nr. 27—28, S. 262, 291—92, Nr. 30, S. 2 o. ff., »Om Tyveri«, S. 145 o. ff., N. J. A. VI. S. 210, J. T. III, 1, S. 33 o. ff., Eun. IV, S. 82, Hdbg. I, S. 216—28, A. f. R. III, 1, S. 131—37, V, S. 133. N.

disse Udtalelser den, baade den Gang og vel ogsaa senere, almindeligst antagne Lære, der navnlig ogsaa stiller sig som den naturligeste for en eksklusiv og konsekvent Straffetruselsteori, nemlig at en Handling's Strafbarhed ordentligvis maa bedømmes efter de Love, som gjaldt paa den Tid, da Handlingen blev foretaget: »*Alene disse vare forbindende for Gerningsmanden, og kun den Straf, hvormed disse truede, kunde virke paa hans Beslutning. Ene disse kunne altsaa til Opretholdelse af Straffelovens Kraft være at fuldbyrde*«<sup>1)</sup>. I Modsætning til denne Lære havde det Patent, hvorved den bajerske Straffelov af 1813 publiceredes, opstillet som Hovedregel, at den nye Lov skulde anvendes ogsaa paa de før denne Lov foretagne Handlinger, som kom til endelig Paakendelse under dens Herredømme. Ø. bekæmpede denne Patentets Regel, særlig i en Afhandling »Bidrag til Læren om en Lovs Anvendelse paa kriminelle Tilfælde, som ere opstaaede førend dens Udgivelse«<sup>2)</sup>. Erkendes maa det ogsaa, at Regelen med dens Undtagelse hverken havde fundet et heldigt Udtryk eller en fyldestgørende Begrundelse i hint Patent og de til det sig sluttende officielle Udtalelser. Men derfor ville heller ikke de Forkæmpere, Patentets Regel senere har fundet ud fra andre Synspunkter, føle sig besejrede ved Ø.'s Kritik<sup>3)</sup>.

---

<sup>1)</sup> A. f. R. III. S. 131—32, jfr. Suppl. II, S. 329—30, J. A. Nr. 30. S. 2, Hdbg. I, S. 217—18. Med Hensyn til den første Del i denne Argumentation, der sigter til det Tilfælde, at en Handling først bliver retstridig ifølge en senere Lov, maa det bemærkes, at den modsatte Lære selvfølgelig ikke medtager dette Tilfælde under sin Hovedregel. <sup>2)</sup> J. T. III, 1, S. 33 o. ff. <sup>3)</sup> S. min Indledning, S. 336 o. ff. S. endvidere N. M 1896, S. 9, hvor det udtales, at den norske Kommission i Principet billiger den Ø.'s modsatte Lære, men af Hensyn til den norske Grundlovs Forbud mod Loves tilbage-

Fra det Udgangspunkt, Ø. tog, dvælede han særlig ved det Spørgsmaal, hvorvidt den allerede da baade i Videnskab og Lovgivning antagne Regel, at formildende Straffelove faa Anvendelse paa ældre, men nu først paadømte Handlinger, kunde begrundes. Mod denne Sætning, — der for den modsatte Lære kun er en selvfølgelig Anvendelse af Hovedregelen, — fandt Ø., fra sit Standpunkt, at der kunde indvendes adskilligt efter »strengt kriminalistiske Grundsætninger.« I sine seneste Udtalelser sluttede han sig dog til den, og det uden at fastholde, hvad han før havde krævet, at Sætningen maatte udtrykkelig udtales af Loven for at kunne antages, — fordi »det med Grund kan antages, at Lovgiveren, der ellers ad Benaadningsvejen eftergiver det i den lovbestemte Straf, der findes at være mere, end Straffeøjemedet i sig selv fordrer, heller ikke kan ville en større Straf anvendt end den, der ved den nye Lov findes tilstrækkelig til sin Hensigt, om endog den paa-gældende ved den i Gerningens Øjeblik gældende Lovgivning har været truet med en haardere Straf«<sup>1)</sup>. Mest utilbøjelig var Ø. til at godkende den Konsekvens af Sætningen, at en fuldstændig Ophævelse af Strafbarheden ved den nye Lov kunde virke fuld Straffrihed. Endnu i Haandbogen (1822) udtales det, at der »maaske kunde anvendes en vilkaarlig Straf for den begaaede Handling som Lovovertrædelse, men uden at derved Handlingens materielle Beskaffenhed nu kunde tjene til Regel«. Først i Ark. f. Retsv. III (1826)

---

virkende Kraft ikke mente at kunne gennemføre den. Sammesteds meddeles Oplysninger om senere Data, der vidne om, at Læren vinder Udbredelse. <sup>1)</sup> S. imod Sætningen navnlig Suppl. I, S. 41—42 og J. A. Nr. 30. S. 2. Nogenlunde neutral er Udtalelsen i Hdbg. I, S. 217—18. Den anførte Begrundelse for Sætningen findes i A. f. R. III, S. 132, og V, S. 133. N. hvorimod J. A. Nr. 27—28, S. 291—92 og J. T. III, 1, S. 34 kræve udtrykkelig Lovhjemmel.

erklærer han sig for Regelens Anvendelse ogsaa i dette Tilfælde uden hint Forbehold<sup>1)</sup>. Han gør her kun, som i Haandbogen, de Undtagelser fra Regelen, som ogsaa af senere Forfattere, mere eller mindre fuldstændigt, ere antagne for rigtige<sup>2)</sup>. — Skønt Ø. ikke har behandlet alle de Spørgsmaal, som frembyde sig ved Gennemførelsen af den omhandlede Sætning, der er fælles for de to Synsmaader, har han dog med Hensyn til det praktisk vigtigste Spørgsmaal udviklet og fastslaaet den rigtige (ved det bajerske Patents officielle Kommentarer noget miskendte) Løsning, at det ved Valget mellem de to Straffelove kommer an paa en Sammenligning mellem de Resultater, hvortil de hver især føre ved den foreliggende Forbrydelse som Helhed, og at hverken en Sammenligning mellem Lovene, abstrakt betragtede, eller en sondret Sammenligning anvendt paa den foreliggende Forbrydelses enkelte Momenter, for deraf at sammenflikke et Resultat, er tilstedelig<sup>3)</sup>.

Af Spørgsmaal, som iøvrigt Ø.'s Hovedregel frembyder, har han særlig behandlet dels, hvorledes Forholdet stiller sig, naar Straffen efter den ældre Ret ej var lovbestemt<sup>4)</sup>, dels det, som fremkommer ved en Handlings Fortsættelse under en ny strengere Straffelov, og han løste disse Spørgsmaal paa ubestridelig rigtig Maade<sup>5)</sup>. I Værket om Tyveri kommer han derhos ind paa den Side af Sagen, som angaar Betingelserne for Gentagelsesvirkning af Domme efter

---

<sup>1)</sup> A. f. R. III, S. 133. <sup>2)</sup> Hdbg. I, S. 220 o. ff., A. f. R. III, S. 133 o. ff. Jfr. H. 1, S. 408. <sup>3)</sup> J. T. III, 1, S. 67 o. ff., A. f. R. III, S. 135, Hdbg. I, S. 224, <sup>4)</sup> Suppl. II, S. 329—30. J. A. Nr. 30, S. 3, J. T. III, 1, S. 35. 64 o. ff., Hdbg. I, S. 227 o. ff., A. f. R. III, S. 136. <sup>5)</sup> J. A. Nr. 27—28, S. 262 og 292, Nr. 30, S. 30. jfr. N. J. A. XXX, S. 195—98. J. T. III, 1, S. 71 o. ff., Hdbg. I, S. 226.

den ældre Lov. Men han har ikke løsrevet Spørgsmaalet saaledes fra den positive, da gældende Ret, at hans Besvarelse yder noget direkte Bidrag til dets Belysning efter Sagens Natur, om end hans Løsning stemmer med, hvad rigtige Grundsætninger tilsige. Disse ere iøvrigt kortelig fremstillede i Haandbogen<sup>1)</sup>.

## 18. Straffbarhedens objektive Betingelser.

### I. De for al Retshaandhævelse fælles objektive Betingelser.

I Strafferettens Behandling, baade den videnskabelige og den legislative, lagde Ø. fornemmelig Vægt paa den almindelige Del. I »Grundregler« gør han dette stærkt gældende fra det legislative Synspunkt: »Det vil ingenlunde være nok, for at tilvejebringe et rigtigt Forhold mellem Forbrydelse og Straf, at den Del af Straffeloven, som angaar de enkelte Forbrydelser, er udarbejdet med Omhu og Konsekvens. Ligesaa vigtigt, om ikke vigtigere, er det, at Straffeloven indeholder vel udarbejdede almindelige Forskrifter over de Punkter, som ved enhver Straffedoms Afsigelse kunne blive at tage i Betragtning. Mangel af saadanne almindelige Bestemmelser indeholder især Kilden til de fleste Uvisheder og Uforholdsmæssigheder, som finde Sted med Hensyn til de ældre Tidens Straffelove. Men selv i nyere Straffelove er den almindelige Del for det meste hel utilstrækkelig og lidet beregnet paa det, den egentlig skulde udrette. Kun den bajerske Straffekodeks er udarbejdet med rigtigt Indsigt i, hvad Straffe-

<sup>1)</sup> »Om Tyveri«, S. 145—48, jfr. S. 421, J. T. III, 1, S. 35. 77 o. ff., Hdbg. I. S. 226—27.



lovens almindelige Del har at gøre, hvilket dog til Dels ogsaa gælder om Tittmann's Udkast til en Straffelov for Kongeriget Sachsen, hvor Udførelsen imidlertid staar langt tilbage for den bajerske Lov. Det vilde lede til en uendelig Vidtløftighed og sikkert give lidet konsekvente Resultater, dersom man ved Afhandlingen af hver enkelt Forbrydelse vilde gennemgaa alle de Omstændigheder, som ophæve, formindske eller forøge den Straf, Forbrydelsen i Almindelighed fører med sig. En stor Del af disse Omstændigheder angaa alle Forbrydelser i Almindelighed og bør derfor have en lignende Virkning med Hensyn til hver enkelt Forbrydelse. Naar derfor Straffelovbogens almindelige Del giver faste Regler for deslige Omstændigheders Indflydelse, vil der med Hensyn til de enkelte Forbrydelser ikke savnes en tilstrækkelig Rettesnor og denne vil altid blive lige forholdsmæssig. « Ø. udfører dette videre ved at paavise i det enkelte den almindelige Dels Opgaver<sup>1)</sup>. — For saa vidt de videnskabelige Fremstillinger af Strafferetten sluttede sig til systematiske Love, var deres Behandling af den almindelige Del ligesaa ufyldstgørende, som disse selv vare indtil den bajerske Lov af 1813. Den større Opgave, som kom til at paahvile Videnskaben, hvor den kun havde et fragmentarisk Lovgrundlag at holde sig til, magtede de ældre Fremstillinger indtil Feuerbach endnu mindre. Saaledes var Forholdet ogsaa hos os. I vor Litteratur fandtes der ikke før Ø. en Videnskabens Krav tilfredsstillende Fremstilling af Strafferettens almindelige Del<sup>2)</sup>. Deri, at han skabte en saa-

<sup>1)</sup> Eun. II, S. 394--96. s. ogsaa J. T. II, 2, S. 219 om den almindelige Del som »Grundlaget og Nøglen til det hele«, s. H. 1. S. 1. jfr. Koll. Tid. 1840, S. 221. <sup>2)</sup> Der tænkes her ikke paa Forelæsninger ved Universitetet, der ikke bleve offentliggjorte og altsaa ikke tilhørte Litteraturen.

dan, ligger Ø.'s største Betydning for den dansk-norske Strafferetsvidenskab. Denne Betydning bliver ikke mindre, selv om hans Fremstillings System og adskillige Enkeltheder i det mulig maa vige Plads for nyere Synspunkter.

Det første Spørgsmaal, der frembyder sig i Læren om Forbrydelser i Almindelighed, angaar Strafbarhedens objektive Betingelser. Dette Spørgsmaal falder imidlertid i to Dele, som det, til bedre Belysning af Ø.'s Lære herom, er rigtigt at sondre, uagtet Ø. selv ikke foretog en saadan Sondring. Straf har nemlig dels visse objektive Betingelser fælles med al anden Retshaandhævelse, dels andre, der ere særlige for den. Ø.'s Lære om hine frembyder sig først til Omtale.

Al Retshaandhævelse, derfor ogsaa Straf, har til Forudsætning et *objektivt Retsbrud*, skønt ingenlunde nødvendigvis et aktuelt. Det er Kampen mod dette Retsbrud, der er Retshaandhævelsens Formaal. Til et objektivt Retsbrud kræves dels en Egenskab ved *Angrebsobjektet*, nemlig at dette er noget, som beskyttes af Retsordenen, dels en Egenskab ved *Angrebshandlingen*, at denne er retstridig, d. s. overskrider de Grænser for Handlefriheden, der drages for Angrebsobjektets Skyld. Uagtet heller ikke denne Sondring kommer fuldt til sin Ret hos Ø., er en Udskillelse af Ø.'s Udtalelser om hvert af disse Momenter dog bedst egnet til at stille disse i det rette Lys.

1. At Angrebsobjektet maa være noget, der beskyttes af Retsordenen, er en Sætning, som i denne Almindelighed ikke kunde bestrides af nogen. Det var om den nærmere Bestemmelse deraf, at der opstod Strid i Strafferetten. Ifølge den snævre Rets-

formel, som »Naturretten« opstillede, er Retsordenen kun kaldet til at beskytte Personernes Rettigheder. Angrebsobjektet maatte altsaa for de naturretlige Kriminalister være en saadan Rettighed. I det højeste stillede man Statens Rettigheder ved Siden af de enkeltes. Den enkeltes Rettigheder bestemtes atter — alt efter det Standpunkt, der indtoges med Hensyn til Retsbegrebet, — enten som de »naturlige« Rettigheder (∴ »de, som tilkom Personen allerede i Naturstanden, og til hvis Beskyttelse Staten dannedes«) eller som de Rettigheder, Staten, der efter Fichte er alle Rettigheders Ophav, har stiftet<sup>1</sup>). Det var dog ikke de Kriminalisters Mening, der stod paa dette Standpunkt, at forkaste al Straf, som gik ud over denne Grænse. Men hvad der gik videre, skete dog altid kun for hine Rettigheders Skyld. Rettigheden fik, foruden Beskyttelsen mod de umiddelbare Angreb, tillige en Beskyttelse mod middelbare Angreb. De første var de egentlige Forbrydelser (Justits- eller Kriminalforbrydelser), de sidste Politiovertrædelser<sup>2</sup>).

Det for denne Lære til Grund liggende Synspunkt kunde Ø., Naturrettens Modstander, selvfølgelig ikke dele. Naturstands-Rettigheder anerkendte han ikke. Men selv det Fichteske Standpunkt førte, som det kunde ses af Feuerbach's Lære, videre. Naar denne lærte, at der til Forbrydelsens Begreb hørte Krænkelser af en Rettighed, er denne Sætning i hans Mund lidet sigende. Ti han henførte til Rettigheders Krænkelser ogsaa Overtrædelser af Politilove, »fordi Statens Ret til at paa-staa de ved dens Love forbudne Handlingers Efterladelse derved tilsidesattes. Det ses da ikke, at hin Fordring udelukker nogen Handling, som ellers kunde

<sup>1</sup>) S. H. 1, S. 146 o. ff. <sup>2</sup>) J. A. Nr. 29 (Lærebogsprøver). S. 173 o. ff., N. J. A. II. S. 5–7, J. T. XI. 1, 241.

være at optage i Forbrydelsesbegrebet<sup>1)</sup>. Men overbøvedet maatte Ø. efter det vide Retsbegreb, han med Føje opstillede i Modsætning til »Naturretten«<sup>2)</sup>, formulere det Angrebsobjekt, Straf forudsætter, i langt større Almindelighed, nemlig som »den Retsorden, Samfundet har at tilvejebringe«, derfor ikke blot »naturlige Rettigheder, men enhver af Loven erkendt Rettighed og overhovedet enhver af Loven indført Orden«<sup>3)</sup>. Ikke blot Samfundets Rettigheder som politisk (organiseret) Samfund, men ogsaa dets Rettigheder som borgerligt Samfund gaa ind under denne vide Formulering. Ø. nævner vel i Regelen ikke disse sidste særlig under dette Navn<sup>4)</sup>. Men i Virkeligheden anerkender han dem, naar han ved visse Forbrydelser, der af ham betegnes som formelle, lærer, at deres objektive Størrelse ikke saa meget bestemmes ved det materielle Retsbrud, de indeholde (∩: Krænkelsen af den enkelte), som derved, at de formedelst deres Form undergrave *de Grundstøtter, hvorpaa den offentlige Retfærdighed, Tillid og Sikkerhed beror*, saasom falsk Protokolførelse, falsk Vidnesbyrd og anden Mened, falsk Møntning og mange flere Misgerninger<sup>5)</sup>, fremdeles, naar han til de Forstyrrelser af Retsordenen, som Straf skal afværge, ogsaa regner »Handlinger, som give *en høj Grad af sædelig Forargelse, uden ellers at indgribe i det, nogen kan kalde sit*«<sup>6)</sup>, eller, naar han et

---

1) Eun. II, S. 95, J. T. XI, 1, S. 240—41, hvor det, overensstemmende med Ø.'s Ejendomsteori, fremhæves, at Krænkelser af Ejendomsretten ikke vilde kunne blive egentlige Forbrydelser, naar naturlige Rettigheder skulde være disses eneste Objekt, s. H. I, S. 154 o. ff. og S. 272 o. ff. A. f. R. III, S. 19. 2) S. H. I, S. 165. o. ff. (§ 10). 3) Eun. II, S. 87 og 101. A. f. R. III, S. 163. 4) S. H. I, S. 272 m. N. 2. 5) Eun. II, S. 139—40. s. H. I, S. 266 m. N. 1, J. T. XV, 1, S. 13—14, s. ogsaa Trykkefrihedsskr.. S. 141. 6) A. f. R. III, S. 26—27.

andet Sted betegner de uagtsomme Forbrydelser som »letsindig Behandling af det, der kan have *Indflydelse paa andres Ret og Samfundets Vel*«<sup>1)</sup> eller, naar han som Genstand for Gravfredskrænkelse angiver »*Menneskenes naturlige Følelse* for deres afsjælede Legemers anstændige og uforstyrrede Bevaring«<sup>2)</sup>.

Konsekvent maatte Ø., der ikke kunde bifalde de naturretlige Kriminalisters Grundlære om Enkeltmands (eller Statens) Rettigheder som alle egentlige Forbrydelsers Angrebsobjekt, ogsaa forkaste deres deraf dragne Konsekvens, ifølge hvilken alle strafbare Handlinger, der ikke umiddelbart angribe hine Rettigheder, sættes udenfor de egentlige Forbrydelsers Klasse — som Politiovertrædelser. Ø. var heller ikke blind herfor, om det end ikke aldeles utvetydig erkendtes af ham. Vel behøver den Forskel, han gør mellem »Forbrydelser, som umiddelbart angribe et af de Goder, Samfundet gaar ud paa at tilvejebringe og sikre« og dem, der »blot ere i Strid med en til disses kraftigere Beskærmelse ved Lov fastsat Orden«, eller mellem »Handlinger, der umiddelbart krænke nogen i Besiddelsen af et ved Retsamfundet ham tilsikret Gode, og dem, der blot aabne Lejlighed til slige Retskrænkelser«<sup>3)</sup> at indeholde en Godkendelse af denne naturretlige Inndelingsgrund. En Sondring som den, Ø. her gør, mellem den *samme Rettigheds* umiddelbare og middelbare Retsbeskyttelse er nødvendig og maa

<sup>1)</sup> A. f. R. III, S. 165. <sup>2)</sup> Eun. II, S. 102 N, s. H. 1, S. 267 m. N. og S. 271 N. 2 om den mere tilsyneladende end virkelige Fravigelse fra Principet med Hensyn til Blasfemi (Eun. II, S. 183 N. 2 og J. A. Nr. 29, S. 174 N). <sup>3)</sup> Eun. II, S. 182 og S. 87—88, A. f. R. III, S. 8 10. <sup>4)</sup> J. T. XI, 1, S. 233 om denne Sondring i den bajerske Stl. af 1813 (men forladt i Gönner's Udkast), s. ogsaa til Dels Bornemann S. Skr. III, S. 108 o. ff. og særlig min Indledn. S. 90 o. ff og alm. Del S. 35 o. ff.

opstilles ogsaa fra andre Synspunkter end Naturretens<sup>4</sup>). Heller ikke kan den Omstændighed, at Ø. utvivlsomt henregner til de middelbare Retskrænkelser visse Handlinger, der kunne opfattes som umiddelbare Angreb paa Samfundets materielle (f. Eks. økonomiske) Interesser<sup>1</sup>), anføres som Vidnesbyrd om, at han dog har tillagt den naturretlige Sondring nogen Gyldighed. Den Opfattelse, Ø. paa dette særlige Punkt hylder, har han delt med mange andre Kriminalister, ogsaa fra en senere Tid, uagtet deres Standpunkt maatte udelukke enhver Tanke om Reminiscenser fra Naturretten<sup>2</sup>). Et Vidnesbyrd af større Vægt for, at Ø. ikke helt har forladt hin Lære, kan derimod søges deri, at han ikke modsiger Feuerbach's og andre samtidige Kriminalisters Lære, ifølge hvilken selv de groveste Forbrydelser mod Religion og Sædelighed, som Blasfemi, Blodskam, unaturlig Vellyst og Rufferi (altsaa Angreb paa Samfundets ideelle Interesser), som middelbare Retskrænkelser stilles udenfor de egentlige Forbrydelsers Kreds og henregnes til Politiovertrædelser i Lighed med Brandpolitiovertrædelser og Karantæneforseelser<sup>3</sup>). Sagen er imidlertid, at Ø. ikke holdt det for Umagen værd paa vedkommende Sted at optage en Strid om den rette Grænse mellem Justitsforbrydelser og Politiovertrædelser, fordi han ikke ansaa den principielle Sondring for at være af praktisk Interesse, hverken med Hensyn til den processuelle Behandling eller Strafværdighedens Grad. Sondrin-

<sup>1</sup>) I N. J. A. II, S. 7 forudsætter Ø., at »Aager« ikke er Kriminalforbrydelse, men derimod vel »Udbredelse af Kvægsygdøm«. I J. T. VII, 1, S. 2—3 forudsættes det, at Betleri og Løsgængerier ikke ere virkelige Retskrænkelser. <sup>2</sup>) S. Bornemann S. Skr. III, S. 108 o. ff, IV, S. 105—19, 236—37. Se herimod mine Bemærkninger i Indledning og alm. Del paa oven anførte Steder. <sup>3</sup>) Eun. II, S. 182—83 m. N. 1, s. ogsaa Suppl. II, S. 263—64, samt H. 1, S. 269.

gen maatte for disse praktiske Spørgsmaals Vedkommende følge andre Linier. Det var ham derfor nok paa de Steder, hvor han taler om disse Spørgsmaal, at præcisere dette. Han siger saaledes med Hensyn til Strafværdigheden: »Feuerbach fejler, naar han mener, at enhver umiddelbar Retskrænkelse, f. Eks. hine grove Sædelighedsforbrydelser, er mindre strafværdig end nogen umiddelbar«. Det gælder kun med Hensyn til Strafværdighedsforholdet mellem den umiddelbare og middelbare Krænkelse af samme Rettighed<sup>1</sup>). Paa andre Steder, hvor Ø. ikke har disse særlige Spørgsmaal for Øje, vise hans ovfr. anførte Udtalelser, at han stiller grove Krænkelser af Sædeligheden m. m. ganske i Klasse med dem, der angribe en enkelt Persons Rettigheder (»noget, han kan kalde sit«), — uden, endog blot forudsætningsvis, at indrømme, at de kun ere middelbare Retskrænkelser, end sige med Rette betegnes som blotte Politiovertrædelser<sup>2</sup>). Ogsaa er det klart, at Ø. ved det Hovedspørgsmaal, som Forskellen mellem umiddelbare og middelbare Retskrænkelser foranlediger, nemlig, hvor Strafbarhedens objektive Grænse ved de sidste skal drages, ikke kan have et saa udstrakt Begreb om disse for Øje, som de naturretliges Kriminalister. Medens han nemlig for de umiddelbare Retskrænkelser hævder, at de »ubetinget bør belægges med Straf, saafremt der intet andet tilstrækkeligt Tvangsmiddel gives til at hæmme dem, har det — siger han — langt større Vanskeligheder for Lovgiveren, naar der spørges om de Handlinger, som paa en middelbar Maade kunne

---

<sup>1</sup>) Eun. II. S. 93—94. J. T. XI, 1, S. 241. <sup>2</sup>) Eun. II. S. 184. N., J. T. VI, 1, S. 231. A. f. R. III, S. 26—27. Se endvidere, hvad der i forrige Paragraf under Nr. 1 og Nr. 3 er udviklet om, hvad Ø. forstaar ved »naturlige Forbrydelser«.

lægge Hindringer i Vejen for Retsordenen. Den Skilddring, han giver af disse Vanskeligheder, — altsaa ved Afgørelsen af, om en middelbar Retsbeskyttelse bør gives, — passer kun paa de præventive Politilove og aldeles ikke paa hine Forbrydelser mod Sædelighed m. m.<sup>1)</sup> I Realiteten, selv om ikke fuldstændigt i Formen, har Ø. draget Grænsen mellem umiddelbare og middelbare Retskrænkelser paa anden Maade, end de naturlige Kriminalister, endog bortset fra, at han ikke vil have Begrebet Politiovertrædelse anset for identisk med middelbare Retskrænkelser, men bestemt rent praktisk efter Hensyn til den legislative, særlig den processuelle Behandling<sup>2)</sup>. Hvad der volder Uklarheden hos Ø. i denne Sag er det, at han ikke har gennemført den Tanke, der efter hans øvrige Udtalelser laa saa nær, at opføre det borgerlige Samfunds Rettigheder ved Siden af Enkeltmands og Statens som retsbeskyttede Objekter<sup>3)</sup>. Ikke desto mindre indeholder Ø.'s Udviklinger dog to betydningsfulde Fremskridt i dette Emne, nemlig for det første, at en hel Række af Almeninteresser, særlig de ideelle, erkendes som

---

<sup>1)</sup> Eun. II, S. 88 og 91—92, s. H. 1, S. 182 o. ff., 271, 321 o. ff. <sup>2)</sup> Suppl. II, S. 263—65, J. A. Nr. 29, S. 174—76, N., J. A. II, S. 5, Eun. II, S. 94, J. T. XI, 1, S. 241—43. A. f. R., III, S. 9. <sup>3)</sup> Se herved de Synspunkter, der ere udviklede i min Indledning S. 90 o. ff. og alm. Del S. 35 o. ff. I J. T. VI, 1, S. 226 o. ff., og XI, 2, S. 138, stiller Ø. sig endog kølig lige overfor Gönner's Udkasts Optagelse af Forbrydelser »mod Almenvæsenet eller det hele Publikum« som en egen Klasse. Hans Kritik er dog nærmest rettet mod den Maade, hvorpaa Udførelsen i hint Udkast er sket samt mod Hensigtsmæssigheden af at ordne en Straffelovs Opregning af Forbrydelser fra dette Synspunkt. Han forkaster egentlig ikke Klassens videnskabelige Berettigelse, skønt han paa den anden Side heller ikke giver Tanken nogen direkte Anerkendelse, ikke heller tillægger Udkastet endog blot betinget Fortjeneste af Forsøget paa at udnytte Tanken.



umiddelbart beskyttede Retsobjekter, og for det andet, at han i Principet forklarer den middelbare Retsbeskyttelse som en præventiv  $\circ$ : en saadan, hvorved der gives den samme Rettighed et yderligere forebyggende Værn.

Det er iøvrigt ikke Stedet her at fremstille Ø.'s Lære om, hvilke Interesser der med Føje tages under Retsbeskyttelse. Om end de fleste Udtalelser af Ø. findes i hans strafferetlige Skrifter, vedkommer dette dog i Virkeligheden de retsordnende, ikke de retshaandhævende Institutioner. Hovedtrækkene af hans Lære herom findes derfor fremstillede i dette Skrifts 2det Afsnit. Der vil ogsaa findes fremhævet den Modsætning, som paa flere Omraader, særlig i Familieforholdene og borgerlige Samfundsforhold (de ideelle og materielle Almeninteresser), fandtes og maatte findes mellem Konklusionerne i hans Ungdomsskrifter, der tilhørte det naturretlige Standpunkt, og dem, hvortil han maatte komme efter den langt mere omfattende Teori om Rettens Indhold, han senere formulerede og stadig fastholdt. Der redegøres der ogsaa om den Grænse for Inddragelse under Retsbeskyttelse, som selve det nye og rigtige Synspunkt hjemler<sup>1)</sup>. Hvad Ø. iøvrigt med Hensyn til enkelte Forbrydelsers Bestemmelse særlig har udviklet i denne Henseende, saasom med Hensyn til Spørgsmaalet, om og i hvilket Omfang der bør være Retspligt til at forebygge og angive Forbrydelser eller til at forebygge

---

<sup>1)</sup> S. H. 1, S. 254—325 (§ 12), I og II. Blandt Ø.'s strafferetlige Skrifter findes herhen hørende Spørgsmaal navnlig omtalte dels i 'Grundregler', dels i Kritikken af Gönner's Udkast og Forsvaret for denne, endelig i forskellige strafferetlige Recensioner, s. saaledes Eun. II, S. 101 N. 173 o. ff., 177, 183 m. Noter, J. T. VI, 1, S. 233 o. ff. VII, 1, S. 2 o. ff., XI, 1, S. 241, XIV, 2, S. 10 o. ff., 94.

Naturulykker, bliver der Lejlighed til at fremstille ved Ø.'s Lære om specielle Forbrydelsesklasser<sup>1)</sup>. Kun med Hensyn til ét mere almindeligt Spørgsmaal om Retsbeskyttelsens Udstrækning er der Anledning til her at omtale Ø.s Lære, nemlig om Beskyttelsen omfatter ogsaa fremmede Personer og Stater. Med Hensyn til Krænkelser af fremmede Personer udtaler Ø. den af alle erkendte Sætning, at »Retfærdigheden og det gensidige Fredsforhold, som mellem Staterne bør finde Sted (altsaa bortset fra Krigsforhold), ikke tillader, at den ene Stats Borgere ustraffet fornærme Medlemmerne af en anden Stat«. Dette gælder ikke blot, naar Udlændingen eller hans Gods befinder sig i den paagældende Stat, men ogsaa, naar han eller hans Gods befinder sig udenfor Landet<sup>2)</sup>. Ogsaa om fremmede Stater lader Ø. det samme Princip gælde, og han antyder ikke, at der i saa Henseende kunde være Begrænsninger at gøre udover det, at Strafbarhedens Grad kan være ringere, end naar den straffende Stat selv angribes<sup>3)</sup>. Det samme maatte da ogsaa gælde, hvor det drejer sig om det borgerlige Samfunds Almeninteresser. Imidlertid viser hans Bemærkning om Grunden til Statsgrænsen for Retsbeskyttelsen mod Eftertryk (at man ikke deri har set et Indgreb i en naturlig Ret, men en af Billighed og Litteraturens Tarv gjort Indrømmelse), at han med Hensyn til Almeninteressernes Beskyttelse forudsætter Undtagelser, der da kunne tænkes at hidrøre fra virkelige lokale Forskelligheder eller fra en lokalforskellig Opfattelse af,

---

<sup>1)</sup> Eun. II, S. 173—82 III, S. 207—10 og 213—15, A. f. R. III, S. 251—64, jvfr. S. 40. <sup>2)</sup> Eun. IV. S. 77—78, hvor i Noten Undtagelsen med Hensyn til Eftertryk forklares, men ikke billiges, A. f. R. III, S. 64, s. H. 1, S. 157. <sup>3)</sup> Eun. II, S. 128, IV, S. 78—79, 97—98, A. f. R. III, S. 64—65, s. ogsaa Trykkefrihedsskr. S. 270 o. ff.

hvad der tjener det Almenes Tarv, eller bunde i et mere eller mindre berettiget egoistisk Standpunkt, som hindrer Statssolidariteten fra at virke. Lignende Undtagelser maa da ogsaa erkendes med Hensyn til Statsinteresserne. Men Ø. indlader sig ikke paa en Undersøgelse om det mere eller mindre naturlige i, at Grænsen her drages saa snævert, som det paa Ø.'s Tid var og endnu stedse er Regelen i Straffelovene<sup>1)</sup>.

Det Spørgsmaal, om der ved præventive Politilove skal rejses et yderligere retligt Værn for et Gode, hvis normale Retsbeskyttelse er anerkendt, er af anden Art end det, om et vist Gode overhovedet bør have Retsbeskyttelse. Det drejer sig her ikke om, hvad der tilsiges af det øverste Princip for Retsordningen, men om, hvad der bør ske for at betrygge Retshaandhævelsen. Spørgsmaalet forgrener sig i lige saa mange Retninger som Retsgoderne selv. Det er kun det almindelige Synspunkt, som det kan tilfalde Strafferettens almindelige Del at besvare. Men netop i denne Henseende har det særlig Interesse at fremhæve Ø.'s Synsmaade. Denne staar i nøjeste Sammenhæng med hans almindelige Retsteori, og han advarer indtrængende mod at gaa for vidt i ved saadanne Politilove at indskrænke Borgernes frie Rørelse. Dette var fra første Færd et af de Hensyn, der førte til Brudet med Fichte's Retsteori, som for at betrygge Friheden krævede saadanne Indskrænkninger, at Friheden selv maatte gaa til Grunde. I Afhandlingen af 1807 udviklede Ø. dette: »Staten bør paa ingen Maade forbyde enhver Handling, der kunde give Lejlighed til Forbrydelser. Den maatte ophæve al borgerlig Frihed for at beskytte borgerlig Frihed, hvis den ubetinget fulgte den til Misgerningers Forebyggelse sig-

<sup>1)</sup> S. min alm. Del S. 83—131.

tende Maksime. Den bør indskrænke dens Anvendelse til de Tilfælde, hvor Faren maa betragtes som et større Onde end den Indskrænkning i Friheden, der flyder af Forbudet. I saadanne, men og alene i saadanne Tilfælde kan en slig Forbudslov billiges<sup>1)</sup>. Det er det samme, der gentages i »Grundregler« ved Omtalen af Straf for »Handlinger, som paa en middelbar Maade kunne lægge Hindringer i Vejen for Retsordenen. Dersom den blotte Mulighed var Grund nok til at gøre en saadan Handling til Genstand for Straf, saa blev hartad ingen Handling tilbage, som ustraffet kunde foretages. Ti hvilken Kraftytring gives der, hvoraf ingen fjærn Fare lader sig befrygte? Det er altsaa Farens Grad i Forbindelse med Vigtigheden af det Afsavn i Friheden, som Forbudet vil medføre, der bør overvejes, og det Resultat, om hin Fare eller dette Afsavn vil være det største Onde, maa gøre Udslag. Men hertil fordres et dybt indtrængende Blik i de menneskelige Forhold i Almindelighed og i Nationens Tilstand og Tænkemaade i Særdeleshed, forbundet med et fint og rigtigt aandeligt Øjemaal. Med almindelige Regler kan man her ikke komme ud. Folkenes forskellige Karakter maa her have en mægtig Indflydelse . . . For et Folk, der som Britterne føle endog en ringe Indskrænkning i den personlige Frihed som et større Onde end en temmelig Grad af Fare, vil denne Gren af Lovgivningen faa mindre Omfang end i andre Stater. Tidsomstændighederne ere og her vigtige (som Krigstid, Oprørsaad, farlige Smit-soter)<sup>2)</sup>. Det er endelig i Overensstemmelse hermed, at han i Kritikken af Gönner's Udkast dadler en hel Række af dette Udkasts Bestemmelser, som vidne om en »ængstelig Omhu for at afværge enhver mulig Skade,

1) S. H. 1, S. 165 o. ff., 327 o. ff. 2) Eun. II, S. 91—93.

Fare eller Ulejlighed for Samfundet«, derved give Loven et »særdeles smaaligt og beklemt Udseende, der ikke kan have fordelagtig Indflydelse paa Folkets Agtelse for Loven, og som, sammenholdt med Udkastets Forbigaaelse af flere virkelige Forbrydelser, ofte give dette Præg af at afsi Myggen og sluge Kamelen<sup>1)</sup>. Videnskabens og Straffelovgivningens Historie viser noksom, at Ø. har haft god Grund til at gøre disse, nu almen anerkendte Sandheder gældende.

I en Paragraf i »Indledning« (§ 25) behandler Ø. Tilfælde, hvor Forbrydelsen bortfalder, fordi Rettigheden er ophævet eller sat udenfor Lovens Beskyttelse. Men foruden de Tilfælde, som denne Paragraf nævner, falde nogle af de i de følgende Paragrafer undersøgte Spørgsmaal ind under det samme Synspunkt, idet der spørges, om en vis Omstændighed fjerner Beskyttelsen for Angrebsobjektet, saa at Forudsætningen for Retsbrud og Forbrydelse bortfalder. De Omstændigheder, med Hensyn til hvilke dette Spørgsmaal kan rejses, ere følgende: Krigstilstand, Retsfrakendelse, Statens Dispensation, den angrebne Persons Samtykke samt Nødstilstand<sup>2)</sup>. Oversigten over Ø.'s Besvarelse vil vise, at den i ikke ringe Omfang har bragt Fremskridt.

Med Hensyn til *Krigsforhold* udtaler Ø. baade i »fremmede Love« og i »Indledning«, at den Retsbeskyttelse, som en Stat yder fremmede Stater og Undersaatter, forudsætter Fredsforhold. Naar visse Handlinger mod Fjendens Undersaatter alligevel straffes, ere de ikke at betragte som private Forbrydelser, som naar de øves mod en Medborger eller en venskabelig Stats Undersaat, men som

<sup>1)</sup> J. T. VII, 1. S. 10 o. ff. <sup>2)</sup> A. f. R. III, S. 63—73. Ved andre i Indledningens §§ 25—30 nævnte Omstændigheder er Spørgsmaalet, om Angrebshandlingen ophører at være retstridig.

Forbrydelser mod egen Stat, hvis Ære og Velfærd kræver, at dens Undersaatter afholde sig fra Handlinger, der stride mod de vedtagne Grænser for Krigens Førelse og derved beskæmme Staten og udsætte den for Retorsion<sup>1)</sup>. Disse Sætninger gaa dog sikkert videre, end der er naturlig Hjemmel for. Den for dem til Grund liggende Betragtning gaar ud paa, at der — som det hedder i Ø.'s ældre Skrifter, der ere stærkere paavirkede af Foreningsteorien. end de senere, — »mellem krigsførende Nationer intet gensidigt Retsforhold finder Sted. Den ene garanterer ikke den andens Medlemmer dens Rettigheder«<sup>2)</sup>. Men denne Betragtning er ikke i denne Udstrækning rigtig. Hvor Stat kolliderer med Stat eller Stat med fremmed Undersaat, kan det siges, at Ret og Uret bestemmes efter de »vedtagne Regler for Krigs Førelse«, og at den normale Retsbeskyttelse, som finder Sted lige overfor fredelige Udlændinge, derfor bortfalder. Men hvor Kollisionen kun er mellem Undersaatter som private, mangler der Grund til at gøre dette Synspunkt gældende. Heller ikke er Ø. i den ret udførlige Recension, han har givet af et Skrift af v. d. Becke om denne Sag, gaaet saa vidt i at drage formentlige Konsekvenser af Krigsforholdet, at han medtager Tilfælde af den sidst nævnte Art<sup>3)</sup>.

Naar *Retsfrakendelse* finder Sted, forsvinder Retsgodet som saadant, og Angreb paa det er ikke noget Retsbrud eller Forbrydelse. Denne selvfølgelige Sætning frembyder i sig selv intet kriminalistisk Spørgsmaal. Interesse for Strafferetten faar dette Emne imidlertid derved, at der med Hensyn til en Række af Strafonder, som anvendes eller have været anvendte

---

<sup>1)</sup> Eun. IV, S. 79—80, A. f. R. III, S. 64—65. <sup>2)</sup> S. L. E. 1800, S. 283, s. Trykkefrihedsskr. S. 280. s. H. 1, S. 157. <sup>3)</sup> N. J. A. XXI (1818), S. 67 o. fl., s. H. 1, S. 225—26 m. N.

i Lovene, kan spørges, om og i hvilken Udstrækning de medføre Retsfortabelse. Det har dog nu kun historisk Interesse at mindes Ø.'s Udviklinger i saa Henseende med Hensyn til forskellige Strafonder, som nu ere forsvundne — hos os ikke mindst ved Ø.'s Virksomhed —: Æreløshed, Fredløshed, Slaveri, Code penal's saakaldte »borgerlige Død«<sup>1)</sup>. Af Betydning for Nutiden er kun det, at Ø. mod ældre og samtidige Kriminalister — iblandt dem baade Grolman og Feuerbach — fastslog, at Dødsstraf og Frihedsstraf ikke medførte, at den dømte mistede Retsbeskyttelsen for Liv og Frihed lige overfor nogen anden end Staten, og at hin ældre Lære, hvorefter f. Eks. et Drab, udført paa den dødsdømte af en privat, kun kunde straffes som Brud paa den offentlige Orden, ikke havde Hjemmel i Sagens Natur<sup>2)</sup>.

Naar Loven hjemler Beføjelse til at dispensere fra den normalt gældende retlige Ordning, begrænser den selv denne Ordning's Gyldighed. Den givne *Dispensation* medfører, at Retsbeskyttelsen for saa vidt er hævet. En Handling imod den normale Ordning er altsaa intet Retsbrud og ingen Forbrydelse. Det forholder sig, som Ø. ved Omtalen heraf bemærker, anderledes end ved den fuldstændige Benaadning, der blot hæver Straffen: »De Følger, som en Forbrydelse trods Benaadning kan føre med sig, bortfalde her aldeles. Handlingen har tabt en Forbrydelses Karakter«<sup>3)</sup>. Her foreligger saaledes ikke noget, der kunde volde Splid mellem Kriminalisterne. Ganske anderledes stiller Sagen sig med Hensyn til Spørgsmaalet om Betydningen af den *private angrebnes Samtykke*.

1) I det følgende vil blive Lejlighed til at oplyse Ø.'s Stilling til disse Straffe. 2) Eun. II, S. 95—96, III, S. 33 o. ff, A. f. R. III, S. 64. 3) A. f. R. III, S. 69—70.

Her stod Ø. lige overfor en paa hans Tid endnu blandt Kriminalisterne udbredt Lære, at et saadant Samtykke altid borttog Retstridigheden som gyldigt Afkald paa Retsbeskyttelse. At dræbe en samtykkende, lærtes det, var derfor ingen Manddrabsforbrydelse, men maatte betragtes som Delagtighed i Selvmord. Herimod hævdede Ø. — ligesom Feuerbach i sine senere Udtalelser — at »Loven ikke kan tillade nogen vilkaarlig at raade over sit Liv, saa at den Anmodning, nogen i saa Henseende gør en anden, er at betragte som et intet og følgelig ikke kan betage den derefter iværksatte Handling noget af sit Væsen som Misgerning<sup>1)</sup>. Samtykket kan kun have denne Betydning, naar og for saa vidt Rettigheden staar under paagældendes vilkaarlige Raadighed. At derfor Hor ikke ophører at være Forbrydelse ved en af Ægtefællen dertil given Tilladelse, anfører Ø. som et Eksempel, der bl. a. fik Godkendelse i dansk Ret ved den under hans Medvirkning udkomne Frdg. af 24. Sptb. 1824<sup>2)</sup>.

Af størst Interesse i dette Emne er Ø.'s Lære, om og i hvilken Udstrækning der bør anerkendes en objektiv *Nødret*, hvilende paa den Grund, at »Nødtilfælde ophæver en ellers lovlig begrundet Ret, saa at en efter de almindelige Regler strafværdig Handling ophører at være det.« Herom maa imidlertid henvises til den i dette Skrifts 2det Afsnit, § 15, under I, givne Fremstilling af Ø.'s Lære om denne Sag. Den betegnede et stort Fremskridt i Forhold til Datidens Drøftelser og hviler paa Synspunkter, der ville vise sig holdbare<sup>3)</sup>.

---

1) Eun. III, S. 36—37, 313—14, A. f. R. III, S. 70—71. 2) A. f. R. III, S. 71—72, Koll. Tid. 1824, S. 574—75. s. ogsaa Koll. Tid. 1823. S. 349—50. 3) Om Retten til for at frelse Liv at gøre Indgreb i Ejendom, s. Eun. I, S. 28, 29, Tyveri Skr. S. 36—44, J



2. Det er først længe efter Ø.'s Tid, at Videnskaben har sondret skarpt mellem de to Krav, som ligge i Begrebet om et objektivt Retsbrud, det ene, at Angrebsobjektet maa være retsbeskyttet, det andet, at Angrebshandlingen maa være retstridig, og løst de Spørgsmaal, som opstaa med Hensyn til hvert af disse Krav, ud fra hinanden<sup>1)</sup>. Det kan da ikke vække Forundring, at Ø. ikke har gennemført en saadan Sondring og derfor heller ikke har behandlet de Spørgsmaal, som frembyde sig ved Bestemmelsen af den Egenskab ved Angrebshandlingen, at den maa være retstridig, ud fra et selvstændigt, almindeligt, objektivt Synspunkt, men væsentlig holdt sig paa de af Samtidens Videnskab slagne Veje. Ved nu at bringe Ø.'s spredte Udtalelser om selve Sagen ind under det af Videnskaben senere fundne fælles Synspunkt viser det sig, at den systematiske Mangel har ført til Ufuldstændighed paa nogle Steder, paa andre Modsigelse eller i alt Fald Uklarhed med Hensyn til, hvad Ø. tilsidst ansaa som den rette Løsning af herhen hørende Spørgsmaal. Billedet af et afsluttet, i sine Grundtræk uanfægteligt Hele frembyder Ø. Lære om dette Emne derfor ikke. Alligevel er det langt fra, at den ikke skulde bringe Videnskaben et blivende, endog væsentligt Udbytte. Først og fremmest maa det er-

---

A. Nr. 21, S. 228 o. ff. m. Noter. N. J. A. II, S. 43, N. A. d. Cr. V, S. 348—51, J. T. VI. 2. S. 90, A. f. R. III, S. 65—66, «Af mit Liv» I, S. 170—71 m. N. Om en videre Anvendelse af Principet samt om den ufravigelige Grænse for dets Anveudelse, s. Eun. I, S. 397 N, J. T. VI. 2. S. 97. XI. 1. S. 62—63. A f. R. III, S. 65—67, N. J. A. XXI. S. 72—75. «Af mit Liv» I, a. St. Mod Anvendelse af Synspunktet ved Perforation udtaler Ø. sig i N. J. A. XXI. S. 85 o. ff. J. L. E. 1799, S. 413 og i Trykkefrihedsskr. S. 230 ere Ø.'s Udtalelser ikke saa skarpt præciserede med Hensyn til Grænserne for en objektiv Nødret, som de blev efter Ejendomsskriftet.  
<sup>1)</sup> S. herom min Strafferettens alm. Del, S. 67 o. ff.

kendes, at selve Ø.'s særlig i Afhandlingen af 1812 udviklede Grundbetragtning om den Ubestemthed, der ofte maa klæbe ved Retsnormerne, aabner Blikket for, at heller ikke Formlen »Retstridighed« indeholder en Norm, hvis Anvendelse blot behøver Logik, men kræver en videre Undersøgelse, og at Ø. ogsaa i dette Emne til en vis Grad, om end ikke fortrinsvis i de særlig strafferetlige Skrifter, er slaaet ind paa den Vej, som dette Udgangspunkt anviser, og gjort det i højere Grad, end hans nærmeste Efterfølgere i Videnskaben, hos os og andetsteds. Hos Ø., mere end hos hine Efterfølgere, findes den Traad, der langt senere er optaget og spundet videre. Endvidere giver Ø.'s Bevislære ham Midlet i Hænde til i et med dette Emne nær sammenhængende, skønt nærmest processuelt Spørgsmaal, nemlig om Kavsalitetsbeviset, at opstille en Løsning, som gjorde det af med en i Datiden fremtrædende, for Retshaandhævelsen farlig Tendens, og som fra ham er blevet Videnskabens og Retsanvendelsens endelige Eje.

Selve Hovedsætningen, at Retstridighed er en selvstændig objektiv Egenskab ved Angrebshandlingen, uden hvilken denne ikke kan medføre noget Ansvar, udtaler Ø. med Styrke i Læren om Skadeserstatning. I Afhandlingen herom af 1818 hævder han mod de ældre lovkyndige (Hurtigkarl), at »Beskadigelse« og »Fornærmelse« ikke falde sammen: Man kan være berettiget til en Handling, hvoraf Skade og Tab for en anden følger, og kan da fornuftigvis ikke blive ansvarlig for dette Tab, denne Skade. I Haandbogens 5te Bind gentager Ø. dette og fremhæver her særlig den rigtige Konsekvens heraf, at denne Egenskab ved Handlingen heller ikke kan undværes ved forsætlig Skadetilføjelse. En forsætlig Forurettelse foreligger

<sup>1)</sup> N. J. A. XX, S. 124—26.

ikke altid, fordi en skadegørende Handling er forsætlig. »De aldeles *lovlige* Handlinger, der udføres med Bevidsthed om, at den anden deraf vil tage Skade, ere ikke forurettende og kunne ikke medføre nogen Forpligtelse til Erstatning«<sup>1)</sup>. I de strafferetlige Hovedarbejder fra 1817 og 1826 findes vel intet, der modsiger denne Hovedsætning, der maa gælde lige saa vel for Straf, som for Erstatning. Men Udtalelserne i disse Skrifter om Handlingens nødvendige Retstridighed ere meget kortfattede og lede ikke Tanken hen paa, at det her drejer sig om et selvstændigt Spørgsmaal, hvis Besvarelse ikke er givet med, at Handlingen angriber eller kan angribe et retsbeskyttet Objekt, men beror paa en Undersøgelse af de Grænser, som for Objektets Skyld drages for Handlefriheden<sup>2)</sup>.

I den nærmere Udførelse af den nævnte Hovedsætning er Ø. i hine civilretlige Skrifter meget knap og fastholder derhos ikke konsekvent det objektive Synspunkt for Afgørelsen. Han anfører i Erstatningsafhandlingen to Eksempler paa retmæssige tabforvoldende Handlinger. Typisk er dog kun det ene af dem, hvor Retmæssigheden beror paa en Pligt til at handle, og selv her rækker Eksemplet kun til en offentlig Pligt (Dommer, Vidne). Det andet Eksempel, som hentes fra retmæssig Næringskonkurrence, er for saa vidt ikke oplysende, som det ikke er givet, at der

---

1) Hdbg. V, S. 8—9. 2) Eun. II, S. 87 o. ff., A. f. R. III, S. 18—19. I J. A. Nr. 21 (1809. »Lærebog«) udtalte Ø. sig derimod paa en anden Maade: »Det flyder umiddelbart af den Lov, der erklærer en vis Følge af Handlingen for stridende mod Statens Øjemed. at enhver Handling, der efter sin Natur kan bevirke en saadan Følge, er forbuden . . . Borgeren er pligtig at undlade enhver Handling, som han skønner efter Naturlove at kunne frembringe en Følge, som er stridende mod Statens Øjemed«.

her er et retsbeskyttet Gode, og Grunden til, at intet Retsbrud foreligger, altsaa kan søges i, at et saadant Gode mangler<sup>1)</sup>. Der savnes derimod typiske Eksempler paa, at Handlingen kan være retmæssig, trods det, at der foreligger et retsbeskyttet Gode og uden, at der er Pligt til at handle eller kun en privatretlig Pligt. At saadanne Tilfælde forekomme, forudsættes vel andetsteds i Afhandlingen, samt i Haandbogen, men til Dels i en Forbindelse, der tyder paa, at Ø. heri har set en subjektiv, kun ved Uagtsomhed gældende Ansvarsfrihedsgrund. Det er saaledes alene ved Undersøgelsen om Ansvar for uagtsom Beskadigelse, at det fremhæves, at det daglige Livs almindelige Medfør, det paa ethvert Sted sædvanlige, Iagttagelse af almindelig Forsigtighed eller, i særlige Forhold, den Forsigtighed, som forstandige sagkyndige udvise, — fremdeles, at hvad der stemmer med »det billige, sædvanlige og til det virkelige Liv passende eller det borgerlige Samlivs Tarv« o. s. v., befrier for Ansvar<sup>2)</sup>. Derimod nævner Manddrabsafhandlingen et Eksempel, som illustrerer Sætningen med Hensyn til en »særdeles Pligt« af ikke offentlig-retlig Art, idet det anføres, at »den Læge ikke kan være ansvarlig efter Loven om Drab, som i et kritisk Sygdomstilfælde bruger et Middel, der, hvis det mislykkes, kan fremskynde den syges Død«<sup>3)</sup>. — Udførligst, om end kun indirekte, kommer Ø. i Erstatningsafhandlingen ind paa den Side af det almindelige Spørgsmaal, som angaar den retlige Bestemmelse af en Handlings Farlighed, d: hvad der retlig maa gælde om dens Evne til at bevirke Skade. At der i saa Henseende maa drages Grænser, udvikler Ø. her<sup>4)</sup>. De Handlinger, som ligge udenfor denne Grænse,

1) N. J. A. XX, S. 125. 2) Smst. S. 148 o. ff., Hdbg. V, S. 12—15. 3) Eun. III, S. 3 m. N. 4) N. J. A. XX, S. 144 o. ff.

og som derfor maa erklæres for i retlig Forstand ufarlige for et vist Gode, ere selvfølgelig for saa vidt retmæssige og ansvarsfri, og det, selv om den handlende attraar Følgen. Det sidste maa Ø. siges at have erkendt, saa at han i alt Fald i denne Anvendelse er i Overensstemmelse med sin Hovedsætning. Undersøgelsen gaar nemlig ud paa at vise, at der er Følger af en Handling, som ligge udenfor Ansvarsgrænsen. Hvad enten den Handling, hvoraf saadanne Følger flyde, er »forsætlig ulovlig« eller »aldeles tilladelig«, er den med Hensyn til dem retlig ufarlig, derfor ikke retstridig og kan ikke paadrage Ansvar, uanset de mulige onde Ønsker, den handlende i sit Sind kan nære om dens Indtræden. Ganske det samme udtales i Haandbogens noget kortere Fremstilling<sup>1</sup>).

Om de strafferetlige Skrifers Stilling til denne sidste Del af Spørgsmaalet, vil der nedenfor blive Lejlighed til at tale. Bortset herfra føre disse Skrifter ikke synderlig videre i almindelig Bestemmelse af, hvad der hører til for at gøre en Handling, der angriber eller kan angribe et Retsgode, retstridig. I »Grundregler«, der udkom Aaret før Erstatningsafhandlingen, gaas der ud fra, at de »umiddelbare« Retsforstyrrelser ingen Vanskeligheder frembyde ved Bestemmelse af Handlefrihedens Grænser, men at saadanne først opstaa, naar Talen er om de »middelbart« retsforstyrrende Handlinger. Med andre Ord: Kun de særlige, forebyggende, ikke de normale Grænser for Handlingen skulde trænge til nærmere Bestemmelse. Alt hvad Ø. med Føje og under Henvisning til Afhandlingen af 1807 udvikler om Hensyn, der af Lov-

---

<sup>1</sup>) N. J. A. a. St., Hdbg. V, S. 11—12. At O.'s Udtalelser de nævnte Steder ere eller kunne bringes i god Overensstemmelse med hans Hovedsætning, har jeg miskendt i min alm. Del. S. 72.

giveren bør tages herved, angaar kun Politiloves præventive Værn<sup>1)</sup>. Men i Virkeligheden forholder det sig i mange Tilfælde paa lignende Maade ved de umiddelbare Retsforstyrrelser, kun at Spørgsmaalet her hyppigere kommer til at foreligge for Dommeren end for Lovgiveren, der ofte ikke har givet eller kunnet give mere end en i et almindeligt, i sig selv ubestemt Begreb udtrykt Regel. Den uundgaaelige Ubestemthed i mange Retsnormer, som Ø.'s Afhandlinger af 1807 og 1812 saa godt eftervise, vil netop ikke sjældent vise sig, naar Grænsen for den normale Handlefrihed skal drages<sup>2)</sup>. En Paavisning heraf findes imidlertid ikke i Grundreglerne. Hvad der i dette Værk findes til Belysning af, at selv en retlig farlig Handling kan være forsvarlig og retmæssig, er set alene som Momenter ved Bestemmelsen af brødefuld Uagtsomhed, altsaa under Synspunktet af subjektiv Strafbestingelse. I Uagtsomhedslæren findes saaledes her — i Modsætning til Erstatningsafhandlingen — endog omtalt »Retten til at foretage en farlig Handling, fordi den er Pligt«<sup>3)</sup>. Fremdeles er det i Fremstillingen af Uagtsomhedens Grader, at mange, ikke paa den handlendes individuelle Personlighed beroende Hensyn, der komme i Betragtning ved at afgøre ikke blot Graden af Retstridigheden, men ogsaa, om en juridisk farlig Handling overhovedet er retstridig, omtales. Endnu mindre end i Grundreglerne er Behandlingen af Spørgsmaalet om Handlingens Retstridighed uddybet i Manddrabsafhandlingen og i »Indledningen«<sup>4)</sup>. Med Hensyn til enkelte Forbrydelser give de strafferetlige Skrifter dog et større Udbytte i den omspurgte Ret-

<sup>1)</sup> Eun. II, S. 88 og S. 91—93. <sup>2)</sup> S. H. 1, S. 181 o. ff., samt Trykkefrihedsskr., S. 215 o. ff. og H. 1, S. 239 m. N. <sup>3)</sup> Eun. II, S. 224—235, smh. m. S. 205—7. <sup>4)</sup> Eun. III, S. 29 og 223, A. f. R. III, S. 95 og 162.

ning. Særlig gælder dette om Ærefornærmelser. Herhen hører saaledes Ø.'s Lære, at efter Sagens Natur en Sigtelses Sandhed betager den Retstridighed <sup>1)</sup>, og dernæst Paavisningen af, at der gives Tilfælde, hvor en Sigtelses Fremsættelse er berettiget, uagtet Sandhedsbevis ikke er ført. Ø.'s Paavisning af Tilfælde af sidst nævnte Art er vel ikke udtømmende. Ved Siden af den »Pligt« til at tale, som Ø. anfører Eksempler paa, stiller han kun det *nødvendige* Værn for en Ret, medens Rammen maa udvides til at omfatte enhver berettiget Varetagelse af egen eller andres Tarv. Men Ø.'s Paavisning gik i den rigtige Retning og var et betydningsfuldt Bidrag til at klare den objektive Grænse mellem beføjede og ubeføjede Æresangreb <sup>2)</sup>. Ogsaa de Udviklinger, Ø. gav om Karakteren af den Svig, der hører til Bedrageriets Begreb, bør her nævnes. Der maa drages en Grænse mellem de »Foregivender, paa hvilke der maa kunne stoles, naar det borgerlige Samliv ikke skal besværes med altfor stor Ængstelighed«, og andre, om hvilke dette ikke kan gælde ifølge »de borgerlige Kontraktens Natur og for ikke at forstyrre Sikkerheden i Mit og Dit og ikke give Anledning til Chikaner og Trætter i Hobetal« <sup>3)</sup>. Selv om denne Grænse ikke kan gælde ubetinget, men — hvad Ø. vel ogsaa forudsætter — maa lempes, naar den besvegne staar under det almindelige Niveau i Kløgt, Erfaring og Dømmekraft, med hvilket der regnes i Handel og Vandel, er den Karakteristik, Ø. har givet af den i Almindelighed retstridige og strafbare

---

<sup>1)</sup> N. J. A. VIII, S. 186 o. ff., J. T. VII, 1, S. 52—53, XI, 2, S. 133. <sup>2)</sup> N. J. A. VIII, S. 224 o. ff., J. T. I, S. 346, se min Str R.'s alm. Del S. 258—59. <sup>3)</sup> J. T. VII, 1, S. 72 o. ff., jfr. Mot. t. Fdg. 11. April 1840 i Koll. Tid. 1840, S. 459 o. ff.

Svig, af Betydning for alle normale Tilfælde og vejledende ogsaa i Nutiden <sup>1</sup>).

Som ovfr. antydet, kommer Ø. i sine strafferetlige Skrifter ind paa udførlige Undersøgelser, som have Betydning for det særlige, herhen hørende Spørgsmaal, hvilke Handlinger der i retlig Forstand (juridisk) kunne gælde som farlige, o: hvis Evne til at virke eller medvirke til Indgreb i et Retsgode (Foraarsagelses-evne) gør Handlingen retstridig. Rigtignok faas ogsaa her Svaret kun indirekte, ligesom i de civilretlige Skrifter. Direkte besvares kun det Spørgsmaal, naar en indtraadt Skade maa betragtes som foraarsaget ved en Handling. Kun en Tilbageslutning oplyser om Konsekvensen med Hensyn til den Evne til at foraarsage, der er en Egenskab ved Handlingen, uafhængig af, om Skade virkelig er indtraadt eller ikke. Flere Udtalelser vidne iøvrigt om, at Ø. har haft Øjet aabent for, at Spørgsmaalet i første Række bør eller kan rettes herpaa <sup>2</sup>). Der viser sig imidlertid en særegen Vanskelighed ved her at udrede Ø.'s Lære, hidrørende

---

<sup>1</sup>) S. min Afhlg i T. f. R. 1900, S. 55 o. ff. og 102 o. ff. <sup>2</sup>) Her kan henvises til Udviklingen i J. A. Nr. 7, S. 189 o. ff. om Kant's Bestemmelse af en Handlings Moralitet, endvidere til Trykkefrihedsskr. S. 124 o. ff. om en Handlings *nødvendige* Tendens til at bringe Folket til Oprør som afgørende for dens Strafbarhed, s. ogsaa S. 210 o. ff., jfr. hermed J. T. VII, 1, S. 24 o. ff. om Modsætningen, der ikke er nok til at gøre en Handling retstridig (Handlinger, som antages at kunne foraarsage slig Følge eller — i et andet Forhold — kunne cragtes fordærlige for Sædelighed og Religion), J. T. VI, 1, S. 227—28 om visse Forbrydelser, hvor selve Gerningen udsætter en ubestemt Mængde af Personer for Beskadigelse, s. ogsaa Eun. III, S. 39 og N. J. A. I. S. 59. Ogsaa Bornemann taler i Monografien om Bortførelse om »Handlingens Bekvemhed til at medvirke til en vis retstridig Virkings Indtræden« samt om Handlingens derved bestemte »Tendens«, naar Bekvemheden er bevidst. S. Skr. V, S. 113, uden iøvrigt i sine Forelæsninger at udnytte denne Tanke.



derfra, at hans Udtalelser i Erstatningsafhandlingen betydelig afvige fra, hvad der læres, særlig i Mandrabsafhandlingen, om, hvorledes Grænsen skal drages for retlig Kavsalitet.

I Erstatningsafhandlingen udelukkes alle Følger, der ikke staa i nogen »rimelig Sammenhæng« med Handlingen. Det afvises at drage Grænsen efter Hensyn til, om Skaden blot er »foranlediget« — idet en anden Persons Handling er traadt imellem — eller »egentlig foraarsaget«: »Indenfor de Grænser, der af andre Grunde maa antages, er unægtelig den, hvis lovstridige Forhold indeholder en Betingelse eller Medaarsag til en Skade, pligtig at erstatte sammen. Erstatningspligten kan ingenlunde indskrænkes til det Onde, man ene og umiddelbart tilføjer sit Medmenneske«. Naturaarsager og frie Handlinger, der støde til (o: efter at Kræfterne ere satte i Bevægelse ved Handlingen, og førend disses Virkeevne er udtømt) stilles her, ligesom i de brugte Eksempler, ganske paa lige Fod. For begges Vedkommende beror den retlige Kavsalitet paa den »rimelige Sammenhæng«<sup>1)</sup>. Paa samme Maade udtaler Ø. sig Aaret forud (1817) i Afhandlingen om falsk Vidnesbyrd: »Den, der gør sit til at frembringe et Onde, som og virkeligen ved Hjælp deraf afstedkommes, er vist nok Medaarsag til dette, hvad enten saa den Medvirkning, hvorved samme har været fremmet, ogsaa af ham er blevet fremskyndet eller ikke. Selv med virkende Naturaarsager hindre ikke, at han jo maa betragtes som Ophavsmand til det frembragte Onde«. Efter Ordføjningen skulde det endog snarest være mellemkommende Naturaarsager, der kunde fritage den handlende for Ansvar, hvis man fraveg den fuldstændige

<sup>1)</sup> N. J. A. XX. S. 144 o. ff. og S. 147.

Ligestilling<sup>1)</sup>. I Modsætning hertil, i hvert Fald tilsyneladende, lærer Ø. med Hensyn til Manddrab, at det netop kommer an paa, om Handlingen er Aarsag, ikke blot Anledning til Døden. Aarsag er den handlende, naar Naturaarsager, være sig foregaaende eller efterfølgende, som sættes i Virksomhed ved Handlingen, medvirke til Døden. Naar derimod frie Aarsager, f. Eks. slet kirurgisk Behandling, støde til og bevirke, at en i sig ubetydelig Beskadigelse forvolder Døden, har han blot foranlediget og kan ikke (»næppe«) betragtes som Aarsag til denne<sup>2)</sup>. Til denne Forskel mellem Naturaarsager og frie Aarsager og mellem »foraarsage« og »foranledige« henholder Ø. sig udtrykkelig i nogle Recensioner fra 1821 i Jur. Tidsskr.: »Hvor Naturaarsager støde til, som enten foranlediges ved selve Beskadigelsen eller dog kun formedelst denne blive farlige, maa Beskadigelsen erkendes som Dødsarsag. Kun hvor senere frie Handlingers Medvirkning har forvoldet det dødelige Udfald, kan den beskadigende fritages for at anses som Dødsarsag«<sup>3)</sup>. Iøvrigt havde Ø. allerede i 1807 gjort denne Forskel mellem »Naturaarsager« og »moraliske Aarsager (frie Handlinger)« gældende til Berigtigelse af Juristernes Lære om »vulnus per accidens letale«<sup>4)</sup>. Det ligger nærmest i disse Udtalelser, at Ø. vil gøre den Forskel mellem tilstødende Naturaarsager og mellemkommende frie Aarsager, at de første aldrig kunne fritage den forudgaaende medvirkende Handling for at gælde som Aarsag, medens de sidste vel ikke ubetinget, men under visse Omstændigheder (hvis Saaret er »ubetydeligt«) kunne det. Til denne strenge Regel med Hensyn til Naturaarsagerne har Opfordringen for ham da

<sup>1)</sup> N. J. A. XVIII, S. 146—47    <sup>2)</sup> Eun. III. S. 39—42.    <sup>3)</sup> J. T. III, 2, S. 58—60, 88, 91—93.    <sup>4)</sup> J. A. Nr. 12, S. 206, Not., s. N. J. A. I. S. 60.

været den, at det galdt ham at stoppe en modsat Yderlighed, hvortil den tyske Lovgivning og Retspraksis var forfaldet, og som havde faaet nogen Indpas hos os, hvorom nedenfor. Men at Ø. virkelig har villet gaa saa vidt, som det nærmest ligger i hans Ord, maa dog stille sig som tvivlsomt, da Protesten mod hin Praksis ikke nødvendig kræver en saa absolut Regel, da en saadan dog, som hans egen Erstatningsafhandling viser, fører til Urimeligheder, da den heller ikke har utvetydig Hjemmel i de Bestemmelser i den bajerske Straffelov af 1813, hvilken — som Ø. selv siger — »med al den Simplicitet og til lige med den Grad af Bestemthed, som Materien taa-ler, har udtømt Sagen«<sup>1)</sup>, og da endelig den danske Dom, som Ø. i Manddrabsafhandlingen med Rette tager i Forsvar, vel kun angaar en tilstødende fri Aarsag, men særdeles godt lader sig forene med, at ogsaa tilstødende Naturaarsager kunne sættes ud af Betragtning under givne Omstændigheder, naar de nemlig ikke havde den »rimelige Sammenhæng« med Handlingen, som Ø. i Erstatningslæren kræver<sup>2)</sup>. Rigtignok taber herved hele Sondringen mellem tilstødende Naturaarsager og frie Aarsager i alt væsentligt sin praktiske Betydning. Ti Ø.'s Mening er ikke, at de frie Aarsagers Tilstød skulde befri den handlende for Ansvar, selv om den »rimelige Sammenhæng« er tilstede. Dette ligger udenfor Tankegang og Eksempler i hans Fremstilling og vilde derhos være uforeneligt med hans Lære om uagtsom Medvirkning til en Forbrydelse. For at anerkende en saadan Særstilling for de frie Handlinger maatte det statueres, at

<sup>1)</sup> J. T. III, 2, S. 91 o. ff. Jfr. herved min Str. R.'s alm. Del, S. 163 o. ff. samt nord. Retsencykl. Str. R.'s alm. Del, S. 23—24 om til Dels tilsvarende Regler i n. Stl. af 1842. <sup>2)</sup> Eun. III, S. 41—42.

endog den beregnelige tilstødende frie Aarsag befriede for Ansvar, med mindre enten et særligt Pligtforhold er tilstede eller, den Betingelse foreligger, som kræves til »Meddelagtighed«, nemlig Forsæt. Men Ø. lærer i »Indledning«, at »den, der ved ubetænksom Adfærd befordrer en Forbrydelse, vel ikke efter de naturlige og vedtagne Begreber kan siges at være meddelagtig (psykisk Aarsag, Medhjælper, Hæler), men at deraf ikke følger, at slig Ubetænksomhed i intet Tilfælde kan være Genstand for Straf. *De Grunde, hvorpaa Straffansvar for uagtsomme Forbrydelser i Almindelighed hviler, ere fuldkommens anvendelige paa den, der ved sin Letsindighed eller Ubetænksomhed foranlediger, at en saadan Forbrydelse begaas.* Men Straffen maa da naturligvis bestemmes efter Reglerne for uagtsomme Brud paa Lovene«<sup>1)</sup>. I Erstatningsafhandlingen synes Ø. vel at binde Ansvar for den uagtsomme Medvirkning til den Betingelse, at der er udvist »slet Tilsyn«, altsaa til Krænkelser af en særlig Pligt. Men dette er enten ikke fastholdt, eller ogsaa er dette Udtryk i den nævnte Afhandling ikke brugt for at begrænse, men for at illustrere<sup>2)</sup>.

Det kan herefter ikke nægtes, at der hviler nogen Uklarhed over, hvad der egentlig er Ø.'s Lære paa dette Punkt. Historisk lader dette sig forklare deraf, at han, i Overensstemmelse med hele Datidens Strafferetsvidenskab, i Stedet for at stille Spørgsmaalet paa Handlingens Evne til at foraarsage, har stillet det udelukkende paa, om den har foraarsaget, og at han, ligeledes med Datidens Videnskab, har gjort Besvarelsen af det saaledes stillede Spørgsmaal afhængig af rent logiske Begrebers Anvendelse. Med hele Ø.'s

<sup>1)</sup> A. f. R. III, S. 250. S. imod denne Lære min Fremstilling paa foran nævnte Sted. <sup>2)</sup> N. J. A. XXII. S. 115.

Moral- og Retslære vilde det have stemt bedre, om dette Synspunkt var blevet forladt, og Afgørelsen bestemt efter sædelige og retlige Betragtninger<sup>1)</sup>. For saa vidt den »rimelige Sammenhæng« i Erstatningsafhandlingen peger i denne Retning og forstaas om en Sammenhæng, der ikke blot faktisk, men ogsaa retlig er rimelig, altsaa om et Ansvar, der med Rimelighed kan paalægges — i Modsætning til Ansvar for det uberegnelige fremtidige, — er hans Lære herom derfor af mere Værd end det, der efter Bogstaven indeholdes i Manddrabsafhandlingen. Kun derved faas ogsaa en naturlig Forklaring af den Forskel, det gør med Hensyn til Ansvar for uberegnelige, tilstødende Omstændigheder, om Vedkommende har en særlig Pligt til at vare mod disse. Den Pligt, som det almindelige Samliv ikke kan paalægge, kan paahvile i Kraft af et særligt Pligtforhold<sup>2)</sup>. — Paa lignende Maade, som foran omtalt, har Logikeren taget Magten over Etikeren i Ø.'s Besvarelse af et andet Spørgsmaal, som Emnet frembyder, nemlig om den blotte Undladelse af at handle og derved forebygge en Skade, være sig en Naturulykke eller en Forbrydelse, kan regnes til det, der har retlig Evne til at foraarsage, derved komme ind under Kredsen af de mod det skadelidte Gode retstridige Handlinger og, hvis Skaden indtræder, ju-

<sup>1)</sup> S særlig J. A. Nr. 7, S. 189 o. ff. S. iøvrigt H. 1, S. 46—50. 53, 59 o. ff., 175 o. ff. <sup>2)</sup> S. Not. 1. S. 108. Det kan her bemærkes, at i Konsekvens af den »rimelige« Sammenhæng maa det Krav om en »nødvendig Tendens«, der af Ø. opstilles som objektiv Betingelse ved visse Statsforbrydelser, maa forstaas som omfattende det rimelige. Modsætningen er den i J. T. VI, 1, S. 25 og 26 omtalte blotte Mulighed, s. ovfr. S. 102, Note 2. Ogsaa i Manddrabsafhdlg. S. 59, ved Fortolkning af Chr. V. L. 6—6—1, fremstilles Sætninger, hvis Konsekvens er at kræve den »rimelige Sammenhæng«. Jfr. iøvrigt herved min Str. R.'s alm. Del, S. 162 o. ff. og alm. Retslære I, S. 327 o. ff.

ridisk behandles som dennes Aarsag. Det Svar, Ø. giver fra det logiske Standpunkt paa dette Spørgsmaal, afviger dog ikke fra det, et retligt Synspunkt maa føre til, nemlig at den blotte Undladelse i Almindelighed ikke kan have en saadan Betydning. Selv om Ø. nemlig ikke har Ret i, at »den, der ikke benytter en given Lejlighed til at hindre, aldeles ikke kan siges at være Aarsag, naar ingen positiv Handling kommer til« eller i, at »causa non prohibitiva er forsvundet af de ontologiske Systemer«, og selv om hans Betragtning, at Passiviteten intet bidrager til Skadens Tilværelse, men blot er Forsømmelse af at virke til dens Ikke-Tilværelse, derfor ikke kan anses for afgørende, saa føre Vilkaarene for det retlige Samliv dog til, at Ansvar for Skaden ikke i Almindelighed kan lægges paa den, der blot har undladt at forebygge<sup>1)</sup>. Derfor har Ø. ogsaa Ret deri, at den Pligt til at forebygge Ulykker, som Retsordenen under nærmere Betingelser med Føje paalægger som almindelig Borgerpligt, ikke begrunder et Ansvar som Aarsag til den indtraadte Ulykke, men kun for Forsømmelse af den paalagte Pligt<sup>2)</sup>. Endelig er det ogsaa rigtigt, naar Ø. undtager fra Regelen saadanne Tilfælde, hvor et særligt, ikke almenborgerligt Forhold medføre en »særdeles Pligt« til at afværge. Kun behøves til at be-

---

<sup>1)</sup> Eun. II, S. 173—74, III, S. 207, A. f. R. III, S. 251 o. ff., J. T. VIII, 2, S. 47. Fortrinsvis drøfter Ø. her Spørgsmaalet for det Tilfælde, at den undladte Forebyggelse angaar en Forbrydelse, og der altsaa er Tale om »negativ Medvirkning« til en saadan. Men f. Eks. i Eun II, S. 179 fremhæves det udtrykkelig, at de samme Regler maa gælde, naar Talen er om at afværge en allerede iværksat Forbrydelses Følger eller Naturbegivenheder, s. ogsaa J. T. VIII, 2, S. 49—51 og Koll. Tid. 1819, S. 555 o. ff. med Hensyn til An. 4. Aug. 1819. Se iøvrigt om det almindelige Spørgsmaal min Str. R.'s alm. Del S. 185 o. ff. <sup>2)</sup> Eun. II, S. 174—76, III, S. 208—10, A. f. R. III, S. 255 o. ff.

grunde dette ikke den ængstelige, til Dels søgte Eftersporen af en *positiv* Bestanddel i det paagældende Forhold, — noget, som ogsaa udsætter for at forrykke den rette Grænse mellem Regelen og Undtagelsen. Kun det logiske, ikke det retlige Synspunkt kunde motivere Nødvendigheden heraf<sup>1)</sup>.

I alle de Tilfælde, hvor det har Betydning for Afgørelsen om en Handlings Retstridighed, at den i retlig Forstand har Evne til at foraarsage Indgreb i Angrebsobjektet, følger som nødvendig logisk Konsekvens, at det kan forekomme, at en indtraadt Skade ikke kan retlig betragtes som foraarsaget ved Handlingen, uagtet denne havde hin retlige Evne og virkelig ogsaa har medvirket til Skaden, naar nemlig den Fare, som den rummede, og som gjorde den retstridig, dog er blevet betydningsløs, idet Skaden skyldes en tilstødende Omstændighed kun i Forbindelse med Handlingens ufarlige Egenskaber, en Konsekvens, Ø., om end i en anden Sammenhæng, fremhæver i Erstatningslæren<sup>2)</sup>. I Manddrabsafhandlingen har han undersøgt nogle ved Anvendelsen af denne Sætning opstaaende, da og senere omtvistede Spørgsmaal. Ø. betegner dem som »meget tvivlsomme«, og den Løsning, han kommer til, vil heller ikke alle være enige om<sup>3)</sup>. Alle ville derimod være enige med Ø. i, at mange af de paagældende Spørgsmaal »for den naturlige Retsfølelse maa tage sig ud som Spidsfindigheder, der ikke bør skille mellem Liv og Død«<sup>4)</sup>. Sagen er, at det

<sup>1)</sup> Eun. II, S. 176—77, A. f. R. III. S. 252, J. T. VIII, 2, S. 48. <sup>2)</sup> N. J. A. XX. S. 144, Hdbg. V, S. 11. <sup>3)</sup> Eun. III, S. 202 o. ff., jfr. min Str. R.'s alm. Del, S. 244 o. ff., s. ogsaa Eun. II, S. 212, J. T. VI, 2, S. 67 og A. f. R. III, S. 208—09. <sup>4)</sup> I Slutningen af Udviklingen i Eun. III (S. 207) ses det, at Ø.'s afgørende Grund for hans Løsning ikke ligger i en Underkendelse af den modsatte Opfattelses logiske Berettigelse, men i et fra det sædvanlige afvi-

her kun drejer sig om Konsekvenser, der alene bero paa god Logik, uden at selve de Retsregler, som paa- tvinge den lovkyndige Konsekvensen, sættes under De- bat. »Spidsfindigheden« kan kun undgaas ved For- andring i Retsreglen, navnlig Reglerne om fuldbyrdet og blot forsøgt Forbrydelse. Herom og om Ø.'s Stand- punkt i saa Henseende vil der først blive talt i den følgende Paragraf<sup>1)</sup>.

I Tilslutning til de omtalte Undersøgelser om ret- lig Kavsalitetssevne og Kavsalitet har Ø. optaget en Undersøgelse af praktisk Betydning for Strafferetten, om den end efter sit Væsen hører til Straffeprocessen, nemlig om det Bevis for Kavsaliteten, som maa kræ- ves for at lade Følgerne af foraarsaget Skade, særlig Straf, indtræde. At Ø. inddrog dette Spørgsmaal i sine Fremstillinger af den materielle Strafferet, laa ikke i en Miskendelse af Lærens naturlige Hjem<sup>2)</sup>. Men dels lagde han overhovedet mindre Vægt paa Systemfor- dringer, dels var der særlige Forhold tilstede, som maatte opfordre til omhyggelig at granske et Spørgs- maal, der baade havde den største Betydning for Straffeinstituttets praktiske Betydning, og som derhos stod i nøje Forbindelse med selve Straffeteorien. Saa meget større Interesse har Ø.'s Lære herom, som den utvivlsomt har slaaet et Resultat fast, der fuldt ud svarer til og vedblivende vil svare til Livets Behov og derfor er mere sikkert paa at hævde sig i Tidens Løb end adskilligt af det, Ø. lærte om Kavsalitetsens retlige Side, hvilket, som ovfr. vist, har ikke faa saar- bare Punkter. Ø. bekæmper nemlig den »over-

---

gende Begreb om, hvad der hører til fuldbyrdet Manddrabsfor- brydelse. <sup>1)</sup> A. f. R. III, S. 60. <sup>2)</sup> Om Kavsalitetsbeviset taler Ø. i følgende Skrifter, dels mere almindeligt i Trykkefrihedsskr., S. 231—32. jfr. Eun. I, S. 59 o. ff. (Afhlg. 1807) og H. 1. S. 310. i de andre Skrifter om retligt Bevis, se dette Skrifts første Afdeling.



spændte« Fordring til Kausalitetsbeviset, som Videnskab og Retspraksis i Tyskland (ved underordnede Domstole til Dels ogsaa hos os, men ikke ved Højesteret) var tilbøjelig til at komme ind paa, særlig ved Manddrab, nemlig at der skal have en »absolut, ingen Mulighed af det modsatte tilstedende Vished om den aarsagelige Forbindelse mellem den beviste Handling og den derpaa fulgte Død« for at kunne straffe for fuldbyrdet Manddrab. Denne Fordring var truende for Retssikkerheden. Ti ved den »aabnes alle Drabsmænd og Mordere en næsten sikker Adgang til at undgaa Lovens fulde Straf. De tyske Samlinger af Kriminaltilfælde frembyde en Mængde Eksempler paa, at de mest afgjorte Mordere ved dette Princip ere blevne reddede fra den lovbestemte Straf«. Ø. paaviser, at dette Krav »strider saa vel mod de almindelige Love, hvorefter den menneskelige Forstand maa bedømme Forholdet mellem Aarsag og Følge, som og i Særdeleshed mod Naturen af det juridiske Bevis«. Hvad der med Føje kan kræves er kun, »at den indtrufne Skade i og for sig passer sig til den beviste Handling, og at ingen anden rimelig Grund frembyder sig, hvoraf den kunde være at forklare« eller ved Manddrab »at den paa anden Maade oplyste Handling under de givne Omstændigheder var skikket til at frembringe Døden, og at de befundne Kendsgerninger ikke tyde paa nogen anden

---

S. 336—38, samt i Tyveriskr., S. 274 o. ff., dels særligt om det her foreliggende Spørgsmaal i Eun. III, S. 42 o. ff., A. f. R. III, S. 60 og S. 207—08, endvidere i selvstændige Afhandlinger og en Række Recensioner, N. J. A. I. S. 43 o. ff. (»Om den Visheds Grad, der bør have om en lovstridig Handlings Følger, naar Straffen derpaa beror«). XXIX, S. 1—4, J. T. II, 2, S. 217, III, 2. S. 60. 82 o. ff., VI, 2, S. 64 o. ff., jfr. endelig Koll. Tid. 1840. (XVII o. ff. om Frdg. 8. Sept. 1841).

Dødsaaarsag«. »Der er — tilføjes det — saa meget mere Grund til at berolige sig herved, som det ikke er Handlingens tilfældige Følge, men Beslutningen i Forbindelse med den Handling, hvorved samme er udført, der indeholder Grunden og Maalestokken for en Persons Strafværdighed. Naar Lovene tage Hensyn til Følgerne, maa dette forklares deraf, at disse indeholde den sikreste Bekræftelse paa, at Handlingen virkelig efter sin Natur har været skikket til at afstedkomme et Onde. Men naar Handlingens Følge saaledes kun staar i en fjernere, mere middelbar Forbindelse med det, der gør en Person til Genstand for Straffeloven. er det unaturligt at kræve et Bevis for Kavsalforbindelsen mellem Handlingen og den omspurgte Følge, som sjeldent eller aldrig lader sig tilvejebringe. Her kan ikke den Frygt finde Sted for at forurette den skyldige eller mindre skyldige, som i de andre Dele af Undersøgelsen opfordrer til den yderste Varsomhed«<sup>1)</sup>. Den sidste Del af denne Udvikling staar i Forbindelse med materielle Strafferets-sætninger, om hvilke der først handles i næste Paragraf. Den første Del er en Konsekvens af de almen-gyldige Grundsætninger i Bevislæren, som Ø. bragte paa det rene, og hvis Betydning for Strafferetten, det saa vel i dette som i andre Punkter har været ham magtpaaliggende at paavise og skaffe et sikkert og berettiget Herredømme i Retsanvendelsen<sup>2)</sup>.

Til Afslutning af Ø.'s Lære om Handlingens Retstridighed bør endnu nævnes de Omstændigheder, han omtaler, som kunne medføre, at en Handling, der efter

---

<sup>1)</sup> Eun. III. S. 42 o. ff., jfr. S. 199 o. ff., A. f. R. III, S. 207 —08. N. J. A. I. S. 42 o. ff., J. T. III, 2, S. 82 o. ff., J. T. VI, 2. S. 64 o. ff. <sup>2)</sup> I N. J. A. I, S. 57 paaberaaber Ø. sig ogsaa Afhandlingen over den juridiske Visheds Natur og Væsen i J. A. Nr 13, S. 180 o. ff.

den almindelige Regel er en Overskridelse af Handlefrihedens Grænser lige overfor Angrebsobjektet, taber sin Karakter af Retstridighed. Blandt Omstændigheder, der med Føje ses under dette Synspunkt — forskelligt fra Undtagelser fra et Godes Retsbeskyttelse, s. ovfr. — nævner Ø. først en »*særdeles Autorisation af en kompetent Øvrighed*«<sup>1)</sup>, dernæst *Befaling af foresatte indenfor deres Befalingsrets Grænser*<sup>2)</sup>. Ø.'s Omtale af det sidste Tilfælde skelner iøvrigt ikke skarpt mellem Tilfælde, hvor Befalingen er bindende uden Ret til at bedømme Lovligheden og derfor ophæver Handlingens Retstridighed for den adlydende, og dem, hvor Befalingen, uden efter sit Indhold at være bindende, dog udelukker Ansvar for den adlydende, fordi denne er ubekendt med og ikke har Pligt til at granske dens lovstridige Karakter, altsaa af en subjektiv Grund, der ikke har sin Plads i denne Sammenhæng. Det er ogsaa kun en saadan subjektiv Grund, — naar Sagen skal bedømmes efter almindelige Grundsætninger —, som efter Omstændighederne vil kunne fritage Personer, der efter Fuldmagt (Begæring) af en privat yde en vis Medvirkning ved Pressepublikationer, for Ansvar. Den Omstændighed, at den, der har begært Medvirkningen, har et ubetinget Ansvar for Offentliggørelsen, kan ikke give Medvirkningen objektiv Berettigelse. Det er derfor ikke rigtigt, naar Ø. med Henblik paa Frdg. 27. Sept. 1799 nævner det som et Tilfælde, hvor Handlingen mangler objektiv Retstridighed<sup>3)</sup>. Derimod nævner Ø. som Tilfælde af denne Art med Føje dels den *retmæssige Udøvelse af en offentlig Tvangsret* og af en *privat Revselsesret*<sup>4)</sup>, dels Ud-

1) A. f. R. III. S. 70, jfr. Eun. II. S. 88—89, J. A. Nr. 10, S. 196 o. ff. (Anvendelse paa Frdg. 27. Sept. 1799 § 20). 2) A. f. R. III. S. 68, J. T. VI, 2, S. 99—100, XI, 2, S. 65—66. 3) A. f. R. III. S. 68—69, jfr. S. 242—43. 4) A. f. R. III. S. 74.

øvelse af *berettiget Nødværge*<sup>1)</sup>. Grundtrækkene af Ø.'s Lære om Nødværge, der i det hele maa erkendes for rigtige, ere angivne ovfr. i Afsnit II. Her er der kun Anledning til at bemærke, at Ø. ogsaa med Hensyn til Nødværge har gjort en Ekskurs med Hensyn til Beviset for Nødværge, og i dette bragt rigtigere Opfattelser til Gyldighed end de, som tidligere hylledes. Mod Nørregaard paaviser han, at der ikke er Hjemmel for efter civilprocessuelt Mønster at lægge Bevisbyrden over paa den, der beraaber sig paa Nødværge. Civilprocessens Bevisbyrdereregler kunne ikke afgive Norm for Straffeprocessen. Det paahviler her Staten at oplyse Tildragelsen i sin hele Sammenhæng. Hvor Undersøgelsens Udfald gør det tvivlsomt, om Handlingen er begaaet under saadanne Betingelser, der gøre den til Genstand for Straffeloven, eller ikke, bør den anklagedes Frifindelse være Følgen. Heraf følger dog ikke, at et ubevist Foregivende om Nødværge ubetinget frelser den, der sigtes som Drabsmand. Det retteste Middel til at undgaa Yderligheder er, at det anses som Pligt, at Vedkommende uopholdelig andrager Begivenheden for Øvrighed eller Dommer, og da ved en fuldstændig og oprigtig Forklaring faar Lovens Formodning for sig<sup>2)</sup>.

## 19. Fortsættelse.

### II. Særlige objektive Betingelser for Strafbarhed.

Straf finder ikke altid Sted, om der endog foreligger et aktuelt Retsbrud  $\circ$ : et ved en retstridig

<sup>1)</sup> A. f. R. III, S. 73—74, J. A. Nr. 4, S. 175—78, N. J. A. II S. 41, XXVIII, S. 62—65 Note, J. T. I, S. 351—52, VI, 2, S. 101 o. ff., XI, 2, S. 67 o. ff., XV, 1, S. 133, N., S. 138—40, Tyveriskr. S. 271, Eun. III, S. 4—17, s. H. 1, S. 389—41. <sup>2)</sup> Eun. III, S. 17—21.

Handling bevirket Indgreb i et retsbeskyttet Gode. Paa den anden Side rammer Straf i mange Tilfælde, skønt et aktuelt Retsbrud ikke foreligger, men et Retsbrud kun paa en eller anden Maade har staaet i Udsigt. I begge Retninger opstaar der saaledes Spørgsmaal om de særlige objektive Betingelser for Strafbarhed eller om de for Straffeinstituttet ejendommelige objektive Maksimums- og Minimumsbetingelser. Dette fører ind paa en Række specifikke Strafferetspørgsmaal, der har en fremtrædende Plads i Ø.'s Lære.

1. Et foreliggende Retsbrud, selv om aktuelt, er langt fra altid tilstrækkelig objektiv Betingelse for Straf. Straf bør — saaledes lærer Ø. — ikke finde Sted, naar andre Tvangsmidler gøre Fyldest, men bør omvendt anvendes, naar dette ikke er Tilfældet. I »Grundregler« undersøger Ø., hvor vidt forekommende Tvang, umiddelbar Tvang til Pligtens Opfyldelse, Tvang til Skadeserstatning og Tabet af en ved Lovenes Opfyldelse betinget Ret ere tilstrækkelige Tvangsmidler, der gøre Straf overflødig. Det første Slags Tvang hæver i de fleste Tilfælde ikke Straffen, men kan kun gøre det, »hvor Staten har indrettet et vist Opsyn, hvorved den retstridige Handling altid maa kunne forebygges, naar de, hvem Opsynet er betroet, gøre deres Pligt, og den handlende ikke ved Vold eller List har unddraget sig Opsynet (Censur)«, samt »hvor der blot er truet med Vold, uden at nogen virkelig retkrænkende Handling er udøvet«. Umiddelbar Tvang til Opfyldelse kan, naar denne er sikker, være nok, »da den — ved de for vedkommende forbundne Bekostninger og andre Ulemper — virker paa samme Maade som Straf og saaledes giver tilstrækkelig Borgen for, at ingen uden Nødvendighed underkaster sig Tvangen«. Forpligtelse til Skadeserstatning er nok, naar Skaden lader sig erstatte, ikke skjules og

ej heller giver den Skadelidende Udsigt til nogen For-  
 del: »Erstatningen mangler vel Formen af Straf, men  
 maa dog (under hine Betingelser) have samme afskræk-  
 kende Kraft som en egentlig Straf« (uagtsomme For-  
 muebeskadigelser, visse Beskadigelser paa Personer,  
 saasom ulovlig Arrest). At en Handling bliver ugyl-  
 dig, ganske eller delvis, er nok ved Handlinger, der  
 skulle stifte Rettigheder, eller som betinge en Rettig-  
 heds Vedligeholdelse<sup>1)</sup>. Saaledes som Ø. udvikler  
 denne Lære om Betingelsen for Strafs Nødvendighed,  
 ses det, at den paa adskillige Punkter har den Ube-  
 stemthed, som er uadskillelig fra mange Retsregler,  
 og at det derfor er mere tilsyneladende, end virkeligt,  
 at der gives Lovgiveren eller Dommeren (ved ulov-  
 stemt Forbrydelse) en bestemt Norm i Ø.'s Sætning,  
 at »en Handling, som er en umiddelbar Retskrænkelse,  
 ubetinget bør belægges med Straf, naar intet andet til-  
 strækkeligt Tvangsmiddel gives til at hæmme den og  
 iøvrigt de subjektive Strafbetingelser ere tilstede«<sup>2)</sup>.  
 Men selv bortset herfra er der forskellige, af Ø. selv  
 anerkendte Omstændigheder, som med Føje kunne  
 bevirke, at Staten fraviger hint »ubetingede Bør«, som  
 opstilles. I saa Henseende kan for det første henvis-  
 ses til Benaadningsretten, hvis mislige Sider Ø. vel  
 ofte og stærkt fremhæver, men som han dog indenfor  
 visse Grænser godkender<sup>3)</sup>. Heller ikke forkaster Ø.  
 helt den almindelige Straffrihed, som ved Forsøg paa  
 Forbrydelse tilkendes den frivillige Tilbagetræden<sup>4)</sup>.  
 Men navnlig maa det fremhæves, at Ø. billiger, at

---

1) Eun. II, S. 83—91, 190—92, A. f. R. III, S. 19 N, S. 41—  
 43 og med Hensyn til det sidste Punkt den videre Udvikling i  
 Hdbg. I, S. 271—76. I Hovedtrækkene findes denne Ø.'s Lære  
 allerede i Trykkefrihedsskr. S. 260 m. Note. 2) Eun. II, S. 88. 3)  
 S. herom det følgende samt H. 1, S. 357 og 419. 4) S. herom  
 nedenfor i denne Paragraf.

Strafbarheden endog af et fuldstændigt, aktuelt (og tilregneligt) Retsbrud i visse Tilfælde indskrænkes langt ud over den Grænse, han i Almindelighed drager. To saadanne Tilfælde har Ø. skænket en særlig Opmærksomhed. Det ene er det i visse, i Særdeleshed ved concursus necessarius forekommende Tilfælde, at af flere medvirkende Straf kun rammer en enkelt, det andet, at Straf betinges af den Skadelidendes Vilje. I begge disse Tilfælde har Ø. erkendt, at Opportunitets-hensyn med Rette sætte Grænser for et »ubetinget Bør«, hvad der da ogsaa bedst stemmer med Ø.s Lære, at Retshaandhævelsen hverken kan eller bør være absolut<sup>1</sup>).

Om det første Tilfælde udtaler Ø. sig udførlig i »Indledning«, vel nærmest efter den positive Ret, men dog saaledes, at det kan ses, at han i alt Fald i adskillige af Eksemplerne ikke misbilliger den nogle medvirkende tilstaaede Straffrihed. Medens han saaledes vel finder, at den ugiftes Straffrihed i Hor er stridende mod Sagens Natur, erkender han, at Billighedshensyn tale til Undskyldning for den, der (med Kundskab) erlægger uhjemlede Sportler til en Embedsmand, saa at der ikke er noget at sige imod at statuere en almindelig Grundsætning, »at den, der ved at erlægge slige ulovlige Betalinger deltager i Embedsmandens Brøde, ikke straffes, naar der iøvrigt ikke derved forbindes nogen ulovlig Intention«, og at det ligeledes bør være Regel, at Betaling over foreskrevne Takster blot tilregnes Modtageren, som derved søger at udsuge den, der behøver hans Varer eller Tjeneste, men ikke den betalende, »der maa antages ugerne og kun, fordi han ellers ej kunde erholde det, Takstlovgivningen vil tilsikre ham, har bekvemmet sig til at

<sup>1</sup>) S. H. 1, §§ 13 og 14.

betale over Taksten«. Lignende Betragtninger gøre sig med endnu større Styrke gældende, naar »Kontrakter indgaas, som Loven har forbudt som undertrykkende for den Part, der antages ved sin ringere Grad af Oplysning eller lavere borgerlig Stilling eller ved sin øjeblikkelige Forlegenhed at være mere eller mindre undergoven sin Medkontrahtents Vilkaarlighed«, saa at Debitor efter en mod Aagerlov stridende Kontrakt, Fæstebonden, der indgaar en Kontrakt, som Landbo-loven af Omhu for ham har forbudt, Ikke-Embedsmanden, der indlader sig paa en Kontrakt med en Embedsmand om en Kontrakt, der er forbudt denne for ikke at udsætte hin for ulovligt Tryk, ikke straffes, men kun henholdsvis Kreditor, Jorddrotten, og Embedsmanden. Af andre Grunde billiges det, at f. Eks. uberettiget Næringsdrift ordentligvis ikke medfører nogen Straf for den, der har betjent sig af den uberettigede, eller at f. Eks. den, der giver Almisse til Tiggere, ikke straffes: Ved visse uhjemlede Foretagender er det uforholdent til Lovens Overholdelse at lægge Ansvar paa andre end Hovedmanden. Udvidelse af Straffen til den, som vidende om hans Mangel paa Hjemmel har indladt sig med ham, vilde derhos ofte lede til Vidtløftigheder og odiøse Undersøgelser. Ved Duel findes det naturligt, at Sekundanter, hvis Bestemmelse egentlig er, saavidt muligt at forebygge eller formindske Duellens sørgelige Følger, og andre Personer, der paa en for Duellens Tilvejebringelse mindre nødvendig Maade gaa Duellanterne til Haande, f. Eks. ved at overvære den som Saarlæger, hvis de straffes, saa dog kun straffes fra langt mildere Synspunkter. Omvendt er der Tilfælde, hvor den egentlige Gerningsmand i et Forehavende har en Undskyldning, som kan gøre det naturligt, at han enten ingen Straf faar eller kun en ubetydelig, medens



den, der befordre hans Foretagende, ikke har dennes Undskyldning. Eksempel herpaa hentes fra Fangers Undvigelse, strafforfulgte Personers Flugt m. m. <sup>1)</sup>).

Med Hensyn til den anden Klasse af Tilfælde gav Polemikken med Gønner Ø. Anledning til udførlig at forklare den legislative Berettigelse af at undergive Ærefornærmelser (og visse med dem ligestillede Forbrydelser mod Enkeltmand) privat Paatale og saaledes gøre Straf for dem afhængig af den Skadelidendes Vilje: »Skønt Æren er et betydeligere Gode end Godset, følger deraf ingenlunde, at Ærefornærmelser høre til en højere Klasse af Forbrydelser end dem, der blot have Gods til Genstand . . . *Injurianten tager ikke saaledes Æren bort fra den beskyldte, som Tyven Godset. Det beror derhos paa enhver subjektive Følelse, hvor højt han vil vurdere en Ærefornærmelse.* Det er langt fra ikke altid Mangel af Æresfølelse, der gør nogen ligegyldig ved Ærefornærmelser. Tværtimod finder man i Almindelighed, at den Ære, der er slettet grundet, er den mest pirrelige. Mangen brav Mand foragter derfor i Almindelighed de Angreb, som Kaadhed, Misundelse eller Letsindighed maatte gøre paa hans Ære, og vil kun, under meget særdeles Omstændigheder, ønske Straffelovene satte i Virksomhed til Beskyttelse for sin Ære. At paanøde ham en saadan Beskyttelse vilde være højst unaturligt, og Staten vilde derved ofte forvolde ham langt større Ulejlighed og Krænkelser, end Injurianten havde været i Stand til at tilføje ham. Paa Grund af Sandhedsundskyldningens Betydning maatte den offentlige Myndighed, naar alle Ærefornærmelser ex officio skulde undersøges, begynde med en Undersøgelse mod den beskyldte, der baade

---

<sup>1)</sup> A. f. R. III, S. 237—46, jfr. J, T. IV. 2, S. 51—57 og 72—79, VII, S. 1—6, IX, 1, S. 120, Eun, III, S. 299—300.

for denne vilde være højst krænkende, og for saa vidt Beskyldningen ikke gik ud paa en borgerlig strafbar Handling, i alle Henseender aldeles ubeføjet. At det vilde blive en uendelig Plage for Justitien og for alle dem, der skulle kaldes som Vidner o. s. v., dersom officiel Undersøgelse skulde anstilles angaaende al for nærmelig Omtale, falder i Øjnene . . . At Ærefornærmelser i Almindelighed kun ere privat Forfølgning undergivne, medfører ikke den Strafløshed, som den samme Regel vilde gøre, anvendt paa Tyveri. Den paa Æren fornærmede bliver baade ved sine egne Følelser og ved den offentlige Mening noksom opfordret til at paatale Fornærmelsen, dersom denne ellers er af den Slags, at den er Paatale værd. Derimod vilde den bestjaalne yderst sjeldent forfølge Tyven til vedbørlig Straf, dersom dette beroede paa ham selv, . . . snart af Medlidenhed eller paa Grund af andres Overtalelser, snart fordi han ved at tinge med Tyven . . . kunde skaffe sig Erstatning, der ellers gik tabt. *Da Ærefornærmelser i Almindelighed hidrøre fra det særdeles Sindelag, Fornærmeren har mod den fornærmede, foruroliges heller ikke herved tredje Mand, saaledes som ved Tyvens Forbrydelse. Endelig . . . røbe de fleste Ærefornærmelser ikke en saadan slet og foragtelig Tænkemaade, at de kunde gøre Personen uværdig til offentlig Ære og Tillid, saa at fra dette Synspunkt en Grund bortfalder, som ikke tillader at gøre Tyveri til Genstand for vilkaarlig Eftergivelse eller Tingning» . . . Disse »Grunde i Mængde«, som Ø. saaledes fremfører mod Gønner, for den private Paatale af Ærefornærmelser, og som ingen af de samtidige Kriminalister, end ikke Feuerbach og Grolman, havde fremstillet saa rigtigt og udtømmende, gøre det — fortsætter han — let at indse, at visse Voldsgeringer have saa meget tilfælles med Ærefornærmel-*

ser, at de i denne Henseende maa sættes ved Siden af dem. »Saadanne personlige Angreb, der mere medføre Krænkelser end noget egentligt og vedrørende Onde, saadanne, der mere hidrøre fra personlig Uvilje end fra en almenfarlig Tænkemaade, og hvori der er gensidig Skyld, bør den Skadelidende efter Godtbefindende kunne forfølge eller lade upaatalte. Naar derimod Lemlæstelse eller anden betydelig Beskadigelse er foraarsaget eller nogen uden Anledning er overfaldet paa sin lovlige Vej, vil det offentlige ikke altid kunne sidde roligt, fordi den fornærmede tier eller siden mindeligen vil afgøre Sagen. Grænserne er det imidlertid vanskeligt nok at trække. Det turde vel i visse Tilfælde være at overlade til Øvrighedens Skøn, hvorvidt den in concreto maatte finde sig beføjet til paa Statens Vegne at paatale slige Fornærmelser eller ikke. I det hele taget er der langt mindre Grund for Staten til at indblande sig i Forfølgningen af det Slags Fornærmelser end i de Forbrydelser, hvorved Ejendomsrettens Sikkerhed krænkes<sup>1)</sup>).

De anførte Udtalelser af Ø. om Tilfælde, ved hvilke hans tilsyneladende absolute Sætning om, at Straf bør finde Sted, naar andre Tvangsmidler ere utilstrækkelige, ikke uvæsentlig begrænses, have vist sig af saa megen praktisk legislativt Værd, at de i dem fremhævede Synspunkter i deres Hovedtræk ikke ere fornægtede af senere Lovgivninger<sup>2)</sup>).

2. Det Spørgsmaal, hvilke objektive Minimumsbetingelser der bør gælde for Straf, var paa Ø.'s Tid og er til Dels endnu paa adskillige Punkter Genstand for Strid baade i Teorien og i Lovene. Striden indskrænker sig dog væsentlig til de forsætlige Forbry-

<sup>1)</sup> J. T. XI, 2, S. 123—39. Eun. II. S. 154—55. Note, 190—92.

<sup>2)</sup> S. med Hensyn til An. 4. Okt. 1833 § 30. Koll. Tid 1833, S. 675.

delser. For de uagtsomme Forbrydelsers Vedkommende erkendes det i Almindelighed, at der for at straffe maa foreligge baade den fuldendte objektivt retstridige Handling og et derved bevirket Indgreb i det retsbeskyttede Angrebsobjekt. Med Hensyn til de forsætlige Forbrydelser derimod ligger det i den almindelige Anerkendelse af Forsøgets Strafbarhed, at i alt Fald det Krav ikke stilles, at Angrebsobjektet skal have lidt og Forbrydelsen saaledes være »fuldbyrdet«. Men hermed hører Enigheden op. Objektive Forsøgsteorier, der stille mere eller mindre vidtgaaende objektive Krav til den strafbare Forsøgshandling, strides her med subjektive, hvis fælles Løsen er, at en Handling, der foretages til Udførelse af forbrydersk Forsæt, kan være strafbar, uden at nogen selvstændig objektiv Egenskab kræves.

Saa vel med Hensyn til hine Punkter, hvor Teori og Lovgivning samstemme, som med Hensyn til de nys berørte Stridsspørgsmaal udviklede og fastholdt Ø. med stor Energi og Konsekvens et »subjektivt« Standpunkt, som baade ved Begrundelsen og ved Konklusionerne i flere Henseender endnu har umiskendelig Vægt for Nutidens Strafferet, i visse Retninger endog for Strafferettens sandsynlige Fremtidsudvikling paa dette Omraade.

a. For det af alle erkendte Resultat, at en indtraadt Lidelse af Angrebsobjektet ikke er Strafbetingelse ved forsætlig Forbrydelse, gør Ø. den med Straffetruselteorien ganske stemmende Betragtning gældende, at det med Hensyn til kriminalistiske Følger alene kan komme an paa, om Angrebshandlingen er fuldendt, medens Virkningens Indtræden efter Sagens Natur maa være strafferetlig ligegyldig. Derfor bør *delictum perfectum* strafferetlig ganske stilles lige med *delictum consummatum* og navnlig lige saa vel

som dette ifalde den fulde Straf, selv om ifølge Logik eller Vedtægt en Sondring mellem disse Begreber maa bibeholdes ved visse Forbrydelser. Allerede tidlig fremsætter Ø. denne Opfattelse. Hovedudviklingen derom findes i »Grundregler<sup>1)</sup> :

»Der gives — hedder det her — adskillige Misgerninger, som efter de derom antagne Begreber ikke fuldendes ved en vis Virksomhed fra Forbryderens Side, men til hvis Væsen tillige en vis udvortes Følge kræves, uden hvilken Loven og Kriminalisterne ikke pleje at antage fuld Strafbarhed. Dette gælder i Særdeleshed om Drabsforbrydelsen, hvis fulde Straf man end ikke anser anvendelig paa den, der har rakt en anden en dræbende Gift, naar dennes dræbende Virkning paa en eller anden Maade undgaas. Man gør derfor og, hvad slige Arter af Forbrydelser angaar, Forskel paa den fuldendte og den fuldbrugte Misgerning (*delictum perfectum et delictum consummatum*), hvilke Begreber derimod med Hensyn til mange andre Forbrydelser f. Eks. Statsforræderi, Mordbrand, Børns Henlæggelse, falsk Vidnesbyrd, Dueller, verbale Injurier, falde sammen. Men *efter rigtige Grundsætninger burde uden Tvivl den hele Straf falde paa den fuldendte forbryderske Virksomhed, skønt denne bliver uden Følge*. Vel er det med Hensyn til den Følge, der deraf kunde befrygtes, at det er Forbrydelse at bibringe nogen en Gift, at jage Dolken i en andens Bryst o. s. v. Imidlertid kan Straffeloven dog ikke gaa ud paa at bestemme Naturvirkningen af de menneskelige Handlinger. Men Loven, der skal opnaa sit Øjemed ved at virke paa Begærvnen, kan alene sætte Straf for den frie Virksomhed, som gaar ud paa at frembringe Følgen. Er denne Virksomhed i sit fulde Omfang tilstede, er ogsaa Lovens fulde Straf forskyldt. Om Forsynet veldædigen afværger Følgen, bliver derved Misgerningen ikke formindsket, saa lidet som denne forøges derved, at Handlingen tilfældigvis faar flere Følger, end Gerningsmanden tilsigtede eller kunde gøre Regning paa. *Kun som<sup>2)</sup> Kundskabsgrund, hvorfra man kan slutte til Handlingens egen Beskaffenhed, bør Følgerne tages i Betragtning*«.

1) Eun. II, S. 147—48, jfr. N. J. A. XVIII, S. 146, XXIX, S. 4, Note. S. *tidligere* J. M. 1800, II, S. 396—97, Note, J. A. Nr.

I adskillige senere Skrifter<sup>1)</sup> og særlig i »Indledning«<sup>2)</sup> udvikler Ø. det samme Synspunkt. Det hedder i den sidste: »Da det egentligen er den forbryderiske Virksomhed og ikke dennes tilfældige Resultat, der bestemmer en Persons Strafbarhed, synes det, at den fulde Straffegenstand er tilstede, naar hin Virksomhed er tilvejebragt«<sup>3)</sup> og senere<sup>4)</sup>: »Det er vist, at det, der i og for sig indeholder Grunden og Maalestokken for en Persons Strafværdighed, er den forbryderske Beslutning og den til sammes Fuldbgyrdelse anvendte Virksomhed, og at Følgen blot kan fortjene

---

3. S. 5, Nr. 4 (1805), S. 136—36 (i Anm. af Feuerbach's Kritik af Kleinschrod's Udkast), Nr. 21 (1809, Lærebog), S. 185—86, jfr. Nr. 22 (1810), S. 2, om »Tyveri« (1809), S. 34—35, 79—80, 264 o. ff., J. A. Nr. 29 (1811), S. 235—48 (Afhlg. om Forsøg), N. J. A. I (1812). (Afhdlg. om Vishedsgrad med Hensyn til Forbrydelsens Følger), S. 43 (»at Handlingens Følger vel kunne være Straffebestemmelsernes Bevæggrunde, men ikke disses Genstand, hvorimod det er den i Daad udbrydende retstridige Vilje selv, som Straffelovene har at virke paa, er en Sandhed, som synes at indlyse ved den blotte Fremstilling, men som jeg (Ø.) dog paa andre Steder har maattet retfærdiggøre mod nogle i Kriminalretten herskende Forestillinger, hvilke den ellers saa grundige Feuerbach har givet ny Næring«, II, S. 37 (1812, Anm. af Skrifter om Eggers' Udkast. <sup>1)</sup> Efter »Grundregler« hævder Ø. den omtalte Lære i Manddrabsmonografien, Eun. III, S. 164—65, jfr. S. 172 og 180, J. T. I, S. 383 (Rec. af Gesterding), II, 2, S. 198 o. ff. (Rec. af Mittermaier), S. 207—14 (Rec. af Weber), VI 2, S. 34 o. ff. (Kritik af Gønner's Udkast), XI, 2, S. 4 o. ff. (Forsvar for Kritikken af Gønner's Udkast), særlig S. 13: »Det tilfældige Udfald kan ikke være det, Straffelovene ville beherske. Ti i den aarsagelige Forbindelse mellem Handlingen og dens Følge kan Straffeloven, der alene retter sig til Begærevnen, ikke indgribe. Hvor Udfaldet tages i Betragtning, kan det, saafremt det skal have anden Hjemmel end kriminalistisk Superstition, blot være som en Kundskabsgrund, hvorved Handlingens Beskaffenhed og den handlendes Beslutning lægges for Dagen«, XIII, 1, 8. 206 o. ff., XIV, I, S. 142 o. ff. samt endelig i <sup>2)</sup> »Indledning«, A. f. R. III, S. 188 o. ff., som nærmere omtalt i Teksten. <sup>3)</sup> a, St, S. 203. <sup>4)</sup> a, St. S. 208.

at tages i Betragtning som en udvortes Bekræftelse paa Handlingens kriminelle Kvalifikation«. I dette sidste Skrift gaar Ø. i denne Anledning udførlig ind paa at afgrænse de Forbrydelser, til hvis logiske eller lovbestemte eller vedtagne Begreb det kræves, at et Onde, der ikke er givet ved Virksomhedens Fuldendelse, skal være frembragt, lige over for dem, hvor dette ikke er Tilfældet, og hvor derfor fuldentd og fuldbyrdet Forbrydelse blive enstyldige. Med Hensyn til de første erkendes det tillige, at den i de fleste Lovgivninger antagne Forskel i Strafbarheden dog »maaske kan retfærdiggøres ved de praktiske Vanskeligheder, som kunne møde ved at bedømme, naar hin Virksomhed, skønt den i Gerningen blev uden Følge, dog i sin Natur har været aldeles tilstrækkelig til at frembringe samme, hvortil kan lægges, at den paagældende dog, saa længe det Onde, han havde tilsigtet, ikke endnu var opnaaet, kunde ved nye Foretagender virke for sammes Opnaaelse, og at hin Straffeforskel muligen kan bidrage til derfra at afholde ham. Endelig er det vist, at Tilfældets Indflydelse paa Strafbarheden dog ikke vilde forebygges, om end hin Forskel ganske blev opgivet. Ti ogsaa Udøvelsen af de Handlinger, hvorved en Forbrydelse forberedes, begyndes og fuldendes, kan beforders eller hæmmes ved de udvortes Omstændigheder«<sup>1)</sup>).

Den Grundbetragtning, der leder Ø. til at opstille som det naturlige ved forsættlig Forbrydelse, at den »fuldentde« Forbrydelse i Strafbarhed sættes lige med den »fuldbyrdede« Forbrydelse, maa med Hensyn til uagtsom Forbrydelse føre til, at det ikke her burde være en Strafbetingelse, at Angrebsobjektet har lidt ved Handlingen, saaledes som det dog i Regelen er Lovenes Krav. Det hedder i Overensstemmelse her-

<sup>1)</sup> A. f. R. III, S. 203.

med i »Grundregler«<sup>1)</sup>: »Egentlig skulde ikke det ved Uagtsomhed stiftede Onde, men den for Retsordenen farlige uforsigtige Handlemaade selv gøres til Genstand og Maalestok for Straffen«, fremdeles i Manddrabsafhandlingen<sup>2)</sup>: »Det er den egentlige uforsigtige Handling (saa vel som den forsætlig retstridige) der i og for sig uden Hensyn paa Følgerne skulde gøre den paa-gældende strafskyldig«, samt i »Indledning«<sup>3)</sup>: »Da det ene og alene er Borgernes Begærevne, som kan staa under Straffelovenes Indvirkning, synes det, at det kun er den foretagne eller efterladte, Muligheden af et Retsbrud frembringende Virksomhed, der burde have kriminel Virkning, og at dette Retsbruds virkelige Indtrædelse eller Udeblivelse maatte være aldeles ligegyldig«. Men Ø. erkender samtidig paa de nævnte Steder, at »Lovgiveren af praktiske Grunde i Almindelighed maa indskrænke sig til at forkynde Straf for den Uagtsomhed, der virkelig har voldt Skade«<sup>4)</sup>. Som slige praktiske Grunde anføres, at de farlige Handlinger i mange Tilfælde ikke blive kendelige som saadanne uden derved, at de virkelig have frembragt Skade, hvilket er en god Bekræftelse paa, at de kunde skade, fremdeles at slige Handlinger, hvor de blive uden Følger, vanskelig vilde finde en Angiver, og at Loven altsaa, ved ikke at tage dette Hensyn, ikke vilde opnaa sit Øjemed, endelig, at »den borgerlige Samdrægtighedsfølelse ofte vilde forstyrres og mange Vidtløftigheder foranlediges, naar enhver Handling, der efter sin Natur syntes at kunne have virket retstridig Skade, skulde tages i Undersø-

<sup>1)</sup> Eun. II, S. 219—20. S. iøvrigt allerede J. A. Nr. 3, (1804, Rec. af H. v. Almendingens Lære om culpa), S. 204—05, Nr. 21, S. 187—88, N. J. A. I, S. 44—45. S. fremdeles J. T. IX, 2, S. 29 (Rec. af Hofacker om Brandstiftelse) og J. T. XI, 2, S. 12. <sup>2)</sup> Eun. III, S. 246. <sup>3)</sup> A. f. R. III, S. 160. <sup>4)</sup> Eun. II, S. 220, III, S. 246, A. f. R. III, S. 160—61.



gelse«. Ø. konkluderer derfor til, at »lovgivende Klogskab kræver, at Lovgiveren i de fleste Tilfælde maa indskrænke sig til at forkynde Straf for den Uagtsomhed, der virkelig har voldet Skade«. Men — udfører Ø. videre — Afgivelserne fra denne Regel ere dog hyppige: »Enkelte for Retssikkerheden farlige, skønt uden Hensigt til dens Krænkelse foretagne Handlinger ere i deres Natur saa betydelige og i Øjne faldende, at de ligefrem og uden Hensyn til deres Følger bør gøres til Genstand for Straf«<sup>1)</sup>.

Det Synspunkt, ud fra hvilket Ø. principielt kræver ved forsætlig Forbrydelse fuld Straf for den fuldendte, skønt ej fuldbrydede Forbrydelse og ved uagtsom Forbrydelse, at Angrebsobjektets Lidelse ikke gøres til Strafbetingelse, er utvivlsomt konsekvent fra hans Straffeteoris Standpunkt. Straffeloven kan kun afskrække fra en forbrydersk Virksomhed. Paa Virkningen kan den ingen Indflydelse have. Men selv om denne Teori ikke erkendes for eneherskende, men der ved Siden af den hævdes Plads for Straf som et ideelt Retshaandhævelseskrav<sup>2)</sup>, kan der principielt ikke naas til et andet Resultat. Det er den forbryderske Virksomhed, der ene kan begrunde den straffende Retfærdigheds Krav. Om end Følelsen for dette Krav i visse Tilfælde vil have ringere Styrke, naar »Forsynet veldædigen afværger Følgen«, kan dette i det højeste forklare, at der i saadanne Tilfælde bør være Mulighed for en ringere Straf. Forsøg paa at finde principiel Begrundelse for videre gaaende Hensyntagen til Følgen, turde — som Ø. siger — henregnes til »kriminalistisk Superstition«<sup>3)</sup>. Men heller ikke de »prak-

1) Eun. II, S. 220—12 og A f. R. III, S. 161—62. 2) S. H. 1, S. 408—09. 3) I J. T. II, 2, S. 205 o. ff. og XI, 2, S. 13 hævder Ø. dette med Styrke. Hvad der i Bornemann S. Skr. III, S. 256 o. ff. anføres til principiel Begrundelse, vil næppe overbevise nogen.

tiske« Hensyn, med hvilke Ø. tager Lovgivningens modsatte Standpunkt i et noget lunkent Forsvar, have nogen synderlig overbevisende Kraft. Hvad der i Virkeligheden forklarer Lovenes Standpunkt er det, at de have taget visse Forbrydelsesbegreber, som de forelaa efter den almindelige i Sproget udtrykte Opfattelse, og holdt sig til, hvad en logisk Analyse af disse Begreber medførte. Skulde Ø.'s Synspunkt gennemføres, vilde den direkte Vej være, at hverken »Vedtagelse« eller »Logik« bestemte Forbrydelsesbegreberne, men at disse formedes efter retlige Hensyn, d. v. s. formedes saaledes, at de gøre den retstridige Handling, ikke Virkningen paa Angrebsobjektet, til det centrale. Men denne Vej er Ø. selv ikke slaaet ind paa. Han akcepterer som noget givet de »vedtagne« Begreber og disses logiske Konsekvenser, i alt Fald i sine systematiske Skrifter. Han erkender, at den »fuldendte« Forbrydelse kun er »Forsøg« og indskrænker sig til at fordre samme Straf for denne som for den »fuldbyrdede«, jfr. n. j. A. XXIX, S. 4, Note, hvor han for saa vidt billiger Budet i code pénal § 2. Kun under Striden med Gønner og i enkelte andre Recensioner antyder han, at Spørgsmaalet om en given Forbrydelses rette Begreb i og for sig er et legislativt Spørgsmaal, der ikke bør bindes til Sprogets Formulering af det<sup>1)</sup>. Ogsaa vægger han sig i denne Forbindelse med Styrke imod at gøre Følgen til Led af Forbrydelsesbegrebet i saadanne Tilfælde, hvor det ikke med Nødvendighed tilsiges af det vedtagne, f. Eks. ved Bestemmelsen af Bedrageriets Begreb<sup>2)</sup>. Der er forøvrigt vistnok langt tilbage, inden Ø.'s Grundsynspunkt konsekvent gennemføres i Straffelovene ved Formuleringen af Forbrydelsesbegreberne.

<sup>1)</sup> J. T. II, 2, S. 198, VI, 1, S. 34 og XI, 2, S. 4 o. ff. <sup>2)</sup> J. T. VI, 2, S. 35 o. ff.

Det tilvantes Magt vil paa dette Omraade altid være stærk, og ikke med Urette. Overses maa det dog ikke, at i visse Grupper af Forbrydelser er i stort Omfang Ø.'s principielle Synspunkt fulgt, saaledes ved Statsforbrydelser, almenfarlige Forbrydelser m. m.<sup>1)</sup> For saa vidt maa det i alt Fald siges, at Ø. har vist Vejen.

b. Om at formindske de objektive Betingelser for Straf yderligere end, hvad der følger af det under Ltr. a. fremstillede, bliver der ikke Spørgsmaal ved de uagtsomme Forbrydelser, da det ved disse, som nys omtalt, regelmæssig endog er Strafbetingelse, at Følgen for Angrebsobjektet er indtraadt. Vel vilde den Omstændighed, at der sproglig kun kan tales om »Forsøg« ved forsætlige Forbrydelser, som Ø. bemærker, ikke udelukke, at under tilsvarende Forhold Regler, analoge med Forsøgsreglerne, kunde finde Anvendelse ved uagtsomme Forbrydelser. Men de praktiske Hensyn, som føre til, at Følgens Indtræden ved disse faar en større Betydning end ved forsætlig Forbrydelse, forbyde at følge en saadan Analogi<sup>2)</sup>. Ved forsætlige Forbrydelser frembyder derimod denne Hindring sig ikke. For disses Vedkommende stillede Ø. derfor ogsaa Spørgsmaalet med Hensyn til Følgens Indtræden eller Udeblivelse kun paa, om fuld Straf eller kun en mindre Straf skulde ramme i noget Til-

---

<sup>1)</sup> S. min Strafferets alm. Del I, S. 231—37, 254 o. ff. Som Bevis paa, hvor langsomt det gaar med at ændre Forbrydelsesbegreberne efter det rationelle Synspunkt, kan det anføres, at den nye norske Straffelov af 1902 paa enkelte Punkter end ikke er naaet saa vidt, som den danske Straffelov af 1866. Eksempelvis kan sammenholdes d. Stl. §§ 82 og 85 (Angreb paa Kongens og fremmede Regenters Liv) med n. Stl. §§ 96 og 100 (hvor Forbrydelsen endnu bestemmes som Drab af Kongen m. v.) <sup>2)</sup> Eun. III. S. 246.

fælde, hvor Følgen er udeblevet. Det er ogsaa blot den videst gaaende objektive Forsøgsteori, der kun vil anerkende et strafbart Forsøg, hvor der foreligger en afsluttet, objektiv retstridig Angrebshandling. De fleste iøvrigt objektive Teorier slaa betydelig af paa denne Fordring, der heller ikke i Almindelighed er fulgt i Lovene. Lige overfor alle objektive Teorier stillede Ø. den subjektive Teori, at der til et strafbart Forsøg overhovedet ikke bør kræves nogen selvstændig objektiv Egenskab ved Forsøgshandlingen, men kun, at den foretages til Fremme af en paa Forbrydelsen rettet Vilje, eller, som han oftere udtrykte det: »Den i Daad udbrydende retstridige Vilje« er Forsøgsstraffens Grundlag<sup>1)</sup>. Mere end dette kan ikke kræves. Ud fra dette Standpunkt løste han de Spørgsmaal, som da vare og til Dels endnu ere de omtvistede i Forsøgslæren, nemlig om Forsøgsstraf bør ramme de til at hidføre Følgen uegnede Handlinger, end videre de blot forberedende Handlinger samt de Handlinger, hvis oprindelige Forsøgskarakter er afbrudt ved paa-gældendes egen Beslutning.

Den Lære, at en Angrebshandling, foretaget med utjenlige Midler eller mod et uegnet Objekt (putativ Forbrydelse) ikke udgør et strafbart Forsøg, var fremsat af nogle ældre Kriminalister, men optoges af Feuerbach og vandt ved ham nogen Indgang<sup>2)</sup>. Efter Feuerbach gjorde blandt Ø.'s samtidige navnlig Mittermaier sig en Tid lang til Forsvarer for denne Lære. I »Grundregler« bekæmper Ø. den første<sup>3)</sup>. I Manddrabsafhandlingen vender han sig særlig mod den sidste<sup>4)</sup>. Da Mittermaier's Argumenter i sig selv ere

<sup>1)</sup> N. J. A. I, S. 43. Eun. II, S. 151. J. T. XV, 1, S. 200. <sup>2)</sup> S. om Gønner's Udkasts Stilling til Spørgsmaalet, J. T. VI, 2, S. 46—47.

<sup>3)</sup> Eun. II, S. 148 o. ff., s. ogsaa J. A. Nr. 4, S. 135—36 og Nr. 29, S. 235 o. ff. <sup>4)</sup> Eun. III, S. 165 o. ff., s. ogsaa J. A. Nr. 29,

yderst svage, har Ø.'s Gendrivelse af disse mindre Interesse. Interessen knytter sig hovedsagelig til Ø.'s Argumentation mod Feuerbach. Dennes Hovedbetragtning gik ud paa, at Straffen ifølge Sagens Natur har en objektiv farlig Handling til Betingelse. Herimod gør Ø. først gældende, at denne Betingelse, om den krævedes, maatte siges at foreligge ogsaa ved den putative Forbrydelse: »Om en Handlings Farlighed kan man ej gøre sig andet Begreb end det, at Handlingen vilde have skadet, hvis en eller anden tilfældig Omstændighed ej havde hindret det. Hvad der under samtlige givne Omstændigheder kan skade, det skader virkelig. Ti hvor intet mangler i Betingelserne for at frembringe en vis Følge, frembringes denne virkelig. Den fuldstændige Mulighed er derfor ikke forskellig fra Virkeligheden«<sup>1)</sup>. Ved dette Argument, der ved en logisk Betragtning vil lade Begrebet om en objektiv farlig Handling ganske forsvinde og derved komme over det foreliggende Spørgsmaal, er den Forskel overset, som baade logisk og navnlig retlig maa gøres ved Bestemmelsen af en Handlings »Farlighed«, mellem de med Handlingens Foretagelse samtidige Omstændigheder og de senere tilstødende. Er den Omstændighed, der hindrer Handlingen i at skade, tilstede fra første Færd (samtidig), mangler Handlingen Kausalitetsevne, baade logisk og i hvert Fald retlig set. Handlingen er da »retlig ufarlig« og overskrider som Følge deraf ikke den Grænse for Handlingsfriheden, Retsordenen drager ved at give et Gode Retsbeskyttelse. Den er ikke »objektiv retstridig«. Hvis Feuerbach altsaa havde Ret i, at en objektiv retstridig Handling maatte være Betingelse for Strafbarheden,

S. 240—41, N. J. A. XXI, S. 32 o. ff. Senere frafaldt Mittermaier denne Lære, J. T. II, 2, S. 227. <sup>1)</sup> Eun. II, S. 151—52.

kunde Forsøg med utjenlige Midler saa lidt som Forsøg paa uegnet Objekt være strafbart, og det, hvad enten Uegnheden ved Midlet eller Genstanden er absolut eller blot relativ. I den danske Litteratur fik hint Ø.'s logiske Argument mod Feuerbach en betinget Tilslutning hos Bornemann, hvilken imidlertid væsentlig beroede paa, at denne Forfatter kun, naar Følgen indtræder, vil erkende, at der foreligger noget objektiv retstridigt<sup>1)</sup>. Ø. selv har i andre Udviklinger ikke manglet Blik for, at det objektiv retstridige ikke alene ligger i Angrebsobjektets Lidelse, men ogsaa i Angrebshandlingen, der har bevirket Lidelsen. Herom vidner ikke blot, hvad der ovfr. er fremstillet under Nr. 2 a i denne Paragraf, men ogsaa i Særdeleshed, hvad der under Nr. 2 i forrige Paragraf (§ 18) er meddelt angaaende Ø.'s Lære om almindelige — ikke særlig strafferetlige — Synspunkter for Afgørelser om Handlingers Retstridighed. Ere disse Synspunkter end ikke fuldt eller aldeles konsekvent gennemførte, er det dog vist, at de ere uforenelige med den Betragtning, Ø. paa det her omtalte specielle Omraade har villet gøre gældende<sup>2)</sup>. Det egentlige centrale i Ø.'s Kamp for den putative Forbrydelses Strafbarhed er imidlertid hint Argument heller ikke. Dette maa søges i den anden Betragtning, han gør gældende: »Straffetruselens Genstand er den i Daad udbrydende onde Vilje. Det skønnes ikke, hvorfor en udvortes Handling, der har en Lovovertrædelse til Genstand, skulde tabe sin Strafbarhed derved, at den af en Gerningsmanden ubekendt Aarsag er uskikket til at gøre sin Virkning. Denne har dog ligefuldt ladet den Attraa, som Straffeloven gik ud

---

1) Bornemann S. Skr. III. S. 260. 2) I A. f. R. III (•Indledning•) S. 195—96 benytter Ø. ikke længere dette Argument.

paa at kvæle, bryde ud i Handling<sup>1)</sup>). Naar Ø. i den anførte Begrundelse søger Hjemmelen for denne den subjektive Forsøgsteoris Formel i sin ovfr. under Nr. 1 fremstillede Lære om, at det er den handlendes Vilje, ikke Angrebsobjektets Lidelse, som Straffeloven maa tage Sigte paa, rammer han dog ikke i Centrum<sup>2)</sup>. Denne Lære udelukker kun, at Følgens Indtræden gøres til Straffebetingelse, men lod sig meget vel forene med, at Angrebshandlingen dog maatte være objektiv retstridig. Den subjektive Forsøgsteoris principielle Berettigelse ligger i, at selve den Retsorden, der tager visse Goder under Beskyttelse, ikke blot, som umiddelbart Korrelat hertil, forbyder de Handlinger, der overskride de objektive Grænser for Handlefriheden, men endvidere er opfordret til at forbyde at foretage noget, selv om det ikke i sig selv er objektiv retstridigt, for at fremme Realisationen af et retstridigt Forsæt<sup>3)</sup>. Dette er da en ny accessorisk Begrænsning af Handlefriheden. Hvad der skulde hindre i at haandhæve en saadan Begrænsning af Handlefriheden ved Straf, kunde ikke være principielle, men kun praktiske Hensyn, nemlig den Mislighed, det kan føre til, at skulle dømme paa subjektive Kendsgerninger, der ikke have faaet et utvetydigt Udtryk i noget udvortes foreliggende. Men denne Mislighed gør sig ikke eller kun sjældent, gældende ved de putative, forsætlige Forbrydelser<sup>4)</sup>. Der er derfor ingen naturlig Grund eller Opfordring til at sætte disse Tilfælde udenfor Strafbarheden, og hertil er Tilbøjeligheden vel ogsaa nu mindre

---

1) Eun. II, S. 150—51. 2) Paa samme Maade begrundes Ø. Sætningen i J. A. Nr. 4 (Kritik af Feuerbach mod Kleinschrod), S. 135—36 og Nr. 29, S. 238 o. ff., samt i A. f. R. III, S. 195—96. 3) S. min alm. Retslære I, S. 348—49. 4) Eun. III, S. 170 o. ff. s. ogsaa J. A. Nr. 29 (Afhdlg. om Forsøg), S. 242 o. ff.

end tidligere, saavel i Teorien som i Lovene<sup>1)</sup>. Noget andet er det, at den handlendes Vilje i alle saadanne Tilfælde maa have et objektiv retstridigt Angreb for Øje. Derfor er den »imaginære« Forbrydelse (Tyskernes »Wahnverbrechen«) ikke strafbar. Derfor er det heller ikke strafbart, naar det er Vedkommendes Mening at hidføre Lidelsen ved overnaturlige Midler. Ø. har Ret, naar han hævder, at der i det bekendte Feuerbach'ske Eksempel ikke vilde foreligge strafbart Forsøg<sup>2)</sup>. Retstridigt er nemlig kun det, der er Resultat af en af den handlende i Bevægelse sat naturlig Kavsalitet, og Viljen har derfor kun retstridigt Indhold, naar den handlende tillægger det Middel, han benytter, Evnen til naturlig Foraarsagelse<sup>3)</sup>.

Ogsaa det andet Spørgsmaal, om det strafbare Forsøg allerede begynder med forberedende Handlinger, besvarer Ø. med fuld Føje bekræftende, som Konsekvens af den subjektive Forsøgsteoris Standpunkt. »Det er klart« — hedder det i »Grundregler«<sup>4)</sup> — »at enhver Bestræbelse paa at frembringe den Følge, Straffeloven gaar ud paa at forebygge, selv er en Overtrædelse af Straffeloven. Ogsaa skønnes det let, at den Retssikkerhed, Straffeloven søger at bringe til Veje, kræver, at den paagældende ikke blot skal løbe Fare for Straf, saafremt han opdages, efter at Misgerningen er bragt til Ende, hvorimod *ethvert Skridt paa Forbrydelsens Bane bør finde sin Straf*«. En udførlig Retfærdiggørelse af Sætningen var der paa Grundreg-

<sup>1)</sup> S. M. t. n. U. 1896. S. 90—93. <sup>2)</sup> Eun. II, S. 152—58, jfr. Eun. III, S. 167, J. A. Nr. 29, S. 241—42, s. ogsaa særlig J. T. II, 2, S. 227—28 (Rec. af Miltermaier). Bornemann's modsatte Lære med Hensyn til »formentlige Trolddomsmidler« hænger sammen med hans Fejlsyn paa, hvad objektiv Retstridighed, anvendt paa Angrebshandlingen, betyder. <sup>3)</sup> Jfr. Hagerup. n. Stl. (1903) S. 51. <sup>4)</sup> Eun. II, S. 142.



lernes Tidspunkt saa meget mindre Grund til, som den indtil da havde været omtrent ubestridt i Teorien, var godkendt ogsaa af Feuerbach og den bajerske Straffelov af 1813, og det end ikke var klart, at code pénal ved at opstille sin Regel om »commencement d'exécution« tilsigtede eller forstodes som medførende et Brud med den. Blandt tyske Kriminalister fik Udelukkelsen af forberedende Handlinger fra strafbart Forsøg en Forsvarer i Mittermaier i 1818, hvilket gav Ø. Anledning til Imødegaaelse (1819)<sup>1)</sup>. Mittermaier's Lære blev senere fulgt i Gönner's Udkast, der til det strafbare Forsøg krævede »Begyndelse paa den tilsigtede Forbrydelses Udførelse«. I Kritikken af dette Udkast<sup>2)</sup> udtaler Ø., at det efter »rigtige Grundsætninger« er vist, at enhver Bestræbelse, som anvendes paa at frembringe et Øjemed, som Straffeloven vil forhindre, indeholder en Overtrædelse af Straffeloven, og at Borgerfreden befordres derved, at ethvert saadant Skridt sætter den paagældende i Fare for Straf, ligesom det og oprører Borgernes Følelser, at den, som er befunden i Handlinger, der gik ud paa at fremvirke et Mord eller anden afskyelig Misgerning, skulde gaa fri for Straf, fordi han blev antruffen, medens han endnu var i Begreb med Handlinger, som først gik ud paa at give ham Lejlighed og Midler til at udføre sit onde Forsæt«. Han viser ogsaa, at den modsatte Mening, der »i de senere Aar synes at vinde Overhaand hos de tyske Kriminalister«, ikke kunde have principiel Hjemmel »formedelst en Mangel i Kriminalitetens Grundbetingelser«, men i alt Fald kun i saadanne praktiske Hensyn som, »at sligt fjærnt Forsøg uden Skade for Retssikkerheden kunde overses,

---

<sup>1)</sup> N. J. A. XXIX, S. 66 o. ff. <sup>2)</sup> J. T. VI, 2. S. 41 o. ff. og XI, 2, S. 11 o. ff.

derved den paagældende skaanes, og Kriminaljustitien befries for Ulejlighed og Bekostning«. Men lige overfor saadanne Betragtninger stiller Ø., at »Strafløsheden vilde bevirke, at den ildesindede i al Rolighed kunde arbejde paa at udføre sine onde Hensigter . . ., at den vilde baade oprøre Borgernes Følelser og opmuntre til Forbryderhaandværket . . ., og at der gives mangfoldige Midler til at formindske Kriminaljustitiens Byrder, som anbefale sig mere end dette. Enhver, der har lidt kriminalistisk Erfaring, ved og, at det kun er et sjeldent Tilfælde, at slikt Forsøg bliver Genstand for kriminelle Undersøgelser«. Endelig viser Ø., at hverken den østrigske eller franske Lov, som Gönner havde beraabt sig paa, forstodes saaledes, at Forberedelse ubetinget udelukkedes fra Straf, og desuden ikke kunde gælde som legislativ Avtoritet i Forsøgs-materien for dem, der ikke fulgte dem i at straffe ethvert Forsøg lige med den fuldbyrdede Forbrydelse<sup>1)</sup>. I »Indledning« hævder Ø. det samme: »Det er indlysende, at der selv i de forberedende Handlinger eksisterer ikke blot en retstridig Vilje, men ogsaa en virkelig i Udenverdenen ytret Bestræbelse for at frembringe det, Straffelovene gaar ud paa at forebygge, og at der saaledes allerede er foregaaet et Skridt, som ligger indenfor Rækken af de Handlinger, Straffeloven har forbudt. Det synes og, at den almindelige Sikkerhed er mere befæstet, naar saaledes den paagældende løber Fare for Straf ved ethvert Skridt, han foretager paa Vejen til Forbrydelsen, end om han intet havde at befrygte af den Opdagelse, som maatte finde Sted under de forberedende Handlinger«<sup>2)</sup>. — Efter Ø.'s Tid ere dog de fleste Straffelove gaede over til den

<sup>1)</sup> J. T. XI, 2, S. 13 o. ff. <sup>2)</sup> A. f. R. III, S. 185—88. Se ogsaa endnu senere J. T. XIV. 2, S. 8—9 (Rec. af Mittermaier's Anmeldelse af det Württembergske Udkast, der vilde gaa en Mellemvej).

modsatte Lære. Den danske Straffelov af 1866 staar nu omtrent ene med sin udtrykkelige Anerkendelse af de forberedende Handlingers Strafbarhed<sup>1)</sup>. I denne ret mærkelige Kendsgerning lader sig dog vanskelig se en principiel Underkendelse af Ø.'s Lære<sup>2)</sup>. Paa en objektiv Forsøgsteori kunne Lovene ikke hvile, naar de sætte Begyndelsespunktet for Forsøgets Strafbarhed i *Begyndelsen paa Udførelsen*. Saa maatte de kræve, at den retstridige Handling ikke blot var begyndt, men fuldendt og Faren saaledes blevet aktuel, eller endog først lade Strafbarheden indtræde, naar »det ikke længere stod i den handlendes Magt at hæmme den foretagne Handlings Virksomhed«<sup>3)</sup>. Heller ikke har man været blind for, hvad Ø. i sine Udviklinger paaviste, at en ubetinget Udelukkelse fra Strafbarhed af forberedende Handlinger kunde føre til Svækkelse af Retssikkerheden. Til at undgaa dette have imidlertid to Omstændigheder bidraget. Dels have Lovene givet en Række enkelte Bestemmelser, ved hvilke for visse Forbrydelsers Vedkommende Forberedelsen straffes. Dels har Teori og Praxis været saa temmelig enige om at give Formelen »Begyndelse paa Udførelsen« en meget vid Forstaaelse. Man har ikke fastholdt, at der hertil maatte kræves, — hvad Ø. forudsatte, — at Vedkommende var »i Færd med« eller »stod i Begreb med« at foretage Handlingen, men udstrakt Begrebet til at omfatte alle Tilfælde, hvor et

1) M. t. n. U. 1896, S. 90. 2) Hos os sluttede Bornemann sig til Ø.'s Lære, S. Skr. III. S. 259 o. ff. m. N. 3) A. f. R. III, S. 186. Mellem det Tidspunkt, da den handlende har sat den virkende Kraft i Bevægelse (den handlendes fuldendte Virksomhed), og det, da denne Krafts Virkeevne er udtømt (Forbrydelsen enten fuldbyrdet eller svigtet, manqué), kan der ligge et ofte endog langt Tidsrum. I dette Mellemtidsrum kan det forekomme, at den handlende er Herre over, om Kraften skal fortsætte eller standses.

»bestemt forbrydersk Forsæt har aabenbaret sig gennem Handlinger, der utvetydig peger mod et forbrydersk Maal«<sup>1)</sup>. Derved svinder Forskellen mellem de to Standpunkter meget betydelig ind. Ti de forberedende Handlinger, der ikke have denne Karakter, ville ikke let blive Genstand for Paatale<sup>2)</sup>. Praktisk vil der kun være den Forskel, at efter den ene Regel vil Paatalemyndigheden alene, efter den anden Domstolen tillige være beføjet til at udøve det Skøn, hvorefter Grænsen drages. Men selv efter hin Regel vil Domstolen dog bevare Skønnet om Beviset og derved have i sin Magt at modvirke aabenbare Fejlgreb af Paatalemyndigheden.

Fra en gennemført objektiv Forsøgsteoris Standpunkt —, der kun vilde erkende et strafbart Forsøg, naar en objektiv retstridig Handling foreligger færdig, og muligvis selv da kun, naar den handlende ikke længere har det i sin Magt at standse de i Bevægelse satte Kræfters Virkeevne, — maatte det blive en Konklusion, at en Afbrydelse af den handlendes Virksomhed, hvorledes den end er hidført, maatte udelukke Straf —, ti den objektive Betingelse for Forsøgsstraf var ikke kommet til Eksistens, — og hvis det endnu videre Krav stilles, at enhver af den handlende hidført Standsning af den i Bevægelse satte Krafts Virkeevne, uanset Motivet hertil, maatte have samme Virkning. For den subjektive Forsøgsteori kunne disse Resultater i hvert Fald ikke gælde i denne Udstrækning. Vel gaa Lovene nu i Almindelighed meget vidt i at anerkende Straffrihed ved »Tilbagetræden fra Forsøg«. Men det fremgaar af de Betingelser, der stilles, at

---

<sup>1)</sup> Eun. II, S. 142—43. N. J. A. XXIX S. 58 og med Hensyn til Indbrudstyveri S. 23, J. T., VI. 2. S. 43—45, A. f. R. III. S. 185. M. t N. U. 1896, S. 90. <sup>2)</sup> Her erindres O.'s Udtalelse om kriminalistisk Erfaring, J. T. XI, 2. S. 15

Reglerne ikke kunne have deres Oprindelse fra hin objektive Teori. Med Hensyn til Spørgsmaalet, om og under hvilke Betingelser Straffrihed af denne Grund overhovedet bør indrømmes fra den subjektive Forsøgsteoris Standpunkt, var Ø.'s Stilling, at han ikke anerkendte Straffriheden som nødvendig efter kriminalistiske Grundsætninger. Om der end indenfor visse Grænser kunde være Tale om at lempe det principielt rigtige Resultat af Klogskabshensyn, ansaa han det dog for rettest at blive staaende ved en fakultativ Beføjelse for Domstolene til af denne Grund at nedsætte Straffen og i visse Tilfælde helt at lade den bortfalde. I »Grundregler«<sup>1)</sup> erkender Ø., at en *Eftergivelse* af Straf, naar paagældende *af egen Drift* træder tilbage, hvilken Regel af Feuerbach og hans Lov især var bragt i Gang, medens det endnu staar til ham at afværge alle Følger, synes stemmende med Straffelovens Øjemed, da Bevæggrundene til at træde tilbage vilde formindskes, hvis man desuagtet var udsat for Straf, men hævder, at den dog havde adskillige Vanskeligheder ved Anvendelsen. At Regelen ikke uden videre kunde siges at være hjemlet ved Strafferettens Grundsætninger, er i denne Udtalelse forudsat<sup>2)</sup> og ganske direkte ligeledes sagt i Manddrabsafhandlingen, i hvilken det som Følge heraf hævdes, at den, i Mangel af særlig Hjemmel, ikke kunde gælde i den da gældende danske Ret<sup>3)</sup>. Da Gönner senere i sit Udkast optog og betydelig udvidede Sætningens Anvendelse, fremhævede Ø. paany de med den forbundne almindelige Vanskeligheder, udtalte sig imød adskillige af de af G. foreslaaede Udvidelser, og hævdede som Udgangspunkt ved Under-

1) Eun. II, S. 143 o. ff. 2) S. ogsaa J. T, XI, 2, S. 19, Note, hvor Ø. hævder, at han er den første, der af almindelige kriminalistiske Grunde havde modsagt Feuerbach's Lære om det frivillig opgivne Forsøgs Straffrihed. 3) Eun. III, S. 175—74.

søgelsen, at »det er ustridigt, at den paagældende allerede har gjort sig skyldig til Straf, naar han har foretaget sig Handlinger, som gaa ud paa en Misgernings Fuldførelse, uagtet han siden, inden den tilsigtede Skade er udbrudt, trækker sig tilbage . . . Det er altsaa ikke af Mangel paa en virkelig strafbar Genstand, at Strafløshed i det omtvistede Tilfælde skulde tilsiges den paagældende. Bevæggrunden maatte hentes derfra, at den skyldige derved opmuntres til at træde tilbage. Denne politiske Grund vilde ogsaa være afgørende, saafremt Sætningen ikke kunde give Anledning til betydelige Misbrug . . . En Beføjelse for Domstolene til at formilde Straffen og i visse Tilfælde helt at fritage for Straf vilde derfor være tilstrækkelig for Formaalet<sup>1)</sup>. I »Indledning« stiller Ø. sig paa samme Maade: »Der er vel meget — baade moralsk set og ifølge Strafformaalet —, der taler for den Mening, at Straf bortfalder, naar den paagældende uden nogen mellemkommende Hindring frivillig opgiver det onde Forsæt . . . Men foruden at det, der allerede er foretaget til den lovstridige Hensigts Fuldbyrkelse, indeholder en virkelig Overtrædelse af Straffelovene . . ., er der ogsaa adskillige praktiske Vanskeligheder ved Sætningen. I den positive Ret kan Sætningen derfor ikke antages uden særlig Hjemmel, og uden denne kun komme i Betragtning ved Straffudmaalingen og som Benaadningsgrund<sup>2)</sup>. — Der maa sikkert gives Ø. Ret i, at med den subjektive Forsøgstheori kan det ikke udledes af almindelige Grundsætninger, at Tilbagetræden i og for sig bør have Straffrihedsvirkning. Hvad Bornemann udvikler i modsat Retning herom<sup>3)</sup>, vil næppe overbevise nogen og hænger

1) J. T. VI, 2. S. 48—59 og XI, 2, S. 18—38. 2) A. f. R. III, S. 197—200. 3) S. Skr. III, S. 264 o. ff.

sammen med hans Nægtelse af, at en Angrebshandling, der ikke har ført til Forbrydelsens Fuldbyrdelse, kan have en selvstændig retstridig Karakter. Forskellen mellem Ø. og Lovene ligger saaledes alene i en forskellig Vurdering af de Hensyn, der kunne tilraade Straffriheden. Herved er da at mærke, at Ø. erkender, at Straffrihed snarest kunde akcepteres ved Tilbagetræden fra de blot forberedende Handlinger (hvilket da dog — hvad Ø. ikke erkender — ogsaa maatte gælde, naar Udførelseshandlingen ikke er fuldendt)<sup>1)</sup>, medens han er mindst tilbøjelig til at godkende Regelen, naar Udførelseshandlingen er fuldendt, men de i Bevægelse satte Kræfter standses af den handlende. Dels beror det her ofte paa blind Lykke, om det lykkes ham at komme tidsnok til at standse Kræfternes Virkeevne, saa at Tilfældet faar en urimelig Indflydelse, dels burde da ogsaa konsekvent Oprettelse af Skaden ved den fuldbyrdede Forbrydelse, hvor en saadan er mulig, have samme Virkning, hvilket Lovene ikke erkende. Derimod er Ø. i Overensstemmelse med Lovene, naar han gør gældende, at en mislykket Bestræbelse efter at hindre Følgen ikke bør medføre Straffrihed, og at Virkningen af Tilbagetræden bør være betinget af, at denne sker af egen Drift (være sig Anger eller blot den almindelige Frygt for Straf) og ikke skyldes virkelige eller antagne konkrete Hindringer<sup>2)</sup>.

c. Naar flere Personer have taget Del i et forbrydersk Forehavende, frembyder der sig med Hensyn til de objektive Betingelser for Strafbarheden det

---

1) S. Skr. III, S. 264 o. ff. 2) S. J. T. VI. 2, S. 48 og A. f. R. III, S. 199 (»Den, der har været i Begreb med at udføre en Misgerning, kan ikke ubetinget anses ufarlig for Samfundet, fordi han vakler, naar det kommer til Udførelsen«). 2) Eun. II. S. 144—46 (m. N.), J. J. VI, 2. S. 48 o. ff., XI, 2, S. 19 o. ff., A. f. R. III, S. 197—200. S. iøvrigt M. t. n. U. 1896. S. 93—94.

Spørgsmaal, om der gælder noget særligt for den fjærnere, kun middelbart medvirkende. Gaar man ud fra, at der ingen retlig Forskel er mellem en Virksomhed, som fremmes ved Naturkræfter, og den, som fremmes ved frie Kræfter, maa dette Spørgsmaal besvares benægtende. Hvad enten den middelbare Medvirkning er fysisk eller rent psykisk, maa de objektive Betingelser for Strafbarheden være ganske de samme som for den umiddelbart virksomme. Der kan i alt Fald kun spørges, om der i nogen Retning er Grund til at gøre Undtagelse fra den Regel, at Menneskeredskabet staar ganske i Klasse med andre Redskaber for Forbrydelsen. Et selvstændigt Spørgsmaal opstaar kun, naar det antages, at Medvirken med en fri menneskelig, umiddelbar Virksomhed har en anden retlig Karakter end Benyttelse af ikke-menneskelige Naturkræfter, at hin ikke som saadan er objektiv retstridig, men kun af en lignende Grund som fjærnere eller uegnede Forsøg hjemfalder til Straf, nemlig for saa vidt den foretages for at fremme en umiddelbar handlendes forbryderske Forsæt<sup>1)</sup>. Den af Ø. i Manddrabsafhandlingen og nogle senere Recensioner gjorde Forskel mellem tilstødende Naturaarsager og frie Aarsager ved Bedømmelsen af en Handlings Evne til at foraarsage kunde vel friste til at antage, at han har været inde paa den Tankegang, som leder til sidst nævnte Opfattelse<sup>2)</sup>. Men dels er det ikke sikkert, hvilken Rækkevidde Ø. har villet give denne Forskel eller, at han i det hele har fastholdt den<sup>3)</sup>, dels er der andre Grunde, der utvetydig vise, at han ikke har hyldet hin Opfattelse. Dennes første Kon-

<sup>1)</sup> Dette Synspunkt er af mig gjort gældende dels i »alm. Retlære«. I, S. 348 o. ff., dels i »Str. R.'s alm. Del«, I, S. 174—85.

<sup>2)</sup> S. ovfr. § 18, 2. <sup>3)</sup> S. anf. St.



sekvens vilde være, at den fjærnere medvirkende kun kunde inddrages under Strafbarheden, naar de Forudsætninger ere tilstede, som udkræves til »Meddelagtighed i Forbrydelse«, navnlig Forsæt. Den blot uagtsomme fjærnere Medvirken kunde ikke være strafbar. Men, som tidligere nævnt, vil Ø. paa saadan ubetænksom Befordring af en Forbrydelse have anvendt de samme Regler som paa anden strafbar Uagtsomhed, uagtet Handlingen falder udenfor de »naturlige og vedtagne Begreber om psykisk Aarsag, Medhjælper eller Hæler«<sup>1)</sup>. Dernæst vise Ø.'s Udviklinger om Meddelagtighed i Forbrydelsen, at han i Modsætning til hin Opfattelse stiller den psykiske Op-havsmand ganske lig med Gerningsmanden, ikke blot med Hensyn til Straffens Størrelse, men ogsaa som i lige Grad »Aarsag« til Forbrydelsen. Den Adskillelse, han gør mellem psykisk og fysisk Aarsag, og de skarp-sindige Bidrag, han giver til deres rigtige Sondring, vise sig herefter at være uden virkelig retlig Betydning for ham, i alt Fald med Hensyn til almindelige Grund-sætninger<sup>2)</sup>. Det samme gælder om saadanne fysiske medvirkende, der af Ø. stilles lige med Gerningsman-den<sup>3)</sup>, og om de Bidrag, han giver til Bestemmelse af Komplotbegrebet<sup>4)</sup>. Heller ikke med Hensyn til de

---

<sup>1)</sup> A. f. R. III, S. 250, s. ogsaa J. A. Nr. 21, S. 224, Eun. II, S. 165, samt ovfr. § 18, 2. <sup>2)</sup> Eun. II, S. 156 o. ff., III, S. 176 o. ff., A. f. R. III, S. 211 o. ff., J. T. I, S. 316. Ø. var den første Kriminalist, der drog Grænsen skarpt mellem de Tilfælde, hvor nogen har bestemt en anden til Forbrydelsen og derfor er psykisk Aarsag, og dem, hvor han har benyttet en anden som ufrít Redskab (mekanisk Tvang, Vildfarelse, juridisk Nødvendighed, bindende Befaling, fornuftløse) og derfor er »Gerningsmand«. s. Eun. II, S. 157 m. N. —59, Eun. III, S. 177—79, A. f. R. III, S. 210, J. A. Nr. 4, S. 155—59, J. T. I, S. 318. <sup>3)</sup> Eun. II, S. 161 o. ff., III, S. 197 o. ff., A. f. R. III, S. 229 o. ff. <sup>4)</sup> Eun. II, S. 164—65, A. f. R. III, S. 229, 235—37, J. T. III, 2, s. S. 73—81, VI, 2, S. 74—76, XI,

meddelagtige, som sættes under Gerningsmanden i Strafbarhed, gør Ø. et andet Synspunkt gældende. Kun en Gradforskkel er der i deres Virksomheds Evne til at foraarsage. Denne er i højere Grad afhængig af Tilfældigheder. Men den er ikke udelukket fra virkelig Kavsallitet<sup>1)</sup>. Lignende Svaghed i Foraarsagelsesevnen, lignende Afhængighed af Tilfældigheder kan desuden forekomme ogsaa ved ikke-menneskelige Kræfter, der sættes i Bevægelse. Formaalet for Ø.'s Udviklinger om disse Tilfælde og deres Afgrænsning fra Hovedaarsagerne er kun at vurdere Forskellen i Strafbarhedens Grad, ikke at opstille nogen Væsensforskkel, der skulde vise sig i Strafbarhedens Betingelser<sup>2)</sup>. Det er herefter ikke tvivlsomt, at Ø. i Principet anerkender Væsensartetheden mellem middelbar og umiddelbar Medvirken til en Forbrydelse og dermed den Udvidelse af Strafbarhedens Omraade, hvortil denne Opfattelse fører saavel udenfor som indenfor Meddelagtighedens begrebsmæssig snævrere Kreds. I Overensstemmelse hermed er ogsaa Ø.'s Løsning af flere af de Spørgsmaal, som opstaa ved Anvendelsen af de ovfr. under Ltr. a og b fremstillede Sætninger paa meddelagtige. Ganske ligesom Ø. lærer, at efter Sagens Natur foreligger det fulde Strafgrundlag for Gerningsmanden, naar hans Virksomhed er fuldendt, saaledes er det samme Tilfældet, naar det er lykkedes den psykiske Aarsag at bestemme Gerningsmanden til at begaa Forbrydelsen, selv om denne endnu ikke har foretaget noget til dens Udførelse, end sige

---

2. S. 46—52. N. J. A. XXI, S. 88 o. ff. <sup>1)</sup> Eun. II, S. 161, 167, III, S. 194 o. ff. A. f. R. III. S. 211—12, 229—30 (der mangler den »nøje« Kavsallforbindelse som ved den egentlige Gerningsmand), J. T. VI, 2, S. 68 (»ringere Grad af aarsagelig Forbindelse«). <sup>2)</sup> Eun. II, S. 162 o. ff. Slutningsstyringen S. 167 efterlader dog nogen Tvivl om Ø.'s Mening, jfr. J. T. I. S. 320, A. f. R. III, S. 211—12.

bragt den til Fuldbrydelse<sup>1)</sup>. Ligeledes er det de samme Regler, der forudsættes anvendelige med Hensyn til frivillig Tilbagetræden. Derfor kan i hvert Fald ikke Tilbagekaldelsen af en Ordre om at begaa Forbrydelsen eller Tilbagetrædelsen fra et Komplot alene være nok til at skaffe Straffrihed, men det maa, hvis Straffrihed i slige Tilfælde overhovedet indrømmes, kræves, at Forbrydelsen hindres, og ikke desuagtet udføres<sup>2)</sup>. Ogsaa er det i Overensstemmelse

<sup>1)</sup> Eun. III. S. 191 (•den psykiske Aarsags Forbrydelse maa efter sin Natur anses tilendebragt, saa snart han har virket den Beslutning hos en anden, at udføre Drabet, uden Hensyn til dettes fysiske Fuldbrydelse•), A. f. R. III. S. 212, 223—24. (Den psykologiske Aarsag har egentlig fuldbragt sin Gerning . . . saasnart han er bleven færdig med at opvække den forbryderske Beslutning hos den anden•), J. T. I, S. 320 (•Fra det Øjeblik, den psykiske Aarsag har frembragt den Beslutning hos den anden, at udøve Forbrydelsen, har han fuldført en Handling, hvorved uden hans fortsatte Virksomhed en Forbrydelse skal frembringes. Det synes da, at han egentlig allerede derved, og uden Hensyn til Udfaldet, har fuldendt sin Misgerning, saa at den hele Straf burde ramme ham, om end det tilsigtede Onde tilfældigvis og mod hans Vilje ikke blev udført•). <sup>2)</sup> A. f. R. III, S. 226. (•Der er foregaaet en Indvirkning paa en andens Begæreevne, som ikke altid ophæves ved den senere Tilbagekaldelse . . . Endnu mindre kunde saadan Skaansel vises ham, dersom Tilbagekaldelsen, skønt mod hans Vilje, kommer for sildigt til den fysiske Aarsags Kundskab. Han er da ikke i andet Tilfælde end den, der havde forgiftet Næringsmidler, som han ventede, at en anden vilde tage til sig, men kort efter fortrød sit udædiske Anslag og gjorde alt sit for at forebygge Følgerne, men hermed kom for sildigt•). I Eun. III, S. 193—94, jfr. maaske ogsaa J. T. I, S. 329, — altsaa før hin Udtalelse i •Indledning• — vil Ø. dog kun i det første Tilfælde have Anstifteren straffet for Attentat, uagtet den Anstiftede vedbliver den en Gang fattede Beslutning, — •da han ikke kan anses som forsættelig Aarsag til denne Vedvarende i den en Gang fattede Beslutning•. Men baade den i •Indledning• anførte Grund og Ligestilletheden med ikke-levende Redskaber taler imod denne Afgørelse, hvilken Ø. i alt Fald maa antages at have forladt, s. navnlig J. T., III, S. 78—79 (hvor det i en Rec. af Kleinschrod om Komplot udtales, at en

med Ø.'s Ligestilling af middelbart og umiddelbart indvirkende, at han som Eksempel paa det naturlige i at inddrage forberedende Handlinger under Strafbarheden anfører, at »et Komplot, der havde dannet sig for at udøve Røveri og maaske endog i dette Øjemed havde ligget paa Lur paa alfar Vej, ikke bør være uden Straf, fordi det blev opdaget, inden de Sammen- svorne endnu havde faaet Lejlighed til at begynde noget virkeligt Røveri«<sup>1)</sup>. En senere Udtalelse af Ø. synes dog at gaa ud paa, at han ikke vil anse Komplotets Indgaaelse som en blot Forberedelse<sup>2)</sup>, ligesaa lidt som Anstifterens Bestemmelse af den anstiftede af ham kunde betragtes saaledes. I saa Fald bliver det rigtignok ikke noget Vidnesbyrd om, at Ø. har paa dette Punkt gennemført Ligestillingen. Denne maatte føre til, at endog før Henvendelsen til Gerningsmanden kunde den middelbart medvirkende blive strafbar ved en forberedt Henvendelse. Men der findes i Ø.'s Udviklinger om Meddelagtighed ingen Antydning af, at han tænker sig Strafbarheden begyndende før Henvendelsen til Gerningsmanden. Skal dette være udelukket, er det en Fravigelse fra Grundsynspunktet, en ufrivillig Erkendelse af, at der findes et andet, naturligere Synspunkt for meddelagtiges Strafbarhed, som kan føre til særlige Begrænsninger af denne, der ikke har Hjemmel i den Opfattelse, han ellers gaar ud fra<sup>3)</sup>. Denne Kendsgerning kan dog,

---

Komplottants Indflydelse paa de andres Beslutning ikke altid bortfalder, fordi han siden trækker sig tilbage, endnu mindre, fordi han blot stiltiende bliver borte i Udførelsens Øjeblik), VI, 2, S. 75—77, XI, 2, S. 40—50, s. ogsaa N. J. A. XXI (1818), S. 94—95. 1) J. T. VI, 2, S. 44—45. 2) J. T. XI, I, S. 49 m. N. 3) Med den Lære, der sætter Begyndelsepunktet for det strafbare Forsøg ved den begyndte Udførelshandling, stemmer det naturligvis, at ingen middeibart medvirkende kan blive strafbar, førend et Forhold til den umiddelbart virkende er forsøgt. Derimod rammer den samme

ligesaa lidt som den praktiske Værdiløshed af Ø.'s skarpe Afgrænsning af Begrebet »Gerningsmænd«, vække Tvivl om, at hans Grundsynspunkt for de middelbart medvirkendes Strafbarhed er det ovfr. angivne, nemlig den væsentlige Ensartethed med den umiddelbart handlende. At dette Synspunkt konsekvent maa føre til at udslette enhver legislativ Særbehandling af Meddelagtighed<sup>1)</sup>, saa Ø. vel ikke. Det praktiske Formaal, hans Undersøgelser vare rettede paa, nemlig Bestemmelsen af Graden af den meddelagtiges Strafbarhed, tillagde han ogsaa en større Vægt til at opretholde en saadan Særbehandling, end Nutiden vilde tillægge det. Men at Særbehandlingen kunde og burde befries for en Del af de »fine Forskelle« i Emnet, som Datidens Videnskab og Love med Forkærlighed dvælede ved, hævdede Ø. med Styrke. Legislativt kunde i hvert Fald Begrebet »Bande« undværes, og selv en Nødvendighed for at beholde Begrebet »Komplot« erkendte han ikke<sup>2)</sup>. I dette Resultat — Opretholdelse, men Simplifikation af Meddelagtighedens Særbehandling — er Ø. i Overensstemmelse med de fleste Nutidslove. Dette vil ogsaa Løsenet være for den Opfattelse, der i Modsætning til Ø. hævder en retlig Uensartethed i Strafbarhedens

---

Inkonsekvens, som i Teksten omtalt, de Kriminalister, der anerkende forberedende Handlingers Strafbarhed samt Ensartetheden med Hensyn til Strafbarhedsbetingelserne mellem meddelagtige og Gerningsmand. Til disse hører ogsaa Bornemann, hvis væsentlige Divergens fra Ø. i Meddelagtighedslæren kun angik Grænsen mellem de Tilfælde, hvor fuld Straf burde indtræde. og dem, hvor en nedsat Straf burde gælde. I Modsætning til Ø.'s objektive Sondring mellem disse Tilfælde satte Bornemann et subjektivt Sondringsgrundlag, s. S. Skr. III, S. 286 o. ff. <sup>1)</sup> M. t. n. U. 1896, S. 99 o. ff. <sup>2)</sup> Eun. II. S. 164 o. ff., A. f. R. III, S. 229—37, J. T. VI, 2, S. 78, XI 2, S. 51.

Grundlag mellem den middelbart og umiddelbart medvirkende.

Fra hvilket Synspunkt man end ser det objektive Grundlag for meddelagtiges Strafbarhed, er det i og for sig klart, at Synspunktet kun er anvendeligt, naar det, der medvirkes til eller fremmes, er en Forbrydelse, som forestaar, men uanvendeligt, naar den Forbrydelse, en Virksomhed kommer i Forhold til, i sit fulde Omfang er forbigangen. Det er, som Ø. udtaler <sup>1)</sup>, et aldeles ulogisk Begreb »at medvirke til en Handling efter dens Foretagelse«. Ikke desto mindre er det endnu ikke ukendt i Teori og Love at opstille et Begreb om efterfølgende Deltagelse i en Forbrydelse med mere eller mindre udstrakt Omraade. Ø. forlod ikke dette paa hans Tid traditionelle Synspunkt. Han var med til at give Begrebet den vide Anvendelse, hvorefter det omfatter baade den, der hjælper til eller deltager i Nydelsen af Forbrydelsens Fordele, og den, der hjælper til at undgaa de af Forbrydelsen flydende Onder. Den praktiske Interesse ved Begrebet laa imidlertid for Ø. her, som ellers i Meddelagtigheds-emnet, kun i Bestemmelsen af Maalestokken for Straffen. At den forbigangne Forbrydelse, som understøttes, skulde kunne blive bestemmende ogsaa for Strafbarhedens objektive Betingelser, var ikke blot udelukket ved Logikken, men ogsaa ved retlige Hensyn. Ti den Medskyld, som saadan efterfølgende Virksomhed begrundes, beror, bortset fra det Tilfælde, hvor den forud var tilsagt, kun paa, at paagældende »handler efter en Maksime, der i Almindelighed beforder Forbrydelsen« og medfører saaledes ikke noget Forhold til den begaaede konkrete Forbrydelse<sup>2)</sup>. Straf-

<sup>1)</sup> J. T. XI, 1, S. 42. <sup>2)</sup> Eun. II, S. 168 o. ff., A. f. R. III, S. 246 o. ff. (Den, som hidrager til at befri en Forbryder fra sin fortjente Straf, beforder paa en indirekte Maade sliq Forbrydelse,

barhedsbetingelserne for Forholdet kunne fornuftigvis alene bestemme efter Hensynet til det Retsbrud, der ligger i det, som tilstræbes opnaaet eller undgaaet, og frembyder for saa vidt intet som helst nyt Spørgsmaal. Den Indvirkning paa Straffens Størrelse, som Ø. vil hævde for den forudgaaende Forbrydelse, er der først Anledning til senere at omtale. Iøvrigt undergav allerede Ø. selv denne Indvirkning betydelige Begrænsninger<sup>1)</sup>. Senere Tider have ført denne Løsrivelse videre<sup>2)</sup>.

3. Lavere end til, hvad der udkræves til et strafbart Forsøg, ere alle enige om, at Strafbarhedens objektive Betingelser ikke kunne sættes. Minimumsbetingelsen er, — som Ø. udtrykker det —, at den retstridige Vilje er udbrudt i Daad. Cogitationis poenam nemo patitur — hævder Ø. som alle andre Kriminalister<sup>3)</sup>. »Det blotte Sindelag kan ikke indeholde nogen Forstyrrelse af Retsordenen og kan heller ikke umiddelbart modvirkes ved Straffelovene. Om endog et ondt Forsæt, til hvis Iværksættelse ingen udvortes Virksomhed er vist (*delictum intentatum*), tilfældigvis skulde ved egen Tilstaaelse eller paa anden Maade

---

fordi han, saa vidt det staar til ham, ophæver den Dæmning mod Forbrydelsen, som Straffeloven skulde indeholde. Det er imidlertid blot indirekte og ved den Maksime, der ligger til Grund for hans Forhold. og det Eksempel, samme giver, han har fremmet Forbrydelsen, uden at det kan siges, at han har været Medaarsag til den in concreto eksisterende Misgerning. Anderledes vilde det forholde sig, dersom sliq Bistand mod Justitiens Forfølgning forud havde været Gerningsmanden tilsagt. Ti da indeholdt dette foregaaende Tilsagn en af de medvirkende Aarsager til Forbrydelsens Tilværelse. J. A. Nr. 22, S. 17, N. J. A. XXX, S. 16 o. ff., J. T., VI, 2, S. 67—71, jfr. VI, 1, S. 203—4, XI, 2, S. 42 o. ff. <sup>1)</sup> Eun. II. S. 173, J. T. VI, 1, S. 203—04, VI, 2, S. 70—71, XI. 2. S. 43—45. <sup>2)</sup> Bornemann S. Skr. III, S. 309 o. ff., Goos Str. R.'s spec. Del II, S. 408 o. ff., s. N. J. A. XXX, S. 30 o. ff. <sup>3)</sup> A. f. R. III. S. 55—56.

komme til Statens Kendskab, kunde det dog ikke blive Genstand for Straf, men i det højeste hjemle forekommende Forholdsregler«. Denne Ø.'s Motivering af Sætningen opfordrer dog til nærmere Prøvelse. Naar det som en af Grundene fremhæves, at Sindelaget ikke kan umiddelbart modvirkes ved Straffeloven, kan dette være rigtigt nok, for saa vidt angaar blot ubestemte forbryderske Tanker. Der vil her ofte være Tale om Tvangsforestillinger, der kunne »stige op af deres mørke Afgrund selv hos den, der søger at holde sit Sind i Orden«<sup>1)</sup>, og som under ingen Omstændigheder kunde falde paa virkelig at foresætte sig, end sige udføre Forbrydelsen. Derimod gælder Ø.'s Sætning ikke med psykologisk Nødvendighed om Fattelsen af et virkeligt Forsæt, en Beslutning om at ville udføre Forbrydelsen. Det staar i og for sig ligesaa meget i Straffelovens Magt at modvirke Fattelsen af en saadan Beslutning som at modvirke dens Udførelse. Hele Ø.'s Straffeteori vidner noksom om, at han erkender dette<sup>2)</sup>. Vægten maa saaledes ligge paa den anden Grund, Ø. anfører, at »det blotte Sindelag ikke kan indeholde nogen Forstyrrelse af Retsordenen«. Men ogsaa denne Grund rækker i denne Formulering (»kan«) for vidt. Naar forberedende og utjenlige Forsøgshandlinger indrages under Strafbarheden, er der — som ovfr. vist — objektivt ingen »Forstyrrelse af Retsordenen«. En saadan foreligger i dem kun, fordi det med Rette forbydes ikke blot at foretage de objektiv retstridige Handlinger, men ogsaa at foretage noget, der i og for sig ikke er objektiv retstridigt, for dermed at fremme et retstridigt Forsæt. Men i denne Forstand kunde den blotte Fattelse af et retstridigt Forsæt i og for sig ogsaa opfattes som en »Forstyrrelse af Retsordenen«.

1) J. T. VIII, 1. S. 151—52. 2) S. ovfr. S. 362—99.



Til de to Handlelove — den, der forbyder de objektive retstridige Handlinger, og den, der forbyder at lade et retstridigt Forsæt »udbryde i Daad« — kunde i og for sig godt tænkes at slutte sig en tredje Lov, der forbød at fatte retstridige Forsætter, og som haandhævedes, naar det paa en eller anden Maade blev kendeligt, at Forsættet var fattet. Det er saaledes ikke det faktisk eller logisk utænkelige, hvori Grunden ligger, men deri, at Retsordenen ikke *bør* tage Sigte paa at beherske de rent indre Kendsgæringer, — at dette — som Bornemann udtrykker det — ligger udenfor den jordiske Retfærdighed<sup>1)</sup>, en Sætning, der ogsaa ganske stemmer med Ø.'s Lære om Retsordenens rette Begrænsning<sup>2)</sup>. Herimod kan det, som Ø. rigtig bemærker, ikke indvendes, at præventiv Retshaandhævelse dog ofte støttes paa indre Data alene, endog paa blot befrygtede eventuelle Forsætter. Ti det, der befrygtes, er ikke Forsættet, men netop dets Udførelse, og det, der forebygges, ikke Forsættets Fattelse, men dets Udførelse. Den Grænse, der ved den omspurgte Sætning drages for Straf, er saaledes et Udtryk for Retsordenens almindelige Begrænsning.

## 20. Straffbarhedens subjektive Betingelser.

Det er i dette Skrifts første og andet Afsnit nævnt<sup>3)</sup>, at Ø. i al Almindelighed hævdede, at »Retsvidenskaben, hvor den i en Handling ikke genfinder Frihedsbegrebet, der erkender den ingen sand menneskelig Handling, og der kan den ikke tillægge sine Love nogen Indflydelse«<sup>4)</sup>. Efter denne Lære vilde For-

<sup>1)</sup> S. Skr. III, S. 115—16. <sup>2)</sup> S. H. 1. S. 171—205 (§ 10), 254—325 (§ 12). <sup>3)</sup> S. H. 1. 1. Afsn. S. 114. 2. Afsn. S. 214. <sup>4)</sup> Eun. II, S. 119. N. J. A. XX. S. 128—31.

holdsregler, som maatte træffes for at imødegaa menneskelige Kraftytringer, der vel ere objektiv retstridige, men som ikke ere Udslag af nogen sjælelig Kendsgerning, end sige »frie« Handlinger, ikke kunne betragtes som Retshaandhævelse, men maatte stilles ganske i Klasse med Forholdsregler, der træffes for at forebygge Skade, forvoldt ved Naturbegivenheder, som ikke have med Mennesker at gøre. Mod denne Lære kan der gøres beføjede Indvendinger, ogsaa fra deres Side, som iøvrigt med Ø. tillægge Forestillingen om menneskelig Viljesfrihed Betydning for Retsordenen<sup>1</sup>). Derimod er det en ubestridt Sætning, at den særlige Form af Retshaandhævelse, der betegnes som Straf, forudsætter en indre, subjektiv Kendsgerning, af hvilken den objektiv retstridige Handling er Udslag, og at Forholdsregler mod det blot objektiv retstridige, selv om de henføres under Retshaandhævelse, dog ikke ere Straf. Sætningen gælder ikke blot for de Straffeteorier, der bygge paa Forudsætningen om Viljesfriheden, men ogsaa for dem, der med Feuerbach forkaste denne Forudsætning, men dog med ham kræve Paavirkelighed ved Straffetruselen som Strafbetingelse. Nægtes ogsaa denne Forudsætning, bortfalder Straf som særligt Begreb indenfor Retshaandhævelsen. Det vilde i alt Fald kun have en rent terminologisk Interesse at bevare det<sup>2</sup>). Det har derfor Almengyldighed, naar Ø. som Udgangspunkt for Læren om Strafbarhedens subjektive Betingelser (Tilregneligheden til Straf) i Fortsættelse af den ovenfor citerede Udtalelse, siger<sup>3</sup>): »I Særdeleshed kunne Straffelovene ikke have Hensyn til andre end frie Handlinger. Ti hvor det ikke

<sup>1</sup> S. H. 1, 2. Afsn. S. 217—18, 338—39. min alm. Retslære II. S. 515 o. ff. <sup>2</sup>) Jfr. herved H. 1, 1. Afsn. S. 63—69 og 2. Afsn. S. 358 o. ff. <sup>3</sup>) Eun. II., S. 119, A. f. R. III, S. 74—75.

staar til den paagældendes frie Beslutning, efter Godtbefindende, at lade den Handling, som Staten ønsker at forebygge, der kan Straffelovens Trusel ikke have nogen Indflydelse«. Formuleringen af denne Grundsætning er vel præget af Ø.'s særlige Straffeteori. Men de Ændringer, Udtrykkene maatte undergaa, for at den Grundsætning, der her udtales, ogsaa formelt kunde passe for enhver Straffeteori, falde let i Øjnene. I »Indledning« paaviser Ø. Almengyldigheden i følgende Udvikling<sup>1)</sup>:

»For at en Handling skal kunne gøres til Genstand for Straf, udkræves det, at den og det i samme, der bringer den i Forhold til Straffeloven, har sin Grund i Gerningsmandens fri Vilje, saaledes at det havde staaet i hans Magt at undgaa den Lovstridighed, som indeholdes i hans Forhold . . . De, der nægte Viljen Frihed, maa dog erkende, at der er visse Handlinger, hvortil Mennesket, saaledes som Sagen forestilles i den umiddelbare Bevidsthed, troer at have besluttet sig selv, efter Overvejelse af Handlingens Beskaffenhed og Følger, ligesom de og maa erkende, at disse Overvejelser høre med til de Grunde, der bestemme hine Handlinger, ja end ikke ere blotte Bevæggrunde — hvorfor de efter den almindelige Menneskeforstands Forestilling (der uden Tvivl og er den for den dybere filosofiske Betragtning antageligste) anses, — men mekanisk virkende Aarsager. De indrømme altsaa Forestillingen om Straf Indflydelse paa den menneskelige Begærevne saaledes, at denne i sin normale Tilstand ved denne Forestilling bestemmes til at lade det, som Lovene gaa ud paa at forhindre. De maa derfor i det væsentlige indrømme den forhen anførte Sætning, ja kunne end ikke fornuftigvis have noget imod dens Betegnelse ved Hjælp af Udtrykket Frihed, idet de nemlig maa erkende, at Mennesket, efter den umiddelbare Bevidstheds Fremstillingsmaade, har Frihed, og at det, — saa lidet som denne Forestilling (efter deres Lære) indeholder nogen virkelig eller abso-

<sup>1)</sup> A. f. R. III, S. 74—77, hvor der henvises til den udførlige Udvikling i Eun. II, S. 117—22 og J. T. VIII, 1, S. 143—45 (i Striden med Howitz), hvis Indhold er omtalt H. 1, 63 o. ff.

lut Sandhed — dog er nødvendigt at handle og udtrykke sig, som om Mennesket virkelig var frit. Den Betragtning, at der ingen virkelig Skyld findes i noget menneskeligt Foretagende, vil ikke have nogen Vægt for hin Læres Tilhængere. Ti, da de ikke kende nogen væsentlig Retfærdighed, men blot de menneskelige Handlingers Styrelse efter fælles Interesse, kunne de paa den anden Side ikke heller finde nogen Betænkelighed ved at anvende endog de haardeste Straffe paa aldeles ufor skyldte Handlinger, hvorved Samfundets Interesse lider, og kun, fordi Forestillingen om Straf ikke kunde være virksom med Hensyn til de Handlinger, der umiddelbart vise sig som tvungne eller som ere frembragte uden Bevidsthed om Handlingen og dens Følger, blive deslige Handlinger af dem udelukkede fra Straffelovens Herredømme. De have derfor vel et ganske andet Begreb om Tilregnelighed end det, der er forbundet med Erkendelsen af den menneskelige Frihed. Men i de nærmeste Resultater for Lovgivningen komme dog begge Forestillinger nogenlunde overens med hinanden . . . Den oven anførte almindelige Grundsætning, der udtrykker den subjektive Betingelse for al Strafskyld, . . . bliver stedse at betragte som Grundregel.

Ud fra det i de nævnte Sætninger udtalte Grundsynspunkt drøfter Ø. de enkelte Konsekvenser med Hensyn til Straftilregnelsernes Betingelser og de særlige Omstændigheder, der udelukke denne. Han fik derved Lejlighed til at bortrydde adskillige Skævheder og Urigtigheder, som før Feuerbach og ham havde ret almindelig Kurs. I det store og hele have hans Konklusioner hævdet deres Rigtighed ogsaa senere.

1. Den første subjektive Strafbetingelse er da den, at den foreliggende Handling maa være grundet i den handlendes Vilje. »Enhver fri Handling er i og for sig selv forsætlig (actio ex proposito). En Handling, som skulde være fri og dog ikke grundet i Gerningsmandens Forsæt eller Vilje, vilde være den haandgribeligste Modsigelse af Verden«<sup>1)</sup>. Udførligere og

<sup>1)</sup> Eun. II, S. 199—200. J. A. Nr. 7 (Afhdl. mod Schlegel). S. 193, Nr. 21 (Prøver). S. 177—78.

med Fremhævelse samtidig af Betingelsens retlige Begrundelse siger Ø. herom i Sammenhæng med det ovfr. anførte Sted i »Indledning«: »Hvor en Handling er frembragt ved en uimodstaaelig Nødvendighed, er den ikke nogen egentlig menneskelig Handling, men Mennesket forholder sig derved blot lidende og som Redskab i en blind Naturkrafts Haand, og det er i denne Henseende aldeles det samme, enten det er en udvortes Magt, der synligen styrer hans Haand (*actio coacta*) eller en indvortes, mere eller mindre skjult Mekanisme, der bestemmer ham (*actio naturalis sive intrinsece necessaria*). En slig Handling (der egentligen kun med Urette fører dette Navn, da den i sin Natur er en blot Liden) er altsaa uden Forhold til moralske eller retlige Love<sup>1)</sup>, og det vilde være uretfærdigt at straffe, hvad der saaledes maatte være foregaaet til Skade for Staten eller andres Retstilstand. Slige Handlinger siges derfor at være utilregnelige. Ogsaa vilde Strafs Anvendelse her være aldeles hensigtsløs og unyttig, da Forestilling om Straf ikke kan virke til at afværge Begivenheder af det Slags«<sup>2)</sup>. Hermed jævnføres, hvad Ø. ligeledes udtaler i »Indledning« i en anden Sammenhæng; »Der er en kendeelig Forskel paa en Tvang, der umiddelbart bestemmer ens fysiske Kraft, og den, der blot indvirker paa Begærvnen. En Handling, der frembringes paa den først nævnte Maade (*actio coacta*) er aldeles ufri og kan kun uegentligen kaldes Handling. Derimod er den Handling, der, skønt ugerne, vælges for at afværge et Onde, som man endnu mere ugerne vil lide (*actio invita*), ikke uden Frihed«<sup>3)</sup>.

<sup>1)</sup> Ø. gentager her den for absolute Sætning, som er omtalt i denne Paragrafs Begyndelse. <sup>2)</sup> A. f. R. III, S. 75. Den anførte Udtalelse rækker iøvrigt videre end til Handlinger, der slet ikke ere Viljesakter, s. herom den følgende Paragraf. <sup>3)</sup> A. f. R. III, S. 101.

Forskellige Spørgsmaal, som staa i Forbindelse med denne første subjektive Strafbetingelse, faar Ø. særlig Anledning til at udtale sig om. Af denne, viser han saaledes, følger, at der ingen Strafskyld kan være, naar en Viljesakt af denne Person ikke foreligger — »andres Handlinger kunne aldrig regnes en Person til Forbrydelse«<sup>1)</sup> — eller Muligheden af en saadan endog er udelukket (véd juridiske Personer) — »Strafskyld kan aldrig hvile paa en Kommune, et Societet, et Kollegium som saadant«<sup>2)</sup>. Om de tilsyneladende og enkelte virkelige Undtagelse fra disse Regler, som Love hjemle, giver han i Forbindelse med disse Sætninger fornøden Forklaring<sup>3)</sup>. Ligesom den objektiv retstridige Handling omfatter den retstridige Undladelse, saaledes gælder imidlertid ogsaa om denne subjektive Strafbetingelse, at den omfatter en »Ikke-Villen efter Loven«, for saavidt dette ikke skyldes en uovervindelig Hindring. Ø. kommer gentagne Gange til at fremhæve dette i Anledning af Spørgsmaalet om Anvendeligheden af Begreberne Forsæt og Uagtsomhed paa Omissivforbrydelser, hvad der skal berøres nedenfor under Nr. 2. Det maa dog herved bemærkes, at disse Forbrydelser kunne hvile paa en positiv Beslutning om ikke at handle, om end det ejendommelige ved dem i subjektiv Henseende egentlig kun gør sig gældende, hvor den sjælelige Kendsgerning er den rent negative »Ikke-Villen«<sup>4)</sup>. Endelig bør det her nævnes, hvad Ø. udtaler angaaende Bevisspørgsmaalet ved denne Strafbetingelse. De samme praktiske Hensyn, som bragte ham til i Læren om de objektive Strafbetingelser at medtage det, som han iøvrigt erkender,

---

1) A. f. R. III, S. 97. 2) A. f. R. III, S. 99. 3) A. St., S. 97—100 og 109—12. 4) J. A. Nr. 21, S. 180—81, Eun. II, S. 277 o. ff., A. f. R. III, S. 157, J. T. VI, 2, S. 17, N., VIII, 2. S. 50—51.

processuelle Bevisspørgsmaal for disses Vedkommende, medførte, at han ligeledes ved de subjektive Betingelser medtog denne Undersøgelse. Den havde især Betydning ved det før ham i Teorien meget omtvistede Spørgsmaal, om dolus bør formodes. Hans rigtige Løsning af dette Spørgsmaal, hvilket Datidens tyske Strafferetsvidenskab atter og atter gav ham Anledning til at drøfte, omtales nedenfor under Nr. 2. Men ved Behandlingen af dette Spørgsmaal kommer han ogsaa til at berøre Spørgsmaalet om Beviset med Hensyn til den Strafbetingelse, at Handlingen maa være en Viljesakt. Af Forkæmpere for Sætningen, at dolus bør formodes, blandt hvilke var baade Feuerbach og Grolman, havde særlig den sidst nævnte støttet sin Sætning paa Slutning derfra, at det maatte formodes, at Handlingen var en Viljesakt. Idet Ø. bekæmper Slutningens Rigtighed, hvorom senere, erkender han, at »Kriminaldommen bør gaa ud fra den Forudsætning, at den handlende har villet sin Handling. Ti denne Forudsætning er en nødvendig Betingelse for Straffelovens Virksomhed. Naar det modsatte skulde kunne finde Sted, maa Gerningsmanden have befundet sig i en eller anden syg Sjælstilstand, der maa have vist kendelige Spor i Udenverdenen«. Der tilføjes som Eksempel: »Naar nogen tager et Gevær i Haanden, maa det vist nok, saafremt han er et Menneske, som er ved Fornuftens fulde Brug, forudsættes, at han er sig denne Handling bevidst og altsaa vil den« og »naar nogen ryger Tobak paa et Høloft, maa vist denne Tobaksrygen antages at være forsættelig«<sup>1)</sup>.

2. At en objektiv retstridig Handling er en Viljesakt, er ikke tilstrækkeligt til at gøre den strafbar. »Den i sig frie Handling — siger Ø. i »Indledning« —

<sup>1)</sup> Eun. II, S. 149—50, A. f. R. III, S. 158.

kan med Hensyn til sit Indhold eller sin Følge (∴ dens objektive Retstridighed) blive at betragte som aldeles ufri og utilregnelig«, saaledes paa Grund af en »aldeles uforskyldt Uvidenhed eller Vildfarelse«. For at Handlingen skal kunne tilregnes, maa »det Indhold eller den Følge, som bringer Handlingen i Forhold til Straffeloven, være bestemt ved Friheden, enten saaledes, at Gerningsmanden har villet hint Indhold eller hin Følge, eller og, at han vel ikke ligefrem har villet samme, men dog indset, at Handlingen letteligen kunde have det Indhold eller frembringe den Følge, som Straffeloven gaar ud paa at forebygge, eller at *han i det mindste har kunnet og burdet indse det*. Ogsaa kan Gerningsmanden have været vidende eller uvidende om den Lov eller Retsregel, som skulde give Handlingen sin kriminelle Karakter. Naar saaledes det, der gør Handlingen til Overtrædelse af Straffeloven, har ligget i Gerningsmandens Forsæt, er Forbrydelsen forsætlig. Men i modsat Fald er den, hvis den dog paa anden Maade, efter det foranførte, er tilregnelig, en Forbrydelse af Uagtsomhed eller Skødesløshed (*delictum culposum*)<sup>1)</sup>. Strafbarheden er altsaa i det mindste betinget af, at pligtstridig Uagtsomhed foreligger. I »Grundregler« hedder det nærmere herom: »Den uforsætlige Frembringelse af en Forbrydelse er just ikke altid aldeles skyldfri. Det paaligger enhver at vaage for, at ingen Krænkelser af Retsordenen ved ham frembringes. Han fyldestgør ingenlunde sin Pligt blot ved ikke forsætlig at overtræde Straffeloven. Han bør og lade alt, hvoraf han forudser, at det onde, hvis Forebyggelse er Straffelovenes Øjemed, efter Naturlove kan fremstaa . . ., og han bør anvende sin Agtpaagivenhed paa at indse, hvilke Handlinger der kunne have slige Følger. Den, som i nogen af disse

<sup>1)</sup> A. f. R. III, S. 144—45, jfr. S. 92—96.



Henseender lader det mangle paa behørig Omhu for at undgaa Retsordenens Krænkelse, gør sig skyldig i *Forbrydelse af Uagtsomhed* (delictum culposum). Hvor Omstændighederne derimod ere saaledes beskafne, at den paagældende end ikke kunde forudse den Skade, der ved hans i sin Form lovlige Handling er frem bragt, kan denne Skade, i hvor vel Handlingen selv er fri, aldeles ikke tilregnes ham. Ti det, hvorved Handlingen, objektiv betragtet, skulde blive til Forbrydelse, er ganske udenfor Frihedens Grænser. Det er uegentligt, naar man giver slige Handlinger Navn af hædelige Forbrydelser (delicta casualia). Ti de mangle en væsentlig Egenskab ved enhver Forbrydelse«<sup>1)</sup>).

En nødvendig Suplering af det her udtalte giver Ø.'s Udviklinger om de to Spørgsmaal: Hvor langt strækker Retsordenens Krav paa pligtmæssig Omhu sig, og er pligtstridig Uagtsomhed altid nok til Anvendelse af Straf?

Om det første af disse Spørgsmaal hedder det hos Ørsted i »Grundregler«<sup>2)</sup>:

»Hvad der i juridisk og i Særdeleshed kriminalistisk Henseende maa henregnes til Hændelse (som Modsæt-

---

<sup>1)</sup> Eun. II, S. 203. I ovenstaaende Citat er en Passus udeladt, som kun vedkommer Handlingens objektive Retstridighed. At der overhovedet i Ø.'s Udviklinger om Uagtsomhed ikke sondres mellem Momenter, der vedkomme denne, og saadanne, der angaa den subjektive Strafbetingelse, er omtalt ovfr. S. 98 og 100. Om en Miskendelse af Betydningen af en Handling's objektive Retstridighed vidner særlig i den anførte Udtalelser sidste Passus Ordene »hans i sin Form lovlige Handling«. Kun naar man gaar ud fra den Forudsætning, at Retstridigheden først indtræder, naar Angrebsobjektets Lidelse er indtraadt, og at en Angrebshandling aldrig i sig selv er retstridig, men altid er »i sin Form lovlig«, jfr. ovfr. S. 132, ville hine Ord ikke lede paa Vildspor. <sup>2)</sup> Eun. II, S. 204 o. ff. Ogsaa her forbigaaes, hvad der alene vedkommer Handlingens objektive Retstridighed.

ning til den pligtstridige Mangel paa Omhu) bør ikke bedømmes efter dette Begrebs metafysiske Betydning. Man skulde ikke let kunne nævne nogen skadegørende Begivenhed, hvor det jo kunde være muligt ved en endnu højere Grad af Paapasselighed, end den, man har anvendt, at undgaa den Skade, der er fulgt af en Handling. Men da det i det menneskelige Liv, hvor saa mangfoldige Genstande have Krav paa ens Opmærksomhed, ikke er muligt paa en enkelt Genstand at anvende den højeste Agtpaagivenhed, som i og for sig var tænkelig, maa den Grad af Agtpaagivenhed, man kan anses skyldig at vise, og hvis Mangel kan tilregnes som Uagtsomhed, indskrænkes med Hensyn til de øvrige Genstande, imellem hvilke man maa dele sin Opmærksomhed. Saaledes vilde det let kunne siges om den, der overrækker en anden en Spise eller Drik, som en tredje Person har forgiftet, at han ved nøjere Under søgelse kunde have opdaget det. Men har han ingen særdeles Anledning haft til at formode en Forgiftelse, vil sikkert enhver Dommer finde ham angerløs.

Vist nok faar man derved ikke en saa bestemt Grænse mellem Uagtsomhed og Hændelse, som naar man tog dette sidste Begreb i sin strenge metafysiske Forstand. Men man er ikke beføjet til, for at give Begreberne større Nøjagtighed og Bestemthed, at antage den uretfærdige Forholdsregel at straffe, hvad der er utilregneligt, ligesom der overalt ikke i Retslæren eller Moralen kan trækkes en saa skarp Grænselinie imellem de Begreber, hvorom den handler, at Anvendelsen falder af sig selv.

Den Grad af Agtpaagivenhed, der rettelig kan fordres, beror iøvrigt, og for en god Del, paa den paagældendes Alder, Forstandsgaver, Kundskaber, Sanser og øvrige individuelle Egenskaber. Den Fare, som en kunstforstandig let maatte kunne øjne, var ofte aldeles skjult for andre, og det kan ikke forlanges, at et Barn eller et enfoldigt Menneske skulde bruge de Forsigtighedsregler, som billig kunne kræves af den modne og forstandige Mand. Ogsaa kan en blind eller døv være uden al Skyld, hvor man ikke kunde frikende den, der havde sine Sanser i fuld Kraft, for utilgivelig Skødesløshed. Den større eller mindre Opfordring, der var for den paagældende til at handle, bør og komme i Betragtning. Ti hvor der øjeblikkelig maa handles, for at opnaa et

vigtigt og pligtmæssigt Øjemed, kan det ikke forlanges, at man skal være saa opmærksom paa en anden, dette Øjemed i sig uvedkommende Genstand, som hvor der intet er, der kan hæmme denne Opmærksomhed, eller man endog havde særdeles Anledning til samme<sup>1)</sup>.

I denne Forbindelse har ogsaa Ø.'s Lære om Retsuvidenheds særlige Behandling i Strafferetten Interesse. Men da denne Lære gaar ud paa at nægte error juris Virkning til at udelukke ikke blot Tilregnelighed, men ogsaa Forsæt, er der Grund til først at omtale den ved Fremstillingen af Ø.'s Lære om forbrydersk Forsæt.

Hvad det andet Spørgsmaal angaar, erkender Ø., at der ikke altid er Grund til at anvende Straf paa den blot uagtsomme Retskrænkelse. Allerede den Regel, han opstiller, at Straf kun bør anvendes, naar andre Retshaandhævelsesmidler ikke ere tilstrækkelige, medfører dette<sup>2)</sup>. I »Grundregler« udtales under Henvisning hertil<sup>3)</sup>);

»Uagtsomhed, hvorved man krænker andres Rettigheder, strider mod de Pligter, Lovene kunne og maa foreskrive Borgerne. Den kan altsaa rettelig gøres til Genstand for Straf. Dog bliver herved at tage i Betragtning, at den Uagtsomhed, hvorved kun en erstattelig Skade stiftes, ikke just nødvendigen kræver Straf, men den Erstatning, som bliver at paalægge den skadegørende, kan være nok til at frede om Borgersikkerheden. Dette gælder imidlertid kun, naar han aaben-

<sup>1)</sup> Eun. II, S. 204—07. Kun delvis er den subjektive Pligtstridighed i ovenstaaende Citat holdt ude fra den objektive Retstridighed. Citatets her udeladte Fortsættelse vedkommer alene den sidst nævnte. I Overensstemmelse med den anførte Udtalelse ere iøvrigt Ytringer i Manddrabsafhandlingen, Eun. III, S. 29—30 og 223, samt i Indledn., A. f. R. III, S. 94—95 og 164, jfr. ogsaa J. A. Nr. 21, S. 184—85. I Indledning henviser Ø. ogsaa til Udviklingen i Erstatningsafhdl. N. J. A. XX, S. 149—55, samt til Supl. II, S. 327—28. Paa disse Steder handles der dog væsentlig kun om den objektive retstridige Mangel paa Omhu. <sup>2)</sup> S. ovfr. S. 115—16. <sup>3)</sup> Eun. II, S. 218—19.

hjørtigen erkender den gjorte Skade. Hvis han søger at skjule den, bør denne Stræben, som dog egentlig ikke hører til den uagtsomme Gerning, men er en tilstødende forsættlig Retskrænkelse, anses med Straf, da den skadelidende udsættes for at lide Uret, og den skadegørende har en Opmuntring til at fragaa sin Handling, hvorimod Staten ved Frygt for Straf bør søge at tilvejebringe en tilstrækkelig Modvægt. I Særdeleshed synes heller ikke blotte ærefornærmende Udtalelser i Almindelighed at burde paaføre nogen Straf, naar det findes, at de ere fremførte af Uforstand, og uden at den talende har indset, hvad der indeholdes i hans Tale til anden Mands Fornærmelse. Ti en bestemt Erklæring herom, afgiven i Tide og uden Tilbageholdenhed, maa ordentligvis ophæve det Indtryk, deslige Udladelser ellers vilde gøre til hans Skade«.

Noget videre fører Ø. Udviklingen herom i »Indledning«<sup>1)</sup>:

»Dersom Lovgiverens Øjemed med Straffelovgivningen skal opnaas, at forhindre de Brud paa Statens eller Borgernes Rettigheder, som Forbrydelserne indeholde eller kunne frembringe, maa ikke blot den forsættlige Bestræbelse paa Retsordenens Krænkelse straffes, men Borgerne maa og tilholdes at indrette deres Forhold saaledes, at Retsordenen ikke mod deres Vilje derved forstyrres. Det maa paaligge dem at undersøge deres Handlingers Indhold og overveje de Følger, der af samme kunne befrygtes til Skade for Samfundsordenen, og efter Muligheden undgaa disse Følger, — en Forpligtelse, som dog har sine Grænser, uden at disse ved et nøjagtigt Begreb kunne afstikkes. Ogsaa denne Pligt maa omgærdes ved Straffe, der kunne opvække den fornødne Omhu for at undgaa alt, hvad som kan forstyrre Retsordenen. Saadan Straf er imidlertid ikke nødvendig, hvor den Skade, Uagtsomheden kan stifte, nøje lader sig vurdere i Penge, da for saadanne Tilfælde Forpligtelsen til Skadeserstatning, hvorved uden Forseelsen i sin Virkning bliver som ugjort, maa være tilstrækkelig for at anspore Borgerne til vedbørlig Agtsomhed . . . Endog saadanne Legemsbeskadigelser,

<sup>1)</sup> A. f. R. III, S 162—64, jfr. J. T. VI, 2, S. 25—26, XIII. S. 147 o. ff., XV, 2, S. 10—12.

som nogenlunde lade sig erstatte, medføre (efter positiv Ret) blot Forpligtelse til Skadens Oprensning, men ingenlunde Strafskyld, naar Uagtsomheden ikke er af et særdeles farligt Slags . . . Handlinger derimod, der paa en iøjnefaldende Maade udsætte Samfundet eller Medborgere for saadanne Krænkelser i deres Retstilstand, som enten i sig ere uerstattelige eller dog formedelst Skadens betydelige Omfang, ej vilde kunne erstattes, blive Genstand for Straf, . . . da Sagens Natur fordrer Betryggelse herimod ved Straf . . . Saaledes bør Handlinger, hvorved nogen af Sorgløshed udsætter enten Staten, som et Hele betragtet, for aabenbar Fare eller, hvorved en ubestemt Mængde Mennesker udsættes for Fare paa Liv eller Legemssundhed eller, hvorved en udstrakt Ødelæggelse og Elendighed kan bevirkes, uden Tvivl straffes«.

Ø.'s anførte Udviklingers Konklusion, at pligtstridig Uagtsomhed begrunder en Tilregnelighed, der i mange Tilfælde er nok til Straf, og det i Kraft af Straffinstittets almindelige Hjemmel, hører nu til Dags til de ubestridte Sætninger, ogsaa udenfor Ø.'s Straffeteori. At Afgrænsningen af Omraadet for Uagtsomhedens Strafbarhed kan falde anderledes ud end hos Ø., er en anden Sag. Efter Ø.'s egen rigtige Lære, at Grænsen ikke kan afstikkes efter faste Begreber, formindsker dette ikke Værdien af hans Undersøgelers Kærne. Gaas der noget længere tilbage i Tiden, var Sagen med Hensyn til Uagtsomhedens Strafbarhed og dennes Begrundelse ikke saa ubestridt. Schlegel hævdede hos os i Naturrettens 1ste Udgave, at uagtsomme Lovovertrædelser som Regel (∴ »medmindre vedkommende var specialiter forpligtet til særdeles Agtpaagivenhed«, f. Eks. som Embedsmand), kun kunde paadrage civilt Ansvar til Skadeserstatning og i det højeste Pengestraf. I sin Recension erklærede Ø. sig herimod i Tilslutning til Feuerbach's Lære, hvilken han her endog fulgte i visse paradoksale Konsekvenser med Hensyn til den ved Uagtsomhed forskyldte

Strafs Størrelse<sup>1)</sup>. Allerede i Konkurrenceforelæsnin-  
gen havde han iøvrigt, i Tilslutning til Fichte, imod  
hin Lære hævdet, at »for saa vidt den Skade, der fly-  
der af Uagtsomhed, er uvurderlig og uerstattelig, maa  
Straffe fastsættes, der kunne anses som passende Inci-  
tamer til at indskærpe Borgerne vedbørlig Agtpaa-  
givenhed«<sup>2)</sup>. I Naturrettens 2den Udgave forlod Schlegel  
hin Lære og erkendte, at Loven med Føje kan  
vække Opmærksomheden paa Lovens Bud ved Straf<sup>3)</sup>.  
I sin Recension af denne Udgave noterer Ø. dette og  
begrænser samtidig, under Henvisning til en i Mellem-  
tiden af ham udgiven Afhandling, sin ældre Recensions  
for vide Godkendelse af Feuerbach's Lære<sup>4)</sup>. Schlegel  
havde ved at begrunde sin oprindelige Lære fulgt  
»flere Tænkeres Mening, at uforsætlige Lovovertrædel-  
ser ikke kunde anses som Forbrydelser i egentlig For-  
stand, fordi Fejlen her ligger mere i Forstanden end  
i Viljen, hvorfor Straf skulde være upasselig«<sup>5)</sup>. Den  
samme Opfattelse af Uagtsomheden som blot For-  
standsfejl havde gennemgaaende de ældre Kriminali-  
ster før Feuerbach uden dog deraf at konkludere til  
Straffrihed, da Forstandsfejlen var forskyldt. Efter F.  
optog H. v. Almendingen hin Tanke og søgte derved  
at begrunde vel ikke Straffrihed for Uagtsomhed, men  
dog Uanvendeligheden af F.'s Synspunkt for Straffen:  
Lovens Straffetrusel skulde her med Nødvendighed  
være uvirksom, »fordi enhver Akt af Kendeevnen er  
aldeles uvilkaarlig«. Kun selve Straftilføjelsen kunde  
virke paa den uagtsomme Forstand. Ikke Lovens  
Trusel, men Prævention skulde være normgivende for  
Strafanvendelse paa dette Omraade. Imod denne Lære

---

<sup>1)</sup> Schl.'s Naturret, 1ste Udg. II, S. 119, L. E. 1799, S. 452—  
53 <sup>2)</sup> Min. 1800, II. 1, S. 276—77. <sup>3)</sup> Schl.'s Naturret 2den Udg.  
II, S. 98. <sup>4)</sup> L. E. 1807, S. 107, jfr. J. A. Nr. 3, S. 214 N. <sup>5)</sup> S.  
det i Note 3 anførte Sted.

rettede Ø. Angreb i en Afhandling, som optoges i det første Bind af Jur. Ark. som han selv udgav (1804)<sup>1</sup>). Den Forudsætning, hvorpaa H. v. A. bygger, det absolut uvilkaarlige i Forstandens Operationer »strider, — siger Ø. i en Udtalelse, der, som rettet mod den absolute Materialisme og deraf følgende Ophævelse af et særeget Strafbegreb, her anføres, — mod den simpleste Reflektion over de menneskelige Hindringer og destruerer i Grunden al Værdi af Menneskets Leven og Virken . . . Forstanden kan ikke reflektere over en Genstand saaledes, som Viljen attraar, men om den vil reflektere over den eller ikke, staar efter en umiddelbar indvortes Anskuelse, uden hvilken Mennesket aldeles ikke kan konstruere sit Jeg, i hans Magt, ligesom det og staar til Mennesket selv at fortsætte sin Reflektion, saa længe til han opnaar den Overbevisning, der ej kan passes med Vildfarelse. Uden denne Reflektionens Frihed var Mennesket et Spil for en blind Mekanisme, og det blev en Slumpelykke, om han opfyldte sin Pligt eller ikke, da hans Indsigt, hvorpaa hans Handlinger jo bero, blev tilfældig. *Der gives altsaa en selvforskyldt Uvidenhed og Vildfarelse.* At den, der befinder sig i samme og paa Grund deraf overtræder Loven, ej i Overtrædelsens Øjeblik er sig nogen Illegalitet bevidst, tilstaas gerne, men hans onde Vilje ligger ikke i Handlingens Øjeblik, men i hans *foregaaende Forhold*«. Med Gendrivelsen af H. v. A.'s Forudsætning falder ogsaa hans Konklusion. At Agtpaagivenheden virkelig lader sig opvække ved Strafløve, behøver ingen særskilt Deduktion. Straffelovens Betydning er ved culpa ganske den samme som ved dolus: »Ligesom Straffelovens Trusel mod dolus bør realiseres, naar den er overtraadt, fordi den

<sup>1</sup>) J. A. Nr. 3, S. 182—215.

ellers aldrig vilde afskrække den onde Vilje, saaledes maa og Loven mod culpa gaa i Opfyldelse, naar denne eksisterer, efterdi Truselen ellers altid vilde have den Skæbne, ej at opvække den Agtpaagivenhed, som Loven vilde frembringe«. Lignende Ensartethed mellem dolus og culpa finder Sted med Hensyn til Strafudøvelsens præventive Betydning lige overfor den konkrete Forbryder<sup>1)</sup>. Det ses let, at kun formelle Ændringer behøves for at bringe denne Udvikling til at passe ind ogsaa i Straffeteorier, der sætte Retfærdighedssynspunktet i Stedet for eller ved Siden af Sikkerheden<sup>2)</sup>.

Det følger ligefrem af de ovfr. udviklede Grundsætninger, at der i en Række Tilfælde, der frembyde visse faktiske Ejendommeligheder, dog ingen Væsensforskel er ved Afgørelsen af det Spørgsmaal, om en i Handlingens Øjeblik forhaanden værende Uvidenhed, Vildfarelse, Forglemmelse eller Mangel paa Bevidsthed er saaledes hidført ved et »foregaaende Forhold«, at den er pligtstridig og derfor ikke udelukker Straf for Uagtsomhed. Med Rette siger saaledes Ø., »at Gerningsmandens Drukkenskab i og for sig ingen Forandring gør i Strafbarheden, men at Dommeren skal subsumere den i saadan Tilstand begaaede Handling under de øvrige Grundsætninger og Forskrifter, Loven indeholder, og tildele samme den Straf, den efter samtlige sine subjektive og objektive Egenskaber er kvalificeret til. Har Drukkenskaben foraarsaget, at han ikke er blevet opmærksom paa de Omstændigheder, der ellers,

---

<sup>1)</sup> A. St. S. 203—08. Jfr. herved H. 1. S. 358 o. ff. om Ø.'s Straffeteori. <sup>2)</sup> S. ovfr. H. 1, S. 407 o. ff. De i »Grundregler«. »Indledning« og den ovfr. anførte Afhdg. indeholdte Sætninger om pligtstridig og strafbar Uagtsomhed ere ofte gentagne af Ø., s. J. A. Nr. 21, S. 187—89. (Prøver), N. J. A. XXX, S. 28—29 (Rec. af Mittermaier), J. T. VI, 2. S. 19 o. ff., XIII. S. 147—51 (Rec. af Kleinschrod), XV, 2, S. 10—12 (Lucas om Dødsstraf).



og om han havde været sin Fornuft og sine Sanser mere mægtig, ikke vilde have undgaaet hans Opmærksomhed, og han i denne Forblindelse f. Eks. omgaas saaledes med Ild og Lys, at Ildebrand derved stiftes, . . . er han skyldig i skødesløs Brandstiftelse«. At det herved forudsættes, at Drukkenskaben ikke er »aldeles uforskyldt«, udtaler Ø. i »Indledning«<sup>1)</sup>. Paa sidst nævnte Sted nævner Ø. ogsaa, at en Søvn, der er ulovlig, eller ved hvilken de Forsigtighedsregler, der burde været iagttagne, ikke ere det, ikke er ansvarsløs (∴ for Uagtsomhed) og at Affekt, fremkaldt ved Overfald, under hvilket den angrebne ikke har set, at han kunde frelse sig ved mildere Midler, vel altid kommer i Betragtning til den overfaldnes Bedste, men ikke ubetinget frier for Uagtsomhedsansvaret<sup>2)</sup>.

Det er fremdeles i Overensstemmelse med den almindelige Grundsætning, at i de Tilfælde, hvor den Omhu, der objektivt fordres, beror paa et særligt Pligtforhold (Embedsmænd m. v.), maa ogsaa Spørgsmaalet, om en stedfindende Mangel i Opfyldelsen, beroende paa Vildfarelse, Glemsomhed m. v., er tilregnelig, ev. til Straf, afgøres efter Hensyn til det særlige Forhold, hvori Vedkommende staar. Dette kan da,

<sup>1)</sup> Eun. II, S. 214—16, A. f. R. III, S. 154—56. At det er et »foregaaende Forhold« (at Personen har bragt sig i den bevidstløse Tilstand), som volder Uagtsomhedsansvaret, er i Virkeligheden ikke noget særligt for disse Tilfælde; kun at det foregaaende Forhold her er positivt. i andre negativt. I begge Tilfælde truer dette foregaaende Forhold paa retstridig Maade Angrebsobjektet, — den »rimelige Sammenhæng« og ved det negative Forhold den særlige Pligt forudsatte — ligesaa fuldt som den umiddelbare Angrebshandling. At den subjektive Strafbetingelse henføres til dette foregaaende Forhold, forandrer derfor ikke Ansvarsgrundlaget. Jfr. herved Ø.'s Udtalelser i J. A. Nr. 3, S. 203—04, Eun. II, S. 278 og A. f. R. III, S. 85. hvor dog til Dels denne Tanke er udtrykt noget anderledes. <sup>2)</sup> A. f. R. III, S. 84—86, N. J. A. XXIX, S. 37, Eun. III, S. 15—16.

som Ø. udvikler i sine Afhandlinger om Dommeransvar og om Embedsmænds Forbrydelser, dels føre til, at Kravet skærpes, f. Eks. naar »Embedsmanden har forsømt pligtmæssig Omhu for at skaffe sig de Kundskaber, som udkræves til retteligen at varetage sit Embede«, dels til at mindske Kravet, fordi Vedkommende er forbundet til at handle, uden i Regelen at have den Adgang, som en udenfor staaende privat har, at kunne undlade at handle eller handle ex tuto<sup>1)</sup>).

Endelig følger det af de udviklede Grundsætninger, at Undladelsesforbrydelser ikke falde udenfor Tilregneligheden, selv i det Tilfælde, hvor Undladelsen blot beror paa en »Ikke-Villen«, naar dette negative Faktum skyldes en pligtstridig Mangel paa Agtpaagivenhed<sup>2)</sup>. For saa vidt det imidlertid antages, at der ved Undladelsesforbrydelser ikke kan eller bør gøres Forskel mellem forsætlig og uagtsom Forbrydelse, hvorom i det følgende, maa man med Ø. blive staaende ved Fællesbetegnelsen »tilregnelig« som Udtryk for den her omhandlede subjektive Strafbarhedsbetingelse ved disse rent negative Forbrydelser<sup>3)</sup>.

3. Det Minimum, som udkræves i subjektiv Henseende for at gøre en objektiv retstridig Handling tilregnelig, er — som under Nr. 2 omtalt — ikke altid nok til at gøre Handlingen strafbar. I nogle Tilfælde har Teorien og med den undertiden Lovene krævet, at der maatte foreligge en Uagtsomhed, der kunde betegnes som grov. I mange Tilfælde har Teori og Love været enige om at skærpe Kravet saaledes, at Straf kun rammer den forsætlige Forbrydelse. Forsæt

<sup>1)</sup> N. J. A. XIII, S. 120 o. ff., J. T. IV, 1, S. 214 o. ff., IV, 2, S. 1 o. ff. (særlig S. 37—38). <sup>2)</sup> Eun. II, S. 277 om Hindringer, der kunne medføre Undladelsens Utilregnelighed. <sup>3)</sup> J. A. N. 21, S. 180—81, Eun. II, S. 276—79, A. f. R. III, S. 157,

kræves derhos begrebsmæssig til Forsøg og Meddelagtighed og den herpaa grundede Straf. Ved Siden af den Betydning, Forsæt og Uagtsomhedens Grovhed har for Straffens Størrelse, ere disse subjektive Kendsgerninger saaledes efter Omstændighedernes Strafbestemmelse. Bestemmelsen af disse Begreber maa derfor allerede finde Sted i denne Forbindelse.

Det hører til Ø.'s ubestridelige Fortjenester, at han lige overfor den ældre Strafferetsvidenskab før Feuerbach og de jævnlig endnu efter ham opdukende fejlfulde Bestemmelser, har slaaet fast, i væsenlig Overensstemmelse med Feuerbach, og gjort til Videnskabens ubestridte Eje, hvad der *begrebsmæssig* maa udkræves til forsætlig Forbrydelse, idet han skarpt udsondrede herfra det Spørgsmaal, hvor vidt der af praktiske Hensyn maatte være Grund til i Retslivet at gaa ud over den begrebsmæssige Grænse.

I »Grundregler« fremstiller Ø. de begrebsmæssige Krav til forsætlig Forbrydelse i følgende Ord<sup>1)</sup>:

»Den frie Handling, hvorved et Onde frembringes, som modsiger Retsordenen (s. ovfr. under Nr. 1), er derfor ikke nødvendigvis en forsætlig Misgerning (*actio dolosa, delictum ex proposito*). Hertil kræves, at Gerningsmanden ikke blot har villet Handlingen i sig selv, men og det, der gør samme til Forbrydelse . . .

Til en forsætlig Forbrydelse hører altsaa, foruden Handlingens Forsætlighed ogsaa, at Gerningsmanden har været sig *det Indhold af Handlingen bevidst, der gør den stridende mod Straffeloven*, og for saa vidt det er med Hensyn til en Følge, Handlingen har frembragt eller kunnet frembringe, at den var i Strid med Lovene, da, at *denne Følge har ligget i Gerningsmandens For-*

---

<sup>1)</sup> Eun. II, S. 200—03; J. A. Nr. 3, S. 300—01, N. 7, S. 193—95, N. 21, S. 177—79, N. J. A. II, S. 7 o. ff., J. T. VI, 2, S. 3 o. ff., XI, 1, S. 274 o. ff.

sæt<sup>1)</sup>). Ligeledes maa han have *kendt den Lov eller Retsregel*, han har overtraadt.

Derimod er det *ikke* just fornødent, at den Følge, med Hensyn til hvilken Handlingen er blevet erklæret for en Misgerning, netop skal have været den egentlige Genstand for hans Attraa. Det er nok, at han har forudset, at den vilde indtræde og dog ligefuldt handlet. Ti han har da villet den, om ej som Øjemed, saa dog som Middel. Den, der myrder eller bagvasker for Vindings Skyld, uden for Resten at have noget imod den myrdede eller bagvaskede, er vist en fuldkommen forsættlig Morder eller Æreskænder<sup>2)</sup>).

*Ligesaa lidt* kræves som Betingelse for en Forbrydelses Forsættighed, at den paagældende har kendt den Straf, Loven har sat for samme. Det er nok, at det strafværdige i hans Foretagende har været ham i Almindelighed bekendt. Heller *ikke* kan det forsættlige i en Forbrydelse bortfalde derved, at Gerningsmanden paaskyder Overbevisninger og Forestillinger, ifølge hvilke han i sin Samvittighed skal have fundet sig opfordret til den Gerning, Straffelovene forbyde, ligesom heller *ingen* nok saa godmodig Hensigt kan fritage den, der med fri Vilje har handlet mod Straffelovene, fra at behandles som forsættlig Forbryder. Enhver er pligtig at underordne sin private Mening den, som ligger til Grund for Lovene. I det mindste maa han af enhver offentlig Myndighed betragtes som pligtig hertil. Det vilde ligefrem føre til det borgerlige Samfunds Opløsning, saafremt sli­g privat Mening (virkelig eller foregiven) kunde komme i Betragtning mod Loven. Ikke blot med Hensyn til enkelte særdeles Forbrydelser kunde man indskyde sig under en Overbevisning, som vilde betage Handlingen sin Strafværdighed. Men endog Grundpunkterne for den hele Retsorden kunde Lovens Overtræder ved sli­g Paaskud betage deres Virkning imod sig. Den paagældende kunde mulig betragte Ejendomsretten, ja den hele borgerlige Indretning som en Vold paa den naturlige Frihed, hvilken ingen velsindet Mand burde taale. Han kunde maaske endog anse enhver Regel, hvorefter et Menneske skulde være bundet til andet, end hvad der anstaar og behager ham, for en Opfin-

1) A. f. R., S. 92—93. 2) Jfr. J. A. Nr. 3, S. 200. N., N. J. A. XXIX, S. 49. J. T. VI. 2. S. 3 N., A. f. R. III, S. 152—53.

delse, hvorved Herskesyge og Egennytte havde søgt at besnære den troskyldige Enfoldighed, og som enhver oplyst Mand maa frigøre sig for. For alle slige Paradoksier lod sig endog anføre en eller anden Skribents Avtoritet, som har glimret ved Vittighed og Skarpsind. Men den, der saaledes vil gøre sin private Mening gældende mod Samfundet, bør heller ikke fortænke Staten i, at den gør den ved Loven tilkendegivne almindelige Vilje gældende mod ham<sup>1)</sup>.

At en godmodig Hensigt heller ikke bør fritage fra Behandling som forsætlig Forbryder, begrundede Ø. nærmere paa et andet Sted i »Grundregler«<sup>2)</sup>. Ofte senere, navnlig under Polemikken mod Gönner, fik han Anledning til at vende tilbage til den Sætning, at en særlig Egenskab ved Bevæggrunden til Forsættet hverken hører med til Forsættets Begreb eller kan fritage for Behandling som forsætlig Forbryder<sup>3)</sup>. I »Indledning«<sup>4)</sup> dvæler Ø. ogsaa udførlig herved, idet det paavises, at hverken retlige eller moralske Hensyn tilstede en saadan Fritagelse<sup>4)</sup>.

Til Fuldstændiggørelse af Udviklingen om, hvad der *ikke* kræve til at statuere forsætlig Forbrydelse tjener endvidere følgende, i anden Sammenhæng forekommende Udtalelse<sup>5)</sup>:

»For at et forbrydersk Forsæt kan anses som frivillig fuldbyrdet, kræves ingenlunde, at den skyldige, lige til det tilsigtede Onde er sket, skal vedligeholde den Vilje at udøve samme. Saasntart han i den forbryderske

---

<sup>1)</sup> Stemrende med ovenanførte er den kortere Fremstilling i »Indledning«, A. f. R. III, S. 144—45, 152—53, Eun. II, S. 193, jfr. J. T. I, S. 391, II, 2 S. 232—33, VI, 2, S. 4—5, X, 2, S. 45—47, XI, 1, S. 280, XI, 2, 4, 87—91. <sup>2)</sup> Eun. II, S. 193—94. <sup>3)</sup> J. T. 1, S. 391, II, 2, S. 232—33, VI, 2, S. 4—5, IX, 2, S. 45—47, XI, 1, S. 280, XI, 2, S. 87—92 <sup>4)</sup> A. f. R. III, S. 170 o. ff. I en meget udførlig Note paa dette Sted gør Ø. Anvendelse heraf paa Spørgsmaalet. om animus lucri faciendi kræves til Tyveri. I en senere Paragraf bliver der Lejlighed til at belyse Ø.'s Lære paa dette Punkt nærmere. <sup>5)</sup> Eun II, S. 217.

Hensigt har foretaget sig noget, som, uden at Udfaldet længere staar i hans Magt, kan bevirke det tilsigtede Onde, maa han, om endog Lovene gøre dettes virkelige Frembringelse til en nødvendig Betingelse for en fuldendt Misgerning, anses som skyldig i en saadan, forudsat at Ulykken virkelig indtræffer. Ellers vilde der ikke let kunne eksistere en forsætlig fuldendt Misgerning i noget af de Tilfælde, hvor dertil kræves en vis frembragt Skade. Ti der maa dog altid være et kortere eller længere Mellemrum imellem Handlingen og Følgen, hvori Gerningsmanden, som mulig fortryder sin Gerning, ikke længere er Herre over Udfaldet . . .«

Her kan ogsaa erindres om, hvad Ø. adskillige Aar før »Grundregler« fik Anledning til at gøre gældende i Anledning af nogle uheldige Definitioner i Schlegel's Naturret<sup>1)</sup>, at det vel begrebsmæssig kræves til forsætlig Lovovertrædelse, at Subjektet maa være sig Handlingens Ulovlighed bevidst (»For at en Handling skal kunne anses som dolos eller forsætlig illegal, er Kundskab om Lovens Forhold til Handlingen nødvendig«), men »at Gerningsmaaden i Gerningens Øjeblik skal *tænke* paa dette Forhold er vist paa *ingen Maade* fornødent. Naar et Menneske *ved*, at det er utilladeligt at dræbe, overfalde, bagvaske, og han ikke desto mindre i Affekt udøver et saadant Faktum, er han efter alle lovkyndiges og efter Schlegel's egen Dom dolos Drabsmand, Voldsmand, Injuriant, skønt han ingenlunde tænkte sig Loven i Handlingens Øjeblik, en Omstændighed som det vel heller ikke blev muligt at skaffe juridisk Vished om, saafremt den paa glædende ej selv havde den Candens at tilstaa det.« At denne Ø.'s Sætning dog her er udtalt i for stor Almindelighed, synes han selv senere at have erkendt. Naar Forholdet er det, at »Forestillingen om Ret og Pligt aldeles ikke kunde indtræde i Bevidstheden,« forudsættes det i »Indledning«, at Tilregnelighed (og der-

<sup>1)</sup> J. A. Nr. 7 (1806), S. 194—95.

med Forsæt) er udelukket<sup>1)</sup>. Hin Sætning gælder da kun under normale sjælelige Forudsætninger og følger faktisk her allerede af de Regler, der maa gælde for Beviset for dette Krav til Forsæt, selv bortset fra det Postulat, der efter Ø.'s Lære skal gælde med Hensyn til Retsuvidenhed, jfr. herom i det følgende.

Ved med Rette at hævde, hvad der *begrebsmæssig* maa kræves til forsættlig Forbrydelse, fik Ø. tidlig Anledning til at bekæmpe Teorier, der paa forskellig Maade vilde udvide Begrebet ud over den af ham dragne Grænse.

I »Grundregler«<sup>2)</sup> vender Ø. sig i saa Henseende først mod de »Kriminalister, (til hvilke af nyere H. v. Alm. havde sluttet sig<sup>3)</sup>, som have troet, at en Forbrydelse bør anses som forsættlig, naar Gerningsmanden forud har tænkt sig det Onde, der ved samme er frembragt, som en *mulig* Følge, men *uden dog at vente eller ønske samme*«. Hertil siger Ø., med Tilføjelse af oplysende Eksempler: »Det er aabenbart, at Forbrydelsen i dette Tilfælde mangler det væsentlige ved en forsættlig Misgerning. Ti den retstridige Følge har jo ikke ligget i den paagældendes Forsæt. Han har kun været saa letsindig at lade staa til og gjort, hvad han lystede, uagtet han forudsaa, at det kunde udfalde til Brud paa andres Ret. Men han har ikke villet denne Krænkelser«. Herfra gaar Ø. over til at bekæmpe Læren om *dolus indirectus*, som »i lang Tid gjorde megen Lykke«, bl. a. ogsaa hos os, under Paavirkning af Regelen i Chr. V. L. 6—6—1. Herimod udtaler Ø. i »Grundregler« følgende<sup>3)</sup>:

---

<sup>1)</sup> A. f. R. III, S. 100 o. ff., s. H. 1, S. 428. <sup>2)</sup> Eun. II, S. 208—09. <sup>3)</sup> Eun. II, S. 208 N. og Ø.'s Kritik i J. A. Nr. 3, S. 199—201. S. endvidere Eun. III., S. 60—61. A. f. R. III, S. 153, samt Tyveriskr. S. 111, N. <sup>3)</sup> Eun. II, S. 209—10, N. J. A. XXIX, S. 49 - 50. A. f. R. III, S. 147—48. Med Hensyn til D. L. 6—6—1

»Ligesaa urigtig er og deres Mening, som lære, at den, der forsætlig foretager en ulovlig Handling, maa anses som forsætlig Aarsag til alt det Onde, som derved frembringes, skønt det laa udenfor hans Forsæt, naar det blot var muligt at forudse samme (dolus indirectus).

Saa længe vi holde os til Begreberne om forsætlig og uagtsom Forbrydelse, kan en Forbrydelse ikke tilregnes nogen som forsætlig, uden for saa vidt han har villet den.

At Gerningsmanden forsætlig har overtraadt en Lov, berettiger os ikke til at betragte ham som forsætlig Op-havsmand til et andet Onde, som han ikke vilde, maa-ske end ikke tænkte sig som muligt. Den forsætlig Overtræder af Brændpolitiloven . . . er ikke forsætlig Brandstifter, fordi der mod hans Vilje afstedkommes en Ulykke ved hin Overtrædelse. Kvaksalveren kan ikke anses som den, der har dræbt med Forsæt, fordi han ved sin forbudne Praksis, til hvis Virkning han har haft langt bedre Tanker, har bragt nogen af Dage. Den Skipper, som ved at handle mod Karantæneanordninger har udbredt en ødelæggende Smitsot, kan ikke siges at have myrdet alle dem, som denne Sygdom bortrykker.

End ikke den, der har villet saare nogen, men kommer til at dræbe ham, er forsætlig Drabsmand«.

Af de foran omtalte Doktriner udviklede sig senere Læren om et ubestemt Forsæt, der i Regelen betegnes som dolus eventualis<sup>1)</sup>. Denne Lære vil anerkende forsætlig Forbrydelse i visse af de Tilfælde, som hine Doktriner havde for Øje, men kun under stærkt begrænsende Betingelser. Disse formuleres vel

---

udvikler Ø. a. St S. 265—69, samt i Eun. III, S. 57 o. ff., A. f. R. III, S. 148 o. ff., at den gaar udover Grænsen, selv om en snævrere Fortolkning af Ordet »skade« i denne Artikel med Ø. antages end den. Fortolkerne og Domstolene før ham havde været tilbøjelige til at følge. <sup>1)</sup> Ø. gør ikke Brug af Navnet dolus eventualis paa det Forhold, Teorien i Regelen har for Øje dermed. I J. T. XIV, 2, S. 113 samt i Mot. til An. 4. Okt. 1833, § 6 (Koll. Tid. 1835. S. 655), benyttes denne Betegnelse om et virkeligt, om end betinget Forsæt, s. ogsaa M. t. N. U., S. 84.



noget forskelligt af denne Læres Tilhængere<sup>1)</sup>. Men alle ere dog enige derom, at der mindst maa kræves, at den Følge, der skal kunne tilregnes som øvet dolo eventuali, maa være forudset som let efter Tingenes sædvanlige Gang indtrædende. Heller ikke denne Lære har Ø.'s Tilslutning, for saa vidt den gælder det begrebsmæssig rigtige<sup>2)</sup>. Mod Feuerbach, der i senere Skrifter havde optaget denne Lære, bemærker Ø. i Jur. Arkiv<sup>3)</sup>, at »i sig selv og efter det strenge Begreb er Forbrydelsen under de nævnte Forudsætninger ikke dolos. Ti Subjektet gør maaske Regning paa den Lykke, at den i sig sandsynlige Følge af hans Handling vil udeblive og kan altsaa ikke siges at ville denne. Ellers maatte og det samme gælde, enten Beslutningens umiddelbare Genstand var en Forbrydelse eller ikke, hvilket F. her ikke antager«. Den samme Opfattelse forudsættes i »Grundregler«<sup>4)</sup>. hvor Ø. tager Ordet for, at Loven for den almindelige Sikkerheds Skyld som en positiv Afvigelse fra det begrebsmæssige, bør godkende F.'s Lære, »om end dette i givne Tilfælde kaster større Brøde paa vedkommende end den, hvori han virkelig maatte være skyldig«<sup>5)</sup>.

Medens Ø. med Føje bestrider, at Forbrydelsen i de ovfr. omtalte Tilfælde begrebsmæssig kan betragtes som forsætlig, erkender han, at der i en ganske anden Forstand kan foreligge et Forsæt, der er

---

<sup>1)</sup> S. f. Eks. Bornemann, S. Skr. III, S. 316 o. ff., jfr. min St. R. alm. Del I, S. 387 o. ff., M. t. n. U., S. 58. <sup>2)</sup> S. herfor min Str. R.'s alm. Del I, S. 385 o. ff. I modsat Retning s. M. t. n. U., S. 85. Det her angivne Kriterium, om Vedk. har »akkviesceret« ved Følgen, er enstydigt med det Udtryk (einwilligender Schuld), som en af Opfinderne af dolus indirectus i sin Tid brugte til Forsvar for dette Begreb, s. J. A. Nr. 3 S. 201 (v. Soden). <sup>3)</sup> J. A. Nr. 3, S. 201—02, N. samt J. A. Nr. 4, S. 143. <sup>4)</sup> Eun. II, S. 214, jfr. Eun. III, S. 62 N. <sup>5)</sup> S. ogsaa N. J. A. I, S. 9, J. T. VI, 2, S. 23 o. ff., XV, 2, S. 11—12.

ubestemt, uden at denne Ubestemthed kommer i Strid med Begrebet, nemlig naar det, Gerningsmanden vil, har en *ubestemt Størrelse*, og Ubestemtheden altsaa ligger i Forsættets *Omfang*. Det hedder herom i »Grundregler« i Fortsættelse af Angrebet paa *dolus indirectus*<sup>1)</sup>: »En ganske anden Sag er det, naar den paa-gældende vil skade i Almindelighed, uden at have bestemt sig for den større eller mindre Skade, men lader samme komme an paa Lykke og Fromme (*dolus indeterminatus*). Den, der *handler i slig Sindsstemning, hvilken ikke er usædvanlig hos den, der er i høj Grad opbragt*, har virkelig villet ligesaa vel den større som den mindre Skade, der maatte flyde af hans Handling. Legemsbeskadigelse og Tyveri tjene især til Eksempel<sup>2)</sup>. Med Hensyn til Tyveri siges i en anden Forbindelse, at »Tyven, for hvis Handling der i *Almindelighed* ligger en saa kaldet *dolus indeterminatus* til Grund, *ordentligvis* bør antages at have villet stjæle alt, hvad han tager til sig<sup>3)</sup>. Paa samme Maade udtaler Ø. sig i »Indledning« under Overskriften, »om det i Henseende til Skadens Størrelse ubestemt lovstridige Forsæt<sup>4)</sup>: »Naar Subjektet ubestemt vilde frembringe en Art af Følger, uden i Særdeleshed at have villet denne eller hin bestemte Grad deraf (*dolus indeterminatus s. alternativus*), maa han, endog efter Sagens Natur (∴ begrebsmæssig), anses som forsættelig Aarsag til den hele frembragte Virkning. Ti intet deraf har været udelukket fra hans Hensigt. *Hin Sindsstemning er, til Eksempel, sædvanlig hos den, der er i høj Grad opbragt*. Ligeledes maa det i Almindelighed antages, at en *Tyvs* Forsæt ikke indskrænker

<sup>1)</sup> Eun. II, S. 210—11, J. T. XIV, 2, S. 113—14. <sup>2)</sup> Eun. II, S. 155—56 <sup>3)</sup> Eun. II, S. 265, 381 N., 155—56. <sup>4)</sup> A. f. R. III, S. 150—55, se fremdeles J. T. XIV, 2, S. 113.

sig til en bestemt Kvantitet, men gaar ud paa *«alt, hvad han kan forefinde og som han kan føre sig til Nytte»*. Det er indlysende, at Ø. har Ret i, at et i denne Forstand ubestemt Forsæt, som ikke har Hensyn til, hvad paagældende har forudset (*»ventet«*), men hvad han har attraaet (*»ønsket«*), har god Hjemmel i Begrebet<sup>1)</sup>. At imidlertid den under dette ubestemte Forsæt indbefattede videst gaaende Følge ikke kan lægges til Grund, naar Spørgsmaalet drejer sig om Forsøg paa Forbrydelse, men at kun den Følge kan tages i Betragtning, som vedkommende bestemt har villet, gør Ø. gentagne Gange opmærksom paa: *»Det følger af sig selv, at Straffen for attenteret Drab kun kan anvendes, hvor et bestemt Forsæt til at skille den anden ved Livet er oplyst. Ti Misgerningens Væsen bestemmes her ved Forsættet og ej saaledes, som naar der spørges om fuldbragt Drab, ved Følgen«*<sup>2)</sup> — siger Ø. i Manddrabshandlingen. I *»Indledning«* hedder det mere udførligt herom: *»Det ligger i Begrebet om en forsøgt Misgerning, at den ikke kan finde Sted uden et bestemt Forsæt at udføre det, der hører til den Misgernings Væsen, som siges at være forsøgt. Ligesom Begrebet om uagtsomt Forsøg indeholder en Modsigelse, saaledes kan heller ikke det mindre bestemte Forsæt, der, saafremt Fuldbrydelsen af en vis Misgerning havde fundet Sted, vilde have været tilstrækkelig til at hjemle sammes Afstraffelse som forsættelig, være Grund nok til, i Mangel af Fuldbrydelse, at anse den paagældende skyldig i et Forsøg paa hin Misgerning. Naar den fuldendte Forbrydelses Væsen ofte bestemmes ved den virkelig foraarsagede Skade, saa kan alene selve*

<sup>1)</sup> Naar An. 4. Okt. 1833 jævnlig taler om bestemt Hensigt eller Forsæt, er det Modsætningen til det i Teksten omtalte ubestemte Forsæt, der haves for Øje. <sup>2)</sup> Eun. III, S. 16. 269. 330, jfr II, S. 15, 5—56.

Forsættet give den forsøgte Misgerning sit Væsen, der altsaa ikke kan strække sig videre end til det, den paagældende bestemt og bevisligen har villet<sup>1)</sup>.

Der er i Ø.'s Analyse af, hvad der ligger i Forsætsbegrebet, anvendt paa Forbrydelser, ikke noget, der kan siges forfejlet eller senere gendrevet. I det endnu omtvistede Punkt om saa kaldet *dolus eventualis* kan det i alt Fald ikke siges, at dennes Forkæmpere have sejret. For saa vidt Ø. bygger sin Analyse paa, om Vedkommende »vil« Retsbrudet, hæves mulig Tvetydighed af dette Udtryk i alt Fald ved den nærmere Udvikling Den Omskrivning, han et Sted benytter ved i Stedet for »vil Følgen«, at sætte »*ønsker eller venter Følgen*«, er ogsaa særlig oplysende om, i hvilken Betydning, han tager hint Udtryk<sup>2)</sup>. At baade Ønsket (Attraaen) og Forventningen kan være behæftet med visse Usikkerheder, uden at Forsættet derved udelukkes, modsiges ikke af Ø. Dette er tvertimod erkendt bl. a. i hans Lære om de Tilfælde, hvor en Forbrydelse, der udøves i en forsætlig fremkaldt Tilstand, som ophæver »*tydelig*« Bevidsthed (Drukken-skab), maa betragtes som forsætlig. I to Tilfælde erkender Ø. dette. Det ene er det, hvor »nogen af stærke Drikke, som han har taget til sig, har ladet sig op-hidse til at fatte og udføre en forbrydersk Beslutning, som ikke vilde være faldet kam ind, hvis han havde været ædru. Hans Forbrydelse har de Betingelser, som kræves til forsætlig Forbrydelse, og Drukken-skab fortjener ikke en saadan Begunstigelse, at der til For-del for samme skulde gøres Undtagelser fra de al-mindelige Begreber og Grundsætninger om forsætlige

1) A. f. R. III. S. 200—01. jfr. Tyveriskr. S. 267. 2) Eun. II. S. 208 og ovfr. S. 173. S. ogsaa J. T. XIV. 2. S. 114. Jfr. iøvrigt min Str. R.'s alm. Del I. S. 374 o. ff.

Misgerningers Afstraffelse«<sup>1)</sup>). Har Drukkenskaben sat paagældende i aldeles bevidstløs Tilstand eller dog bevirket, at han ikke har set Omstændigheder ved sin Handling, som gøre den retstridig, og som ellers ikke vilde undgaaet hans Opmærksomhed, er Forsæt udelukket, hvad denne Handling angaar, og forsætlig Forbrydelse kan kun antages, — det andet Tilfælde — naar Gerningsmanden just for at udøve Forbrydelsen har beruset sig: »At han i Gerningens Øjeblik ikke var Herre over sine Handlinger, kan ligesaa lidt ophæve disses Tilregnelighed i Egenskab af forsætlige, som denne Tilregnelighed kunde bortfalde derved, at det var en Naturkraft eller et andet Menneskes Virksomhed, han havde sat i Bevægelse til Forbrydelsens Udøvelse, uden at det paa den Tid, Skaden skete, stod til ham at styre Udfaldet«<sup>2)</sup>). Med Rette kan derfor Ø. udtale, hvad der allerede er anført ovfr. under Nr. 2, at Resultatet er, »at Gerningsmandens Drukkenskab i og for sig ingen Forandring gør i Strafbarheden, men at Dommeren skal subsu- mere den i saadan Tilstand begaaede Handling under de øvrige Grundsætninger, Loven indeholder«<sup>3)</sup>).

Trods den Omhu, hvormed Ø. har foretaget den logiske Analyse af Begrebet »forbrydersk Forsæt«, stod det ham fra første Færd klart, at det for det virkelige Retsliv ikke alene kunde komme an herpaa,

1) Eun. II. S. 214. A. f. R. III. S. 156. 2) Eun II, S 216 - 17. A. f. R. III. S. 154 - 55. Medens forbrydersk Forsæt utvivlsomt er tilstede i det i Teksten omtalte Tilfælde, er det et andet Spørgsmaal, om der blot skal antages Attentat eller — hvad O. vil — altid fuldbrydet Forbrydelse. naar Følgen indtræder. Bornemann S. Skr. III, S. 194 vil kun godkende Ø.'s Resultat i visse mindre praktiske Tilfælde. Det i min Str. R.'s alm. Del I. S. 404 o. ff. Udviklede fører til at erkende Ø.'s Resultat for rigtig i adskilligt flere, om end ikke alle Tilfælde. I Virkeligheden beror Afgørelsen paa de objektive Synspunkter, som ere berorte ovfr. i § 18. Nr. 2. 3) Eun. II. S. 215 - 16, jfr. N. J. A. XXIX. S. 37.

ordi det her gælder subjektive Kendsgerninger, der ikke ere umiddelbart tilgængelige for andre<sup>1</sup>). Han vil derfor ikke blot udelukke fra Straffelovgivningen de mange gængse Distinktioner af Forsæt, ogsaa saadanne, hvis logiske Rigtighed han ikke nægter, som overflødige og let førende til »de af en superfin Teoretiseren og Adskillen flydende Spidsfindigheder«<sup>2</sup>). Men han føres ogsaa naturlig til at lægge særlig Vægt paa de to praktisk vigtige Spørgsmaal, som her frembyde sig, nemlig dels, hvad der maa gælde med Hensyn til *Beviset* for Forsæt, dels, om de Afvigelser fra det logisk rigtige, som den *positive Lovgivning* kan være opfordret til at hjemle af *praktiske Grunde*. En Fremstilling af Ø.'s Undersøgelser om disse to Punkter er nødvendig til Belysning og Vurdering af hans Forsætslære.

Med Hensyn til *Beviset* for Forsæt angaaende det faktiske ved Forbrydelsen gjorde der sig i Doktrinen før og ved Udgivelsen af »Grundregler« to lige fejlagtige Yderligheder gældende. Nogle ældre Kriminalister (navnlig Kleinschrod) havde antaget, at »Visshed om det onde Forsæt aldrig kan faas anderledes end ved den skyldiges egne Bekendelse, da der er Spørgsmaal om en Kundskabstilstand eller en Vilje, hvorfor et umiddelbart faktisk Bevis i Regelen er udelukket«<sup>3</sup>). Nyere Kriminalister, navnlig Grolman og Feuerbach, lærte, under Hensyn til denne Læres Farlighed for Retssikkerheden i Forbindelse med Tilbøjeligheden til at binde Dommeren ved faste Regler, den modsatte Yderlighed: Forbrydelsens Forsætlighed maa formodes<sup>4</sup>). Ø. hævder i »Grundregler«<sup>5</sup>), under Henvis-

<sup>1</sup>) Eun. II, S. 199. <sup>2</sup>) J. T. XIV, 2, S. 112—16. <sup>3</sup>) Eun. II, S. 245. <sup>4</sup>) A. St. S. 245—46. Senere opgav Feuerbach Læren, s. J. T. XIII, 2, S. 141. Den blev derefter almindelig opgivet, s. dog om Mittermaier J. T. XIV, 1, S. 125. <sup>5</sup>) Til Grund for Udviklingen i

ning til sin korte Udvikling om dette Punkt i Afhandlingen om »Forholdet mellem Religion og Stat«<sup>1)</sup>, »at det maa overlades Dommerens frie Refleksion over Gerningens Form og de dermed forbundne Omstændigheder at afgøre, enten Handlingen skal antages at være grundet i ond Vilje eller i blot Uforsigtighed«<sup>2)</sup>. I den videre Udvikling herom<sup>3)</sup> imødegaar Ørsted G. og F., naar de ville overføre den med Hensyn til Handlingens Egen- skab af Viljesakt ikke urigtige Lære om, at denne har Formodningen for sig<sup>4)</sup>, paa Forsættet: »Man maatte da sige, at det er karakteristisk for en menneskelig Handling, at man kender alle de Omstændigheder, som vedkomme samme og forudser alle dens Følger. Men hvo vilde vel vedkende sig denne Urimelighed«? Efter Paavisning af de mange Inkonsekvenser, de nævnte Forfattere gøre sig skyldige i ved deres Princip Gennemførelse og under Henvisning til den af Ø. saa ofte hævdede Betragtning, at det er umuligt for Loven nøjagtig at afmaale den Vishedsgrad, som gør et Faktum antageligt, men at det er Dømmekraf- ten i sin frie Umiddelbarhed, der maa have den ende- lige Afgørelse heraf<sup>5)</sup>, konkluderes atter derhen: »For- brydelsen bør kun da antages at være forsættelig, naar dette enten tilstaas eller og samtlige vel overvejede Omstændigheders Sammenhæng i Forbindelse med Gerningsmandens Erklæring ej tilstede at forklare den

•Grundregler« ligger Aflhg. i J. A. Nr. 29 (1811), S. 249 o. ff. Allerede i Tyveriskr. S. 333 o. ff. var de samme Tanker udtalte. jfr. ogsaa J. A. Nr. 21, S. 217—18 (mod Eggers), Trykkefrih. Skr. S. 231 o. ff. S. endvidere efter hin Aflhdlg. N. J. A. I, S. 57. XIII, S. 126 m. Not., XVIII, S. 139—41 samt efter •Grundregler• N. J. A. XXIX. S. 3, 4. Eun. III, S. 170—71, J. T. III, 2, S. 61—83—85. XIII. 2. S. 141, XIV, 1. S. 124—26, A. f. R. III, S. 158—60. 1) Eun. I, S. 74—76. jfr. H, 1, S. 336—37. 2) Eun. II, S. 247 3) Eun. II. S. 247 o. ff. 4) S. ovfr. S. 156—57. 5) H. 1. S. 335, 336—38.

iværksatte Forbindelse af Uagtsomhed«, samt at »den sigtede kun da skal anses skyldig i Forsæt at overtræde Loven, naar han ikke kan opgive nogen anden, med Sagens Omstændigheder stemmende og psykologisk antagelig Forklaring af sin Handling«. Hine Forfattere ville statuere dolus, »hvor det er uvist, om Forbrydelsen er forsætlig eller uagtsom. Efter vor (Ø.'s) Lære vil Lovens Overtræder ikke være udsat for at dømmes som skyldig i dolus, uden hvor Omstændighederne gøre det modsatte utroligt. *Vi ville, at der skal være Vished om det onde Forsæt, skønt kun den Slags Vished, som Sagens Natur tilsteder . . .* Den Retfærdighedsregel, ikke uden tilstrækkelig Grund at paaføre nogen en Straf, fordrer, at dolus ej bør formodes. Kun naar man tillige vil, at der for dolus bør føres et umiddelbart faktisk Bevis (som da alene kan findes i egen Bekendelse), glemmer man Almensikkerhedens Krav. Vort Princip forener den Retfærdighed, der skyldes den tiltalte Person, med den Betyggelse mod Forbrydelser, Straffelovgivningen har at frembringe. At denne Forening er ufuldkommen, har den tilfælles med alle andre Love og Principer om, hvad der er juridisk Vished . . . Vort Princip er altsaa overensstemmende med Retfærdighed, skønt, det tilstaa vi gerne, kun med den ufuldkomne menneskelige Relfærdighed. At der ved dets Anvendelse kan ske Uret, fragaa vi ikke; men det Princip, vi have bestridt, er i sig selv uretfærdigt«<sup>1)</sup>. I Overensstemmelse med Udviklingen i »Grundregler« hedder det i »Indledning«<sup>2)</sup>: »Hvor vidt en Forbrydelse er forsætlig, bliver at bedømme efter den nærmere eller fjærnere Sammenhæng, hvori Handlingers kriminelle Indhold eller Følge staar med Handlingen selv, efter Personens Stilling, Opdragelse

1) Eun. II, S. 253—60. 2) A. f. R. III. S. 158—59.



og Forstandsevner. Ogsaa er hans personlige Forklaring af Vigtighed. Ti »for saa vidt den indeholder Benægtelse af hint Forsæt, bør han tillige gøre omstændelig Forklaring angaaende, hvad han har tilsigtet, og hvorledes det kunde gaa til, at han ikke bemærkede det i Gerningen, det gør samme til Genstand for kriminel Forfølgning, og denne Forklaring kan prøves ved Hjælp af Sagens Omstændigheder«. Om disse for Bevishedømmelsen vejledende Hensyn udtaler Ø. sig iøvrigt udførligere i »Grundregler<sup>1)</sup>. Af denne nærmest Processen vedrørende Udvikling er der her Anledning til at fremhæve dels den Betydning, det i visse Tilfælde kan have for, at Gerningsmanden ikke skal vække Formodning mod sig for at være forsætlig Misdæder, at han ufortøvet anmelder den foregaaede uheldige Begivenhed for den offentlige Myndighed og omstændelig forelægger den Detaillen, paa det at den kan prøve hans Foregivende, medens der er flest Spor, hvorfra Undersøgelsen kan gaa ud<sup>2)</sup>, dels hvad Ø. betegner som en Hovedsag med Hensyn til Spørgsmaalet, om dolus bør antages, nemlig »om Gerningen staar i en let og sædvanlig Sammenhæng med den frembragte Følge eller ikke.« Det hedder herom videre: »Den, som forsætlig har bibragt en anden Arsenik, kan ej tros, naar han foregiver, at hans Hensigt hermed ej gik ud paa at dræbe, da dette er den for alle Mennesker vitterlige sædvanlige Følge af hans Handling. Forgæves klager man (∴ Feuerbach) over Relativiteten af Begreberne om Lethed og Sædvanlighed. Naar man ej kan opgive mere nøjagtige Begreber, som kunne træde i deres Sted, godtgør man ikke mere, end at der gives vigtige

<sup>1)</sup> Eun. II, S. 260—02, jfr. N. J. A. II. S. 74, <sup>2)</sup> Eun. II, S. 262, J. A. Nr. 29, S. 267. Hermed jævnføres ovfr: S. 114 angaaende Drab i paastaet Nødværge. s. Eun. III, S. 17—21.

Nuancer i de menneskelige Handlinger og Livsforhold, som ej kunne gaa op i nøje afpælede Begreber. Herpaa frembyder den anvendte Etik og Retslære Eksempler i Hobetal, ligesom det og af Forholdet mellem Begrebet og Virkelighed er aldeles begribeligt«<sup>1)</sup>). Idet Ø. saaledes erkender, at Forsæt ofte in concreto maa antages paa Grund af den lette og sædvanlige Sammenhæng mellem Gerningen og Følgen, udfylder han for en stor Del den teoretiske Kløft, som skiller ham fra Teorierne om *dolus indirectus*, *eventualis* m. m., for saa vidt de hævde, at allerede Forsætsbegrebet omfatter de Tilfælde, hvor hin Sammenhæng er tilstede, og at derfor Forsæt altid i dem bør statures. At Ø. gaar endnu videre i praktisk at bøje sig for hine Teorier, skal nedenfor omtales. I en anden Sammenhæng udtaler Ø. som noget, der »ordentligvis«, naar ikke særdeles Ømstændigheder vidne om det modsatte, maa antages, at Tyven har villet stjæle alt, hvad han tager til sig. Med andre Ord: Formodningen for *dolus indeterminatus* er mod Tyven<sup>2)</sup>).

De Resultater, som Analysen af Forsætsbegrebet og Bevisgrundsætningernes Anvendelse paa Spørgsmaalet, om Forsæt maa antages, føre til, kan dog — udvikler Ø. — Lovgiveren have Anledning til at modificere til Ugunst for den sigtede »i Hensyn til de ufuldkomne Midler, der haves til at opdage den skyldiges Vilje«<sup>3)</sup>). Men medens hin Analyse og Bevisregler have, i det store og hele, med Føje vundet almindelig Tilslutning, er det samme ikke Tilfældet med de positive

<sup>1)</sup> Jfr. Eun. I, S. 94 --105 (Afhdl. om Teori og Praxis i Sædelæren), s. H. 1, S. 91 o. ff., og Trykkefrih. Skr. S. 229. J. A. Nr. 29, S. 265 -- 66. J. T. III, 2, S. 61. VIII, 2, S. 141. <sup>2)</sup> Eun II, S. 265, A. f. R. III, S. 151, jfr. J. T. XIV, 2, S. 113. Om andre konkrete Formodninger ved Tyveri, s. Tyveriskr., S. 336—37. <sup>3)</sup> Eun. II, S. 219.

Modifikationer, Ø. tager Ordet for, og dertil turde der ogsaa i de fleste Tilfælde være god Grund.

I »Indledning« udtaler Ø., at i de Tilfælde, hvor Lovgivningen ved en særlig Foranstaltning har sørget for, at en eller anden faktisk Omstændighed, hvorpaa en Handlings Lovlighed beror, bringes til almindelig Kundskab, følger det umiddelbart af disse Foranstaltningers Hensigt, at intet Paaskud om Uvidenhed kan komme i Betragtning ved saadanne Lejligheder<sup>1)</sup>. Med andre Ord: Loven maa her ville, at Kundskab og Forsæt, forsaavidt det beror paa disse, skal antages. Men Bornemann har sikkert Ret, naar han finder, at der ikke kan slutes mere af saadanne Love end det, at Formodningen er imod den handlende og kun kan afkræftes ved særlige Omstændigheder, — noget, som ikke er udenfor de almindelige Bevisregler<sup>2)</sup>. Med Hensyn til forskellige Tilfælde, som Ø. i denne Sammenhæng nævner, hvor paa lignende Maade en Vildfarelse skal være udelukket fra at komme i Betragtning, savner Ø.'s Lære ogsaa tilstrækkelig Hjemmel, undtagen under visse Abnormiteter i Lovgivningen i andre Henseender<sup>3)</sup>.

I »Grundregler«<sup>4)</sup> tager Ø. Ordet for, at Loven inddrager under Forsæt de større Skadetilføjelser, som *let* kunne flyde af en Handling, der forsætlig kun er rettet paa en mindre Skade, altsaa selv om dette Resultat ikke er hjemlet ved den *dolus indeterminatus*, der har Hjemmel i Forsætsbegrebet. Til Begrundelse

1) Å. f. R. III, S. 95—96 og 146. 2) Bornemann S. Skr. III, S. 229, min Str., R.'s alm. Del I, S. 291—92. 3) Å. f. R. III, S. 146—47. Jfr. herved min Str. R. sp. Del. I, S. 238—39, jfr. S. 236. III, S. 71—72. alm. Del I, S. 311 o. ff., jfr. S. 285 og sp. Del III, S. 126 o. ff. 4) Eun. II, S. 263—65. I J. A. Nr. 3. S. 201 N. findes den samme Lære. S. ogsaa J. A. Nr. 4. S. 143. Nr. 29. S. 267—70. N. J. A. II, S. 9, s. fremdeles Trykkefrih. Skr., S. 229—30. J. M. 1802, II. S. 170 N.

heraf anfører Ø, at Sagens Natur ikke let tilsteder Vished om den tilsigtede Skades Grad eller Omfang, at Tanken om den større Skade under de forudsatte Omstændigheder ligger saa nær, at den handlende i det mindste maa have forestillet sig den som mulig og altsaa i alt Fald er skyldig i en til dolus grænsende Uagtsomhed, samt endelig, at »vedkommende maa tilskrive sin egen onde Vilje, om Loven, for den almindelige Sikkerheds Skyld, antager en Grundsætning, der i et enkelt Tilfælde kaster større Brøde paa ham end den, hvori han virkelig maatte være skyldig«. Af disse Grunde mener Ø., at »Loven bør uden Tvivl tilregne den, der med retstridigt Forsæt har foretaget en Handling, alle de Følger af samme, som efter Tingenes sædvanlige Gang lettelig kunne flyde af samme. Den, der angriber en anden paa morderisk Maade og derved skiller ham ved Livet, bør derfor uden Tvivl anses som forsætlig Drabsmand, skønt han foregiver en anden mindre ond Hensigt«. Ved denne Lære gik Ø. over til praktisk at godkende Resultater, han teoretisk bekæmpede. Han siger selv herom: »Uagtet altsaa Begrebet om den saa kaldte dolus indirectus er forkasteligt, bør derfor ingenlunde alle de Resultater for Lovgivningen, man af dette Begreb har uddraget, (nemlig ikke de, den saakaldte dolus eventualis i sin praktiske Udførelse har for Øje), opgives. Kun at de ikke hidledes af hint ulogiske Begreb, hvorimod de bør betragtes som en af praktiske Grunde fornøden Modifikation i de Regler, som den blotte logiske Begrebsbestemmelse tilsiger«. For Etikeren og Lovgiveren er inidlertid denne Trøst for Logikeren uden Værd. Hin maa spørge: Er denne legale Modifikation i det begrebsmæssige virkelig fornøden? Er ikke Hensynet til Sikkerheden tilstrækkelig fyldestgjort ved de Resultater, som Bevisgrundsæt-

ningerne føre til, s. ovfr. Hvorfor skal der i de »enkelte Tilfælde«, hvor disse Grundsætninger ikke føre til Antagelse af Forsæt, »kastes en større Brøde paa ham, end den, han virkelig er skyldig i«? De af Ø. i Behandlingen af Bevisspørgsmaalet fremsatte Betragtninger synes at maatte føre ham selv til at besvare disse Spørgsmaal i modsat Retning af den, han i »Grundregler« har fulgt. Tvivlsomt er det vel ogsaa, om han har fastholdt hin Lære. I »Indledningen«s Behandling af Emnet efter positiv Ret findes ingen Antydning af hine Synspunkters legislative Berettigelse<sup>1)</sup>. Ligesaa lidt kan det paastaas, at Bestemmelserne i An. 4. Okt. 1833 maa forklares ud fra hin Opfattelse<sup>2)</sup>.

I Forbindelse med hin Lære i »Grundregler« omtaler Ø. ogsaa den Regel, at Tyven maa antages at have villet stjæle, hvad han tager til sig<sup>3)</sup>, og synes saaledes at ville have denne Regel opstillet som en legal. Men da Regelen, som Udtalelsen viser, s. ovf. S. 176—77, ikke skal gælde ubetinget, (»medmindre særdeles Omstændigheder vidne for ham«), er der i Virkeligheden kun Tale om en vejledende Bevisregel. Herfor tale ogsaa Ytringerne i »Indledning« om dette Tilfælde<sup>4)</sup>.

Af en noget anden Karakter end i de foran omtalte Tilfælde er Ø.'s Lære om Lovens Stilling med Hensyn til Forsætsbegrebet i Forhold til Undladelsesforbrydelser. Der er vel i begge Klasser af Tilfælde Spørgsmaal om legal Ligestilling (til den skyldiges Ugunst), uden Hensyn til Forskellen mellem forsæt-

<sup>1)</sup> A. f. R. III, S. 147—50. Om Ø.'s Ytring i J. T. XIII. 2 (1827), S. 141 skal forstaas om en legal Lempelse eller blot om den af Bevisregler følgende Lempelse af Formodningen in concreto, er ikke ganske klart. I J. T. XV. 2, S. 11 findes der intet Forbehold af hin Lære i en Forbindelse, der kunde give nogen Anledning dertil. <sup>2)</sup> S. Bornemann S. Skr. IV, S. 196—99. <sup>3)</sup> Eun. II, S. 265, jfr. S. 381 N. <sup>4)</sup> A. f. R. III, S. 151.

ligt og ikke-forsætligt, men i den første Klasse trods det, at denne Forskel kunde og efter Begrebet maatte føre til Ikke-Ligestilling, i den anden, fordi Forskellen er uanvendelig ved de negative Forbrydelser og derfor Ligestilling nødvendig. Ø. hævder i »Grundregler« og »Indledning« en saadan Nødvendighed og støtter den paa, at Forskellen mellem forsætlig og uagtsom Overtrædelse maa bortfalde af den logiske Grund, at »her ikke er Tale om en *Villen mod Loven*, men kun om en *Ikkevillen efter Loven*, der ytrer sig umiddelbart derved, at man ej har opfyldt Lovens Befaling«<sup>1)</sup>. Herved er det imidlertid ikke paaagtet, at Ikke-Opfyldelsen af det paabudte kan skyldes en positiv Beslutning, og da baade kan tænkes som forsætlig og som uforsætlig (paa Grund af Vildfarelse) og i sidste Fald efter Omstændighederne være tilregnelig som uagtsom, og at den blotte »Ikke-Villen« kun af samme Grund kan være tilregnelig som den uagtsomme positive Beslutning om ikke at ville, nemlig af Mangel paa Agtpaagivenhed. Er Forsæt altsaa Strafbetingelse, er Straf begrebsmæssig udelukket for alle Unndladelserforbrydelser, der ikke skyldes et positivt Forsæt. For Ligestillingen anførte Ø. imidlertid i Lærebogsprøven en anden, ikke fra Logikken hentet Grund, der ogsaa subsidiært kommer frem i »Grundregler«<sup>2)</sup>, nemlig at »det ej lettelig lader sig bevise for et Tribunal, om Forsæt eller ej har fundet Sted ved disse Forbrydelser«, eller som det mere udførligt hedder i »Grundregler«, at det, at indskrænke Straffen (eller den fulde Straf) til de Tilfælde, hvor Pligten havde været bevidst, og udelukke den for de Overtrædelser, der grunde sig i Pligtglemsel, »vilde

1) Eun. II, S. 277, A. f. R. III, S. 157. 2) J. A. Nr. 21, S. 180—81. Eun. II, S. 278—79. S. endvidere N. J. A. II (1812). S. 35. J. T. IV, 2, S. 35 N. 1, VI, 2, S. 14. N. 1, VIII, 2. S. 50—51.

være aldeles stridende mod Aanden i de Love, som under Straf paabyde en positiv Virksomhed, gøre Lovenes Anvendelse betinget af noget, der er udforskeligt, og bane næsten enhver Overtræder af det Slags Love Vej til at undgaa den Straf, som er funden fornøden for at sikre deres Overtrædelse«. Vel ere nu disse retlige Grunde for Ligestilling af de tilregnelige uforsætlige (uagtsomme) Undladelsesforbrydelser med de forsætlige udtalte i altfor stor Almindelighed. Ø.'s egne Udviklinger om Beviset for de indre Kendsgeringer, der her er Tale om, vise dette, jfr. ovfr. Men erkendes maa det, at der som Følge af den Karakter, Undladelsesforbrydelserne i Regelen have, ofte kan være Grund baade til ikke at betinge Strafbarheden af Forsæt og til yderligere at stille de tilregnelige uforsætlige Overtrædelser under samme Strafbestemmelse som de forsætlige. Ofte — kun ikke altid — vil da en saadan Ordning være stemmende med de paagældendes Loves Aand, og med det Formaal, de tilstræbe at skabe Sikkerhed for. Iøvrigt kunne visse positive Lovovertrædelser have den samme Karakter. For- saavidt er der i det anførte intet ejendommeligt for Undladelsesforbrydelser.

Til det forbryderske Forsæt kræves efter Begrebet ogsaa, at vedkommende »har kendt den Lov eller Retsregel, han har overtraadt« (s. ovfr. S. 170). Ubekendskab med de Love eller Retsregler, paa Grund af hvilke Handlingen er Forbrydelse, ophæver altsaa dennes Forsætlighed<sup>1)</sup>. Men Loven kan, efter Ø., ikke her følge Begrebet. Herom udtaler han sig saaledes i »Grundregler<sup>2)</sup>:

»Imidlertid kan man ingenlunde gøre det til en Be-

1) Eun. II, S. 238 ff. 2) A. St. S. 237 N. 238—44, s. ogsaa J. A. Nr. 21, S. 179—80, N. J. A. II, S. 72—74, XIII, S. 120—21, samt L. E. 1800, S. 34.

tingelse for Anvendelsen af Loven om forsætlig Forbrydelse, at Overtræderen bevislig har kendt Lovens Bydende. Ti man vilde da kræve et aldeles umuligt Bevis.

Lovgiveren *nødes* derfor til — hos ethvert Menneske, der er kommet over den barnlige Alder og har almindelig Menneskeforstand — at antage, at han kender alle paa behørig Maade kundgjorte Straffelove, skønt det iøvrigt er vist nok, at denne Kundgørelse i det højeste frembringer Muligheden for ham at kende Loven, ikke gør denne Kundskab virkelig, og at Mangel af den saaledes givne Løjligheds Benyttelse, naar man holder sig til *Begreberne* om forsætlig og uagtsom Forbrydelse, alene kunde bevirke, at han maatte anses som skyldig i *Skødesløshed*, og *ingenlunde kunde have til Følge, at han blev at anse som forsætlig Forbryder*. Hvad der for største Del ophæver det haarde i hin for *Lovgiveren nødvendige* Forudsætning, er, at de fleste og vigtigste Forbrydelser ere af den Natur, at deres Strafbarhed<sup>1)</sup> ved den sunde Menneskeforstand og ved Hjælp af den Dannelse, der tidlig bibringes ethvert Menneske, der lever i et borgerligt Samfund, maa indlyse enhver . . .

Hvad de Straffelove angaar, som af politiske Hensyn forbyde Gerninger, der ingen naturlig Retstridighed have, saa er det vistnok muligt, at Overtræderen har været uvidende om slikt Forbud. Men, dersom man vil tage Hensyn hertil, saa blive disse Love næsten uden Kraft, da enhver Overtræder, som ikke særlig var advaret desangaaende, kunde paaskyde Uvidenhed om Loven, og det vilde blive Klogskabsregel for enhver, der hellere vilde rette sig efter sit Lune og Egennytte, end efter Lovene, at holde sig saa fri som muligt fra Bekendtskab med disse. Det er altsaa et *Postulat for den retlige Orden*, at enhver i Overtrædelsestilfælde ordentligvis bør behandles, som om han havde været underrettet om de almindelig bekendtgjorte Straffelove.

Denne Sætning er vist nok meget streng og kommer

---

<sup>1)</sup> Som Betegnelse for det samme bruger Ø. straks efter »naturlig Retstridighed«. Det Spørgsmaal, som en Distinktion imellem Strafværdighed og Retstridighed fremkalder, indlader Ø. sig ikke paa. Eun. II. S. 201—02. (Det kræves ikke til en Forbrydelses Forsætlighed, at paagældende har kendt den Straf. Loven har sat for samme. Det er nok, at det strafværdige i hans Foretagende har været ham i Almindelighed bekendt), s. ovfr. S. 170.



stundom i Strid med den materielle Billighed. Men en saadan Strenghed er dog uundgaaelig, og den er i Virkeligheden ikke heller saa stor, som den i Teorien kunde synes at være. Heller ikke om de Politiforbud, som vedkomme alle og enhver, er dog let nogen Statsborger aldeles uvidende, og om de Love, der kun i særdeles Forhold komme til Anvendelse, bør enhver underrette sig, naar han indlader sig i deslige Forhold.

Vist nok er han, hvis han har forsømt dette og derfor handler mod Loven, i Grunden *kun uagtsom Overtræder*. Men den Haardhed, ikke desto mindre at straffes som forsætlig Overtræder, maa Borgerne underkaste sig, for at undgaa de Elusioner, hvortil et modsat Princip vilde give en den borgerlige Orden undergravende Anledning. Kun under *ganske særdeles* Omstændigheder, hvor den paagældende *aldeles ikke* havde *Lejlighed* til at skaffe sig Kundskab om Loven, kunde maaske Uvidenhed om samme antages til Bedste for Overtræderen. Men da kunde han ligesaa lidet anses skyldig i skødesløs som i forsætlig Lovovertrædelse (maaske saaledes ved »fremmede«, eller en »ganske øjeblikkelig forud kundgjort Lov«) . . . Ogsaa kunde der være særdeles Forhold, saasom Fraværelse, Fangenskab, Sygdom, som kunde *hindre* Statsborgeren i betimeligen at blive kendt med en ny Lov. Man synes derfor ikke ganske at kunne forkaste enhver Undtagelse fra Regelen: Uvidenhed om Lovene skader altid (ignorantia juris semper nocet), skønt det paa den anden Side for Misbrugs Skyld er betænkeligt at indrømme nogen saadan . . .

Misforstaaelse af Straffelovene kan ligesaa lidt komme Overtræderen til gode, som Uvidenhed om samme. Ti den borgerlige Sikkerhed kræver, at ikke blot Straffelovens Tilværelse, men og dens sande Indhold (hvorpaa det egentlig kommer an) anses alle bekendt. Og Straffeloven bør af Domstolene forklares saaledes, som enhver, der ejer sund Forstand og bruger behørig Eftertanke, selv maatte kunne forstaa dem«.

I »Indledning« hævder Ø. paa lignende Maade — til Dels endog mere reserveret med Hensyn til Undtagelser —, »at ingen, der er kommen til Skelsaar og Alder (den kriminelle Lavalder) og ikke mangler den almindelige Grad af Forstandsevner, kan undskylde sig med Uvidenhed om den Lov eller Rets-

regel, der erklærer Handlingen for Forbrydelse«, og »at med Kundskaben om Loven maa ogsaa det rigtige Begreb om dens Indhold og Betydning, for saa vidt samme kræves for, at Borgerne kunne indse Handlingens Strafbarhed (altsaa ogsaa om den individuelle Handlings Henførelse under Lovens almindelige Regel<sup>1)</sup>) anses givet, da ellers den med Loven forbundne og for Retsordenens Haandhævelse aldeles nødvendige Fordring ikke blev opfyldt«. Men med Hensyn til Sætningens Rækkevidde bemærkes det her: »Fordringen om, at Loven og dens rette Forstaaelse skal være enhver bekendt, og at Uvidenhed eller Misforstaaelse ikke kan fritage nogen for Lovens Straf, kan dog alene gælde med Hensyn til det, der umiddelbart er en Straffelovs Genstand, og bør ingenlunde udvides saa vidt, at ingen Uvidenhed eller vrang Fortolkning af andre Love, som kunde faa Indflydelse paa Handlingens Subsumtion under en Straffelov, skulde kunne komme Gerningsmanden tilgode«<sup>2)</sup>.

At der, som denne sidste Sætning udtaler, gives visse Retsvildfarelser, der i strafferetlig Henseende maa betragtes og behandles som Faktum vedrørende Vildfarelser og være ganske uafhængige af mulige særegne Regler om hine, er erkendt af alle. At det skulde være *nødvendigt* for Retsordenen med Hensyn til den virkelige error juris at hylde Ø.'s »strenge« Regel og overhovedet at fravige, hvad strafferetlige Grundsætninger tilsige, kan med Føje betvivles. Ø.'s egen Udvikling om Forsætsbeviset i Forbindelse med hans Paapegen af, at enhver normal Person i Regelen ikke kan være ubekendt med de naturlige Forbrydelsers Retstridighed<sup>3)</sup> vise, at den af ham paaberaabte Bevis-

<sup>1)</sup> A. f. R. III, S. 96. <sup>2)</sup> A. f. R. III, S. 87—92 og 98, N. J. A. XIII, S. 120 o. ff. <sup>3)</sup> Her kan ogsaa erindres om Ø.'s

fare ikke i Virkeligheden er tilstede, om det end kan forekomme, at i enkelte Grænsetilfælde en Retsvildfarelse kan foreligge, og at vedkommende da, hvis Begrebet følges, gaar fri for Forsætsansvaret. Og hvad de »paa politiske Hensyn« beroende Overtrædelser angaar, vil en noget videre Anerkendelse af en Retsvildfarelses Undskyldelighed aldrig gøre Utilregneligheden til andet end Undtagelse, medens den som uagtsom tilregnelige Vildfarelse ofte, som det foran er omtalt, efter disse Overtrædelsers Art vil føre til deres strafferetlige Ligestilling med Forsæt. Der turde derfor heller ikke paa dette Omraade være Grund til at fravige, hvad Begrebet kræver.

Det ligger ikke udenfor Ø.'s Lære om de subjektive Betingelser for Strafbarheden, at der kan være Klasser af retstridige Handlinger, hvis Strafbarhed vel ikke bør udstrækkes til de laveste Grader af Uagtsomhed, men dog paa den anden Side ikke indskrænkes til Forsæt, men medtage de Tilfælde, hvor Uagtsomheden er »grov«<sup>1)</sup>. Hvad der maa henføres til saadan Uagtsomhed, undersøger Ø. særlig med Hensyn til Spørgsmaalet om Strafbarhedens Grad. Men hans Bestemmelse har selvfølgelig den samme Betydning for de Tilfælde, hvor hin Uagtsomhedsgrad er Strafbetingelse.

I »Grundregler« antyder Ø. indenfor Uagtsomheden Forskellen mellem de Tilfælde, hvor den handlende *forudser*, at Retsbrudet kan fremstaa, og dem, hvor han ikke har anvendt sin Agtpaagivenhed paa at indse, hvilke Handlinger der kunne have slige Føl-

Bemærkninger mod Schlegel i J. A. Nr. 7, S. 194—97, s. ovfr. S. 172, s. ogsaa Eun. III. S. 29—30, N. J. A. XXIX, S. 76—77. <sup>1)</sup> S. ovfr. S. 168—69, Eun. II, S. 226, 230, 231, 232.

ger<sup>1)</sup>. Men det har næppe været Ø.'s Mening at henføre alle Tilfælde af førstnævnte Art uden nærmere Bestemmelse til den grove Uagtsomhed, — maaske nok, naar det forudsete Onde var meget betydeligt, medens det ellers maa komme i Betragtning, om Faren for dets Indtræden har været forudset som nærliggende eller ej<sup>2)</sup>. I »Indledning« udtrykker Ø. hin Forskel i Uagtsomhed paa en noget anden Maade. Der skelnes her mellem, om den handlende »*har indset*, at Handlingen *lettelig* kunde have det Indhold eller frembringe den Følge, som Straffeloven gaar ud paa at forebygge« (uden dog »*ligefrem at ville samme*«), og det, at han »*har kunnet og burdet indse det*«<sup>3)</sup>. Aabenbart med Hensyn til den første Art af Uagtsomhed udtales det paa et andet Sted i »Indledning«, at »*der gives en Uagtsomhed, der ved den aabenbare Ligegyldighed for andres Ret og Vel, som den tilkendegiver, nærmer sig til den forsætlige onde Vilje*«. Det samme fremgaar af den Betragtning, Ø. alt tidligere i Kritikken af Gönner's Udkast havde fremsat og hvortil han i »Indledning« henviser<sup>4)</sup>: »*Der gives en Uagtsomhed, der grænser temmelig nær til den bestemte onde Vilje, naar nemlig den paagældende virkelig *har forudset* eller efter Beskaffenheden af sin Handling *maattet forudse*, at han udsatte andre for *øjensynlig* Fare, men han dog for at opnaa sin maaske højst ubetydelige, maaske i sig utilladelige Hensigt eller for at undgaa*

1) Eun. II. S. 203. jfr. J. A. Nr. 21 S. 178. 184, s. ogsaa A. f. R. III, S. 153—54. hvor hint kaldes »den groveste Art af Uagtsomhed (Fremfusenhed)«. 2) At dette Hensyn bestemmer Graden af Handlingens objektive Retstridighed udvikler O. i Eun. II. S. 224—7. At der ved Bestemmelsen af den subjektive Uagtsomheds Grad ikke alene bør ses herpaa. udvikles a. St. S. 227—233. s. særlig de S. 230 og 231 anførte Eksempler. s. smst. S. 233—34. 3) A. f. R. III. S. 145. s. dog S. 158. 4) J. T. VI. 2. S. 23—27. XV, 2. S. 11.

en liden Anstrengelse, en ringe Ulejlighed, har ladet det komme an paa, om Skæbnen vilde holde ham fri eller ikke«. At Ø. derved har villet bestemme den grove Uagtsomheds Karakter, er ikke tvivlsomt. Det ses bl. a. af An. 4. Okt. 1833, § 29, hvor en væsenlig paa samme Maade beskreven Uagtsomhed udtrykkelig betegnes som »saadan grov Skødesløshed«. Det er klart, at ved denne Bestemmelse, mod hvilken der ikke kan indvendes noget, faar Begrebet en Begrænsning lige overfor det mere omfattende Begreb culpa dolo determinata, hvilket Ø. optager fra Feuerbach som bedre Udtryk for det, der før F. var betegnet som dolus indirectus, medens det paa den anden Side ikke falder sammen med de Tilfælde, som Ø. legalt, skønt ikke efter Begrebet, vilde have henregnet til dolus<sup>1</sup>).

## 21. **Subjektive Straffrihedsgrunde.**

Straf som ejendommelig Art af Retshaandhævelse hviler, som i forrige Paragraf omtalt<sup>2</sup>), paa den Forudsætning, at der i psykisk Henseende (Forstands- og Viljestilstand) kan og maa drages en Skellinie mellem paa den ene Side det udviklede og normale Menneske, der har de sjælelige Betingelser for at kunne rammes af dette ejendommelige Retshaandhævelsesmiddel, og paa den anden Side Barnet og den abnorme, lige overfor hvem Staten kun kan anvende fra Straf væsensforskellige Forholdsregler. Var denne Forudsætning uden Grundlag i Virkeligheden og hin Skellinie, om end blot som legal, udelukket, maatte

<sup>1</sup> S. ovfr. S. 152 ff., samt om culpa dolo determinata Eun. II. S. 209 N. <sup>2</sup>) S. ovfr. S. 152 ff.

Straf i sin ejendommelige Betydning forsvinde. Retshaandhævelsen vilde alene have fysiske Sikringsforholdsregler til sin Raadighed i Kampen mod Retsbrudet<sup>1)</sup>.

Paa Ø.'s Tid fik hos os den Opfattelse, der nægter hin Strafinstituttets Forudsætning, Udtryk i Howitz's Afhandling om »Afsindighed og Tilregnelser«. H. slutter sin Afhandling saaledes<sup>2)</sup>: »Erindre vi, at de mest begavede Mennesker have haft saadanne aandelige Svagheder, at Sokrates troede paa Dæmoner, at Pascal stedse indbildte sig at have en Afgrund ved sin venstre Side, at Newton forklarede Apokalypsen, at Boerhave og Mendelsohn, som Zimmermann beretter, begge faldt i en temporær Sindssygdom ved Spekulation, og at Zimmermann selv var en af de ulykkeligste Hypokondrister, saa indse vi, hvorledes man har kunnet sige, at der er ingen saa viis, at jo en Definition paa Afsindighed passer paa ham, og vi ville derfor slutte med at underskrive Boileau's:

*Tous les hommes sont fous et malgré tous leurs soins,  
Ne diffèrent entre eux que du plus on du moins.*

(Sat. IV.)

H. drog dog ikke den fulde Konsekvens af dette Standpunkt med Hensyn til Strafinstituttet, men anbefalede blot Overgange i Strafanvendelsen. Hertil svarer Ø.<sup>3)</sup>.

»Skønt jeg ej kan andet end give H. Ret i, at Naturen ikke har en skarp Grænse (nemlig mellem den Tilstand, hvori et Menneske anses at være sin Fornuft mægtig, og den, hvori denne Egenskab nægtes ham), men at der gives utallige Overgange fra den normale Forstandstilstand til Afsindighed, er det dog

<sup>1)</sup> Eun. II, S. 43, 48, 319—20. <sup>2)</sup> J. T. VIII, 1, S. 117 <sup>3)</sup> J. T. VIII, 1, S. 147—49.

indlysende — og til Dels af Forf. selv anerkendt —, at man nødvendigvis i Retsgebetet maa gøre en bestemt Forskel. Ikke blot med Hensyn til Straffelovene, men ogsaa, hvor der spørges om en Persons Dygtighed til at forbinde sig ved borgerlige Handlinger, maa han nødvendigvis henføres til en bestemt Klasse. Og vil man end, hvad Strafbarheden angaar, antage Mellemgrader, saa bliver der dog en Overgang fra Strafløshed til Strafbarhed«. Det gaar her ikke anderledes end i mange andre praktiske Tilfælde, f. Eks. ved Afgørelse af, om en Person er fysisk syg eller sund, om han er »guilty« eller »not guilty«.

Hvorledes skal da hin Skellinie drages? I Formuleringen ville de forskellige Teorier her afvige fra hinanden. Den Teori, der opfatter Straffen som Retfærdighedskrav, vil lade det komme an paa, om Personen ved Handlingens Foretagelse havde eller manglede fri Vilje, — ti Skyld fordsætter Personens fri Vilje. Sikkerhedsteoriene ville lade det komme an paa, om Personen var sjælelig tilgængelig for Straffens psykiske Paavirkning<sup>1)</sup>, og Straffetruselteorien vil særlig formulere dette saaledes, at Personen maa have været tilgængelig for Lovens Straffetrusel. Saaledes formulerede Feuerbach denne subjektive Straffebetingelse: »Der kræves en saadan Gemytstilstand hos Overtræderen, i Kraft af hvilken Straffelovens Virksomhed i det givne Øjeblik havde været psykologisk mulig«<sup>2)</sup>. Ø. erkender i og for sig Rigtigheden af denne F.'s Formulering. Den giver — siger han — den *nærmeste* Grund til ufri Handlingers Ustraffelighed<sup>3)</sup>. Men at en saadan psykologisk Mulighed er tilstede hos det normale Menneske, udleder han — i Modsætning til

<sup>1)</sup> H. 1, S. 338 og 346. <sup>2)</sup> Eun. II, S. 122. J. T. IX, 2, S. 253.

<sup>3)</sup> Eun. II, S. 123.

den deterministiske F. deraf, at det normale Menneske har fri Vilje. Derfor sætter han i Stedet for F.'s Formel Viljens Frihed hos Overtræderen: »Hvor det ikke staar til den paagældendes frie Beslutning, efter Godt-befindende, at lade den Handling, som Staten ønsker at forebygge, der kan Straffelovens Trusel ikke have nogen Indflydelse«<sup>1)</sup>. Handlingens Ufrihed gør den *utilregnelig* og befrier for Straf. I »Indledning« fremstiller Ø. det samme paa den i forrige Paragraf gængivne Maade under Overskriften »om Frihed som nødvendig Betingelse for al Strafbarhed«<sup>2)</sup>. Imidlertid ses det, at Ø. her ikke støtter Straffriheden alene paa det med F. fælles Synspunkt, at Straffelovens Trusel i disse Tilfælde er *unyttig*, men tillige paa den med hans videre udviklede Straffeteori stemmende Betragtning, at Straf her vilde være *uretfærdig*, et Synspunkt, der ogsaa andetsteds i »Indledning« kommer helt og fuldt til Orde, i Modsætning særlig til den ældre Fremstilling i »Prøver af Lærebog«<sup>3)</sup>.

»Den Ufrihed, der medfører Utilregnelighed, hedder det videre hos Ø., foreligger, naar det ikke havde staaet i Gerningsmandens Magt at undgaa den Lovstridighed, som indeholdes i hans Forhold«. Dette kan enten have sin Grund i en uundgaaelig manglende Forstaaelse af Lovstridigheden eller, hvis en saadan Forstaaelse ikke har manglet, i en uundgaaelig

1) Eun. II, S. 117—24. J. A. Nr. 15, S. 212—13. N. J. A. II, S. 30—31, X, S. 75—76. 2) A. f. R. III, S. 74—77. s. ovfr. S. 152 ff. Om Ø.'s Paavisning af Frihedsforudsættningens Berettigelse henvises iøvrigt til H. 1 S. 63—84 og S. 220. 348 o. ff. Om Modsætningen til Feuerbach i denne Lære udtaler Ø. i »Grundregler« (Eun. II, S. 123): »Det er ikke i det, han lærer, men i det, han bestrider (nemlig »Frihedens« Anvendelighed i Strafferetten), at vi hare noget mod ham at erindre«, s. endvidere J. A. Nr. 4, S. 129—30, H. 1, S. 362 o. ff., 426. 3) S. H. 1, S. 354—55, 358 384—86, 404—09, J. A. Nr. 15, S. 212—13.



Mangel paa Evne til at styre sin Handling herefter. Begge disse Grunde til Utilregnelighed fremhæves af Ø., om han end efter Sammenhængen ofte alene nævner en af dem<sup>1)</sup>). Med Hensyn til den nærmere Gennemførelse udtales det i »Grundregler«<sup>2)</sup>), at en Undersøgelse af de forskellige Sindstilstande, som ophæve Tilregneligheden, er uforuden. Grundsætningen og Dommerens Skøn om det enkelte Tilfælde er nok. Kun med Hensyn til Barndom har Lovgiveren Føje til at give bestemte Regler. Men i »Indledning«<sup>3)</sup> erkendes det, at den almindelige Grundsætning i sin Anvendelse trænger til adskillige nærmere Bestemmelser, særlig paa Grund af »Vanskeligheden i det givne Tilfælde ved at finde Grænsen mellem frit og ufrit«<sup>3)</sup>). I Virkeligheden findes der vægtige Undersøgelser herom i »Indledning«<sup>4)</sup>), men forøvrigt ogsaa i »Grundregler«<sup>5)</sup> i en anden Forbindelse, nemlig i Læren om de subjektive Forhold, der have Betydning for Strafbarhedens Grad<sup>5)</sup>), og endelig lejlighedsvis i andre Skrifter<sup>6)</sup>),

<sup>1)</sup> Begge Grunde nævnes saaledes i J. A. Nr. 15, S. 213. Eun. II, S. 309—10. A. f. R. III, S. 77, 80—83, 177—83 (Udelukkede fra Straffelovens Herredømme ere de Handlinger, der umiddelbart vise sig som tvungne eller, som ere frembragte uden Bevidsthed om Handlingen og dens Følger). Sidstnævnte Grund fremhæves særlig i Eun. II, S. 119. III, S. 24—25. A. f. R. III, S. 75, 86, s. ogsaa J. A. Nr. 21, S. 228—29. Førstnævnte Grund fremhæves særlig i Eun. II, S. 123, »Tilregnelighed bortfalder i ethvert Tilfælde, hvor nogen . . . er uden Evne til at indse sin Handlingens Beskaffenhed, Følger og Forhold til Loven«), 214—15, 238, 242, 316. A. f. R. III, S. 78, 85. J. T. VI, 2, S. 87, s. ogsaa J. A. Nr. 21, S. 224—28. <sup>2)</sup> Eun. I, S. 123. <sup>3)</sup> A. f. R. III, S. 77. <sup>4)</sup> A. f. R. S. 78—86. <sup>5)</sup> Eun. III, S. 309—20. <sup>6)</sup> S. saaledes, foruden de i Noter 1 og 2 nævnte Steder. N. J. A. II, S. 74. XXI, S. 263 o. ff. XXIX, S. 37. Eun. III, S. 25—26, 28—29, 159, 185 o. ff. 334. J. T. I, S. 338. IX, 1, S. 112 o. ff. XIV, 1, S. 138—40 og 2, S. 4, 166.

navnlig i dem, der fremkom fra Ø. under Polemikken mod Gönner<sup>1)</sup> og mod Howitz<sup>2)</sup>.

I Kraft af Grundsætningen ere for det første *Børn* i en vis Alder utilregnelige og derfor straffri, nemlig de Børn, »hos hvilke Fornuften ikke endnu er kommet til den Udvikling, at de kan bedømme Handlingernes Forhold til Straffeloven«<sup>3)</sup>, eller — som det hedder i »Grundregler«<sup>4)</sup>: »Aldeles straffrit maa et Barn være, der endnu ikke er kommet saa vidt, at det kan paaskønne sine Handlingers Følger og Forhold til Loven«. Ø. erkender imidlertid og billiger, at Loven ikke bliver staaende ved denne almindelige Regel, men fastsætter en vis Alder, med hvilken først Strafbarheden skal indtræde<sup>5)</sup>. At derved mulig Vilkaarlighed ved et Dommeren betroet Skøn om Barnets individuelle Modenhed undgaas, fremhæves af Ø. som et Motiv hertil<sup>6)</sup>. Men han billiger, at derved tillige Anvendelse af borgerlig Straf udskydes langt udover den Alder, da Frihedens Brug og med den Tilregnelssens Mulighed er begyndt«<sup>7)</sup>. Vel har Ø. ikke tænkt sig, at den kriminelle Lavalder ubetinget skulde udskydes saa langt, som det nu i Regelen antages for rigtigt, men ikke kendtes i nogen af Datidens Lovgivninger. Han vil kun indrømme større eller mindre Lempelser i Straffegraden, efter de forskellige Aldersstationer, for Børn, der endnu ikke er naaet til »den Alder, hvori Begreberne om Ret og Uret og Kraften til at indrette sine Handlinger efter disse Begreber har naaet fuld Modenhed og Fasthed«<sup>8)</sup>. Men hans Aner-

<sup>1)</sup> J. T. VI. 1, S. 217 o. ff., 2, S. 86—99, VII, 1, S. 94 o. ff., XI. 2, S. 58. <sup>2)</sup> J. T. VIII, 1, S. 147—54, X, 1, S. 40 o. ff., 2, S. 250. 252 o. ff. <sup>3)</sup> A. f. R. III, S. 78. <sup>4)</sup> Eun. II, S. 309. <sup>5)</sup> Eun. II, S. 123. Koll. Tid. 1840, S. 440. <sup>6)</sup> Eun. II, S. 310, 318, III, S. 157. <sup>7)</sup> J. T. X, 2, S. 250. <sup>8)</sup> Eun. II, S. 309 o. ff., hvor særlig Ordningen i den bayerske Straffelov af 1813 med 3 Stationer (8, 12, 16 Aars Alderen) i Principet billiges. A. f. R. V, S. 48, J. T.

kendelse af, at den legale, kriminelle Lavalder med Rette sættes senere end den begrebsmæssige, viser, at han ikke er en principiel Modstander af den Retning, der efter hans Tid er traadt frem i saa Henseende. Forholdet er jo ogsaa det, at der paa hans Tid i alt Fald kun var Begyndelsen til den organiserede offentlige Forsorg for forbryderske Børn, der alene kan gøre det forsvarligt lige overfor Retssikkerheden, i udstrakt Omfang ved Børn at give Afkald paa det Værn, der ved noget ældre Børn kan søges i Lovens Trusel om Straf. Enhver Lempelse med Hensyn til Børns Straf, som deres Tarv tilraadede, og som de paa hans Tid forhaandenværende Institutioner tillod, havde i Ø. en Forsvarer, ikke blot i Ord, men i Gerning, hvad de ved ham tilblevne Straffelove noksom vise<sup>1)</sup>.

Den almindelige Grundsætning kan derimod ikke befri *Taaberne* (efter Nutidens Sprogbrug, »aandssvage« eller »aandssløve«) for Straf, for saa vidt deres Sjæls-tilstand har til Særkende »en blot usædvanlig Stump-  
hed i Forstandsevnerne«, eftersom »Bevidstheden om Handlingernes Strafbarhed og Evnen til at bestemme sig herefter ikke ophører ved hin Forstandens Indskrækning«. Kun da kan en saadan Person ikke straffes, naar det skønnes, at Forstandsindskrækningen har haft den Følge, at han ikke har indset det i hans Handlinges Indhold og Følger, som gør samme stridende mod Loven. I saa Fald følger Straffriheden af den uforskyldte error facti<sup>2)</sup>.

---

VI. 2. S. 86—87. XI. 2. S. 61. hvor Ø. misbilliger, at Gønner's Udkast havde fritaget Børn for al Straf. naar de gøre sig skyldige i »Tyveri og andre Misgerninger af den Slags, hvis Utilladelighed tydeligst og snarest indlyser Barnet«, jfr. J. A. Nr. 24, S. 237. <sup>1)</sup> N. J. A. XIX. S. 223—24. Eun. II, S. 309 o ff. Koll. Tid. 1840. S. 440 (ad Fdg. 11. April 1840 §§ 26—28). <sup>2)</sup> A. f. R. III. S. 83, 183. Eun. II. S. 316. III, S. 25—26. s. ovfr. S. 158 ff

At en Straffrihed som den, der indrømmes Børn ud over, hvad den almindelige Grundsætning tilsiger, ikke kan finde tilsvarende Anvendelse ved Taaber, fremhæver Ø. Bestemte legale Grænser ere her udelukkede, og Hensynet til Barnets fremskridende Udvikling passer ikke ved disse Personer, hvis aandelige Udvikling er standset. Derfor kan heller ikke den Omstændighed, at det offentlige tager aandssvage under en Forsorg, der paa Ø.'s Tid kun bestod i, at der gaves dem Værge, befri dem for Straf. Som det senere skal omtales, stod Ø. endog en Tid langt stærkt imod den Lære, at en Strafnedsættelse ud over den normale Strafs Grænser skulde indrømmes Taaben<sup>1)</sup>. »En anden Sag er det — udvikler Ø. i »Grundregler« og gentager det med nogen Rettelse i Manddrabsafhandlingen og i »Indledning« — at der gives Tilfælde, hvor det er *uvist*, hvor vidt Lovens Overtræder er i en Sinds-tilstand, som udelukker Tilregnelighed, men dog vist, at han i alt Fald har lagt en *vedvarende Farlighed* for Dagen, som berettiger Staten til at anvende et *vedvarende Sikkerhedsmiddel* mod ham . . . Naar et Menneske, der ikke kunde betragtes som rasende, men vel som i en vis Grad forvirret eller tosset, mod hvem derfor ingen Betryggelsesmidler, efter som han hidtil har vist sig, syntes fornødne, begaar Drab, Brandstiftelse eller deslige, er det klart, at hvis saadan hans Tilstand betager ham den Frihed, som forudsættes til en Handlings Tilregnelighed, maa den paa den anden Side gøre ham vedvarende farlig for hans Medborgere. Ti man kan aldrig vide, om han ikke en anden Gang, ligesom nu, uventet kan begaa et grovt Brud paa den offentlige Sikkerhed. Den mildeste Mening, man kan

<sup>1)</sup> Eun. II. S. 317—18, III, S. 155—59, A. f. R. III. S. 83—84, 181. V. S. 49—50. »Af mit. Liv« I. S. 225 o. ff.

antage, er altsaa, at han for Livstid (»eller dog indtil Lægerne finde, at der er foregaaet en væsentlig Forandring med ham«) maa bevares saaledes, at han, til mindst Byrde for det offentlige og med mindst Lidelse for sig selv, sættes ud af Stand til at skade. *Denne Forvaring er egentlig ingen Straf*, men maa dog tilkendes ved de kriminelle Domstole, fordi den foranlediges ved en Sag, der anlægges for en Misgerning, og er en *umiddelbar Følge af, at Domstolene formedelst det tvivlsomme i den paagældendes Sjælstilstand, fritage ham for egentlig Straf*«<sup>1)</sup>. Den Ret for det offentlige til at træffe fornødne Sikkerhedsforanstaltninger (forskellige fra Straf i dette Begrebs specifikke Betydning) ligesaa vel mod farlige Taaber (d: af Forstandsindskrænkning lidende) som mod farlige afsindige, er i disse Udtalelser vel kun omtalt for Tilfælde, hvor Spørgsmaalet om Tilregnelighed til Straf er tvivlsomt, og kun, hvor hine Foranstaltninger træde i Stedet for en Straf, der forudsættes at være strengere. Men Retten er, som Udtalelsen viser og med god Grund, gældende i Almindelighed. Den maa derfor ogsaa kunne finde Anvendelse, hvor den aandssvages Tilregnelighed ikke er tvivlsom, og hvor den forskyldte Straf er mildere end den sandsynligvis livsvarige Forvaring (»forbunden — som det hedder i »Indledning« — med taaleligt Arbejde i en eller anden Straffeanstalt«), men ikke tilstrækkelig til at betrygge Samfundet. Straf og efter dens Fuldbyardelse Forvaring af Taaben paa Grundlag af den samme Gerning, er der derfor intet i Ø.'s Lære, som udelukker. Forvaringen — ligesom ogsaa den intensive Forsorg for Taaberne, som Nutiden kender — kan vel overflødiggøre Straf som Forebyggelsesmiddel mod den paagældende Taabe. Men det er ikke sikkert, at den ved et alminde-

<sup>1)</sup> Eun. II. S. 319—20, III. S. 27—28. A. f. R. III. S. 183.

ligt Bud kan opgives som Iværksættelse af Lovens Trusel, uden at svække Truselens Betydning, og denne almindelige Forebyggelse er med Rette for Ø. Hovedsagen ved den Sikkerhed, Strafinstitutionen skal tilvejebringe<sup>1)</sup>.

At »Mangel af Sanseredskabernes Brug« ikke i og for sig befrier for Straf, men kun, naar den har de Følger for Personens sjælelige Tilstand, som Utilregnelighedens Grund forudsætter, fremhæves i »Grundregler«<sup>2)</sup>, bortset fra den Straffrihed, som følger af den uforskyldte Uvidenhed om faktiske Forhold, som Mangelen kan medføre. Særlig stiller Forholdet sig kun ved *døvstumme*, fordi Bibringelsen af »Begreberne om Ret og Uret, om Love og Straffe, om Handlingernes fysiske Følger og om de religiøse Fremstillinger, som give de moralske og borgerlige Love deres højeste Kraft og Værdighed« udkræver en særlig Undervisning. »Ere døvstumme opvoksede uden saadan Dannelse, som behøves for at give dem hine Begreber, maa de behandles som de, der mangle Fornuftens Brug, ev. hvis de ere farlige, undergives Sikkerhedsforanstaltninger<sup>3)</sup>. For de døvstumme derimod, der ere saaledes dannede — hvad »Tidsalderen og Fædrelandet har Midler til, nemlig ved Delagtiggørelse i Sprogets Velgerninger« — er Tilregneligheden ikke i Almindelighed udelukket. Der kan kun være Spørgsmaal, om den normale intellektuelle og moralske Udviklings Maal fuldt er naaet. Men selv om dette for en given døvstum besvares benægtende, medfører det ligesaa lidt, som for de aandssvage med de stumpe Forstandsevner, Straffrihed<sup>4)</sup>.

Den næste Gruppe af Tilstande, hvor Spørgsmaa-

1) S. H. 1. S. 358 o. ff., særlig 416—19. 2) Eun. II. S. 123, Hdbg. I. S. 532—33. 3) Eun. III. S. 26, Hdbg. I. S. 533 N. 4) Eun. III. S. 26, jfr. S. 159, Hdbg. I, S. 532—33, A. f. R. III, S. 82, 183 N., V. S. 50.

let, om Personen er tilregnelig, frembyder sig, er det, hvor den aandelige Mangel har Karakteren af *Sygdom*. Da Sygdom er en Tilstand, der falder ind under Lægevidenskabens Omraade, erkender Ø., at ved Spørgsmaalet om en Sindssygdoms Tilstedeværelse, Omfang, Indflydelse paa de aandelige Livsytringer og deslige quæstiones facti, som ere Forudsætninger for Afgørelse af Spørgsmaalet, om en sindssyg er tilregnelig eller ikke, maa Dommeren ofte søge Oplysning (Skøn) af Læger<sup>1</sup>). Men ved Spørgsmaalet, om de faktisk konstaterede Kendsgerninger skulle føre til Straf eller Straffrihed for en sindssyg, maa Loven og i Henhold til den Dommeren tage den ovfr. fremsatte Grundregel til Rettesnor og derfor afvise Paastande om sindssyges Straffrihed, der gaa ud over, hvad der har Hjemmel i Grundregelen<sup>2</sup>). »Man kan ikke deraf,

<sup>1</sup>) Eun. II, S. 123, A. f. R. III, S. 82, J. T. VIII, 1, S. 149 (Ø. imødegaar her H.'s Klage over, at Domstolene for lidet raadspørge Lægerne »Saasart der er mindste Anledning til Tvivl, spørges Lægerne. Det er saaledes langt fra, at den med Ret af H. forkastede Fremgangsmaade er herskende, kun at adspørge Lægerne, naar Afsindigheden er forbundet med kendelige Afvigelser i den fysiske Sundhedstilstand. Heller ikke har man Eksempler paa, at Domstolene ere gaaede mod Lægernes Skøn. Men hvor dette, som ofte er og efter Sagens Natur maa være Tilfældet, er ubestemt, maa Domstolene forklare og anvende det«. I samme Aand med Hensyn til Rettens Stilling udtalte under Striden med H. Lægen Brandis sig, J. T. VIII, 2, S. 205 o. ff. »Hverken til Lægen (eller Anatomen) kan Retten og Ansvar for Afgørelsen henlægges«. At iøvrigt Domstolene have Beføjelse til selvstændig at prøve Sjæls-tilstandens Sygelighed, naar og for saa vidt den lægevidenskabelige Betænkning til Dels er bygget paa andre end lægevidenskabelige Præmisser, udtaler Ø. i Hdbg VI, S. 493—94, s. ogsaa »Af mit Liv« I, S. 222 o. ff. <sup>2</sup>) I J. T. VIII, 1, S. 91, udraaber H.: »Lad derfor Dommeren fremfor alting indrømme Begrebet om Afsindighed den størst mulige Omfang (latitudo)«. Ø, bemærker smst. S. 150. »at man vist ikke skal kunne beskyldte Domstolene for i Bedømmelsen at lade det mangle paa Tilbøjelighed til den mildere Me-

at Forbrydelsen ifølge lægekyndiges Dom er fremkaldt eller fremskyndet ved en eller anden sygelig Gemyts-tilstand, ligefrem slutte, at den er uden Tilregnelse<sup>1)</sup>. Derfor ere »de forskellige Inddelinger af Sjælssygdommene i denne Henseende til ingen Nytte<sup>2)</sup> og nogle Kriminalisters Hang til at benytte den nyere psykiske Lægevidenskabs Undersøgelser og Terminologier i Kriminalretten ikke ganske vel overlagt<sup>3)</sup>. En anden Sag er det, »at det kan være vanskeligt i disse abnorme Tilstande at *forvise sig* om, at de Straffe, hvormed de borgerlige Love true, med Nytte kunne gøres anvendelige, og i denne Uvished vilde det være uret og fornuftstridigt at fordømme den sindssyge til Lovens Straf, men derimod er det ret og fornuftigt, at indskrænke sig til Sikkerhedsmidlers Anvendelse<sup>4)</sup>.

I Kraft af Grundregelen kunne — som det siges i »Indledning« — »fremfor alt *de fuldkomment afsindige, hvis Sjælskraft er saaledes forstyrrede, at de ikke kunne gøre dem rigtige og sammenhængende Forestillinger*« ikke straffes for deres Handlinger. Disse fuldkomment afsindige ere ved deres Sindssygdoms Virkning »satte ude af Stand til at styre deres Handlinger efter Forestillinger om Pligt, Ret og Straf<sup>5)</sup>. Det samme gælder om saadanne »sygelige Sjælstilstande, der vel ikke kunne indbefattes under egentlig Afsin-

ning. H. anbefaler«. Kun ligger Grænsen i Grundregelen. S. her-ved endvidere Af mit Liv. I. S. 222 o. ff. <sup>1)</sup> J. T. VIII. 1. S. 151. XIV. 1. S. 140. <sup>2)</sup> Eun. II. S. 123, III. S. 25. 81 (»Vi behøve ikke at inklade os paa nogen Klassifikation af de forskellige Slags Sindssygdomme, hvorom der desuden ej kan gives andet end ganske vage Begreber, hvilke ikke gøre det lettere for Domstolene, i det givne Tilfælde at bedømme, hvor vidt Gerningen er tilregnelig eller ikke«)<sup>3)</sup> I J. T. XIV. 1, S. 143 gør Ø. denne Bemærkning mod Mittermaier. <sup>4)</sup> J. T. VIII, 1, S. 151, jfr. Eun. II. S. 43 319. A. f. R. III. S. 183, Hdbg I. S. 533 N. <sup>5)</sup> A. f. R. III. S. 80. s. ogsaa J. A. Nr. 15. S. 215.



dighed«, men dog have samme Virkning, altsaa f. Eks. om dem, hvis Sjælskræfter ere saa fuldkomment svækkede, at deres Evne til at gøre sig rigtige og sammenhængende Forestillinger er ophørt<sup>1)</sup>. At Sætningen gælder uden Hensyn til den sygelige Tilstands Varighed, er ogsaa klart, hvorimod Tilstandens Varighed faar Indflydelse paa Spørgsmaalet, om Sikkerhedsforanstaltninger skulle træffes mod den utilregnelige paa Grund af hans »vedvarende Farlighed«<sup>2)</sup>. Men med Hensyn til de forbigaaende sygelige Tilstandes Betydning til at udelukke Straf underforstaar Ø. dog paa dette Sted i »Indledning«, at Tilstanden, selv om den maa henregnes til de sygelige, ikke er fremkaldt ved Personens Vilje (»forsætlig« i Modsætning til »aldeles ufor-skyldt«), et Tilfælde, som han undersøger særligt<sup>3)</sup>.

Straffeloven er fremdeles — fortsætter Ø. — uanvendelig paa »dem, som ere beladte med en Sindssygd-om, der i visse Henseender berøver dem Evnen til rigtige Forestillinger, for saa vidt ellers Forbrydelsen hidrører fra sli-g Sindssygd-om«<sup>4)</sup>. I Overensstemmelse hermed hedder det i Manddrabsafhandlingen: »Hvad den partielle Afsindighed angaar, vil det ved Afgørelsen om Handlingens Tilregnelighed komme an paa, hvor vidt Handlingen har sit Udspring af de fikse Ideer, hvoraf Gerningsmanden beherskes, eller ikke«<sup>5)</sup>. Dette udelukker ikke, at med Hensyn til Beviset den ovfr. fremsatte Betragtning om Uvishedens Indflydelse maa gælde<sup>6)</sup>. Ti af Ø.'s almindelige Bevislære og dens

1) A. f. R. III. S. 81 og 83. 2) Eun. II. S. 319. 3) A. f. R. III. S. 83—84. Eun. III. S. 24—25. 4) A. f. R. III, S. 80. s. ogsaa J. A. Nr. 15. S. 215. 5) Eun. III, S. 25. Begrænsningen. at Handlingen maa have sit Udspring fra den fikse Ide, hævdede ogsaa Lægen Brandis skarpt i sit Indlæg under Striden med Howitz. J. T. VIII. 1. S. 213—14. 6) Ø.'s Udtalelse herom i J. T. VIII. 1. S. 151. gjaldt H.'s Opfordring til Dommeren »at de ogsaa her blive den Regel tro at antage det mildeste. indtil det modsatte bevises.

Anvendelse paa kriminelle Tilfælde følger det, at en virkelig Uvished, om den erkendte Sygdom har den forudsatte Begrænsning, og om den fornødne Sammenhæng med Handlingen er tilstede, maa komme Personen til gode<sup>1)</sup>. Kun et legalt Privilegium paa Straffrihed ud over, hvad Grundregelen og Bevisregler føre til, er Ø. inod. Paa lignende Maade udtaler Ø. sig i Manddrabsafhandlingen om en afsindigs lucida intervalla, om hvis sande Karakter H. hævder, at Dattidens Kriminalister gjorde sig urigtige Forestillinger<sup>2)</sup>. Ø. udtaler i den nævnte Afhandling: »At et Drab, som er begaaet af en afsindig i hans lyse Øjeblik, er tilregneligt, kan ikke omtvistes. Men hvor vidt den Tilstand, hvori han befandt sig ved Drabets Udøvelse, i Sandhed kan kaldes et lyst Øjeblik, er en quæstio facti«<sup>3)</sup>.

Af særlig Interesse ere Ø.'s Udviklinger om Grundregelens Anvendelse ved saadanne »*Sindssygdomme, der give visse Forestillinger af uimodstaaeligt Herredømme over Begæreevnen*«. At Grundregelen fører til, at Tilregneligheden ogsaa kan bortfalde ved en saadan Sindssygdom, erkender Ø. i »Indledning«<sup>4)</sup>. Men det er Ø. herved om at gøre nøje at præcisere de Betingelser for Straffrihed af denne Grund, som i Kraft af Grundregelen nødvendig maa stilles, og uden hvilke Sætningen vilde blive farlig saa vel for Retssikkerheden som for Moraliteten i Samfundet. Til Grund for »Indledningen«s Angivelse af disse Betingelser ligger en Udvikling, hvortil Howitz's første Skrift om Afsindighed og Tilregnelighed gav Ø. Anledning, og hvis til enhver Tid gyldige Sandheder opfordre til fyldig Gengivelse<sup>5)</sup>.

1) J. T., VIII. 1. S. 151. 2) J. T. VIII. 1. S. 96—97. 3) Eun. III. S. 25. 4) A. f. R. III, S. 80. 5) J. T. VIII. 1. S. 151 o. ff.

»Endnu maa jeg (Ø.) gøre en Anmærkning, som ikke turde være uden Vigtighed for Bedømmelsen af de Sager, hvori der spørges om Tilregnelsens Ophævelse formedelst Gerningsmandens Sindstilstand. Det er den, at man ikke deraf, at Forbrydelsen ifølge lægekyndiges Dom er fremkaldt eller fremskyndet ved en eller anden sygelig Gemytstilstand, ligefrem kan slutte, at den er uden Tilregnelse. Mennesket huser i sit inderste Sæden til megen indvortes Forvirring, til mangfoldige Attraaer, der er ligesaa daarlige og uforstandige, som de ere stridende mod Ret og Pligt. Selv den, der søger at holde sit Sind i Orden, kan ikke afværge, at slige Attraaer stundom stige op af deres mørke Afgrund. Men, saa snart de vise sig, søger han at skyde dem tilbage. Skønt dette ofte kan koste ham haarde indvortes Kampe. vil han dog ikke ligge under, naar han altid er paa sin Post. Den, som derimod forsømmer at vaage over sit eget Hjerte, kan let blive et Bytte for slige dæmoniske Indflydelser og kan komme til at ende med de rædsomste Forbrydelser, foretagne af Bevæggrunde, som for en sund Natur synes særdeles urimelige og intet-sigende. Det er ikke sjældent, at en Morder, Mordbrænder eller anden saadan grov Forbryder erklærer, at det var som en indvortes Stemme, der sagde ham, at han skulde begaa den Udaad, som han har udøvet. I de fleste Tilfælde er maaske og en saadan Forklaring ganske oprigtig. Men om man endog vilde indrømme, at denne indvortes Impuls virkelig i *Beslutningens og Udførelsens Øjeblik var blevet saa mægtig, at den paaagældende ej kunde modstaa*, var det dermed dog langtfra endnu ikke afgjort, at al Tilregnelse bortfaldt. Her blev endnu at spørge, *om det ikke var hans egen Skyld, at det onde havde faaet saa megen Magt over ham*, om han ikke uforsvarligen havde givet efter for Følelser og Attraaer, som han, hvis han havde været besjælet af den rette Kærlighed til det gode og Afsky for det onde, straks vilde have opbudt alle sine Kræfter for at forjage. Man maa vist nok i Almindelighed antage, at der er givet Mennesket Kræfter og Midler til at seire over slige indvortes Fjender, og at *han er i Brøde, naar han lader dem faa Overhaand*. Saafremt Domstolene ere rede til at fritage deslige Forbrydelser for Tilregnelse, er det ej alene farligt for den borgerlige Orden, men det virker og til at sløve Menneskenes moralske

Kræfter. Gør man først den Forestilling gældende, at hine dunkle Sindsbevægelser udøve en uimodstaaelig Magt over Mennesket, kan man derved i en vis Grad virkelig skaffe dem denne Uimodstaaelighed. Ti de, som fornemme slige Sindsbevægelser, ville ved denne Lære tabe den Spore til Kraftanstrengelse, som de ellers vilde have fundet i Forestillingen om den Brøde og det Ansvar, som de ville paavælte dem ved at give efter. Det maa her ingenlunde overses, at hvad der vilde tabes ved at antage Straffrihed i de omhandlede Tilfælde ikke blot er den borgerlige Strafs Virksomhed, hvilket Onde iøvrigt højlig forøges ved den store Lejlighed til Misbrug og falske Paaskud, Grundsætningen vilde give. Men, hvad der er endnu værre, med den borgerlige Ansvarlighed vil man og tro den moralske ophævet, og man vil dertil have saa meget mere Anledning, som Domstolene dog egentlig bygge deres Frifindelsesdom paa den Forudsætning, at der ingen Frihed og Tilregnelser er i Gerningen. De samme Bevæggrunde, der have bragt mig til at ivre imod mange andre, altfor lemfældige Tendenser i de nyeste Tidens Kriminalret (hvilke Udkastet til en ny Straffelov for Bajern (∴ Gønner's) synes at have bragt til deres Højde) gør mig derfor og bange for at indrømme de Undskyldninger for meget, som hentes af en sygelig Sindstilstand hos den paagældende. Domstolene have altsaa vist ikke Uret deri, at de ej lade enhver af lægekyndige bekræftet sygelig Sindstilstand virke Befrielse for Lovens Straf. Saa længe Lægerne ej have erklæret, at denne Tilstand var af den Natur, at den ganske eller dog med Hensyn til den Handling, der er under Spørgsmaal, gjorde *Fornuftens Herredømme over Individet ganske umuligt*, opstaar dog ingen Strid mellem dem og Dommerne.«

I sine »fortsatte Betragtninger« bemærker Ø. endvidere om dette Punkt mod H.<sup>1)</sup>

»Med Hensyn til hvad jeg har sagt om Tilregneligheden af de Forbrydelser, som fremkomme derved, at nogen saaledes har hengivet sig til visse onde Tilbøjeligheder, at de herved have faaet en tilsyneladende uimodstaaelig Magt over ham, mener H., at hvis den i Personernes foregaaende Adfærd liggende Skyld kunde gøre

<sup>1)</sup> J. T. X. 1. S. 40—41.

de Forbrydelser, hvortil han ved saa mægtige Tilbøjeligheder bliver dreven, tilregnelige, maatte man komme til at fordømme mange aldeles afsindige og rasende. da disse ofte selv ere Skyld i deres Ulykke. Jeg maa her ved for det første bemærke, at den afsindige under denne Forudsætning heller ingenlunde er uden Tilregnelse for Gud og den indvortes Dommer. Denne vil uden Tvivl heller ikke i de Øjeblikke, hvori en Gnist af Fornuft er tilstede, undlade at gøre ham Bebrejdelser. Men desuden er der stor Forskel paa de fjernere Aarsager til den Forbrydelse, som i Afsindighed begaas, og den Aarsag, som ligger deri, at et Menneske ligefrem har næret de i sig selv lastværdige Tilbøjeligheder og Forsætter hos sig. der havde Forbrydelsen til Genstand og derved har givet samme en herskende Magt over Gemyttet . . . Endelig maa det ikke glemmes, at jeg kun aldeles problematisk har ladet det gælde som en Mulighed, at den lovstridige Tilbøjelighed i Beslutningens og Gerningens Øjeblik har faaet en saadan Magt over Gerningsmanden. at han, *skønt forresten hans Forstandsevne var uforstyrret*. ikke længere kunde modstaa. Men jeg har ingenlunde kunnet eller villet erkende dette virkeligen saatedes at forholde sig (*positum. sed non concessum*)«.

I Overensstemmelse med disse Betragtninger, til hvilke der henvises, og i Henhold til Grundregelen kræver Ø. i »Indledning«<sup>1)</sup>, som Betingelser for Straffrihed i disse Tilfælde, at »den sygelige Sindstilstand, hvori Gerningen er udført, har *ophævet al Frihed*« — ikke blot tilskyndet til Gerningen — og det saaledes forstaaet, »at det *ikke blot i Handlingens Øjeblik* ikke stod til Gerningsmanden at undertrykke Tilbøjeligheden til saadan Gerning, men at han end *ikke forud. da Tilskyndelsen til samme bevægede sig hos ham, kunde have bemestret sig den*«<sup>2)</sup>, samt at den *quæstio facti* »hvor vidt den sygelige Sindstilstand i hvilken Gerningen er udøvet, har været af denne Beskaffenhed, maa *bedømmes efter samtlige de Fænomener der vise sig*, hvad der for det meste vil blive underkastet kyndige

1) A. f. R. III. S. 81—82. 2) J. T. X. 1. S. 40.

Lægers Dom«. Hertil føjer Ø. — ligeledes i Overensstemmelse med det tidligere i andre Forbindelser udtalte —: »Kun maa det i Almindelighed bemærkes, at man, med Hensyn til det skjulte og uudgrundelige i slige Sindstilstande, og for ikke at straffe den, som muligt er uden Skyld, bør i *virkelige Tvivlstilfælde* fritage den paagældende for Straf, men at man dog ogsaa paa den anden Side bør erkende den *Kraft, der er givet det Menneske, hos hvem selve Forstandsevnen ikke er forstyrret, til at overvinde dunkle, sygelige Forestillinger ved alvorlige Anstrengelser*, ligesom det heller ikke bør overses, at en for stor Eftergivenhed mod de Undskyldninger, som hentes af de sygelige Tilbøjeligheder, baade maa virke fordærveligen for Samfundets Fred og derhos slappe Menneskets moralske Kraft«. I Samklang hermed staar det, naar Ø. — ved Recensionen af en tysk Dom<sup>1)</sup> — udtaler, at han finder »saare megen Betænkelighed ved at erkende svangre Kvinders sygelige Lyst til en bestemt Tings Nydelse eller Besiddelse for saa uimodstaaelig, at den udelukker Tilregnelser«, og at han ligeledes med Hensyn til »den sygelige Tilbøjelighed, der kan vise sig hos Drengene og Piger, der nærme sig Mandbarheds Aarene, og hos Kvinder i de Aar, hvori Menstruationen bliver borte«, bifalder<sup>2)</sup>, at der ikke uden andre Betingelser bør være Tale om Strafløshed, »saa lidet, som i andre Tilfælde Forbrydelser bør være ustraffede, saa snart Beslutningen er foranlediget ved en sygelig Tilstand«, samt at han, bl. a. under Henvisning til Dr. Brandis' Udtalelser under Striden med Howitz<sup>3)</sup>, overhovedet advarer

<sup>1)</sup> J. T. IX. 1, S. 109—17. s. ogsaa N. J. A. XXI. S. 103—06.

<sup>2)</sup> J. T. I. S. 338—39. <sup>3)</sup> I J. T. VIII, 2. S. 211—13 udtalte Brandis: »Kan Sygdom afficere den menneskelige Vilje uden falske Forestillinger, saa at den syge fuldkomment rigtigt erkender sit Forhold til Udenverdenen, men vil det lovstridige? Vore (d. Lægernes) Inddelinger af Livsfænomenerne have bragt os paa dette

mod »det hos Kriminalisterne i de senere Tider herskende Hang til at udvide Anvendelsen af Begreberne om Afsindighed og andre Sindstilstande, der udelukke Tilregnelser« paa Grund af denne Hangs fordærvelige Følger<sup>1)</sup>).

De samme Grunde, som efter Ø.'s Udvikling medføre, at den, hvis Forstandsevne ikke er forstyrret, ikke kan gaa fri for Straf af den Grund, at en Tilbøjelighed, der kan kaldes sygelig, fordi den, foruden at være retstridig, tillige maa »synes aldeles *daarlig* (d: »urimelig, intetsigende«, altsaa slet motiveret) for enhver sund Natur«, har behersket ham, maa føre til, at endnu mindre den kan gaa fri for Straf, som uden Forstyrrelse i Forstandsevnen har været behersket af en Sindsrørelse, der ikke har hin sygelige Karakter.

paradokse Spørgsmaal, som intet Sted har hjemme« . . . Efter en Udvikling herom slutter han saaledes: »Dommeren straffer netop den syge Vilje. Enhver Forbryder vilde kunne bringes ind under Afsindighedens Kategori, hvis en sygelig Vilje skulde undskyldes . . . Dommeren kan ikke indlade sig paa disse Distinktioner, allermindst, naar kun en enkelt Handling forraader den syge Vilje og Individets Forestillinger om Udenverdenen, saavel før, som siden, ere sunde.«<sup>1)</sup> J. T. XIV, 1, S. 140, hvor Ø. betegner Brandis's Udviklinger som en lærd og med den psykiske Lægevidenskab, hvorfra Hangen til at udvide Anvendelsen af sygelige Sindstilstande til at udelukke Tilregnelser er kommen ind i den nyere tyske Kriminalret, fortrolig Læges Protest mod slige Forestillingsmaader. S. ogsaa Ø.'s Note, Koll. Tid. 1827, S. 44—45, ved en der refereret slesvigsk Dom, samt »Af mit Liv« I, S. 225. Ø. slger her, »at vor aandrige og skarptseende Læge Brandis — ikke blot fortrolig med sin egen Videnskab i dens forskellige Grene, men og, som faa Læger, hjemme i den Tænkning, der gaar ud paa at udgrunde Menneskets aandelige Natur, — har advaret imod saadan Udvidelse af Begrebet om Afsindighed. Han synes endog i større Almindelighed og med større Bestemthed at forkaste den Undskyldning, som hentes af sygelige Følelser, end jeg vilde have vovet det«. Dette sidste forholder sig rigtigt Ø.'s Konklusioner gik ikke saa vidt, som Brandis' i at nægte »den syge Vilje« Fritagelse for Straf.

*Vrede., Frygt, Lidenskab*, til hvor stor Højde de end ere stegne, gør ikke utilregnelig. Saadanne Sindsrørelseres Tilskyndelser til retstridige Handlinger er det Pligt at overvinde: »Det maa være Pligt for enhver at holde selv de billigste Lidenskaber inden saadanne Grænser, at man ej gør Uret, hvilket heller ikke for en sund Natur kan være umuligt, naar kun en ret Pligtfølelse hersker«<sup>1)</sup>. Ved Imødegaaelsen af Howitz udtaler Ø. det samme saaledes: »At Lidenskab kan gøre et Menneske utilgængeligt for Forestillingen om Lov og Straf, nægtes ikke. Men ligesom H. efter sit System maa erkende, at Straffeloven dog bør anvendes paa Forbrydelser, begaaede i Lidenskab, for at virke i de Tilfælde, hvor den kan virke, saaledes kan den, der tillægger den menneskelige Sjæl Frihed, aldrig fritage den for al indvortes Skyld, der lader Lidensskaben saaledes herske over sig, at Pligtens Stemme ikke kan komme til Orde«<sup>2)</sup>. En anden Sag er det, om Mangelen af roligt Overlæg har skjult faktiske Forhold saaledes for ham, at Vildfarelsen udelukker i alt Fald Tilregnelighed som Forsæt og Sindsrørelsens »Billighed« muligvis al Tilregnelighed<sup>3)</sup>. I Overensstemmelse hermed er Ø.'s Modstand mod den af Feuerbach og de fleste Kriminalister i vid Udstrækning erkendte Utilregnelighedsgrund, der skal ligge i en Dødsfrygt, som Forestillingen om Straf ikke kan overvinde. Herom henvises til Fremstillingen i 2det Afsnit af dette Skrift<sup>4)</sup>. Naar Ø. erkender, at ved en »aldeles øjeblikkelig indtrædende Kollision« Ustraffeligheden kan begrundes derved, at »Selvopholdelsesdriften kunde virke med en saadan Naturmagt, at Forestillingen om Ret og Pligt

<sup>1)</sup> A. f. R. III. S. 85—86. Eun. II. S. 193, 281. III, S. 28—29.

<sup>2)</sup> J. T. VIII, 1 S. 151, s. fremdeles J. T. XIV. 2. S. 4—5 samt Eun. II. S. 63, s. H. 1. v. 348. <sup>3)</sup> A. f. R. III. S. 86. Eun. III. S.

13 <sup>4)</sup> S. H. 1. S. 425—29.



*aldeles ikke kunde indtræde i Bevidstheden*«, er dette ikke i Strid med Grundregelen. Forstandsevnen er da forstyrret. At »Vanskeligheden ved i saadanne Tilfælde at bedømme, hvor vidt den Beslutning, som da øjeblikkelig tages og udføres, efter den menneskelige Naturs Svaghed kan være den paagældende at tilregne«, maa komme den paagældende til gode, er ogsaa stemmende med almindelige Grundsætninger. »Der vil — følger Ø. til — heller ikke flyde nogen betydelig Fare for den almindelige Sikkerhed af at indrømme Strafløshed i slige Tilfælde«<sup>1)</sup>.

Som ovfr. bemærket, underforstaar Ø. ved Om- talen af de Sindssygdomme, der medføre Utilregnelig- hed, at den paagældende ikke selv har bragt sig i den utilregnelige Tilstand. Spørgsmaalet om Straffrihed paa Grund af Beruselse behandler han særligt. Ved Anvendelse af Grundregelen paa dette Tilfælde er det klart, at Spørgsmaalet kun opstaar, naar Beruselsen har sat Personen i »aldeles bevidstløs Tilstand«<sup>2)</sup> eller, som det i »Indledning« udtrykkes, naar den »er gaaet saa vidt, at Personen derved var sat ud af Stand til at paaskønne sin Handlings Forhold til Loven«<sup>3)</sup> eller, at den »har betaget ham Fornuftens Brug«<sup>4)</sup>. Naar »nogen af stærke Drikke, som han har taget til sig, har ladet sig *ophidse* til at fatte og udføre en forbry- dersk Beslutning, som ikke vilde faldet ham ind, hvis han havde været ædru, er han forsætlig Forbryder. Ti hans Forbrydelse har de Betingelser, som hertil

---

1) A. f. R. III, S. 100—65, s. iøvrigt de Ørsted'ske Udtalelser, hvortil der er henvist i H. 1, a. St. 2) Eun. II. S. 214. 3) A. f. R. III, S. 85. 4) A. f. R. III. S. 154, s. ogsaa Eun. III. S. 280 (»betager al Skønsomhed«), 224 (»uden Bevidsthed om, hvad han gjorde«). Den forudsatte Tilstand omfatter altsaa mere end det stadium comatosum, i hvilket næppe Forbrydelser begaas« (Ho- witz i J. T VIII. 1. S. 86),

kræves, og Drukkenskab fortjener ikke en saadan Begunstigelse, at der til Fordel for samme skulde gøres Undtagelse fra de almindelige Begreber og Grundsætninger om forsætlige Misgerningers Afstraffelse<sup>1)</sup>. Hvis en ikke saa vidt fremskredet Beruselse »har forarsaget, at han ikke er bleven opmærksom paa de Omstændigheder, der ellers og, om han havde været sin Fornuft og sine Sanser mere mægtig, ikke vilde have undgaaet hans Opmærksomhed, og han i denne Forbindelse f. Eks. omgaas saaledes med Ild og Lys, at Ildebrand derved stiftes, er han skyldig i skødesløs Brandstiftelse<sup>2)</sup>. Er Beruselsen derimod saa vidt fremskredet, som ovfr. angivet, og — som forudsat — ikke »aldeles uforskyldt<sup>3)</sup>, »kan — hedder det i »Indledning: — den i en saadan Tilstand udøvede Forbrydelse dog ikke være uden Tilregnelser<sup>4)</sup>. Om denne Sætnings Forenelighed med Grundregelen udtales i Fortsættelse heraf følgende: »Vel er det saa, at den i en ufri Tilstand begaaede Forbrydelse i og for sig er utilregnelig, om endog Personen, dog uden at have Forbrydelsens Udøvelse til Hensigt, selv har bragt sig i en saadan Tilstand, og at det skulde være denne foregaaende Handling, og ikke hin ufrivillige Forbrydelse selv, hvorfor han skulde straffes. Men da der ingen anden Maalestok gives, hvorefter man kan bestemme Beskaffenheden af det Onde, som man ved at bringe sig selv i en fornuftløs Tilstand udsætter Samfundet for, end netop det Onde, som virkelig derved afstedkommes, er den borgerlige Lovgivning nød-

1) Eun. II. S. 214, A. f. R. III, S. 156, Eun. III. S. 224. N. J. A. XXIX. S. 37. 2) Eun. II. S. 214—15, III, S. 225—26. s. ovfr. S. 167—68 og 178—79. 3) At al Tilregnelser da bortfalder, udtales i A. f. R. III, S. 85 og S. 157, s. ogsaa Eun. III. S. 24. 4) A. f. R., III, S. 84. J. T. VI. 1. S. 218 N.

saget til at udmaale Straffen derefter<sup>1)</sup>. I denne i og for sig rigtige, om end noget uklare Bemærkning beviser Ø. imidlertid kun den Hjemmel, der er — rettere: *kan være* — for at betragte den ufri Forbrydelse for en objektiv retstridig Følge af Beruselse-handlingen, hvad der er den første Betingelse for at bygge Ansvar paa denne<sup>2)</sup>. Ø. besvarer ikke direkte Spørgsmaalet om den subjektive Karakter af dette Ansvar. At dette dog ikke er Ansvar for Forsæt, medmindre Beruselsen har haft Forbrydelsens Udførelse til Hensigt, er her og andetsteds forudsat<sup>3)</sup>. Den Tilregnelser, der er Tale om, er altsaa for Uagtsomhed, hvilken kun i særlige Tilfælde behandles efter samme Regler som Forsæt, jfr. forrige Paragraf.<sup>4)</sup> At iøvrigt, ogsaa fra denne subjektive Side set, Ø.'s Sætning i »Indledning« er noget for almindelig udtalt, skønnes af Ø.'s Udtalelser paa andre Steder<sup>5)</sup>. Noget andet er, at fysiske Sikkerhedsforanstaltninger ogsaa her kunne være hjemlede, som Ø, i en Recension bemærker<sup>6)</sup>.

Stemmende med Grundregelen og det nys med Hensyn til Beruselse bemærkede er det endelig, naar Ø. udtaler »at *sovende og nattevandrende*<sup>7)</sup> ordentligvis ikke kunne straffes, naar de i denne Tilstand udøve noget ondt, da de i samme ikke ere deres Fornuft

1) A. f. R. III. S. 85. 2) S, ogsaa J. A. Nr. 15, S 215 samt J. T. VII, 1, S 95, hvor med Hensyn til et andet Spørgsmaal omtales Betydningen af, om Vedkommende har Vane at drikke sig fuld og Vane i denne Tilstand at angribe Medborgere. 3) A. f. R. III, S. 155 og Eun. II. S. 213—14, jfr. Eun. III. S. 224 o. ff., J. A. Nr. 4, S 149, N. J. A. XV, S. 75, J. T. VI, 1, S. 218, N, hvor O imødegaaer de ældre Kriminalister, der vilde begrunde Forsætsansvar I Eun. II. S. 214—15 udtales udtrykkelig, at den berusede er skyldig i Skødesløshed. 4) S. ovfr. S. 189 og J. A. Nr 4. S. 150. 5) Eun. II. S. 215—16, s. ovfr. S. 159 o. ff., jfr. N. J. A. XXIX. S. 37. 6) J. T. XIV. 1, S. 139. 7) Denne bogstavelig fra tysk oversatte Betegnelse anvendte Ø. gennemgaaende for Søvnægngere.

mægtige. Men for saa vidt enten Sønnen selv er ulovlig eller den paagældende har efterladt de Forsigtighedsregler, hvorved han kunde og burde have afværget sligt Onde, kan han ikke være aldeles ansvarsløs«. Herved er Uagtsomhedsansvaret betegnet og begrænset tydeligere end ved Beruselse. Stemmende hermed er ogsaa, hvad der udtales om de virkelig *søvndrukne* (∴ de, som befinde sig paa Overgangspunktet mellem den sovende og vaagne Tilstand): »De maa være straffri, saafremt ikke nogen foregaaende Skyld skulde finde Sted«<sup>1)</sup>.

Ø.'s Lære om den personlige Utilregnelighed har fra hans Tid ligget til Grund for dansk Retspraksis og senere Lovgivning. Den er i Overensstemmelse med, hvad der endnu er det overvejende almindelige Standpunkt i de nyere Straffelove, ogsaa fra den nyeste Tid. I strafferetlige Grundsætninger har den ogsaa et Fodfæste, som vanskelig rokkes<sup>2)</sup>.

## 22. Straffens Bestemmelse efter Strafskylden.

### 1. Maalestokken.

Med stor Omhu behandler Ø., baade i de systematiske og i de recenserende Skrifter, alle de Spørgsmaal, som angaa »den relative Strafbarhed« ∴ de

<sup>1)</sup> A. f. R. III, S. 84, Eun. III, S. 28. s. ogsaa N. J. A. II, S. 74, »at Lovgiverne ikke tør bygge paa den psykologiske Hypotese, at Søvnægernes Handling altid maa hidledes af et foregaaende Forsæt«. S. iøvrigt med Hensyn til søvndrukne J. T. XIV, S. 166. (»Efter at man har udfundet dette Begreb, spiller det en ikke liden Rolle i den tyske Kriminalpraksis« — en Rolle, Ø., ikke finder meget velgrundet). <sup>2)</sup> Se herom M. t. n. U. (1896), S. 64 o. ff.

Spørgsmaal, som rejse sig med Hensyn til Straffens Bestemmelse, naar Strafbetingelserne (den absolute Strafbarhed<sup>1</sup>) foreligge<sup>1</sup>). Dertil førtes han ikke blot ved den store legislative og praktiske Interesse, disse Spørgsmaal frembyde, men ogsaa ved deres nære Forbindelse med den almindelige Straffeteori. Det var ham om at gøre dels at paavise det forkerte i mange Sætninger, som de af ham bekæmpede Straffeteorier førte til paa dette Omraade, og at forsvare sin egen Teori mod Konsekvenser, som af dens Modstandere paasagdes den, dels at drage de rigtige Konklusioner af denne, hvilke af selve Feuerbach i ikke faa Tilfælde vare miskendte. F. havde paa dette Felt ofte givet sin Læres Modstandere let Spil »ved de mange haarde Ekstremer, som han, især i sine første Fremstillinger, erklærede sig for, næsten antagende i et og alt det omvendte af, hvad Kriminalisterne hidindtil havde lært«<sup>2</sup>). De herhen hørende Spørgsmaal falde i to Grupper, dels om selve Maalestokken for Straffens Bestemmelse, dels om Maalestokkens Anvendelse ved Lovgiver, Dommer eller ved Samvirken mellem begge. Den første Gruppe har atter to Undergrupper, den ene handlende om Maalestokken, for saa vidt den beror paa Strafskylden, den anden om visse ydre Hensyns Indvirkning paa Maalestokken.

Teorier, som Ø. bekæmpede, lærte, at en bestemt Forbrydelse med Fornuftnødvendighed kræver en bestemt Straf, saa at der ikke opstaar Spørgsmaal om nogen Afvejelse, for at finde Maalestokken. Herimod sætter Ø. i »Indledning« den nu almen erkendte Sandhed, at »Forholdet mellem en bestemt Forbrydelse og en bestemt Straffegrad ikke er givet ved den

---

<sup>1</sup>) Eun. II. S. 87. 133. <sup>2</sup>) Eun. II. S. 45. H, 1. S. 363. 673. 378.

almindelige Fornuft, men beror for en stor Del paa vilkaarligt Valg«, det vil sige paa et Skøn eller Vurdering efter mangeartede Hensyn, der ikke kunne have matematisk Bestemthed<sup>1)</sup>. Det samme udtaler Ø. i Afhandlingerne af 1807 og 1812, hvor Eksempel paa den uundgaaelige Ubestemthed, mange Retsnormer have, ogsaa hentes derfra, »at den rene Fornuft ingenlunde formaar nøjagtig at afgrænse Strafondet for en vis Forbrydelse«<sup>2)</sup>.

I Kraft af dette Grundsynspunkt bekæmper Ø. det Gengældelsesprincip, der af Kant opstilledes som Maalestocken, og som skulde føre umiddelbart til en bestemt Straf for en bestemt Forbrydelse, nemlig at enhver skal behandles efter den Regel, han har behandlet andre efter (formel Gengældelse). Aldeles bortset fra Kants Begrundelse af Straffen i Almindelighed<sup>3)</sup>, paaviser Ø., at hint Princip »leder til det allerstørste Misforhold mellem Forbrydelse og Straf, idet blot den krænkede Rettigheds Art lægges til Grund for Straffen, uden at der ses paa Krænkelens Grad og Maade, som dog har den mægtigste Indflydelse paa Forbrydelsens Størrelse«, og at det ved en Mængde Forbrydelser aldeles ikke lader sig anvende<sup>4)</sup>. Men — følger Ø. til — »til Resultater, saa urimelige, at de gendrive sig selv«, kommer man, naar

---

<sup>1)</sup> A. f. R. V, S. 5, J. T. XI, 2. S. 87 (»Man kan ikke med mindste Skin af Grund nævne et vist Strafonde som svarende til en given Brøde«). H. 1, S. 413, o. ff. <sup>2)</sup> Eun. I, S. 79 og 128—29, s. H. 1. S. 239. 332. 382—83. <sup>3)</sup> Eun. II, S. 12—21 og 22—24, H. 1. S. 359 o. ff. <sup>4)</sup> Allerede i den strafferetlige Konkurrenceforelæsning skiller Ø. sig fra Kant's Gengældelsesprincip for Strafbestemmelsen, men her kun, fordi han bestrider hans Straffeteori i det hele. Andre Indvendinger, mente Ø. den Gang, afholdede Kant derved, at Gengældelsen ikke skulde være »materiel«, men Behandling efter »en lige Maksime som den, han har behandlet andre efter«. Min. 1800 II. 1. S. 262—63. 269—71.

Grundsætningen forstaaes saaledes, at Forbryderen altid skal lide det samme fysiske Onde (eller i alt Fald »af lige Størrelse«), som han har tilføjet eller villet tilføje en anden (materiel Gengældelse)<sup>1)</sup>. I alt dette har Ø. Ret. Men det ses iøvrigt let, at Ø. ikke derved har gendrevet den Lære, der forstaaer Gengældelsen saaledes, at den skal tilvejebringe et *retfærdigt Forhold* mellem Forbrydelse og Straf. Denne Opfattelse af Gengældelsen kan føre til en Straffebestemmelse efter Vurdering paa lignende Maade, som Ø. hævder, og dens Maalestok behøver i de fleste Tilfælde hverken at være eller at virke forskellig fra den, Ø. udvikler fra Truselsteoriens Standpunkt<sup>2)</sup>.

Men ogsaa Truselsteorien maatte, paastodes det af nogle Angribere af denne Teori, konsekvent føre til at udskyde enhver Vurdering. Øjemedet skulde kræve, at Truselen gøres saa frygtelig som mulig, og da enhver virkelig Overtrædelse beviser, at Loven endda ikke har været afskrækkende nok, behøver man aldrig at være bange for, at Straffen er for stor (Thibaut)<sup>3)</sup>. Imod dette Angreb fremhæver Ø. de mange Hensyn, som bør og i selve Sikkerhedens Interesse maa tages for ikke ved Overdrivelsen at tilintetgøre Øjemedet<sup>4)</sup>.

Ud fra Truselsteoriens rette Forstaaelse er hverken det Onde, der ved Forbrydelsen er bevirket eller tilsigtet, en umiddelbar eller ubetinget Maalestok for Straffen<sup>5)</sup>, ej heller Styrken i den Tilbøjelighed, som fremkaldte Forbrydelsen<sup>6)</sup>. Men »Straffens Maalestok er — ligesom dens Betingelse — en dobbelt, nemlig haade en objektiv og en subjektiv«. Den objektive

1) Eun. II, S. 21—22. 2) Smst. S. 133 o. ff., A. f. R. III. S. 30—32. V. S. 25—26. 3) H. 1. S. 351—57. 4) H. 1, S. 409 o. ff. 5) Eun. II, S. 18. 6) Smst. S. 133.

bestemmes ved alle de Omstændigheder, der give Forbrydelsen en forskellig Grad af Skadelighed og Farlighed, og beror paa den Sætning, at »*jo mere en Handling angriber Samfundsortenen, jo større Kraft bør Staten anvende for at hæmme samme*«<sup>1)</sup>. Den subjektive Maalestok tager Hensyn til alt, der karakteriserer den Energi, hvormed Forbryderen har villet sin Forbrydelse, og hviler paa den Grundsætning, at »*jo større den Kraft er, som Straffeloven skal overvinde, des større Kraft behøver den at sætte i Bevægelse*«<sup>2)</sup>. At iøvrigt begge disse Maalestokke ere undergivne visse Begrænsninger, har Hjemmel i Ø.'s almindelige Straffeteori<sup>3)</sup>. I »Indledning« gør Ø. med Hensyn til den subjektive Maalestok en Sondring mellem »det onde Sindelag, som Forbrydelsen i og for sig lægger for Dagen« og de subjektive Momenter, med hvilke dette ikke er Tilfældet<sup>4)</sup>. Den praktiske Betydning af denne Sondring ligger ikke blot deri, at hine med Nødvendighed maa paavirke Maalestokken, medens der kan være faktiske og retlige Hindringer for de sidst nævnte Hensyns Indflydelse<sup>5)</sup>, men særlig deri, at en objektiv og en med den uadskillelig forbunden subjektiv Maalestok i Forening udgør *Grundmaalestokken*, paa hvilken andre objektive og subjektive Hensyn kun kunne faa en modificerende Indflydelse. Det er dette, Ø. saavel i »Grundregler« som under Polemikken med Gönner, Henke o. fl. samt i Dødsstrafsafhandlingen gør gældende, som følgende af Straffens Opgave: at Maalestokken for Straffen i første Række maa søges i Forbrydelsens almindelige, objektive og subjektive Egenskaber. »Det Princip, der giver Forbrydelsen sit Væ-

1) Eun. II, S. 136. A. f. R. V, S. 24—25. 2) Eun. II, S. 192. 3) H. 1, S. 384 o. ff. 4) A. f. R. V, 25. 5) Eun. II, S. 7—8, A. f. R. III, S. 25—27. H. 1, S. 380—81. 387. 391—92. 394—95. 411 o. ff.



sen, maa ikke svinde bort for de modificerede Omstændigheder«<sup>1)</sup>. Dette er udførligt omtalt i dette Skriffs første Halvdel ved Fremstillingen af Ø.'s Straffeteori. Heri samstemmer imidlertid ogsaa en Lære der tildeler Straf en videre Opgave ved Siden af Afskrækkelsen<sup>2)</sup>. — Der vil herefter gives den bedste Oversigt over Ø.'s Lære paa dette Omraade ved at sondre mellem »Grundmaalestokken« og de »modificerende Omstændigheder«.

1. *Grundmaalestokken* beror, som foran nævnt, paa objektive og subjektive Momenter i uadskillelig Forening: »Den offentlige Sædelighed og den offentlige Sikkerhed fordre, at Forbrydelsens *almindelige Karakter* tages i fortrinlig Betragtning, at der ivrig arbejdes imod den Maksime, som ligger til Grund for Misgerningen . . . For at enhver Forbrydelse, som denne bestemte *Art af Forbrydelse*, skal beholde sin bestemte Karakter, maa den selv i sine mindre Grader og under de mest undskyldende Omstændigheder finde en til denne Karakter svarende Straf«<sup>3)</sup>. Denne Forbrydelsens almindelige Karakter, Art eller Maksime, det, som gør den til *delictum sui generis*, beror — objektivt paa *Angrebsobjektets* Beskaffenhed samt i visse Tilfælde paa *Angrebshandlingen*, navnlig om Angrebet paa Objektet er *umiddelbart* eller blot *middelbart*, — og subjektivt paa Beskaffenheden af det *Sindelag*, der har lagt sig for Dagen i Angrebshandlingen, nemlig om dette er *Forsæt* eller blot *Uagtsomhed*.

Angrebsobjektets Beskaffenhed bestemmer Grundmaalestokken i Forhold til dets Vigtighed eller »i den Forbindelse, hvori det staar med det Formaal, som den hele Retsorden gaar ud paa at opnaa, hvilket For-

1) J. T. XI. 2. S. 88. 2) H. 1, S. 410—18. 3) J. T. XI, 2. S. 88—90.

maal ikke kan være andet end den for Menneskenes højeste Bestemmelse fordelagtigste Form for det udvortes Samliv«<sup>1)</sup>. Men Ø. gør ikke — som Feuerbach — Forsøg paa efter denne Grundsætning at udregne Værdien af de enkelte Retsgoder for derefter at bestemme Forholdet mellem Forbrydelsernes Strafbarhed. En saadan Beregning vilde ikke give mange bestemte og anvendelige Resultater. Videre end til en Angivelse af forskellige Hensyn, der maa komme i Betragtning ved Bestemmelse af det angrebne Retsgodes Vigtighed, kan der ikke naas. Retsgodets Art er ikke ene bestemmende: »Man vilde f. Eks. fejle meget, saafremt man vilde sige, at enhver Forbrydelse, der angriber Æren, Friheden, Legemet, er større end den, der blot krænker Formuen«<sup>2)</sup>. Dette er vel i sin Almindelighed rigtigt. Men om en Del af de Hensyn, Ø. nævner ved Siden af Retsgodets Art, gælder det, at de netop høre til en rigtig Bestemmelse af denne. Ø. har, ved at paavise disse Hensyns Betydning, i Virkeligheden, om end ikke i Formen, rettet den Ensidedighed hos sine Forgængere, at de ved Retsgodets Art alene havde den enkelte Persons Rettigheder for Øje og henførte alle Retsgoder under dette Synspunkt, uden at agte paa de Retsgoders selvstændige Art, som tilkommer det politiske eller det borgerlige Samfund. Det er saaledes i Virkeligheden en anden Art af Angrebsobjekter, der foreligger, naar de Personer, som repræsenterer Staten, eller naar Sikkerheden paa de Steder, hvor offentlige Forretninger forhandles, angribes, og i denne Angrebsobjektets særlige Art ligger Grunden til den højere Straf, hvormed saadanne

1) Saaledes i Eun. II, S. 137. under Henvisning til Afhandlingen af 1807 »om Forholdet mellem Religion og Stat«, Eun I, S. 39 o. ff., s. H. 1. S. 175 o. ff., 269 o. ff., A. f. R. III, S. 26.

2) A. f. R. V, S. 26—34, Eun. II, S 137—41.

Angreb rammes, i Forhold til den Straf, der sættes for tilsvarende Angreb paa en privat, samt overhovedet til, at »Misgerninger, der gaa ud paa Statens Død, altsaa paa Forstyrrelsen af alle dens Lemmers væsentlige Retligheder, staa øverst paa Trappetrinet af Forbrydelser«<sup>1)</sup>. Paa lignende Maade forholder det sig med de Forbrydelser, hvis objektive Størrelse, som Ø. siger, »ikke saa meget bestemmes ved det materielle Retsbrud, de indeholde eller ved samme tilsigtes, som derved, at de formedelst deres *Form* undergrave de Grundstøtter, hvorpaa den offentlige Retfærdighed, Tillid og Sikkerhed beror«, hvorpaa forskellige Tilfælde af Falsk nævnes som Eksempler, samt med »dem, der indeholde en høj Grad af sædelig Forargelse eller som kunne foranledige farlige Følger for Samfundet«. Det er her det borgerlige Samfunds ideelle og materielle Interesser, som er Angrebsobjektet, og dette Objekts Art, som giver disse Forbrydelser en højere Strafbarhed<sup>2)</sup>. Det samme er i Virkeligheden forudsat af Ø. i den udførlige Begrundelse, han under Striden med Gönner gav af Tyveriets høje Strafværdighed i Forhold til adskillige andre Forbrydelser<sup>3)</sup>: »Ved for stor Skaansel mod Tyvsforbrydelsen vilde *Folkets Moralitet og Ejendommens Sikkerhed lide ubodelig Skade*. Tyveri hører til de nederdrægtigste Forbrydelser. Kun faa andre Forbrydelser besmitte saaledes Sjælen, ere saa aldeles uførenelige med

1) Eun. II, S. 138—41. A. f. R. V, S. 28—30 og 32, J. T. VII, 1. S. 24—25. 2) Eun. II, S. 139—40, 182 o. ff., A. f. R. V, S. 30 31, s. herved H. 1, S. 271 o. ff. og ovfr. S. 82 o. ff., S. fremdeles J. T. VI, 2. S. 54. N. (falsk Vidnesbyrd), I, S. 298 o. ff. XI, 2. S. 33—34. XIV, 2, S. 10 o. ff., hvor Ø. mod Mittermaier forlanger alvorlige Straffe for en Række Sædelighedsforbrydelser, samt J. T. VI, 1. S. 226—46, XI, 1. S. 233 o. ff. 3) J. T. VII, 1, S. 122 o. ff., s. ogsaa XIII, 1. S. 221 N. (»Tyveriets Strafbarhed bestemmes dels ved det materielle Onde, der ved Forbrydelsen bevirkes, dels ved den retstridige, den ejendommelige Sikkerhed opløsende Form«).

alt ædelt og værdigt i Karakteren. Hvor denne Forbrydelse i en civiliseret Tilstand har Overhaand, anser man det med god Grund for et stærkt Bevis paa Sædelighedens dybe Forfald . . . Bliver i en vis Klasse end det egentlige og formelige Tyveri en Sjeldenhed, ville dog, naar Begrebet om denne Forbrydelses Skammelighed er slappet, andre Forbrydelser, der maaske ikke have en fuldt saa styg Skikkelse, men dog have samme onde Rod, samme indvortes Væsen, blive almindelige . . . At overhaand tagende Tyverier ogsaa berøve Borgerne den Sikkerhed og rolige Nydelse af deres Ejendomme, uden hvilken disse kun have liden Værd, at mange enkelte skilles ved det, hvorpaa deres og Families Subsistens beroede, og at den magelige og rigelige Næringsvej, som Tyvshaandværket giver, er til stor Skade for Arbejdsomhed og god Husholdning, falder i Øjnene . . . Hvad Staten gennem Lovgivningen sætter lavt, vil og efterhaanden i Folket betragtes som en Bagatelsag. Man vil anse den gammeldags Afsky for Tyveri for et Pedanteri, strenge Straffe for en Grusomhed . . . Ikke blot store Tyverier eller saadanne, der udføres paa en særdeles farlig Maade, eller hvis Strafværdighed iøvrigt forøges ved de dermed forbundne særdeles Omstændigheder, bør behandles med Strenghed, men selv de ringere, som Lejligheden og udvortes Fristelser foranlediger, bør tages alvorligt<sup>1)</sup>. — Det er vel særligt denne

<sup>1)</sup> Ø. erkender paa dette Sted (J. T. VII. 1, S. 127 Note), at hans Bemærkninger i Tyveriskriftet, S. 411 o. ff. om Tyvslovgivningens hensigtsmæssige Indretning har taget for lidet Hensyn til Vigtigheden af ved Loven at nære et strengt Begreb om Tyveris Skammelighed i Almindelighed. I Grundregler S. 196—97 udtalte Ø. sig vel for, »at det stjaalnes Værdi faar en højst vigtig Indflydelse paa Straffens Bestemmelse«, men var dog mere reserveret i saa Henseende end i Tyveriskriftet.

Tyveriets større Strafværdighed, Ø har for Øje ved den ovfr. anførte Ytring, at Angreb paa Ære, Frihed eller Legeme ikke altid er større Forbrydelser end de, der blot krænke Formuen. Den sande Grund er dog efter det anførte, at Angrebsobjektet ved Tyveri er Samfundets, ikke blot den enkelte bestjaalnes Ret. Men, bortset herfra, har Ø. Ret i, at den objektive Størrelse af Forbrydelser mod Enkeltmand ikke alene kan maales efter det angrebne Retsgodes Art. Særlig oplysende i saa Henseende er Stillingen med Hensyn til Angreb paa Æren. Feuerbach vilde forklare det, at Ærefornærmelser staa nederst i Rækken af Forbrydelser mod private Retsgoder, derved, at Æren er den mindst vigtige Retsgenstand. Ø. lader hverken denne »virkelig oprørende Grund« gælde eller »Grolman's skæve Argument, at enhver anden Forbrydelse ogsaa indeholder en Ærekrænkelse«. »En bedre Grund til, at Ærefornærmelser ikke bør optage et saa højt Sted blandt Forbrydelsernes Tal, som ellers maatte svare til den Værd, der bør tillægges Medborgeres Agtelse«, ser Ø. i den Omstændighed, at »en løgnagtig Beskyldning egentlig aldrig med Sikkerhed og i det fulde Omfang kan frembringe det Onde, hvortil den sigter. Ti det er altid uvist, hvor stærkt og varigt Indtryk den vil gøre«<sup>1)</sup>. Det er altsaa Angrebshandlingens ringere Farlighed, der her faar en mere end blot modificerende Indflydelse paa Grundmaalestokken for Ærefornærmelsernes Strafværdighed. — I andre Tilfælde er det Kvantiteten af den bevirkede Lidelse. »Vel er saaledes i Almindelighed en Forbrydelse, hvorved Livet berøves nogen, større end enhver anden, som kan udøves mod et enkelt Menneske, men kun, fordi man

<sup>1)</sup> Eun. II, S. 154—55, Note, A. f. R. V, S. 36, N. s. ogsaa J. T. XI. 2, S. 130 o. ff., samt ovfr. S. 119 o. ff., om Grunden til, at Ærefornærmelser bør være privatæ persecutionis.

ikke let paa en saa fuldstændig og uoprettelig Maade kan skille nogen ved de væsentlige Livsgoder, som ved Livet selv. Hvor dette kan ske, f. Eks. hvis nogen paaførte en anden ulægelig Afsindighed, vil man — Ulægeligheden forudsat — næppe kunne tillægge saadan Forbrydelse ringere objektiv Størrelse end Drab<sup>1)</sup>. Endnu mere gælder dette om Frihedsberøvelse, Legemsbeskadigelse, Ære- og Formuekrænkelser. »De kunne hver for sig modtage saa mange Gradationer, at man ingenlunde ligefrem kan erklære de under en af disse Klasser hørende Forbrydelser for større end de, som staa under en anden<sup>2)</sup>. — At Vanskeligheden ved at opdage, bevise og straffe en Handling, der i den almindelige Mening anses for undskyldelig, tilladelig eller endog rosværdig, undertiden kan motivere, at Lovgiveren nedsætter Grundmaalestokken under det, som Handlingens objektive Karakter vilde føre til, oplyser Ø. ved flere Eksempler, saaledes f. Eks. ved Skovtyveri og Duel<sup>3)</sup>.

At *Angrebshandlingens* Beskaffenhed kan være bestemmende for Grundmaalestokken, frembyder, som nys bemærket, Ærefornærmelser et Eksempel paa. Et andet Eksempel hentes fra, om Angrebet er umiddelbart eller blot middelbart, »om det blot er i Strid med en til Retsgodets kraftigere Beskærmelse ved Lovfastsat Orden«. Ø. udtaler, at det er umiskendeligt, at den sidste Maade at krænke en Rettighed paa har en ringere Strafbarhedsgrad, end et umiddelbart Brud paa samme Rettighed<sup>4)</sup>. Ved at formulere Sætningen paa denne Maade kom Ø. udover Urimeligheder, som Datidens vide Begreb om »middelbare« Rets-

<sup>1)</sup> Eun. II. S. 138. A. f. R. V. S. 27. <sup>2)</sup> A. f. R. V. S. 27—28. <sup>3)</sup> Eun. II, S. 291—96, J. T. IX. 2. S. 100 o. ff., jfr. Tyveriskr. S. 233 N. (Ø. var imod denne Lemfældighed ved Skovtyveri, men for den ved Duel). <sup>4)</sup> Eun. II. S. 182, A. f. R. V. S. 35

krænkelser førte til, særlig med Hensyn til mange Sædelighedsforbrydelser<sup>1)</sup>. At Grundmaalestokken for Handlinger, der ikke overskride de for et givet Retsgodes Skyld gældende normale Grænser for Handlefriheden, altsaa ikke ere retstridige ifølge dette normale Synspunkt, men kun blive det derved, at de gøre Brud paa et videre gaaende Værn, hvormed Loven af præventive Hensyn har omgærdet en vis Ret, bør være lavere end for de umiddelbart retstridige Angreb, er, som Ø. siger, umiskendeligt. Politiovertrædelser af denne Art ere med Føje alle Vegne og til enhver Tid behandlede som *delicta sui generis*, hvis Straf bestemmes selvstændigt og meget lavere end de umiddelbare Krænkelser af den paagældende Ret.

Fra den subjektive Side bestemmes Grundmaalestokken, som bemærket, deraf, om Forbrydelsen er forsætlig eller blot uagtsom. Forudsat at Uagtsomheden overhovedet straffes, er den dog »mindre strafbar end den med Forsæt udøvede Forbrydelse«, en Sætning, der dog naturligvis ikke, som Ø. finder Lejlighed til at bemærke, maa forstaas saaledes, at selv »den groveste Misgerning, begaaet af Uagtsomhed, skulde være mindre strafbar end en langt mindre betydelig Forbrydelse, udøvet med Forsæt«<sup>2)</sup>. Selve Sætningen, der forøvrigt har flere i en tidligere Paragraf berørte Undtagelser, hvor Forsæt og Uagtsomhed med Føje finde Plads under fælles Straffebestemmelse<sup>3)</sup>, begrundes af Ø. i »Grundregler« fra Straffetruselsprincippet saaledes: »Der udfordres ikke saa stærke Straffetrusler for at opvække den sovende Agtpaagivenhed og saaledes virke et Motiv til at lade en Forbrydelse hos den, der ellers ikke havde tilstrækkelig Afsky derfor,

<sup>1)</sup> S. H 1, S. 271 o. ff. <sup>2)</sup> Eun. II, S. 221 og S. 225 N., jfr. J. A. Nr. 4, S. 146 o. ff., Nr. 21, S. 188–89. <sup>3)</sup> S. ovfr. S. 168, 187–89.

som for at overvinde den positive Lyst til den forbudne Handling, som frembringer den forsætlige Misgerning. En følelig Mulkt eller en kort Frihedsberøvelse kan være nok for at afskrække Folk fra at omgaas letsindig med Lys og Ild. Men til at bøje et saa haardt Sind som det, der kan fætte den skrækkelige Beslutning at opbrænde andres Bolig, behøver der vistnok ganske andre og langt alvorligere Straffetrusler«<sup>1)</sup>. Denne Konklusion ud fra Straffetruselsteorien var imidlertid blevet bekæmpet af denne Teoris Modstandere, f. Eks. Thibaut. Han hævdede, at »det var imod denne Teoris Væsen, at den uagtsomme Forbrydelse straffes lemfældigere end den forsætlige, og at det blot er de positive Loves og den naturlige Følelses Autoritet, som har kunnet forføre Teoriens Tilhængere til et Teorien selv saa modsigende Resultat. Ti der fordres større Kraft for at overvinde alle de mange Fristelser, som kunde forstyrre ens Agtsomhed end til at kue en enkelt retstridig Tilbøjelighed«<sup>2)</sup>. Hertil bemærker Ø.: »Til at undgaa Straf for uagtsom Forbrydelse kræves der ingenlunde en saa spændt og pinlig Opmærksomhed, som Th. vil mene. Det er jo dernæst hver enkelt Uagtsomhed, der straffes, og den, som tillader sig en uforsigtig Adfærd, der medfører Fare for andres Rettigheder, udsætter sig hver Gang for Straf. Det kommer altsaa ikke an paa, om der fordres størst Anstrengelse til sit hele Liv igennem at vise behørig Agtsomhed for ikke at skade andre eller til at overvinde en enkelt heftig Drift til det forbudne. Spørgsmaalet er kun, om der behøves stærkere Motiver til f. Eks. at holde en fra uforsigtig Riden og Køren eller til at kue den Lyst, som et hævngherrigt Menneske finder til at se sin Fjendes Blod. Svaret

<sup>1)</sup> Eun. II. S. 221—22. <sup>2)</sup> A. V. II. S. 222



herpaa kan vel ikke være tvivlsomt<sup>1)</sup>. I Fortsættelsen henviser Ø. til sin Paavisning af det ubeføjede i de terroristiske Konklusioner, nogle have paasagt Straffetruselslæren, hvilket især taler imod haarde Straffe for uagtsomme Lovovertrædelser, samt til, at hans Teori ogsaa indrømmer Hensyn til den virkelige Forbryders personlige Farlighed, der er større hos den forsætlige end hos den uagtsomme Forbryder. Men — sluttes der — »uaget af disse Grunde Uagtsomhedsstraffen bør staa dybt under den, der rammer den samme Misgerning, udøvet med Forsæt, bør den dog være saa følelig, at den virkelig kan ventes at gøre den letsindige eller ligegyldige bange. Det rette Forhold lader sig ikke udregne, men beror paa Takt<sup>2)</sup>. I »Indledning« gengiver Ø. den samme Begrundelse, men fremhæver dog tillige, at Resultatet ogsaa har Hjemmel ikke blot, som i Grundreglerne sagt, deri, at Forbryderens subjektive Farlighed for Samfundet er langt ringere, men ogsaa i, at »hans indvortes Skyld« er det<sup>3)</sup>. Derom kan der heller ikke være Tvivl, at Samfundets Retsfølelse tilsiger det samme. Teorierne afvige for saa vidt ikke fra hverandre.

Det Spørgsmaal, om de naturlige Forskelligheder i Uagtsomhedens Grad bør paavirke Grundmaalestokken og saaledes medføre forskellige Straffebud, ud taler Ø. sig ikke saa direkte om. I »Grundregler« findes der vel en Udvikling, der gaar ud paa at nægte den da gængse Sondring mellem grov, middelmaadig og ringe Uagtsomhed en saadan Indflydelse<sup>4)</sup>. Men i Virkeligheden vedrørte denne Sondring ikke den subjektive Uagtsomhed, men den objektive, om Handlingens Farlighed var nærmere eller fjernere, eller som

1) A. V.. S. 226—27. 2) A. V.. S. 227, jfr. herved H. 1, S. 351—59. 3) A. f. R. III. S. 165. 4) Eun. II, S. 227—35, s. ogsaa J. A. Nr. 4, S. 142 o. ff., Nr. 15, S. 190—91.

Ø. udtrykker det, om der er »en nærmere eller fjernere Forbindelse mellem Handlingen og den skadelige Følge, Loven vil forebygge«<sup>1)</sup>. I den subjektiv medbestemte Uagtsomhed frembyder sig en Forskel mellem grov og simpel Uagtsomhed. Den grove Uagtsomhed i denne Forstand har Ø. oftere omtalt som en, der »nærmer sig til den forsætlige onde Vilje ved sin aabenbare Ligegyldighed for andres Ret og Vel«, og samtidig nærmere bestemt dens Begreb<sup>2)</sup>. Det er ovfr. omtalt, at det ikke laa udenfor Ø.'s Tanke at gøre denne grove Uagtsomhed til Strafbetingelse i visse Tilfælde<sup>3)</sup>. Det laa derfor heller ikke udenfor hans Tanke, at der ved visse Forbrydelser kunde være Opfordring til paa denne Forskel at grunde forskellige Straffebud, hvad han ogsaa udførte i Andg. 4. Okt. 1833 og Fdg. 26. Marts 1841. At da den strengere Straf maatte ramme den grove, den mildere den ringere Uagtsomhed, skulde synes ubestrideligt. Paa dette Punkt havde dog baade Tilhængere og Modstandere af Feuerbach (v. Almendingen, Thibaut) opstillet den Parodoks, at Afskrækkelsesteorien, naar den blev sig selv tro, »maatte vende denne alle Loves saa vel som den sunde Menneskeforstands Forestillingsmaade om og forbinde en højere Straf med den ringere Grad af Skødesløshed end med den større. Ti — sagde man — et lidet Straffeonde kan let bringe et Menneske til at afholde sig fra grov Uagtsomhed, men saa længe Dovenskab og Letsind er Menneskehedenes Arvedel, hører der mere til for at formaa dem til at reflektere over alle Smaating, at afveje, prøve og sammenligne alle Ting«<sup>4)</sup>. Ø. bemærker hertil først, at den større Uforsigtighed er farligere for Retssikkerheden end den

<sup>1)</sup> A. V. S. 224—25. <sup>2)</sup> A. V. S. 165, J. T. VI, 2, S. 23—26. XV, 2, S. 11. <sup>3)</sup> S. ovfr. S. 193 o. ff. <sup>4)</sup> Eun. II, S. 226, J. A. Nr. 3, S. 208—09.

mindre (det objektive Hensyn) og altsaa bør straffes haardere, og dernæst, at den større Uforsigtighed indeholder den mindre i sig. »Det vilde være en Modsigelse — der illustreres ved nogle Eksempler, — at man ved at forøge sin Uforsigtighed, skulde kunne formindske sin Strafskyld<sup>1)</sup>. Ø. var atter her den sunde Menneskeforstands og Retsfølelses Talsmand og hævdede et Resultat, fra hvilket ingen Straffeteori kan afvige uden at stemple sig som værende paa Afveje.

2. De Grundmaalestokken *modificerende Omstændigheder* kunne paavirke denne paa forskellig Maade. Er Grundmaalestokken en Ramme, der rummer flere Strafstørrelser, er det i Overensstemmelse med denne Ordnings Øjemed, at de Omstændigheder, der have Krav paa at komme i Betragtning, indvirke paa Valget mellem hine Strafstørrelser. Men ved Siden heraf opstaar det Spørgsmaal, om visse Omstændigheder, ifølge deres reelle og formelle Beskaffenhed, bør medføre Strafsatser, der forhøje eller nedsætte Grundmaalsstokken i et udtrykkelig eller stiltiende beregnet Forhold til denne. Ved at gennemgaa de forskellige modificerende Omstændigheder undersøger Ø. ogsaa dette sidste Spørgsmaal, men under stadig Fastholden, at »ikke det Princip, der giver Forbrydelsen sit Væsen, svinder bort for disse Omstændigheder. Naar Brud paa de helligste guddommelige og menneskelige Love behandles som Ubetydeligheder, fordi der kun er stiftet liden Skade (»det Omfang, hvori Forbrydelsen er begaaet«), fordi Lejlighed, Omstændigheder og Tilbøjeligheder have frembudt Fristelser, som der hørte Kraft til at overvinde, eller fordi Gerningsmanden endog synes at være drevet ved et Overmaal af visse gode Følelser (»Bevæggrunden, der har fremkaldt den forbryderske Vilje«), sløves den sunde Pligtfølelse

1) Eun. II, S. 226—27.

og den Kraft, hvormed den skulde sættes i Virksomhed, og en sygelig Sentimentalitet træder i dens Sted. Saa giver man de Forestillinger, hvormed Last og Forbrydelse besmykkes, et for Folkets Moralitet farligt Medhold<sup>1)</sup>. I denne Udtalelse, der som et utvivlsomt rigtigt Program kan sættes i Spidsen for Ø.'s nærmere Udvikling om de modificerende Omstændigheder, er antydet, at disse ligesom Grundmaalestokkens dels vedrøre Forbrydelsens objektive, dels dens subjektive Side.

a. Fra den objektive Side nævner Ø. her først »*det Omfang, hvori Angrebsobjektet er krænk*«<sup>2)</sup>. Her ved erindres, hvad ovfr. er omtalt, at Ø. fordrer Lovens fulde Straf anvendt paa det fuldendte Forsøg, hvoraf følger, at Skadens Omfang, i det mindste i Regelen, ikke hører med til Bestemmelse af Grundmaalestokken<sup>3)</sup>. — At der i de »*Grundsætninger, hvorpaa den objektive Strafbarhed*« ogsaa er et Motiv til at nedsætte Straffen, naar den skyldige efter Forbrydelsens Fuldendelse ophæver dens skadelige Følge, erkender Ø. Men den overdrevne Betydning, som Gönner og flere i Datiden tillagde den saakaldte »*thätige Reue*« bekæmper han i Forbindelse med sin Opposition mod, at det frivillig opgivne Forsøg nødvendig bør være straffrit, to Ting, der staa i nøje Forbindelse med hinanden<sup>4)</sup>. — Derimod kunne Grundsætningerne for Strafferetten ikke føre til at tillægge Eftergivelse eller Forbøn fra den forurettedes Side formildende Virkning, medens udenfor liggende Hensyn kunne føre til at lade Paatalen af visse Forbrydelser være afhængig af den forurettedes Vilje. — At den uden den angrebnes Skyld foreliggende lette Lejlighed til at begaa Forbry-

<sup>1)</sup> J. T. XI. 2. S. 88—89. <sup>2)</sup> Eun. II. S. 137. <sup>3)</sup> S. ovfr. S. 227—28. <sup>4)</sup> Eun. II. S. 188—90. jfr. S. 143—47. J. T. VI, 2, S. 48—59, XI. 2., S. 18—37, A. f. R. V, S. 40—43. s. ovfr. S. 138 o. ff.

delsen forøger denne fra den objektive Side, fremhæver Ø. med Rette<sup>1)</sup>).

Som det næste objektive Hensyn, der griber modificerende ind, fremhæver Ø. »den nærmere eller fjernere, mere eller mindre nødvendige Sammenhæng mellem Handlingen og det Onde, der ved samme er eller kunde være afstedkommet«<sup>2)</sup>, altsaa den udførte eller tilsigtede Angrebshandlings Karakter, dels med Hensyn til dens Fjernhed eller Nærhed ved Følgen, dels med Hensyn til dens Farlighed (»større eller mindre Bekvemhed til at frembringe større eller mindre Skade«<sup>3)</sup>).

Hvad Farligheden angaar, maa det her forudsættes, at Handlingen overhovedet falder indenfor den Grænse, som betinger Retstridigheden<sup>4)</sup>. Fremdeles ligger Forholdet mellem de umiddelbare og middelbare Angreb paa Retsgodet udenfor Spørgsmaalet<sup>5)</sup>. Indenfor disse Grændser er Spørgsmaalet altsaa om Virkningen af den større eller mindre Farlighed eller den derpaa beroende objektive Retstridighed. Hovedundersøgelsen herom giver Ø. dog i Læren om de subjektive Udmaalingshensyn, nemlig i Læren om Uagtsomhedens Grader, skønt han der selv rigtig betegner Indflydelsen som beroende paa »den nærmere eller fjernere Forbindelse, der er mellem den Handling, man tillader sig, og den skadelige Følge, Loven vil forebygge«<sup>6)</sup>. Sagen er, som tidligere omtalt, at Ø. ligesaa lidt som de samtidige Kriminalister sondrer mellem Uagtsomhed som objektivt og som subjektivt

1) Eun. II, S. 190—92, A. f. R. V, S. 41—42, 46, s. ovfr. S. 226 J. T. VI, 2, S. 77, 88 o. ff., XI. 2. S. 62, 118. jfr. j. M. 1802. II. S. 176 N. 2) Eun. II, S. 137, A. f. R. V, S. 24 25 3) Eun. II. S. 154, A. f. R. V, S. 36—37. 4) Om det utilfredsstillende i Ø.'s Lære herom er talt ovfr. S. 95 o. ff. 5) S. ovfr. S. 228—29. 6) Eun. II. S. 224—25. A. f. R. III, S. 166—67.

Begreb<sup>1)</sup>. Men hans Resultat, at de gængse (objektive) Sondringer i Uagtsomhedens Grad, eftersom Sandsynligheden for Skaden er overvejende (grov Uagtsomhed), lige (middelmaadig Uagtsomhed) eller mindre (ringe Uagtsomhed), ikke egne sig til at begrunde Forskel i Straffesatser, men blot til at virke indenfor en fælles Ramme, er i Realiteten ligesaa rigtigt<sup>2)</sup> som hans Opposition mod de med ham samtidige Paradoksjægere, der vilde vende op og ned paa den naturlige Regel, at indenfor Rammen maa den større Farlighed medføre haardere Straf, den mindre mildere<sup>3)</sup>. For saa vidt derimod ogsaa den forurettedes egen Skyld — ikke er saadan, der ophæver Retstridigheden, men »uforsigtig, fornærmende eller anden lastværdig Adfærd, der har givet Anledning« — samt Vanskeligheden ved at opdage eller bevise en Forbrydelse ere medbestemmende for Farligheden, erkendes det, at disse Omstændigheder kunne have en saadan Betydning, at henholdsvis Forhøjelse eller Nedsættelse af den normale Straf er reelt begrundet, og at Kriteriet heller ikke ved dem er saa vagt, at dette af formelle Grunde er udelukket. Ø. anfører adskillige Eksempler herpaa, saasom visse grove Tyverier, Vold mod sagesløs o. fl.<sup>4)</sup>

»Beskaffenheden af den Sammenhæng, som er mellem Handlingen og det Onde, der ved samme er frembragt eller kunde være frembragt«, er (fra den objektive Side) Hjemmelen til »at den forsøgte Forbrydelse ikke bør straffes lige med den fuldbragte« og til, at Straffen for den blot forsøgte bør »staa i Forhold til Forsøgets Grad«. Det hedder herom i »Grundregler«: »Den Retssikkerhed, Straffeloven søger at

1) S. ovfr. S. 231—32. 2) Eun. II, S. 227—33. 3) Smst. S. 225—27. s. ovfr. S. 232—33. 4) Eun. II, S. 185—88, A. f. R. V, S. 38—40.

bringe til Veje, kræver, at den paagældende ikke blot skal løbe Fare for Straf, saafremt han opdages, efter at Misgerningen er bragt til Ende, hvorimod ethvert Skridt, han foretager paa Forbrydelsens Bane, bør finde sin Straf. Deraf følger, at den begyndte Forbrydelse ikke bør straffes lige med den fuldbragte. Ti i saa Fald blev de senere Skridt ustraffede, og den, der en Gang havde begyndt, vilde intet vove ved at fortsætte og fuldende, men være opfordret til at anstrenge sig for at overvinde alle Vanskeligheder, der modsatte sig hans Bestræbelser«<sup>1)</sup>. At iøvrigt ikke blot dette objektive Hensyn, men ogsaa subjektive tale for Forsøgets ringere Strafbarhed, udvikler Ø. i »Indledning«: »Det blotte Forsøg beviser i Almindelighed ikke en saa fast og vedvarende ond Vilje, som Fuldbrydelsen, idet man kan tænke sig, at den paagældende endnu kunde være traadt tilbage«. Men her til føjes saa de samme objektive Hensyn, som »Grundregler« fremstille<sup>2)</sup>. Udtrykkene i disse Ø.'s Begrundelser vise tilstrækkelig, at han derved kun har den ikke fuldendte Forsøgsvirksomhed for Øje. Det er ovfr. omtalt, at Ø. hævder, at den fulde Straf burde ramme det fuldendte Forsøg<sup>3)</sup>. For saa vidt han i »Indledning« omtaler nogle Hensyn, der »maaske« kunne retfærdiggøre de fleste Lovgivningers modsatte Regel (bl. a. den, at Forskellen i Straf mulig kunde bidrage til at afholde ham fra nye Foretagender til Formaalets Opnaelse), udsletter denne tvivlende fremsatte Indrømmelse ikke den Forskel, Strafferettens Grundsætninger kræve mellem det fuldendte og det ikke fuldendte Forsøg. Disse Grundsætninger kræve derimod for det ikke fuldendte Forsøg en Straf nedsat i et passende For-

1) Eun. II, S. 142. 2) A. f. R. III, S. 201—02. 3) Eun. II, S. 147—48, III, S. 164, A. f. R. III, S. 203, J. T. II, 2. S. 197 o. ff., VI, 2. S. 37 o. ff., XI, 2, S. 4 o. ff., s. ovfr. S. 122 o. ff.

hold til Lovens fulde Straf for Forbrydelsen. Ved Beregningen af denne Nedsættelse hævder Ø. fremdeles, at »der bør gøres Forskel paa de forskellige Stationer i selve Forsøget, og at baade disse Forskelle og den mellem endog det yderste Forsøg og den fuldendte Misgerning bør være betydelige«<sup>1)</sup>. I »Grundregler« udvikler Ø. dette nærmere saaledes: »To Hovedtilfælde i det ikke fuldendte Forsøg bør sondres, det ene, hvor Forbrydelsen allerede var i *Færd med* (»i Begreb med«) den Handling, hvorved Forbrydelsen skal iværksættes og fuldendes, og det, at Forbrydelsen er blevet staaende ved Handlinger, der alene er at betragte som Forberedelse og Overgang til den egentlige Misgerning«<sup>2)</sup>. Rigtigheden af at have forskellige Straffesatser for disse to Stationer i Forsøget fastholder Ø. under Striden med Gönner, men henstiller det dog til Prøvelse. Endvidere bør efter Ø. om end ikke Straffrihed, saa dog en lavere Straf indenfor Rammen indrømmes den, der frivillig standser paa Forsøgets Bane<sup>3)</sup>.

Som tidligere omtalt, bevarer Ø. den traditionelle Sondring blandt flere til en Forbrydelse medvirkende mellem meddelagtige og Gerningsmænd, trods den objektive Ensartethed, der efter hans Synspunkt i Virkeligheden er mellem den meddelagtiges og Gerningsmandens Virksomhed<sup>4)</sup>. Det bliver da for Ø. en særlig Opgave, ligesom for alle samtidige og ældre Kriminalister, at undersøge Strafbarhedens Grad ved

<sup>1)</sup> Eun. II, S. 396—98, A. f. R. III, S. 202—03, J. T. VI, 2, S. 59 o. ff., <sup>2)</sup> Eun. II, S. 142—43, III, S. 164, A. f. R. III, S. 185 o. ff. J. T. VI, 2, S. 43 o. ff., XI, 2, S. 11 o. ff., s. ovfr. S. 134 o. ff., om forberedende Handlingers Strafbarhed. <sup>3)</sup> Eun. II, S. 143—44, III, S. 173—74, A. f. R. III, S. 197—200, J. T. VI, 2, S. 48 o. ff., s. ovfr. S. 138 o. ff., om Ø.'s Modstand mod Straffrihed i dette Tilfælde. <sup>4)</sup> S. ovfr. S. 141 o. ff.



de forskellige Former af Meddelagtighed. Hans Resultat er, at vel i visse begrænsede Tilfælde bør den ringere Farlighed og den større Fjernhed fra Følgen af Meddelagtighedshandlingen medføre en ringere Strafbarhed end for Gerningsmanden, men at i andre og vigtigere Tilfælde den fulde Straf bør anvendes ogsaa paa den meddelagtige<sup>1)</sup>. At dette sidste ikke er saaledes at forstaa, at saadanne meddelagtiges Straf skal være lige med den Straf, som rammer Gerningsmanden i det givne Tilfælde, men saaledes, at Straffevalget holdes indenfor den samme — ikke en nedsat — Strafferamme, er noget, som Ø. med Rette adskillige Gange hævder lige overfor foreliggende Misforstaaelser<sup>2)</sup>. Vel kunde det mod hans ovennævnte Resultater siges og blev af nogle Kriminalister sagt, til Forsvar for at stille alle meddelagtige paa et lavere Strafbarhedstrin end Gerningsmanden, at enhver meddelagtigs Handling lider af en særegen Usikkerhed i Virkeevnen, fordi en frit villende Gerningsmand ikke kan beherskes paa samme Maade som et ufrit Redskab, og at den derfor, objektiv set, altid er mindre farlig<sup>3)</sup>. Men dels kan ogsaa det ufri Redskabs Virkeevne frembyde mange Grader i Virkeevnen, uden at dette fører til Strafnedsættelse<sup>4)</sup>, dels finder Ø., at den paapegede objektive Forskel opvejes i de Tilfælde, hvor han antager lige Strafbarhed, af andre væsentligere objektive Hensyn. Dette er saaledes for det første Tilfældet med »den psykiske Aarsag, naar han i Ordets strenge Forstand er en saadan, altsaa har *fremkaldt den forbryderske Beslutning*, (ikke blot styrket en anden i et allerede fattet Forsæt). Det er indlysende, at Hand-

1) Eun. II, S. 156 o. ff., A. f. R. III, S. 211 o. ff. J. T. XI, 2, S. 40. 2) Eun. II, S. 160, III, S. 190. A. f. R. III, S. 214, J. T. I. S. 327. 3) J. T. I, S. 319, N. J. A. XXX, S. 20. 4) S. ovfr. S. 228—29.

lingen ligesaa meget skyldes ham, (»primus motor«) som den fysiske Aarsag, sin Tilværelse. Denne vilde nemlig ikke have sat sin fysiske Kraft i Bevægelse til at fuldføre Forbrydelsen, saafremt ikke hans Begærevne først ved den psykiske Aarsags Indvirkning havde faaet den Retning<sup>1)</sup>. Har den psykisk virkende derimod »ikke egentlig fremkaldt den forbryderske Beslutning i den paagældendes Sjæl, men blot styrket denne i et Forsæt, han allerede af sig selv havde fattet«, er han ikke »fuldstændig psykisk Aarsag«, men kun »Biperson eller Medhjælper« til en Forbrydelse, »der dog uden saadan Medvirkning kunde have fundet Sted«, og Straffen for ham bør paa Grund af denne objektive Forskel være ringere end for Gerningsmanden<sup>2)</sup>. Om den psykisk virkende hører til den ene eller anden Klasse, er en quæstio facti, altsaa et Bevisspørgsmaal. Kan de faktiske Omstændigheder ikke oplyses, maa man, som i alle andre Tvivlstilfælde, antage det, der er mindst ufordelagtigt for den paagældende<sup>3)</sup>. Men at lægge Vægten paa noget som helst andet Kriterium end det af ham fremhævede objektive Kriterium, modsætter Ø. sig, hvad enten det gaar ud paa at kræve mere eller mindre<sup>4)</sup>. Hvad dernæst de fysiske medvirkende angaar, havner Ø. i »Grundregler«, efter en Kritik af forskellige Datidsloves og særlig Feuerbach's bajerske Lovs Bestemmelser, i den Konklusion, »at det Straffebud, som Loven giver mod en vis Forbrydelse, ved en almindelig Lovbestemmelse bør gøres anvendeligt paa enhver, der under selve For-

<sup>1)</sup> Eun. II. S. 156—57, A. f. R. III, S. 211, J. A. N. 22, S. 8—13 J. T. I. S. 316—17. 320 o. ff., VI. 2, S. 71. <sup>2)</sup> Eun. II, S. 157 o. ff., A. f. R. III. S. 221, J. A. Nr. 22, S. 10—11, N. J. A. XXX, S. 20—21, J. T. 1, S. 316 o. ff. <sup>3)</sup> Eun. II, S. 160—61, A. f. R. III. S. 211 o. ff. <sup>4)</sup> J. T. I. S. 314 o. ff., AI. 2. S. 73 o. ff. XI. 2, S. 46.

*brydelsens Udførelse medvirker til samme* (subjektive Betingelser forudsatte)<sup>1</sup>). Vel vil Medvirkning af forskellig Grad indbefattes under en slig Lov. Men ogsaa, hvor nogen er ene om at udføre en Forbrydelse, kan hans Anstrengelse og Kraftyttring være yderst forskellig, uden at Straffeloven dog ved faste Regler kan skille samme fra hinanden med Hensyn til Strafbarhedens (∴ Farlighedens) Grad<sup>2</sup>). Slige Nuancer, som *ej lade sig opløse i faste Begreber*, kunne komme i Betragtning ved den *Udmaaling* af Straffegraden, som ved de fleste Forbrydelser *inden visse loubestemte Grænser* bør overlades til Dommerens Skøn<sup>3</sup>). Tilsyneladende er dette i én Retning en Udvidelse af de af Feuerbach med fuld Straf belagte fysisk medvirkende, for saa vidt F., udenfor det omfattende Komplottilfælde, vilde sætte en rigtignok illusorisk Grænse derved, om Hjælpen var en saadan, at Gerningen ellers ikke havde været mulig. I Realiteten blev det en betydelig Indskrækning af disse Tilfælde, idet Ø. i intet Tilfælde, heller ikke ved Komplot, vilde have Regelen om fuld Straf udstrakt til dem »der ikke ere med i de Foretagender, hvorved selve Forbrydelsen udføres, men blot ved foregaaende Handlinger befordre samme»: »Her kunde vel Loven bestemme en ringere Straf. Det er dog aabenbart, at Forbrydelsen ikke staar i saa nøje Forbindelse med hans Handling, som med den egentlige Gerningsmands, der som oftest uden denne Understøttelse vilde haft Lejlighed til at faa sin onde Vilje iværksat, og at det i Særdeleshed er ganske tilfældigt, om den Forbrydelse, hvortil man

<sup>1</sup>) Eun. II. S. 156—66. A. f. R. III, S. 255 o. ff. (I »Indledning nævner O. vel kun det Tilfælde, at Medvirkningen sker »efter fælles Overenskomst« (∴ Komplot), men sikkert kun, fordi dette er det praktiske Tilfælde, s. ogsaa Eun. II. S. 164). <sup>2</sup>) S. ovfr. S. 236. <sup>3</sup>) Eun. II, S. 166—67, III. S. 197 o. ff.

forsyner en anden med Midler, virkelig af ham vil blive fuldbragt eller ikke, saa at Analogien af de Love, som gives for det blotte Forsøg, synes at kunne tages til Følge ved Bestemmelsen af hans Straf<sup>1)</sup>. Med andre Ord: En saadan Deltagers Virksomhed er mindre farlig baade af den Grund, som finder Anvendelse paa den psykiske Biperson, og af den, at den er afhængig af Gerningsmandens fortsatte Fremadskriden paa den forbryderske Bane. At iøvrigt ogsaa subjektive Hensyn tale for den ringere Strafbarhed, fremhæver Ø. i »Indledning«<sup>2)</sup>.

At denne Ø.'s Lære med Hensyn til den fysiske Medvirknings Strafbarhed muliggør en stor Simplifikation af Regler om dette Emne, er klart. For det i Henseende til Rækkevidden omstridte Begreb om Komplot, end sige det i sig selv overflødige Begreb om Bande, bliver der ikke Brug, og heller ikke for Distinktioner indenfor »Medvirkning under Udførelsen«, hvilke dog ikke kunne knyttes til »faste« Begreber. Selve Begrebet »under Udførelsen« — i Modsetning til »før« og »efter« denne, — savner ikke tilstrækkelig Fasthed. Det rummer Gerningsmandens Virksomhed fra Angrebshandlingens Begyndelse (∴ fra det Øjeblik, da han »gav sig i Færd« eller »stod i Begreb« med den) og indtil dens Afslutning<sup>3)</sup>. Ved denne Simplicitet havde hans Lære et væsentligt Fortrin fremfor de fleste af hans Forgængere og mange af hans Efterfølgere<sup>4)</sup>. For saa vidt nogle senere Kri-

<sup>1)</sup> Eun. II, S. 167, III, S. 194 o. ff., A. f. R. III, S. 229 o. ff.

<sup>2)</sup> A. f. R. III, S. 230 (»Den foregaaende Virksomhed vidner ikke om den vedvarende forbryderske Vilje, som den, der egentligen har udført Gerningen, har lagt for Dagen«). <sup>3)</sup> S. ovfr. S. 137 og Eun. II, S. 164 o. ff., N. J. A. XXI, S. 88, o. ff., A. f. R. III, S. 235—37, J. T. III, 2, S. 73 o. ff., VI, 2, S. 74 o. ff., XI, 2, S. 47 o. ff. <sup>4)</sup> Jfr. herved J. T. I, 1, S. 148, XIV, 2, S. 131 o. ff. (om Borst's 12 Kombinationer).

minalister, hos os Bornemann, gjorde et subjektivt Hensyn (om den meddelagtige »vilde Forbrydelsen som sin egen«) til Hovedskelnemærke i Stedet for Ø.'s objektive, tjener denne i sig selv skrøbelige Lære<sup>1)</sup> i hvert Fald ikke til Systemets Simplifikation. Det har tvertimod ført ikke blot til Genoptagelse af gamle, efter Ø.'s System overflødige Sondringer paa dette Omraade, men og til deres Forøgelse med nye. Meget nær til Ø.'s System i Hovedresultaterne, baade med Hensyn til psykisk og fysisk Medvirkning, vil derimod den Lære kunne komme, der vel anlægger et andet Synspunkt, end han, for Meddelagtighedens Strafbarhed, men uden at dette behøver paa det her omhandlede Punkt at lede til afvigende Konklusioner<sup>2)</sup>.

Den, som efter Afslutningen af Gerningsmandens Virksomhed griber ind for at hidføre det samme Retsbrud, som hin Virksomhed sigtede til, bliver selv Gerningsmand til dette og falder derfor udenfor Meddelagtighedsbegrebet<sup>3)</sup>. Sker det ved at hidføre eller medvirke til et andet Retsbrud, hvortil hint første giver Anledning, er han efter Sagens Natur Gerningsmand til eller meddelagtig i et delictum sui generis, men ikke meddelagtig i Hovedforbrydelsen. Anderledes kan — erkender Ø. — Forsømmelse af Angivelsespligt med Hensyn til en iværksat Forbrydelse ikke behandles: Forsømmelsen af denne Pligt gør ikke nogen til Medaarsag i den ikke angivne Forbrydelse<sup>4)</sup>. Derimod gør Ø., i Overensstemmelse med den paa hans Tid almindelige og

<sup>1)</sup> A. f. R. III, S. 229—30. <sup>2)</sup> Jfr. herom S. 147—48. <sup>3)</sup> Eun. II, S. 170—72. A. f. R. III. S. 246—47. I J. T. VI, 2, S. 38 findes der hypotetisk udtalt en inkonsekvent Afvigelse fra Ø.'s egen rigtige Opfattelse af dette Tilfælde med Hensyn til Brug af det af en anden forfærdigede falske Dokument. <sup>4)</sup> Eun. II, S. 177 o. ff. III, S. 213—14. A. f. R. III, S. 254 o. ff.

senere i alt Fald i et vist Omfang bevarede Lære, et andet Synspunkt gældende med Hensyn til den positive Understøttelse af en Forbrydelse, som ligger i »at hjælpe Forbryderen til at opnaa Forbrydelsens Hensigt eller at undgaa den straffende Retfærdigheds Forfølgning. Ti uagtet han ikke har været medvirkende Aarsag, som Tilfældet er, naar Bistanden forud er tilstøttet udtrykkelig eller stiltiende<sup>1)</sup>, er han dog medskyldig i den: »Ti Forbrydelsen befordres (»indirekte«) ved Udsigten til en saadan Hjælp bag efter, og den forurettede hindres ofte tillige derved i igen at komme til sin Ret. Men da hans Skyld blot bestaar i, at han handler efter en Maksime, der i Almindelighed befordrer Forbrydelsen, kan en saadan Deltagelse ikke i Strafbarhed sættes ved Siden af den umiddelbare Forbrydelse selv eller den foregaaende Deltagelse i samme«. For den blot personlige Hjælp bør den være mindre end for den reelle. Men i alle Tilfælde bør den staa i Forhold til Hovedforbrydelsen<sup>2)</sup>. I Overensstemmelse hermed vil Ø derfor, at f. Eks. Hæleren ved et grovt Tyveri straffes haardere end Hæleren ved simpelt Tyveri<sup>3)</sup>, og at Befrielse af en Fange straffes i Forhold til den Forbrydelse, Fangen har begaaet, medmindre det sker ved Magt eller under andre Omstændigheder, der medføre tilstrækkelig høj Straf, uafhængig af den begaaede Misgerning. Det er klart, at det rigtige, der maatte være i disse Sætninger, kan fyldestgøres ved en tilstrækkelig vid Ramme for disse Handlinger som *delicta sui generis*.

<sup>1)</sup> N. J. A. XXI, S. 97 o. ff. J. T. VI, 2, S. 68 (»Hæleren staa i en ringere Grad af aarsagelig Forbindelse med Forbrydelsen end Medhjælperen«), XI, 2, S. 42 (»Det er et aldeles ulogisk Begreb, at medvirke til en Handling efter dens Foretagelse«). A. f. R. III, S. 248. <sup>2)</sup> Eun. II, S. 168—73. III, S. 210—12, 218. A. f. R. III, S. 247 o. ff. <sup>3)</sup> Eun. II, S. 173. J. T. VI, 2, S. 69—71. I. S. 204. XI, 2, S. 43—45

Naar den Forbrydelse, til hvilken en meddelagtig har medvirket, ikke er fuldbyrdet, opstaar det Spørgsmaal, om de objektive Betingelser for Forsøgsstraf og Bestemmelsen af Forsøgsstadiet, for saa vidt dette har Betydning for Strafbestemmelsen, skal afgøres efter Hensyn til Gerningsmandens eller den meddelagtiges Virksomhed. Medens det første maa være Principet, naar en meddelagtigs Virksomhed opfattes fra det Synspunkt, at den staar i et accessorisk Forhold til Gerningsmandens som den egentlige Angrebshandling, maa det andet være Regelen, naar deres Virksomhed opfattes som objektiv ensartet<sup>1)</sup>. Ø.'s Standpunkt er, som anført, det sidst nævnte. Flere Udtalelser vidne om, at Ø. har villet have dette Synspunkt gennemført ogsaa med Hensyn til dem, hvem han betragter som Bipersoner og derfor belægger med ringere Straf end Gerningsmanden<sup>2)</sup>. Mest bestemt hævder Ø. dog Konsekvensen, vel endog noget udover den rette Grænse, med Hensyn til den egentlige psykiske Aarsag. Dennes Forbrydelse er »fuldendt« i det Øjeblik, da det er lykkedes ham at fremkalde Beslutningen hos Gerningsmanden. Hans Handling maa derfor fra dette Øjeblik paadrage ham Straf for det fuldendte Forsøg — selv om Gerningsmanden intet foretager til Beslutningens Udførelse, — en Straf, der ifølge Ø.'s Lære efter rigtige Grundsætninger bør være Lovens fulde Straf, ikke en nedsat

<sup>1)</sup> I A. f. R. III, S. 225—26 faar Ø. Lejlighed til ved et positivt Buds Fortolkning at præcisere denne Hovedforskel. <sup>2)</sup> S. med Hensyn til den psykiske Biperson N. J. A. XXIX, S. 70, med Hensyn til en i Komplot øvet foregaaende Medvirkning, N. J. A. XXI, S. 93 o. ff., J. T. III, 2, S. 77 o. ff. og VI, 2 S. 75—76. XI, 2, S. 14, samt med Hensyn til saadan fysisk Medvirkning ovennævnte J. T. XI, 2, S. 14—15 (»Kriminaliteten ligger i Mordredskabets Overladelse«). En Ytring i A. f. R., III, S. 230 er dog ikke ganske i Overensstemmelse hermed.

Straf<sup>1)</sup>. I »Grundregler« kommer Ø. ikke særlig ind paa Spørgsmaalet<sup>2)</sup>. Synspunktet udtales derimod i en Recension af Feuerbach i Jur. Ark. og af Mittermaier i Nyt Jur. Arkiv<sup>3)</sup> og i den samtidige Afhandling om Manddrab<sup>4)</sup>: »Den psykiske Aarsags Forbrydelse maa efter sin Natur anses tilendebragt, saasnt han har virket den Beslutning hos en anden at udføre Drabet, uden Hensyn til dettes fysiske Fuldbrydelse, som ikke er hans, men en andens Gerning, og som for ham er et blot Tilfælde«. Særlig udvikler Ø. dernæst dette Synspunkt i Kritikken af Gönner's Udkast: »Det er dog aabenbart — hedder det, — at den, som køber en anden til et Mord, er aldeles færdig med sin Forbrydelse, saasnt han har faaet den anden ved de givne eller tilsagte Belønninger formaaet til at udføre hans Hensigt, og at Mordets Fuldbrydelse selv, som noget, hvormed han slet ikke har at gøre, ej kan vedkomme hans Strafskyld«<sup>5)</sup>. I »Indledning« hedder det endelig: »Den psykologiske Aarsag har egentligen (∴ efter Sagens Natur) fuldbragt sin Gerning, saa snart han er bleven færdig med at opvække den forbryderske Beslutning hos en anden«<sup>6)</sup>. At iøvrigt ud fra Ø.'s eget Synspunkt den saaledes

1) S. ovfr S. 144—45. 2) Eun. II, S. 161. 3) J. A. Nr. 4, S. 159—60 (»Den moralske Aarsags Brøde bestaar jo ikke i selv at stifte et fysisk Onde, men i at opvække en Beslutning hertil hos en anden. Saa snart dette Øjemed er opnaaet, er altsaa det hele Begreb om hans Forbrydelse realiseret og heraf maa nødvendigvis flyde den fulde Straf«). N. J. A. XXIX, S. 70: (»Fra hans (∴ den psykiske Aarsags) Side er Forbrydelsen altid dermed bragt til Ende«). 4) Eun. III, S. 191 jfr. S. 193—94 og J. A. N, 21, S. 222—23 om Virkningen af Kontraordre, hvor Løsningen dog ikke i alle Tilfælde stemmer med Ligestillingen med Benyttelse af et ufrit Redskab. 5) J. T. VI, 2, S. 35, jfr. S. 49—51 og XI, 2, S. 49—51. A. f. R. III, S. 226—27, hvor Konsekvensen med Hensyn til unyttig Kontraordre drages rigtigere end i Manddrabsafhandlingen. 6) A. f. R. III, S. 223—24, jfr. S. 225—26.



opstillede Sætning gaar noget for vidt, ligger i, at Fremkaldelsen af Beslutningen i og for sig kun kan stilles lige med Anskaffelse af Redskabet, medens det først er, naar Redskabets Virkeevne er sat i Gang, altsaa naar det er lykkedes at faa Gerningsmanden til at handle i Beslutningens Medfør, at den psykiske Aarsags Virksomhed er fuldendt.

b. I Fremstillingen af de Omstændigheder, der fra den subjektive Side modificere Grundmaalestocken, er det navnlig, at Ø. fik Lejlighed til at imødegaa en Række af Feuerbach's paradoksale Læresætninger. Ovenfor er det allerede omtalt, at Tilhængere af F.'s Teori havde draget Konsekvenser af denne med Hensyn til Indflydelsen af den subjektive Uagtsomheds Grader, som gik stik imod det almindelig antagne, og at Ø. herimod hævdede, at Truselsteoriens rette Konsekvens paa dette Omraade stemmede med den sunde Forstands og den almindelige Retsfølelses Tilsagn<sup>1)</sup>. Med Hensyn til Omstændigheder, der særlig vedkomme et forbrydersk Forsæts Grader, lærte Feuerbach f. Eks., at Forbrydelser, der frembringes ved den blotte dyriske Begæring, ere strafbarere end de, der have deres Grund i Vilkaarlighed og Overlæg<sup>2)</sup>, at Sjælsevnernes Svaghed var en Grund til Straffens Forhøjelse, deres Styrke en Grund til dens Nedsættelse (fordi det forstandigere Menneske har en Kraft til at overvinde Fristelserne, som mangler det slettere begavede, og at Lovgiveren derfor behøver kraftigere Straffetrusler for at virke paa den sidstes stumpere Gemyt<sup>3)</sup>), samt at den skyldiges slette Opdragelse af lignende Grund bør medføre Strafskærpelse. Alle disse Sætninger, der kom paa tværs af den almindelige Opfattelse hos Kriminalisterne og i Straffelovene, bekæm-

1) S. ovfr. S. 232—33. 2) Eun. II, S. 280. 3) Eun. II, S. 316—17.

per Ø.: »Det overlagte Forsæt vidner om en dybere Tilbøjelighed til Forbrydelsen end det Forsæt, som er opstaaet ved en øjeblikkelig Anledning . . . Der behøves derfor stærkere Straffetrusler for at virke mod den, der med Overlæg udøver en Forbrydelse, end imod den, som handler uden Overlæg. Ogsaa viser den første en større Grad af Umoralitet og subjektiv Farlighed, end den sidste <sup>1)</sup> . . . Forstandskræfterne lade sig ligesaa vel bruge til at overvinde den Kraft, hvormed Straffelove skulde virke mod Forbrydelsen, samt til at bortrydde de udvortes Hindringer for sammes Iværksættelse som til at styrke Straffelovenes Kraft. Naar det med de større Forstandsevner begavede Menneske tillader sig Forbrydelser, maa det netop antages, at han har brugt sine Evner paa hin første Maade. Han er altsaa snarere farligere og strafværdigere, end Forbryderen med de stumpere eller mindre udviklede Sjælekræfter . . . Vi finde os derfor mere beføjede til at tiltræde den almindelige Mening, at Sjælekræfternes Styrke forøger og deres Stumphed formindsker Forbryderens Strafskyld <sup>2)</sup> . . . Naar den, der har nydt en omhyggelig Opdragelse, dog nedlader sig til Forbrydelser, hvorimod denne hans Opdragelse burde have værnet, røber det et desto større indvortes Hang til Forbrydelser. At betvinge dette, maa anses vanskeligere end at raade Bod paa den Forvildelse, der rejser sig af Mangel paa Opdragelse <sup>3)</sup>.

Sin selvstændige Udvikling om Indflydelsen af Forsætlighedens Grader samler Ø. under Synspunktet: det forbryderske Forsæts Styrke. Han paaviser Uholdbarheden af Feuerbach's Sondringer mellem Forsættets Intensitet, Protensitet og Ekstensitet. Han fast-

<sup>1)</sup> A. f. R. III, S. 167—68, V, S. 44, J. T. XIV. 2, S. 5—6. <sup>2)</sup> Eun. II, S. 317, A. f. R. V, S. 50—51. <sup>3)</sup> Eun. II, S. 320—21. A. f. R. V, S. 51—52.

holder som det principale Hensyn ved Udførelsen Truselsprincippet — »at der skal trues med et Onde, som staar i Forhold til Styrken af den Attraa til Forbrydelsen, der skal undertvinges« —, og tillægger i Modsætning til F., der paa dette Omraade ofte blev sit eget Princip utro, Hensynet til Forbryderens individuelle Forlighed underordnet og mindre betydelig Indflydelse, for saa vidt Synspunkterne ikke falde sammen <sup>1)</sup>. Det samme gælder om det Hensyn til Forbryderens Moralitet, som Ø. ifølge sin Lære, i Modsætning til Feuerbach, tillægger nogen, men dog kun underordnet Betydning <sup>2)</sup>. Ud fra disse Principer gennemgaar Ø. den Betydning, der bør tillægges Overlæg og dets Modsætning, Forførelse, Trusler, Frygt, trængende Forfatning, Bevæggrunden, Alder, intellektuelle Kræfter, Opdragelse, Anger, Redebonhed til at bekende, foregaaende Levned og Gentagelse <sup>3)</sup>. Et Hovedformaal for denne Gennemgang er det at afgøre, om det paagældende Hensyn blot bør udøve Indflydelse indenfor en given Strafferamme eller, om det bør føre til Forhøjelse eller Nedsættelse af den lovbestemte Straf for Forbrydelsen, altsaa ogsaa, hvor denne ikke rummer en Række af større og mindre Straffender.

Dette Spørgsmaal frembyder sig straks med Hensyn til Overlæg. At dette bør virke skærpende, Overilelsen formildende indenfor Rammen, hævder Ø., som ovfr. bemærket. Men han er imod derpaa at grunde Forhøjelse, henholdsvis Nedsættelse, »da Straffelovene ere bestemte til at sikre Samfundet ligesaa vel mod de hæftige Affekter som mod den koldt beregnende retstridige Attraa«, og da »Forskellen er saare relativ og

<sup>1)</sup> Eun. II. S. 279—83, jfr. A. f. R. III, S. 170, s. H. 1. S. 358 o. ff., <sup>2)</sup> S. H. 1. S. 409 o. ff. <sup>3)</sup> Eun. II. S. 279—331. A. f. R. III S. 167—83. V, S. 43—86.

in concreto vanskelig at drage. Fra den legislative Side bør Forskellens Virksomhed derfor indskrænkes«. I Kraft heraf hævder Ø, at Livsstraffen bør ramme ikke blot Mord, men ogsaa Manddrab i Affekt, »da Livet som det første Gode har Krav paa den største Grad af Beskyttelse, og da de hæftige Tilbøjeligheder, som kunne fremkalde den Beslutning at forgribe sig paa en andens Liv, forudsætte en Styrke, som ikke kan ventes overvundet uden ved en betydelig Modkraft, hvorfor Staten er opfordret til at sætte Dødsstraffen som den mest afskrækkende og virksomste af alle Straffe i Bevægelse for at frede om Borgernes Liv«<sup>1)</sup>. I Overensstemmelse hermed bør der ogsaa kun indenfor Strafferammen tages Hensyn til det mere eller mindre ondartede i den handlendes Bevæggrund, med Undtagelse af de Tilfælde, hvor Bevæggrunden er »retmæssig Harme«: »Det er øjensynligt, at der kan behøves en lige saa alvorlig Straffetrusel til at overvinde den Attraa til en Forbrydelse, som udspringer af i sig uskyldige, ja vel endog i deres Rod rosværdige Tilbøjeligheder, som til at sejre over de i sig uædle og skammelige Drivfjedre«<sup>2)</sup>. Kun paa samme Maade kan ogsaa i Regelen Forførelse, Trusler og Frygt, trængende Forfatning, Opdragelse, Anger, Redebonhed til at bekende, samt usædeligt eller ulasteligt Levned virke<sup>3)</sup>. Derimod anerkender Ø., at ung Alder hos dem, der ere over kriminel Lavalder, efter Sagens

1) Eun. II. S. 284—85, 288—90, III, S. 74—79, A. f. R. III S. 167—69, V. S. 44. 2) Eun. II. S. 193—94, 281—82, 322—30, III, S. 77—79, A. f. R. III, S. 170—79, V. S. 46—48, jfr. N. J. A. XXIX, S. 54, J. T. I, S. 390—91, II, 2. S. 232—33, VI, 2. S. 4—5, IX, 2, S. 45—47, XI, 1. S. 280 og 2. S. 87—92, XIV, 2, S. 56, s. H. 1. S. 412 (Om Ø.'s Anvendelse af dette Princip til at udelukke animus lucri faciendi fra Tyveriets Begreb tales senere). 3) Eun. II, S. 290, 308—11, 320—22, 330—31 A. f. R. V. S. 46, 51—54, 85—86.

Natur kan begrunde lavere Straffesatser end for den voksne: »Man kan med god Grund antage, at slige Væsners bøjeligere Sind lader sig styre ved mildere Straffelove end de, der udkræves til at virke paa den fastere Vilje, der maa forudsættes hos det ældre Menneske«<sup>1)</sup>. Derimod udtaler Ø. sig i »Grundregler« imod nedsat Straf paa Grund af Forbryderens Enfoldighed eller svage Sjælskræfter. Sammenstilling med unge Forbrydere gælder ikke, da der hos hine ikke kan forudsættes den Bøjelighed og Forbedrelighed som hos disse, og da Dommerskønnet med Hensyn til de unge kan begrænses ved faste Grænser, hvad der ved de aandssvage er udelukket. Imod de Kriminalister, der udledede Nedsættelsen af den almindelige Grund, at Straffen bør staa i Forhold til Frihedens Grad, satte han sin Modstand mod dette »aldeles urigtige Begreb om Maalestokken for den borgerlige Strafskyld«, og med Hensyn til den positive Ret sin Paa-visning af Dommerens Mangel paa Myndighed til uden særlig Hjemmel at fravige den fastsatte Straf<sup>2)</sup>. I »Indledning« fastholder Ø. vel, at der i den positive danske Ret hverken var ligefrem eller analogisk Hjemmel for saadan Strafnedsættelse samt, at den ikke er saaledes grundet i Sagens Natur, at den kunde antages »uden nogen særdeles Lovhjemmel«. Men han erkender dog, at »vigtige legislative Betragtninger kunne anføres for samme«<sup>3)</sup>. Videre end til at fastholde denne Sagens Stilling lige overfor den positive Ret gik Ø. heller ikke i den i Koll. Tid. 1827 meddelte Note<sup>4)</sup>, medens han senere i sine Erindringer med-

1) Eun. II, S. 309 o. ff., A. f. R. III, S. 179—80, V, S. 48—49.

2) Eun. II, S. 117, 317—20, III, S. 155—59, J. T. II, 2, S. 231. VI 2, S. 85 o. ff., XI, 2, S. 85 o. ff., s. H. 1, S. 235—36, 409 o. ff.

3) A. f. R. III, S. 10, 84, 181—83, V, S. 49—51. 4) Koll. Tid. 1827, S. 44—45. Ø. fik ogsaa Praksis stoppet i Tilbøjeligheden til at

delers, hvorledes han selv havde foreslaaet at tage hine legislative Hensyn i Betragtning ved Lovforanstaltning, særlig ved Dødsforbrydelser, og fremdeles erkendte det rigtige i »at ofre den blotte Begrebskonsekvens for ikke at forfejle den her vigtigere Konsekvens, den at Midlet er skikket til at føre til Øjemedet«<sup>1)</sup>. At dog i hvert Fald Drukkenskab, som ikke er naaet til Utilregnelighed, ikke af Ø. er henregnet til de Tilstande, for hvilke en saadan Nedsættelse bør indrømmes, er vist. Her kan der kun være Tale om »nogen Lemfældighed ved Udmaalingen. Gør Paagældende Vane af at beruse sig, fortjener han end mindre Skaansel«<sup>2)</sup>.

Virkning i omvendt Retning til Strafferammens Forhøjelse tillægger Ø. i Henhold til selve de almindelige Grundsætninger Forbrydelsens Gentagelse, dette Ord taget i den hos os vedtagne Betydning, nemlig at Vedkommende tidligere er straffet for Forbrydelse. For det første findes dette rigtigt, naar den tidligere Dom angaar en Forbrydelse af samme Art, helt eller delvis. »En saadan Forbryder har aabenbart lagt en særdeles stærk Drift til Forbrydelsen for Dagen og bestemt godtgjort, at den Straf, han forhen har lidt, ikke har været tilstrækkelig til at undertrykke denne Drift«. Tillige vil han være noget sløvet for Straffondet, saa at Straffen nu maa skærpes, hvis den skal have behørig Kraft. Ø. hævder, at disse Grunde til Strafforhøjelse ved Gentagelse passe paa alle Forbrydelser, ikke blot paa visse Arter og ikke blot paa for-

---

slaa ind paa en modsat Vej. S. om en anden Opfattelse efter den da gældende positive danske Ret Bornemann, S. Skr. III, S. 219 og min Indledn. t. Str. R., S. 169 o. ff. <sup>1)</sup> Af mit Liv. I, S. 225 o. ff., A. f. R. V, S. 45. <sup>2)</sup> A. f. R. V, S. 45. <sup>3)</sup> Eun. II, S. 296—97, A. f. R. V, S. 54—55, N. J. A. II, S. 43—45, XXIX, S. 63—66. J. T. VI, 2. S. 125—26, XI, 2, S. 96 o. ff. XIII, 1, S. 219 o. ff.

sættelig, men ogsaa paa uagtsom Forbrydelse: »Den, der efter en Gang at have ved sin Uagtsomhed paa-draget sig Lovens Straf, paa ny forfalder i en straf-bar Uagtsomhed, har lagt for Dagen, at den mildere Straf var utilstrækkelig til at vække ham af sin Lige-gyldighed, og at en alvorligere Straf kræves for at bringe ham til at have Agtelse for sine Medborgeres Ret og deres Tarv«. Men han erkender, at Graden af Strafforhøjelsen kan være forskellig efter Forbry-delsens Art. Der bør f. Eks. ikke ved Voldsgernin-ger tillægges Gentagelsen en saa stor Virkning som ved Tyveri og derved heslægtede Forbrydelser, »hvor Gentagelsen indeholder et stærkere Bevis paa Tilbøje-lighed til Forbrydelsen end det, der kan søges i Gen-tagelse af visse andre Forbrydelser, hvis Udøvelse for en stor Del fremkaldes ved en særdeles udvortes An-ledning, saa at Gentagelsen just ikke i lige Grad vid-ner om et stærkt positivt Hang til samme«<sup>1)</sup>. Men Ø. hævder yderligere, at Strafforhøjelsen ikke bør be-grænses til Tilbagefald til samme Forbrydelse, men ogsaa finde Sted, hvor nogen afvekslende lader sig finde i forskellige Arter af Forbrydelser. Har For-bryderen end ikke lagt et saa stærkt Hang til nogen af disse for Dagen, som naar han flere Gange begaar samme Forbrydelse, har han dog ikke mindre end denne bevist den Ringeagt for Lovene og sine Medborgeres Rettigheder, hvoraf al Forbrydelse har sin Oprindelse, og godtgjort, at Lovens sædvan-lige Strenghed ikke er nok til at bøje hans retstridige Vilje. Kan han fra denne Side ikke fuldt stilles i Klasse med den, der gentager samme Forbrydelse, røber han paa den anden Side en særdeles omfat-

<sup>1)</sup> Eun. II, S. 298—300, A. f. R. V. S. 54—56, 50—60. 62. Tyveriskr. S. 405. N. J. A. II, S. 43—45, XXX. S. 24—25. J. T. XI. 2, S. 98.

tende og flersidig ond Vilje. Formindskelsen i Straffens Følelighed er i begge Tilfælde den samme. I hvert Fald er der fulgyldig Grund til Strafforhøjelse og i samme Grad, naar de flere Forbrydelser, om end forskellige i udvortes Form, dog have deres Oprindelse af samme Slags lovstridig Tilbøjelighed, f. Eks. Tyveri og Bedrageri, der stundom endog kun med Vanskelighed kunne skelnes fra hinanden«<sup>1)</sup>. I denne stærke Udvidelse af Gentagelsesstrafs Omraade har, som bekendt, den senere danske Lovgivning ikke fulgt Ø., end ikke i det sidst nævnte Tilfælde, hvor dog Rigtigheden af hans Betragtning vanskelig kan bestrides. En Række Undersøgelser, hørende til Gentagelsesstraffens Teknik, har derimod i større eller mindre Udstrækning paavirket den danske Lovgivning og Praksis, saaledes om Maaden, hvorpaa Forhøjelsen skal bestemmes, fremdeles om, at Gentagelsesstraf efter Sagens Natur er betinget af den i den forudgaaede Dom (eller Resolution eller Forlig) liggende Advarsel, men just ikke af Straffens Udtaaelse, at der er Grund til at tage Hensyn til, om Forbrydelsen i et langt Mellemrum har vist et ustraffeligt Forhold, samt til den tidligere ikendte Strafs Størrelse og Beskaffenhed, at Domstolene ikke bør prøve den tidligere Doms Rigtighed m. m.<sup>2)</sup>.

## 23. Fortsættelse.

### 2. Ydre Hensyn, der paavirke Maalestokken.

Ved Siden af de i Forbrydelsen selv liggende Bestemmelsesgrunde for Straffen er der forskellige ydre Hensyn, om hvis Berettigelse til at paavirke Maale-

<sup>1)</sup> Eun. II, S. 300—05, Tyveriskr. S. 405—08, N. J. A. II. S. 44 N., XXX, S. 23—26, J. T. XI. 2, S. 102—03. <sup>2)</sup> Eun. II, S. 305—06, A. f. R. V, S. 64—79, J. T. IX, 2, S. 104, XI, 2. S. 98. o. ff. XIII, 1, S. 221—22.



stokken der kan spørges. Ø. drøfter disse Spørgsmaal udførlig i »Grundregler« samt i »Indledning«. Et enkelt af dem, det vigtigste og vanskeligste, nemlig om Straffens Bestemmelse ved Sammenstød af Forbrydelser havde han allerede undersøgt i Jur. Maanedstid.

En første Kreds af Tilfælde, hvor Omstændigheder, der ikke vedkomme Strafskylden, med Rette faa en vis Indflydelse paa Straffen, fremkommer ved den Forskel, der kan være med Hensyn til Straffens Følelighed, saaledes f. Eks. ved visse Strafarter, Helbred, Alder og Køn<sup>1)</sup>, og med Hensyn til Formuestraffe Forbryderens Formueforhold. I sidstnævnte Henseende bekæmper Ø. Tanken om Straffens Fastsettelse til en vis Kvotadel af den skyldiges Formue, og gennemførte i dansk Ret Afskaffelsen af disse Straffe ved Fdg. 24. Sept. 1824<sup>2)</sup>. Derimod erkender han, at der ved Bødestraf bør tages Hensyn til den skyldiges Formueforhold: »Pengebøder synes at burde lempes efter den skyldiges Kaar, for saa vidt disse af Dommeren kunne paaskønnes«. Men dette Hensyn bør dog ikke føre til trykkende, maaske for den skyldige ødelæggende og i hvert Fald tidsspildende Undersøgelser, der staa i kendeligt Misforhold til Øjemedet: »Bødens Størrelse bør indenfor visse af Loven fastsatte Grænser overlades til Dommerens Skøn, lempet ikke blot efter Forseelsens Grad, men og efter den skyldiges Formuesomstændigheder, for saa vidt samme af hans borgerlige Stilliug eller andre kundbare Omstændigheder lader sig beregne«<sup>3)</sup>. Hvad Ø. i de nævnte Retninger har udviklet, har været og kan ikke andet end fremdeles være Ledetraad for Lovgivningen. — Det

<sup>1)</sup> Eun. II, S. 337—38, A. f. R. V, S. 107. <sup>2)</sup> Eun II, S. 333—34. A. f. R. IV, S. 467—69, Koll. Tid. 1824, S. 563 o. ff. <sup>3)</sup> Eun. II, S. 333—35, A. f. R. V, S. 106, J. T. XV, 2, S. 7.

samme gælder ogsaa i Hovedsagen om det Hensyn, der ved Valget af Arten af Frihedsstraf eller dennes Varighed i visse Tilfælde kan være Grund til at tage til den skyldiges Stilling og Opdragelse. For saa vidt visse Arter af Frihedsstraffe ere sjæleligt mere føleligt for den mere dannede Forbryder, opvejes dog ved »Forbrydelser af det Slags, der forudsætter nederdrægtig Tænkemaade«, dette Hensyn ved den større Strafskyld, som bør tillægges den dannede Forbryder. Det vilde være højst fordærveligt, hvis en Tyv af Stand blev anset med en ringere Art af Straf end en Tyv, som ved sine Kaar og ringe Stilling i Samfundet til Dels var fristet til sin Forbrydelse. Kun naar Forbrydelsen er af det Slags, der rejser sig af Letsind eller Overilelse, kan Forskellen i Føleligheden for saa vidt komme i Betragtning«. Vel vil nu en hensigtsmæssig Ordning af Frihedsstraffene i større Omfang, end Ø. efter Datidens Forhold kunde forudsætte, føre til, at Forskellen i Føleligheden heller ikke paa dette sidste Omraade kan vise sig med Hensyn til Frihedsstraffens Art. Men Ø.'s Tanke vil øve Indflydelse paa en anden Maade, nemlig for saa vidt særegne Frihedsstraffe (Tvangsarbejde) anvendes paa Personer, der ved deres Færd have sat sig selv under det normale Niveau, som Betlere, Løsgængere, Slagsbrødre, Drukkenbolte o. desl.<sup>1)</sup>. Dernæst vil Ø.'s Tanker faa Betydning, hvor der blot er Spørgsmaal om at lempe Varigheden af en Frihedsstraf paa Grund af den forskellige økonomiske Følelighed, altsaa af den samme Grund, som faar Indflydelse paa Bestemmelsen af en Bødes Størrelse. — Det er dette sidste Hensyn, som ogsaa er ledende i Ø.'s Udviklinger om den rette Ordning af den Afsoningsstraf, der maa sættes i Stedet, hvor en bødefældt ikke kan udrede Bøden. Mod den

<sup>1)</sup> Eun. II. S. 335—36, A. f. R. V. S. 106—07.

ældre danske Lovgivning, der for forskellige Borgerklasser havde forskellige Afsoningsstrafarter, udtaler han sig skarpt: »En saadan Forskel kan ikke andet end virke ufordelagtigt paa Folkemeningen om Lovens Retfærdighed«. Principielt hævder han endvidere, at Fastsættelsen af Afsoningsstraffen er en Domstols-sag, ikke en Øvrighedssag. Endelig fører det særlige Hensyn til Afsoningsstraffens Varigheds Indflydelse paa Føleligheden ham til at hævde dels Nødvendigheden af, at Maalestokken for den aftager, som Bødens Størrelse vokser, dels til, i Stedet for et invariabelt Forhold til den ifaldne Bøde, at anse det for rigtigst blot »at bestemme Maksimum og Minimum for Afsoningen og overlade det til Dommeren, efter Personernes Stilling og Forhold, nærmere at bestemme samme«. Af særlig Interesse er især denne sidste Tanke. Ført videre leder den til overhovedet at frigøre Bestemmelsen af Afsoningsstraffen for Afhængighed af den idømte Bøde, og til at lade Domstolen frit vurdere baade Strafskyld og Følelighed indenfor visse for Afsoningsstraffen satte Grænser, som om Afsoningsstraffen var den principalt foreskrevne<sup>1)</sup>.

En anden Kreds af Tilfælde, hvor det foreliggende Spørgsmaal frembyder sig, er den, hvor Forbrydelsen har paaført Forbryderen andre Lidelser. Ø. erkender, at det er overensstemmende med rigtige Grundsætninger (de paagældende andre Lidelsers Evne til at afskrække), at lade saadanne usædvanlige Lidel-

<sup>1)</sup> Eun. II, S. 338—44. A. f. R. IV S. 426 o. ff. Ved en anden Lejlighed udtaler Ø. sig om det u hensigtsmæssige i den i den danske Skovfdg. 18 April 1781 foreskrevne Afsoningsstraf »Arbejde til Forstvæsenets Nytte«. J. T. IX, 2. S. 110—11. Iøvrigt have, til Sammenligning med Ø.'s Udvikling i »Grundregler«. Fdg. 16. Novbr. 1836 og Bemærkningerne til denne i Koll. Tid. 1836. S. 865 o. ff. særlig Interesse.

ser, f. Eks. en langvarig, ikke af Forbryderen selv ved Forbrydelsen uvedkommende Handlinger foranlediget Arrest virke til Valg af en lavere Straf<sup>1)</sup>.

Størst Betydning har imidlertid paa dette Omraade Ø.'s Undersøgelser om Virkningen paa Straffens Bestemmelse af flere Forbrydelsers Sammenstød. Udgangspunktet ved Ø.'s Behandling af dette Emne er det, at »Foreningen (Kumulation) af Straffen for flere begaaede Overtrædelser er en simpel logisk Anvendelse af hver enkelt Straffelov, som den skyldige har forset sig imod«<sup>2)</sup>. For saa vidt Gennemførelsen af denne Regel støder paa ydre Hindring i Straffenes Inkompatibilitet, bør da en Omsætning til en kompatibel Straf finde Sted eller, hvor ogsaa dette er ugørligt, den største Straf skærpes<sup>3)</sup>. Dette Princip erkendtes vel i Almindelighed af Kriminalisterne. Men da de ikke vare klare over de forskellige mulige Sammenstødstilfælde, vare de sig ikke Principets Rækkevidde bevidst. Ø. var den første, der opstillede den fuldstændige, logiske Sondring mellem de fire tænkelige Sammenstødstilfælde, eftersom de flere Forbrydelser ere homogene eller heterogene, og atter indenfor hver Klasse, om

<sup>1)</sup> Eun. II, S. 346—50, J. T. VI, 2, S. 112—13, XI, 2, S. 121 A. f. R. V, S. 107—08. <sup>2)</sup> Eun. II, S. 351. jfr. J. M. 1802, II, S. 170, A. f. R. V, S. 110, J. T. XI, 2, S. 94. <sup>3)</sup> Eun. II, S. 364—65, A. f. R. V, S. 121—23, jfr. J. M. 1802, II, S. 174 o. ff. Spørgsmaalet om Straffes Inkompatibilitet opstod i den positive Ret paa Ø.'s Tid langt hyppigere end nu. En særlig Undersøgelse af dette Spørgsmaal efter den gældende danske Strafferet gav Ø. i J. M. a. St. samt i en Afhdlg. Eun. II, S. 432—56. Imod Substitutionen af en anden Straf i den inkompatibles Sted var dog, som det meddeles s. St. S. 455, Praksis, og i A. f. R. V, S. 122—23 erkendte Ø. at Lovgivningen i visse Tilfælde indeholdt Hjemmel for denne Praksis. Han tilføjede, at en Undtagelse fra Kumulationsprincippet i denne Henseende vel i det hele kunde tilstedes, da der dog er saa mangfoldige andre Undtagelser fra dette Princip. jfr. herom Teksten.

de ere begaaede ved en eller ved flere forskellige Handlinger<sup>1)</sup>. Ved at gennemgaa disse forskellige Kombinationer førtes Ø. iøvrigt til at erkende, at der ifølge *reale* Straffehensyn burde gøres en stor Række Undtagelser fra hint i Spidsen stillede *logiske* Princip. Hjemmelen for disse Undtagelser viser sig nemlig at bunde i den reale Betragtning, at »Strafskylden ikke ubetinget vokser i det Forhold, som Forbrydelserne ere flere«<sup>2)</sup>. Ved at godkende denne Tanke har Ø. i Virkeligheden grundlagt et fra hans Udgangspunkt forskelligt Princip, der, ført ud i sine fulde Konsekvenser, fortrænger hint, saa at Tilfældet kun formelt ved sin Anledning, ikke reelt hører til de ydre Hensyn, hvorom Talen er her.

Ved den nærmere Drøftelse af Emnet begynder Ø., ligesom ved Fremstillingen af Hovedprincippet, med at opstille visse Sætninger, der betragtes som *logisk* nødvendige. Hertil hører, at han ved Sondringen mellem Sammenstødstilfældene, for saa vidt den beror paa, om der foreligger en eller flere Handlinger, til den første Klasse henfører ikke blot det Tilfælde, hvor Handlingen bogstavelig er én, men ogsaa det, hvor en Række Handlinger følger uafbrudt paa hinanden<sup>3)</sup>, fremdeles, at han til den samme Klasse henfører flere i Tid adskilte, men til det samme Maal virkende Handlinger (»fortsat Virksomhed«<sup>4)</sup>), endelig, at han kalder det en *logisk* nødvendig Betingelse for at antage, at der i én Handling kan foreligge flere homogene Forbrydelser, at Forbrydelsen har kvantitativt bestemte Grænser<sup>5)</sup>.

<sup>1)</sup> J. M. 1802, II, S. 171, Eun. II, S. 352, A. f. R. V. S. 109—10. I Noter de to sidstnævnte Steder hævder Ø. sin Prioritet med Hensyn til denne Sondring, der først i 1806 benyttedes af Tittmann. <sup>2)</sup> J. T. XI, 2, S. 96 N. <sup>3)</sup> Eun. II, S. 352—53, A. f. R. V, S. 109, 112, 116. <sup>4)</sup> Eun. II, S. 353 m. N. <sup>5)</sup> Smst. S. 353. A. f. R. V. S. 110 12, J. M. 1802, II, S. 164.

Paa Grund af disse logiske Forudsætninger begrænser han stærkt Feltet for et virkeligt Sammenstød af flere homogene Forbrydelser i én Handling og derved Straffekumulation i denne Kombination. Men selv hvor et saadant Sammenstød virkelig antages at foreligge, hævder han, bør Kumulationen, selv om den ikke er udelukket ved Straffenes Inkompatibilitet, dog her ikke ubetinget komme til Anvendelse. Det vilde f. Eks. være »*haardt og stridende mod rigtige Grund-sætninger*«, om den, der af *Uagtsomhed* dræbte flere Mennesker ved én Giftmeddelelse, skulde belægges med den for uagtsomt Drab bestemte Straf, taget saa mange Gange, som der ere dræbte Personer. »Ti det er egentlig den uforsigtige Adfærd, der efter sin Natur lader Skade befrygte, som virker Strafskyld . . . Følgen kommer kun i Betragtning som Kundskabsgrund«<sup>1)</sup>. Den Betragtning, Ø. her, i Overensstemmelse med sin saa ofte hævdede, rigtige Betragtning, at Kriminaliteten ligger i Handlingen, ikke i Virkningen<sup>2)</sup>, fører videre. Den gælder ogsaa den forsætlige Forbrydelse, selv om denne har »kvantitativt bestemte Grænser«. Den Handling, hvorved flere Personers Død eller Lemlæstelse hidføres, forhøjer ikke Strafskylden efter Ofrenes Tal, selv om Straffene maatte være kompatible. For Strafskyldens Bedømmelse betyder Tallet af Ofrene kun en Forøgelse af Forbrydelsens Kvantitet, hvilken regelmæssig kun virker indenfor en given Strafferammes Grænser<sup>3)</sup>. Paa lignende Maade forholder det sig med Hensyn til Medtagelsen af den uafbrudte og den fortsatte Virksomhed under »én« Handling. Det er ikke logiske Grunde, der medføre, at der her ikke bliver Spørgsmaal om Kumulation af Straffe, men denne er udelukket, fordi Strafskylden,

<sup>1)</sup> Eun II, S. 354 – 55.    <sup>2)</sup> S. ovfr. S. 122 o. ff. 237.    <sup>3)</sup> S. ovfr. S. 227 – 28. 234.

hvad enten den bestemmes efter Trusels- eller Retfærdighedsprincippet, væsentlig bliver den samme ved en uafbrudt Virksomhed, medens ved fortsatte samvirkende Handlinger Strafskylden for de første Handlinger gaar op i Strafskylden for den sidst foretagne Handling. Den rigtige Konsekvens af Ø.'s Tanke er derfor den, at Strafskylden for den ved én Handling i den nævnte vide Forstand hidførte Flerhed af retstridige Virkninger af samme Art *altid* maa bestemmes indenfor den for den enkelte Forbrydelse foreskrevne Ramme, fordi der strafferetlig her altid kun foreligger én Forbrydelse, — selv om man logisk eller f. Eks. af processuelle Grunde vilde hævde, at der i nogle af disse Tilfælde foreligger flere Forbrydelser. Iøvrigt vilde kun en Handling, der paatales privat, f. Eks. en Ærefornærmelse, der rammer flere Personer, processuelt kunne give Adgang til flere Straffesager<sup>1)</sup>. Men paa Strafskyldens Fastsættelse bør aabenbart denne Adgangs Realisation ikke have nogen Indflydelse.

Naar nogen ved flere afbrudte, ikke mod et fælles Maal samvirkende Handlinger angriber det samme straffebeskyttede Gode, er det strafferetlig beføjet at erkende Tilstedeværelsen af flere Forbrydelser. Strafskyld er virkelig paadraget flere Gange<sup>2)</sup>. Men Ø. erkender, at det netop her gælder i mangfoldige Tilfælde, at Strafskylden ikke vokser med de strafbare Handlingers Tal, og at derfor den absolute Kumulation, han opstiller som den logiske Hovedregel, ikke bør finde Anvendelse. En saadan Kumulation vilde i mange Tilfælde virke »uforholdsmæssigt«. Grænsen formulerer han udførligst i »Indledning«<sup>3)</sup>: »Overalt

<sup>1)</sup> Saaledes ogsaa Ø. Eun. II, S. 354 og A. f. R. V, S. 112. <sup>2)</sup> J. T. VI, 2, S. 121. <sup>3)</sup> A. f. R. V. S. 112—15, Eun. II, S. 356—57, J. M. 1802, II, S. 168.

passer Kumulationsprincippet sig kun fuldkomment paa de Tilfælde, hvor Straffen for den Overtrædelse, hvori den skyldige flere Gange er befunden, fornemmeligen er bestemt ved det *materielle Onde*, hver Gerning for sig bevirker (f. Eks. naar flere forskellige Voldsgerninger ere begaaede), men ikke, hvor Handlingens retstridige, Samfundsordenen opløsende *Form* er Hovedsynspunktet (hvilket t. Eks. gælder om Tyveri) eller, hvor aldeles ingen særskilt Retskrænkelse indeholdes i hver Handling for sig (saasom i flere Gange begaaet Ægteskabsbrud eller i en oftere gentagen fornærmende Beskyldning) og ligesaa lidet, hvor en Handling blot er forbudt formedelst dens indirekte Indvirkning paa den offentlige Orden eller Velfærd, uden at den, som enkelt Handling betragtet, kan siges at medføre nogen kendelig Skade. *I alle slige Tilfælde er det vel naturligt, at Straffegraden forhøjes, naar Forseelsen begaas flere Gange, men ej, at den stiger i geometrisk Forhold dertil*«. Under disse meget omfattende Undtagelser falde i Virkeligheden alle Forbrydelser, ved hvilke Angrebsobjektet er enten Staten eller det borgerlige Samfunds materielle eller ideelle Interesser eller Familieforholdene samt de Forbrydelser mod Enkeltmand, til hvis Begreb en vis retstridig Følge ikke kræves. Men ifølge Ø.'s Grundsætning, at Kriminaliteten ligger i Handlingen, er det, at en saadan Følge overhovedet i nogle Tilfælde kræves, egentlig aldrig stemmende med Forholdets Natur, men beror alene paa positive Bestemmelser eller vedtagne Begreber. og dette bør, som han ogsaa hævder, i alt Fald ingen Indflydelse have paa Strafskyldens Bestemmelse<sup>1)</sup>. Konsekvensen for denne Kombination er derfor, at egentlig Kumulation altid bør være udelukket, og at Straffen bør holde sig

<sup>1)</sup> S. ovfr. S. 128—29.



indenfor den Ramme, der er fastsat for den enkelte Forbrydelse, kun at Straffen ikke sættes til denne Rammes laveste Maal, hvorved alt Hensyn til den forøgede Strafskyld vilde være udelukket<sup>1)</sup>.

Det egentlige Felt for Kumulationsprincipets fulde Gennemførelse er efter Ø. det, hvor der i Modsætning til de foran omtalte Tilfælde foreligger Angreb paa forskellige straffebeskyttede Objekter, hvad enten disse Angreb ske i én eller flere afsondrede Handlinger<sup>2)</sup>. At Principet ogsaa maa gælde, hvor de forskelligartede Krænkelser ske ved én Handling, hævder Ø. særligt mod Kleinschrod, hvis Paastand, at én Forbrydelse (∴ én Handling) kun kan belægges med én Straf, han hverken finder bevist eller bevisende<sup>3)</sup>. Imidlertid paaviser Ø., at Principet dog i en Række af Tilfælde heller ikke kan anvendes i disse Kombinationer. Udelukket er dette fra det første, naar »den ene af de begaaede lovstridige Handlinger kun er en Bestanddel af den anden eller udgør et efter dennes Beskaffenhed til sammes Iværksættelse *for*nødent Middel eller dog in casu ej har haft anden Hensigt eller kunnet frembringe anden Følge end Hovedforbrydelsens Befordring«<sup>4)</sup>. Til Dels synes Ø. at ville give disse Undtagelser en logisk Begrundelse, men for de to første af dem anfører han dog som Grund, »at der i selve Straffebestemmelsen for den sidste Forbrydelse maa være taget vedbørligt Hensyn hertil«. Dette sidste er den sande Grund til alle de nævnte Undtagelser. Hvor Loven har optaget Krænkelsen af de forskellige straffebeskyttede Objekter i en Forbrydelses Begreb

1) Eun. II. S. 397, A. f. R. V, S. 115. 2) J. T. VI, 2. S. 124.  
 3) Eun. II, S. 357—58, N., jfr. J. M. 1802, II, S. 163, N. 4) Eun. II, S. 358—59, A. f. R., V, S. 116—17, hvor der henvises til Domme i A. f. R. I, S. 91—94 og 409—12, s. ogsaa J. M. 1802, II, S. 172 o. ff., Eun. III. S. 308—09.

(de sammensatte Forbrydelser), er det givet, at Loven har fastsat en samlet Strafskyld. Men det maa endvidere, hvor den ene Krænkelse er nødvendigt Middel for den anden, og, selv hvor dette Middel ikke i Almindelighed er nødvendigt, og dog heller ikke er vilkaarligt valgt, men det, der in casu frembyder sig som det, den skyldige naturlig vil gribe til, antages, at Loven ved Fastsættelsen af Strafskylden for Hovedforbrydelsen har taget Hensyn hertil, saa at Strafskylden maa holde sig indenfor dennes Strafferamme. Udelukket maa dernæst Principet være, naar »Forbrydelseerne vel i Begreb og udvortes Skikkelse ere forskellige, men dog i deres Væsen ens«, hvorpaa Ø. anfører som Eksempel Tilegnelsesforbrydelse, hvad enten de henføres under Tyveri, Bedrageri, Hæleri, Tilegnelse af Hittegods. Paa disse Tilfælde maa Principet for Strafskyldens Fastsættelse ved flere homogene Forbrydelser finde Anvendelse<sup>1)</sup>. Ogsaa dette er en naturlig Regel for Strafskyldens Fastsættelse. Hvad de herefter tilbage blivende heterogene Sammenstødtilfælde angaar, forkaster Ø. med Rette, at alene Straffen for den største Forbrydelse skal anvendes<sup>2)</sup>, men Nutidslovenes vide Strafferammer tillade at udføre Tanken om de flere Forbrydelsers Indflydelse paa den samlede Strafskyld paa den praktiske Maade, at Strafferamme for den største Forbrydelse forhøjes baade i sit Minimum og Maksimum. Dette laa ikke udenfor Ø.'s Tanke, om han end ikke paa sin Tid kunde regne med saa rummelige og i den Udstrækning anvendte vide Strafferammer som de, der i Regelen findes i Nutidens Straffelove.

<sup>1)</sup> Eun. II, S. 359—61, A. f. R. V, S. 116—18. Tyveriskr. S. 253 o. ff. <sup>2)</sup> J. T. VI. 2, S. 117 o. ff.

## 24. Fortsættelse.

### 3. Maalestokkens Anvendelse.

Tre Systemer staa imod hinanden ved Spørgsmaalet om, i hvis Hænder Anvendelsen af Maalestokken for Straffens Bestemmelse skal lægges, i Lovgiverens alene eller i Dommerens alene eller i begges ved en rigtig Fordeling af Opgaven mellem dem. Dette sidste System, der finder sit Udtryk i legale Strafferammer med en vis Vidde, indenfor hvilke Dommeren har at træffe Valget in concreto, og som han kun kan gaa over eller under ifølge særlig Hjemmel, fandt allerede tidlig i Ørsted en Forsvarer, der grundigere end nogen anden samtidig Kriminalist gik ind paa Sagen og angav de Synspunkter og deres Konsekvenser, som maatte haves for Øje ved den legislative Udførelse af det System, han tog Ordet for<sup>1)</sup>.

Ved Begyndelsen af sin juridiske Forfattervirksomhed stod Ø. lige overfor en Lære, der paa dette som paa mange andre Omraader krævede til Sikkerhed for den borgerlige Frihed lige overfor Statsmagten, »en absolut Bestemthed i Lovene og de Begreber, disse lægge til Grund«<sup>2)</sup>, for at der ikke skulde blive Dør aaben for nogen Dommervilkaarlighed, og som derfor ogsaa krævede, at enhver Forbrydelses Straf skulde være absolut lovbestemt. Imod denne Anvendelse af Lovene tog Ø. allerede Ordet i Trykkefrihedsskriftet, idet han forsvarer den i Frdg. 27. Sptb. 1799 § 3 valgte Form for Straffesanktionen med et Minimum og et Maksimum, der gav Dommeren et Valg i For-

<sup>1)</sup> S. H. 1. S. 411 o, ff    <sup>2)</sup> N. J. A. XXI. S, 47. (»Stærkest har denne Tanke uden Tvivl ytret sig i de Skrifter. som hos os fra Aarene 1797—99 udkom om Trykkefriheden«). J. T. VII. 1. S. 135—37, XI. 2, S. 83.

hold til de konkrete Omstændigheder<sup>1)</sup>: »En Forbrydelse kan modtage mange Gradationer . . . At bestemme dette ved almindelige Regler, der altid vilde være passende for de Tilfælde, hvorpaa de anvendes, vilde være umuligt«. Da Lovgiveren selv har autoriseret Dommeren til den nærmere Bestemmelse, sker derved intet Indgreb af Dommeren i Lovgiverens Myndighed. Indvendes det, at Domstolene let kunne gribe fejl og paalægge Forbryderen en altfor haard eller altfor lempeelig Straf, svares, at Lovgiveren er endnu mere udsat for at fejle ved selv at give nøjagtige Bestemmelser i slige Tilfælde; »ti han har ikke som Dommeren det virkelige fuldstændige Tilfælde for sig«. At det skulde stride mod Forbryderens Ret, ej at kunne vide sin Straf, benægtes i Henhold til den Retsteori, hvis Grundtræk Ø. udviklede i dette Skrift: »Forbryderen taber (efter Fichte's for saa vidt af Ø. den Gang godkendte Lære) ved at bryde Borgerforeningen efter den strenge Ret alle sine Rettigheder. Det er en Velgerning af Staten, at den forvandler sin uendelige og ubestemmelige Tvangsret til et bestemt Straffes Paalæggelse. Han kan altsaa ikke klage over Uret, fordi Straffens Bestemmelse i noget overlades til Dommerens lov- og og fornuftbundne Skønnende«. — Den ældre Liberalismes Krav paa absolut lovbestemte Straffe fik Støtte fra et iøvrigt den fremmed Synspunkt, nemlig i Kant's objektive Gengældelsesteori. Men at netop denne Konsekvens af Kant's Lære ved sine dels uanvendelige, dels urimelige Resultater fældede hans og lignende objektive Gengældelsesteorier, paaviste Ø. med afgørende Grunde i »Grundregler«, saa at han kunde bortse fra den Støtte, de absolut lovbestemte Straffes

---

<sup>1)</sup> Trykkefrih. Skr. S. 198—200. Jfr. herved H. 1, S. 230—31. 243.

Talsmænd kunde søge i den<sup>1)</sup>. En fyldig Begrundelse af det utilfredsstillende i de absolut lovbestemte Straffe og af Nødvendigheden, i Modsætning hertil at give Dommeren et Valg indenfor visse af Loven dragne Grænser, »dersom der skal herske et nogenlunde rigtigt Forhold mellem Misgerning og Straf«, gav Ø. som Led i den Udvikling, hans Afhandlinger af 1807 og 1812 indeholdt om de Opgaver, der med Rette tilkomme Dommeren, ud fra disse Afhandlingers Grundtanke, at »det mangfoldige i den virkelige Verden, som de moralske og juridiske Love skulle ordne, umuligt kan begrænses ved saa skarpt afpælede Begreber, at der intet andet behøvedes enten for Livets fornøftige Førelse eller for de menneskelige Forholds Ordning ved Statsmyndigheden end at subsumere det givne enkelte Tilfælde under det almindelige Begreb«<sup>2)</sup>. Med Rette kunde Ø. derfor under Striden med Gøner med Hensyn til det foreliggende Spørgsmaal, under Henvisning især til disse Afhandlinger, til Afhandlingen om juridisk Visheds Natur samt til Nødretsafhandlingen, men iøvrigt til alle sine Arbejder, saa vel i det enkelte som i Grundbegreberne om Forholdet mellem Lov og Ret, om Lovfortolkning m. m., hævde. af ingen mindre end han hørte til de Retslærere, der ivre mod Dommerens Skøn, at han i saa Henseende ikke har ladet sig nøje med saadan løs almindelig Tale, som man saa ofte hører i denne Materie, men at han dels af den menneskelige Kendeevnes Grund-

---

<sup>1)</sup> J. T. XI. 2, S. 83 (»Jeg har allerede fra Begyndelsen af dette (der 19de) Aarhundrede med megen Omhu bestridt den da baade i Tyskland og i Danmark herskende, ved den kantiske Filosofi nærere Forestillingsmaade om en absolut Bestemthed i Loven og de Begreber, disse lægge til Grund«). Eun. II. S. 12--24. s. H. 1, S. 410. <sup>2)</sup> N. J. A. X, S. 61, J. T. XI, 2, S. 83. Eun. I. S. 79, 128--29. s. H. 1, S. 182 o. ff. 429 o. ff.

væsen, dels ved Hjælp af en omfattende Deduktion havde godtgjort Umuligheden af hin Begrænsning og bestridt overspændte Forestillinger om det almindelige Begrebs og den dertil knyttede Lovs Evne til at omfatte de menneskelige Forhold med matematisk Nøjagtighed<sup>1</sup>). Særlig Anledning til at forklare, at Straffetruselsteorien ikke førte til de fuldkomment bestemte Straffe, fik Ø. i en modsat Paastand af Henke<sup>2</sup>). Denne Paastand havde H. begrundet ved den Betragtning, at den ildesindedes Fantasi vilde forringe den bebudede Straf, naar den var ubestemt. Hertil svarer Ø.: »Det er dog ustridigt, at en Straf, hvis Størrelse beror paa Dommerens nærmere Bestemmelse efter enhver Forbrydelses Ejendommelighed, ogsaa kan virke afskrækkende. Ja, det er endog nødvendigt, at Dommeren faar en saadan Myndighed, for at Straffeloven i de Tilfælde, hvor Forbrydelsens Grader ej lade sig udmaale ved nøjagtige Begreber, kan faa den *forholdsmæssig afskrækkende Kraft*, som behøves, for at der skal blive større Fare ved den større Forbrydelse end ved den mindre. Fantasien, der kan smigre den ildesindede med en lavere Grad af Straf, kan og skrække ham ved Forestillingen om den højere. Hint Fantasiers Smigreri vil desuden vise sig paa en fordærveligere Maade virksom i at give den ildesindede Haab om ganske at skjule sin Misgerning og derved skaffe sig fuld Strafløshed end ved at lade ham haabe den mildere Straf. Flerheden af dem, der have Lyst til Forbrydelser, tage og mere Hensyn til de Erfaringer, de have gjort om lignende Forbrydelsers virkelige Afstraffelse, end til selve Lovene, hvilke de sjældent kende og forstaa. Naar Domstolene ikke i at anvende de

<sup>1</sup>) J. T. XI, 2, S. 82—83, s. ogsaa N. J. A. XXI, S. 47—48, XXII, S. 76. <sup>2</sup>) J. T. IX, 2, S. 56—57.

ubestemte eller relativt bestemte Straffelove vise nogen overdreven Lemfældighed, vil det Slags Straffelove derfor virke ligesaa meget til Afskrækkelse, som om Loven kunde betegne Forbrydelsens Grader og de dertil svarende Straffe med matematisk Nøjagtighed«. Med Føje kunde Ø. da i »Grundregler«<sup>1)</sup> konkludere saaledes: »Med Undtagelse af de Forbrydelser, som have en saadan Størrelse, at de altid egne dem til Dødsstraf eller evigt Frihedstab<sup>2)</sup>, vil en hensigtsmæssig Straffelovgivning ikke let faa Lejlighed til at fastsætte en absolut Straf, som uden Hensyn til Forbrydelsens individuelle Skikkelse skulde anvendes . . . Den Lovgiver, der altid vilde binde Domstolene til nøjagtig bestemte Straffe for derved at undgaa al Dommervilkaarlighed, vilde misforstaa sit Kald. Ti det vilde være med Flid at bestemme Straffe, om hvilke det forudsaa, at de *ofte* vilde være *uforholdsmæssige*, for at sikre sig mod den Ulempe, at Dommeren, naar noget blev ham overladt, muligen ikke vilde ramme det rette Forhold«<sup>3)</sup>. Hvad Ø. saaledes forklarer om Truselsteoriens Opgave at naa en »forholdsvis afskrækkende Kraft«, gælder med fornøden Ændring i Formen ogsaa om den sociale Retfærdighedsteori. Ogsaa den vil kræve den muligste Forholdsmæssighed mellem Forbrydelse og Straf og derfor udelukke, og det uden Undtagelse, de absolut lovbestemte Straffe. Endog i Formen passer Ø.'s endelige Konklusion for begge Synspunkter, naar han i »Grundregler« slutter sin Udvikling om dette Emne med den Udtalelse, at det gælder »den Retfærdigheds Fordring saa vidt muligt

1) Eun. II, S. 374. 2) S. herved Eun III, S. 76 o. ff., jfr. S. 110, N. J. A, XXI, S. 48—49, J. T. XV, 1 S. 199 o. ff. 3) Jfr. N. J. A. IV, S. 189, hvor den samme Tanke udtrykkes saaledes: »Lovgiveren optager altsaa det uretfærdige i selve Loven for at forebygge, at Dommeren ved Lovens Anvendelse skulde gøre Uret«.

at tilvejebringe en geometrisk Proportion mellem Forbrydelse og Straf, noget, som de gamle hel rigtigen erkendte for den uddelende Retfærdigheds Ideal<sup>1)</sup>.

I Kritikken af Gønners Udkast kunde Ø. udtale<sup>2)</sup>, at »man nu er saa temmelig kommet tilbage fra de Fordringer, der i en vis Periode gjordes om en saadan Bestemthed i Straffelovene, at der intet blev levnet Dommeren, uden at prøve de forhaanden værende Beviser efter Lovens almindelige Forskrifter, henføre det saaledes beviste Faktum under et nøje begrænset Lovbegreb og som Følge heraf forbinde den samme *nøje bestemte juridiske Virkning* med hint individuelle Faktum, som Loven har knyttet til det almindelige Begreb.«

Men med ikke mindre Styrke, end Ø. havde bekæmpet denne Yderlighed, bekæmpede han den anden Yderlighed, der i større Omfang havde faaet Talsmænd blandt hans samtidige, nemlig at give Dommeren en ubunden Frihed til at bestemme Straffen for den enkelte Forbrydelse. I Fortsættelse af den nys anførte Ytring siger Ø.: »Skønt en grundigere Betragtning af Forholdet mellem Begreber og individuelle Forestillinger lærer, at man i flere Henseender maa fordre mindre af Lovgivningerne og derimod indrømme Domstolene mere end efter hin Teori, og det bl. a. maa med faa Undtagelser anses rettest, at Loven giver sine Straffebud en saadan Vidde, at Dommeren faar Magt til at lempe Straffegraden efter Forbrydelsens individuelle Skikkelse, og det ikke ved nogen almindelig Regel lader sig bestemme, hvorvidt Lovgivningen deri kan gaa, *har dette dog sine Grænser*. I Forbrydelsens individuelle Natur er der meget, som bør have Indflydelse paa dens Straf, og den lader sig ej aldeles opløse i almindelige Begreber. Men ogsaa Handlin-

<sup>1)</sup> Eun. II. S. 405. <sup>2)</sup> J. T. VII. 1. S. 135—36.



gens almindelige Karakter maa for en Del bestemme Strafbarheden, og den maa Lovgivningen kunne opfatte og henføre til visse faste Punkter . . . Sagens Natur fordrer, at det ikke alene eller i for høj Grad maa komme an paa Dommernes forskellige Grundsatninger, Tænkemaade og Takt, hvilken Skæbne Overtræderen skal lide, og hvilken Beskyttelse Retsordenen skal have<sup>1)</sup>. I »Grundregler« og mange Gange før og senere fremsætter Ø. de Betragtninger, der modsætte sig Dommerens ubundne Frihed i Straffevalget.

I en af de første Paragrafer af »Grundregler«<sup>2)</sup> vender Ø. sig mod Englænderen Craig, der ud fra det Udgangspunkt, at Maalestocken ligger i den Grad af Uvilje, som Forbrydelsen opvækker hos den upartiske Tilskuere, havde hævdet, skønt med mange Inkonsekvenser, at Fastsættelsen bør ske »efter de edsvornes, paa Indtrykket af samtlige Omstændigheder grundede, ved ingen Lov bundne Skøn«. »Det falder i Øjnene« — siger Ø. — »at der ikke var at tænke paa *Enhed og Forholdsmæssighed*« i Straffesystemet, naar de forskellige Dommere blev bemyndigede til ganske at indrette Straffen efter deres individuelle Skøn over den paagældendes større eller mindre moralske Skyld og deres Forestilling om den Grad af Lidelse, som en vis Straf vilde medføre for ham«. Efter at have anført Fostermord og Kirketyveri som Eksempler paa den højst forskellige Opfattelse, der i saa Henseende kunde og vilde gøre sig gældende, slutter Ø. saaledes om Tanken at lade Juryen have en saadan Frihed: »At Dommerne skulde være enkelte til hver Dommerhandling særlig udtagne Mænd af højst forskellig Stand,

<sup>1)</sup> A. St. S. 136—37, s. ogsaa N J. A, X, S. 61 o. ff., XXI, S. 48—49, XXII, S. 76—77, XXX, S. 35. <sup>2)</sup> Eun. II, S. 8—12.

Opdragelse, Kulturgrad, maatte gøre *Ujævnheden i Retsplejen* endnu langt større, end den ellers vilde være. Skulde den Enstemmighed, som efter de engelske Love kræves for, at de edsvorne kunne fælde Dom, iagttages, vilde tusindfold større Vanskeligheder møde, end de, der nu finde Sted, da de blot skulle afgøre det enkelte Spørgsmaal: guilty or not guilty«.

De (paa Ø.'s Tid »nyere«) tyske Kriminalister, som ud fra den moralske Retfærdighedsteori krævede den størst mulige Ubundethed for Dommeren i at bestemme Straffen, mente derved at kunne naa en i nøje Forhold til Skyldgraden svarende Straf. Men dette Formaals er overhovedet umuligt at naa for den menneskelige Retfærdighed, ligesaa vel for Dommeren som for Lovgiveren. At lægge alt i Dommerens Haand fører uundgaelig til den mod Craig fremførte *Ujævnhed i Retsplejen* og til Resultater, der ere fordærlige for Samfundet paa den ene Side og ganske ubetryggende for Individerne paa den anden. Gentagne Gange udviklede Ø. dette, fyldigst i Svaret paa Gøner's Antikritik, hvor det hedder:

»Det er et almindeligt Træk i den nyeste tyske kriminalistiske Litteratur, at man saa godt som ikke vil vide af nogen Grænse for Domstolens Valg af Straffegraden. i Særdeleshed ikke, for saa vidt det gælder dens Nedsættelse . . . Hin Tendens har aabenbar sin Grund i en ængstelig Stræben for en streng Forholdsmæssighed mellem Brøden og Straffens Grad . . . Man vil ved de videste Grænser for Dommerens Myndighed sætte denne i Stand til at træffe det rette til den individuelle Strafskyld svarende Forhold . . . Dommerens Myndighed til at give alle formildende Omstændigheder behørig Vægt skal være . . . saa udstrakt, at han endog for Misgerninger, der i Almindelighed erkendes for betydelige, kan stige ned til de ringeste Stralle«. Til denne Tendens bemærker Ø.: »Ligesom det er en forfejlet Stræben.

1) J. T. XI. 2. S. 85 o. ff. s. ogsaa V. 1. S. 241. IX. 2. S. 43 o. ff. s. H. 1. S. 412 o. ff.

naar en Lovgiver foresætter sig, at der for enhver forskellig Grad af Skyld skal findes en forholdsmæssig Straf bestemt i Loven, saaledes er det og en *grundløs Forudsætning, at Dommeren skulde være i Stand til at træffe en saadan nøjagtig Forholdsmæssighed*. Meget af, hvad der har Indflydelse paa Misgerningens Størrelse og Strafskyldens Grad, bliver skjult for Dommerens Øjne. Men selv naar han har vundet den omstændeligste Kendskab om alt, hvad der staar i Forbindelse med Gerningen og kastet det dybeste Blik ind i Gerningsmandens Indre, haves der dog ikke nogen fast Maalestok, hvorefter Skyld og Straf kunne udmaales og indbyrdes udjævnes. *Man kan ikke med mindste Skin af Grund nævne et vist Strafonde som svarende til en given Brøde*. I ethvert Valg af Straffen bliver der altid en vis Vilkaarlighed. Men ligesom det ikke er givet den menneskelige Retfærdighed at udmaale Straf efter Skyld, saaledes er dette og udenfor borgerlig Strafs Formaal. At opretholde den retlige Orden ved at overvinde de fredsforstyrrende Tilbøjeligheder, som true den, det er Straffelovens Formaal . . . *Kraften, som Lovgiveren sætter imod hine Tilbøjeligheder, maa udmaales efter, hvad der behøves til at besejre dem*. Vel bør Staten, i at arbejde paa denne Opgaves Løsning, ingenlunde blot se paa Menneskets Egenskab som tilgængelig for sanselig Frygt, hvorimod Straffeloven, der skal virke paa Mennesker ved Hjælp af Mennesker og til Bedste for Mennesker, maa tage fortrinligt Hensyn til disses moralske Natur og det Udviklingstrin, hvorpaa de til en given Tid og paa et givet Sted befinde sig. Men, langt fra at dette Hensyn skulde fordrer en ængstelig Omhu for en til enhver Forbrydelses individuelle Størrelse svarende Straffegrad, vilde denne Ængstelighed være ligesaa forførelig for den offentlige Sædelighed som for den offentlige Sikkerhed. Begge fordrer, at Forbrydelsens almindelige Karakter tages i fortrinlig Betragtning . . . Det Princip, der giver Forbrydelsen sit Væsen, maa ikke svinde bort for de modificerende Omstændigheder . . . Saa vel Statens moralske som dens politiske Interesse fordrer en vis Strenghed, hvormed Forbrydelserne ifølge deres almindelige Karakter maa behandles, selv naar de ere forøvede i en ringe Grad og under undskyldende Omstændigheder . . . Man maa desuden altid gøre Regning paa, at Straffeloven, hvor saa overordent-

lig meget overlades til Dommerens Skøn, vil i Anvendelsen blive endnu lemfældigere, end Lovgiveren havde tænkt sig. Hvor det gælder om at bestemme et Individ's Skæbne, er det naturligt, at alt, hvad der kan tale til dets Fordel, maa faa megen Vægt hos den veltænkende Mand. Skønt vist ingen bør beklæde Dommersæde, hos hvem ikke den sædelige og retlige Ordens Interesse virker i Forbindelse med de sympatiske Følelser, er dog intet naturligere end, at disse Følelser . . . mere eller mindre tilbagetrænge den almindelige Betragtning og den dertil svarende Følelse. Da det, hvor Dommerens Skønnende har en saa vid Mark at bevæge sig i, uden nogensinde at finde noget fast Punkt at rette dette Skønnende efter, ofte maa være i højeste Grad tvivlsomt, hvilken Straffegrad der kan anses passende til den individuelle Forbrydelse, vælges naturligvis stedse i slig Tvivl den mildere. Analogien af de enkelte Gange antagne Forhold virker i andre Tilfælde, der komme dem nær. Er der nogen Tvivl, gøres der hellere en for mild end en for streng Anvendelse af de forhen fulgte Regler, hvilke, naar de ej have nogen Lov mod sig, i Domstolenes Praksis omtrent have samme Kraft som Loven. *Saaledes gaar man stedse frem i en Lemfældighed, der udarter til fordærvelig Slaphed.* Det er derfor ikke nok, at Lovgiveren ved Straffemaksima sikrer den paagældende mod vilkaarlig Haardhed, hvortil retsindige Dommere dog aldrig forfalde. Det er ikke mindre nødvendigt, ved bestemte Straffeminima at betrygge Samfundet imod en Slaphed, der netop under veltænkende Dommere ad en meget naturlig Vej indsniger sig, naar Lovene ingen Grænser sætte for Lemfældigheden<sup>1)</sup>.

Hvad Ø. her udviklede mod sin Antagonist, gen-gav han senere i »Indledning« koncentreret saaledes<sup>2)</sup>: »De borgerlige Straffe have ikke til Genstand at frembringe Ligevægt mellem Skyld og Lidelse . . . men til Hovedformaal at forebygge de Handlinger, der findes at stride mod Ret og Orden, ved dermed at forbinde saadanne Onder, der for dem, som ellers maatte have Lyst til slige Handlinger, kunne være tilstrække-

<sup>1)</sup> S. endvidere Eun. II, S. 408—09. <sup>2)</sup> A. f. R. V, S. 5—6. s. ovfr. S. 51—53, samt J. T. V, 1, S. 241.

ligt afskrækkende. Forholdet mellem en bestemt Forbrydelse og en bestemt Straffegrad er saaledes ikke givet ved den almindelige Fornuft, men beror for en stor Del paa vilkaarligt Valg, *hvilket Valg, skønt Dommeren ikke ganske kan udelukkes derfra, dog fortrinligvis tilkommer Lovgiveren, i hvis Haand det og er mest virksomt for den tilsigtede Afskrækkelse og tillige mest betryggende for den individuelle Frihed* . . . Efter den Lære, der vil, at Dommeren kan og bør nedsætte den lovbestemte Straf, naar den overstiger det retfærdige Forhold for det givne Tilfældes Strafbarhed, mangler der enhver fast Maalestok, hvorefter Dommeren skulde rette sig i den ham tillagte Formildelsesret, men alt overlades til den subjektive Vurdering af Forbrydelsens Subjektivitet. Det vilde da meget let kunne hænde og vilde, hvis et slikt System blev indført og en Tidlang havde holdt sig vedlige, ufejlbarligen ske, at Forbrydelser, der baade indeholdt de groveste Brud paa Ret og borgerlig Orden og tillige de største moralske Forgaaelser, paa Grund af subjektive Undskyldninger . . . kun bleve ansete med ubetydelige Straffe. *Et saadant System vilde derfor baade for den borgerlige Orden og for Nationens Sædelighed have de allerfordærveligste Følger*«.

Hvad Ø. her med den erfarne Dommers skarpt seende Blik udvikler fra Truselsteoriens Standpunkt, har aabenbart samme Gyldighed for en social Retfærdighedsteori. Det er ogsaa klart, at lignende Betragtninger tale endnu mere afgørende mod Systemer, der kræve den ubundne Frihed ikke blot for Dommeren, men ogsaa for de straffuldbrydende Myndigheder, for at sætte Straffen i nøjagtigt Forhold til Forbryderens individuelle Farlighed <sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> S. H. 1, S. 416 o. ff. og de i Noterne dér citerede Steder, særlig J. T. IV, 1, S. 175 o. ff. og XV, 1, S. 229 o. ff. og S. 136—37.

I Modsætning til de Yderligheder, som ovenfor ere omtalte, anviser Ø. den Mellemvej, der giver Lovgiveren og Dommeren hver sin Opgave ved Straffens Bestemmelse, og hvorved den Forholdsmæssighed mellem Forbrydelse og Straf, som baade Samfundets og Individets Interesse kræver, kan opnaas, saa vidt det overhovedet er muligt for den menneskelige Retfærdighed. I »Grundregler« udtaler Ø. sig herom saaledes<sup>1)</sup>:

»For hver enkelt Forbrydelse bør *Lovgiveren* fastsætte saadanne Straffe, som svare til deres objektive Størrelse . . . Men en og samme Art af Forbrydelse, kan, allerede fra den objektive Side, have en højst forskellig Størrelse . . . For en Del lade sig disse forskellige Gradationer opløse i almindelige, mere eller mindre faste Begreber. For en Del er dette derimod ikke Tilfældet. For saa vidt Forbrydelsens forskellige Grader gaa op i almindelige Begreber, bør *Lovgiveren* afsondre disse Grader fra hinanden og for hver af dem fastsætte et særegt Straffebud. For saa vidt derimod Forbrydelsens Grad beror paa Egenskaber, som enten ikke lade sig skelne ved et almindeligt Begreb eller, som dog atter igen have Grader, for hvilke intet fast Maal gives, kan Loven naturligvis ikke nøjagtigen betegne slige Egenskabers Virkning, men maa blot, ved at overlade *Domstolene* Valget mellem flere forskellige Straffe grader, sætte disse i Stand til at lempe Straffen efter Forbrydelsens individuelle Størrelse. Ogsaa adskillige af de Omstændigheder, som fra den subjektive Side fortjene at tages i Betragtning, ere af den Natur, at Lovgiveren ikke i Almindelighed kan tillægge samme nogen nøjagtig bestemt Virkning, men blot kan paalægge *Dommeren* ved den ham betroede nærmere Bestemmelse af Straffen dertil at tage Hensyn . . . Den Lovgiver, der altid vilde binde *Domstolene* til nøjagtig bestemte Straffe, for derved at undgaa al *Dommervilkaarlighed*, vilde misforstaa sit Kald . . . Paa den anden Side kan en vel indrettet Straffelovgivning ikke heller indeholde absolut ubestemte Straffe, ej heller give *Dommeren* frit Valg mellem højst forskellige Straffe grader. Naar *Lovgiveren*, med behørig Overskuelse og Anstrengelse, opsøger alle de Omstændigheder, som paa en Maade, der lader sig

<sup>1)</sup> Eun. II. S. 373—75. jfr. Hdbg. I, S. 117.

opløse i almindelige Begreber, forandre Graden i den paagældendes Strafskyld, vil han være i Stand til med Hensyn paa hver Hovedgrad af Forbrydelsen at fastsætte saadanne Grænser for den højeste og den ringeste Straf, Dommeren kan tilkende, at dennes Vilkaarlighed ikke faar et altfor stort Spillerum, i Særdeleshed da de Omstændigheder, hvorpaa det ved Straffegradens nærmere Bestemmelse kommer an, dog i Loven maa være betegnede saaledes, at Dommeren aldrig kan blive tvivlraadig mellem de højeste og de ringeste Straffegrader, som indbefattes i Lovbestemmelsen, men blot mellem Grader, der ligge nær ved hinanden.

De Grundtræk, Ø. drog for den rette Fordeling af Opgaven ved Straffens Bestemmelse mellem Lovgiver og Dommer, medførte ikke blot hans Kritik af ældre Lovgivningers absolut lovbestemte Straffe og deres principløse Afvigelser herfra<sup>1)</sup>, men ogsaa af en stor Del af hans Tids Straffereformatorer, der vel i Almindelighed fra Feuerbach's Tid godkendte Systemet med relativt bestemte Straffe, men i Gennemførelsen dog snart bandt Dommeren for stærkt ved Loven, snart i modsat Retning krævede en Frihed for Dommeren, der gik langt ud over Maalet og stærkt nærmede sig til fuldstændig Ulovbundethed.

I først nævnte Henseende kom Ø. oftere til at bekæmpe F. og den bajerske Straffelov af 1813, hvis Fortjenester af Principet paa dette Omraade han iøvrigt anerkendte<sup>2)</sup>. I et Forslag til en Jagtanordning havde F. ladet sig lede af overdreven Omhu for at binde Hænderne paa Dommeren ved at opstille særlige Straffebud paa et Omraade, hvor Skønnet kun kunde udelukkes ved ganske vilkaarlige Regler<sup>3)</sup>. Ø.

<sup>1)</sup> Eun. II, S 377 - 78. N. J. A. XXI, S. 48—49, XXX S. 35, J. T. II, 2, S. 229—34, V, 1, S. 242. <sup>2)</sup> N. J. A. XXI, S. 49, Eun. II, S. 382, J. T. XI, 2, S. 80, II, 2, S. 234. <sup>3)</sup> N. J. A. IV (1813) S. 187 o. ff. Som et andet Eksempel paa det samme anfører Ø. F.'s og flere Kriminalisters Lære, at Forsæt formodes, s. endvidere J. A. Nr. 4, S. 145

paaviser dette, overensstemmende med den noget senere Udvikling i Grundreglerne: »De Gradationer i Forbrydelsen, som Forstanden kan udmaale ved nøjagtig afgrænsede Begreber, bør *Lovgiveren* selv afsondre fra hinanden. Men de Gradationer, som ej kunne gaa op i slige Begreber, kunne heller ikke adskilles ved bestemte Lovforskrifter, hvorimod *Dommeren* her, i Medhold af de af *Lovgiveren* erkendte Grundsætninger, bør trække Grænselinien, hvilket er en Art af den umiddelbare Dømmekraft. Naar *Lovgiveren* her vil afsondre Gradationerne, maa han — siden de Forskelle, der begrunde Forbrydelsens forskellige Størrelse, ved intet nøjagtigt Begreb kan udtrykkes, — knytte sit Lovbud til Betingelser, der kun staa i en tilfældig Sammenhæng med det, der egentlig bør gøre Udslag. *Lovgiveren* optager altsaa det uretfærdige i selve Loven for at forebygge, at *Dommeren* ved Lovens Anvendelse skulde gøre Uret . . . Sker dette ikke, bindes *Dommeren* kun tilsyneladende. Han faar i Grunden videre Grænser.« — Endvidere lærte F., i lignende Stræben efter at hindre Dommervilkaarlighed, at *Dommeren* vel bør have et Valg mellem forskellige Straffegrader, men altid bør være bundet til en bestemt Strafart, og at Afstanden mellem den højeste og laveste Grad af Frihedsstraf, som kan vælges, aldrig bør overstige 6 Aar og i Almindelighed, som i Loven af 1813 fastsat, kun bør være fire Aar. Om den første af disse Grænser udtaler Ø. med Rette, at den er »aldeles vilkaarlig«<sup>1)</sup>. Med Hensyn til den anden, der ogsaa er »aldeles vilkaarlig«, bemærker han<sup>2)</sup>, at det »ikke af almindelige Grunde lader sig aflede, hvor stor Afstand en Lov-

Nr. 22. S. 205—6, N. J. A. XXII, S. 76, XXX, S. 35. Eun. II, S. 233—35. J. T. II. 2. S. 222—23. <sup>1)</sup> N. J. A. IV, S. 188—90 <sup>2)</sup> Eun. II. S. 375—77, 382 o. ff., J. T. XI, 2, S. 80 o. ff.



giver rettelig kan tilstede mellem de Straffegrader, indenfor hvilke Dommeren har at bestemme Straffens Størrelse, ligesom det og indses, at saadant meget maa komme an paa Forbrydelsens særegne Natur, der mere eller mindre tilsteder at opfatte dens forskellige Grader i almindelige Begreber«, og at »der for F.'s Afstandsregel synes at ligge en ganske skæv Synspunkt til Grund, ved at tage Hensyn til den aritmetiske, ikke til den geometriske Proportion. Det Raaderum, der overlades Dommeren, maa staa i Forhold til Forbrydelsens Størrelse. F.'s og den bajerske Lovs Regel giver Dommeren snart for liden, snart for megen Magt til at lempe Straffen efter Omstændighederne.«

Havde F. særlig fejlet ved at binde Dommeren for stærkt, gik de senere tyske Kriminalisters Tendens hovedsagelig i modsat Retning. Særlig gjaldt dette om Gønner's Udkast, mod hvis overvættes store Vidde i Straffebudene Ø. ved Kritikken af Udkastet udtalte sig. I sin første Kritik indskrænkede Ø. sig til i den ovfr. S. 270 anførte Udtalelse<sup>1)</sup> i Almindelighed at hævde det Princip, at Handlingens almindelige Karakter maa for en Del bestemme Strafbarheden, hvilken Lovgiveren maa kunne opfatte og henføre til sine faste Punkter (»En Lov, der giver Dommeren Valget mellem de ubetydeligste og de vigtigste Strafonder, er ikke forskellig fra en Lov, der ganske overlader det til ham, hvorledes Forbrydelsen skal straffes, og næsten det samme som ingen Lov«), og til at paavise, at G.'s Udkast, skønt med mange og store Inkonsekvenser, i Modsætning hertil havde givet sine Straffebestemmelser en for stor Vidde. I Genmælet mod G.'s Antikritik<sup>2)</sup> gik Ø. i den ovfr. S. 272—74 anførte Ud-

<sup>1)</sup> J. T. VII. 1. S. 136 o. ff. <sup>2)</sup> J. T. XI, 2, S. 70—73 og 79 o. ff., jfr. VI, 2, S. 104, VII, 2, S. 135 o. ff.

talelse nøjere ind paa at begrunde det Princip, at den offentlige Sædelighed og den offentlige Sikkerhed kræve, »at Forbrydelsens almindelige Karakter tages i fortrinlig Betragtning, at derfor det Omfang, hvori Forbrydelsen er begaaet, saa vel som Beskaffenheden af de Bevæggrunde, der have fremkaldt den forbryderske Vilje, nok bør have nogen Vægt, men dog saaledes, at ikke det Princip, der giver Forbrydelsen sit Væsen, svinder bort for de modificerende Omstændigheder, — at enhver Forbrydelse, for at beholde sin bestemte Karakter som denne bestemte Art, selv i sine mindre Grader og under de mest undskyldende Omstændigheder, bør finde en hertil svarende Straf, — og til yderligere at paavise, i hvor høj Grad G.'s Udkast forsyndede sig imod dette Princip. — Hvad G.'s Udkast havde for Øje, var dog navnlig at fjerne alle Grænser for Dommerens Frihed til at nedsætte Straffen under den lovbestemte, og det var især denne Tendens, der havde fundet Yndest i den »nyeste tyske kriminalistiske Litteratur«. Denne Tendens angreb Ø. ogsaa i hin Udtalelse mod G., hvor der var givet denne udstrakte Nedsættelsesret legal Hjemmel i en Række mere eller mindre vagt bestemte Tilfælde. For saa vidt Kriminalisternes Paastand endog gik saa vidt, at de hævdede en saadan Ret for Dommeren ganske i Almindelighed og uden nogen som helst legal Hjemmel, imødegik Ø. dem særlig i »Indledning«, saaledes som der ovfr. S. 51 o. ff. er gjort rede for<sup>1)</sup>.

Ø.'s Konklusioner i dette Emne ere altsaa, at Lovgiveren i Regelen ikke bør fastsætte absolut bestemte Straffe for en Forbrydelse, men kun en Ramme, indenfor hvilken der bliver et Valg for Dommeren efter den individuelle Forbrydelses Størrelse, at ingen saa-

<sup>1)</sup> A. f. R. V., S. 1 o. ff. J. T. II, 2, S. 228 o. ff.

dan Strafferamme bør være uden lovbestemt Minimum og Maksimum, at Afstanden mellem disse bør bero paa Forbrydelsens almindelige Størrelse og ikke være større end, at dens almindelige Karakter bevares, at Dommeren ikke har Ret til at gaa over eller under Rammen uden særlig Hjemmel, at denne kun bør gives, hvor Forhøjelsen eller Nedsættelsen kan knyttes til bestemt angivne Omstændigheder, der gøre virkelig naturlig Forskel enten i alle Forbrydelsers eller i visse Forbrydelsers Størrelse, samt at denne Forhøjelse eller Nedsættelse da atter, ligesom Hovedstraffebudet, bør have lovbestemte Grænser<sup>1)</sup>. Legislativt, som henholdsvis for Retsanvendelsen, have disse Grundsætninger i Hovedsagen uanfægtelig Gyldighed. Det samme gælder om den Sætning, som tysk Strafferetsvidenskab paa hans Tid gav Ø. Anledning til at hævde, at Dommeren, i Anvendelsen af den Frihed til at skønne om og vælge Straffen indenfor en given Strafferamme, bør følge i første Række de Anvisninger eller Grundsætninger, som Loven eller dens Analogi indeholde, og ikke sin subjektive kriminalistiske Opfattelse af Straffens Natur, — Sætninger, som ogsaa finde tilsvarende Anvendelse, hvor Straffen maatte være aldeles ulovbestemt, — men at paa den anden Side en legal Strafferamme ikke er saaledes at forstaa, at enten den laveste eller den højeste Straffegrad eller eller nogen bestemt Mellems Straf skulde være den egentlig normale. Ad denne matematiske Vej kan Dommeren ikke komme uden om det Valg, der paahviler ham: »Den hele Masse af Straffe, der ligger indenfor de i Loven fastsatte Grænser, er lige lovbestemt.«<sup>2)</sup>

1) Eun. II, S. 396 o. ff., jfr. hvad der i de to foregaaende Paragrafer er fremstillet. s. ogsaa J. A. Nr. 4, S. 145. 2) A. f. R. V

## 25. Strafskyldens Ophør.

Ø. afslutter sin Fremstilling af »de første Grundregler for Straffelovgivningen« med Undersøgelse af de Retsregler, der bør gælde med Hensyn til Strafansvars Ophør ved Forældelse og ved Benaadning<sup>1)</sup>.

1. *Forældelse af Strafskyld* i den Forstand, at en vis Tids Forløb lukker for Adgangen til at paatale og domfælde for en begaaet Forbrydelse, var allerede paa Ø.'s Tid — som han indrømmer — »anerkendt af de fleste Straffelovgivninger og forsvaret af adskillige Teoretikere«<sup>2)</sup>. Men heri fandt Ø. ikke et Vidnesbyrd om, at denne kriminelle Præskription skulde være en nødvendig Institution. Lovene havde taget denne Forældelse fra den romerske Ret<sup>3)</sup>. Den er ikke, som Hævd og Præskription i Formueretten, udsprunget af det borgerlige Samfundslivs Tarv. En Række ansete Kriminalister bekæmpede den. Ø. nævner i sin Polemik med Gønner som dens Modstandere: Bentham, Erhard, Feuerbach, Kleinschrod, Mittermaier, Steltzer<sup>4)</sup> Ø. sluttede sig til disse Modstandere, om end hverken saa stærkt eller absolut, som de fleste af disse.

Blandt de Grunde, der af Forsvarerne anførtes for den kriminelle Forældelse, var der to, som staa i Forbindelse med den individuelle Præventionsteori. Disse Betragtninger — Forbryderens sandsynlige Forbedring i den lange Tid uden ny Forbrydelse og den

---

S. 16—24, J. T. XI, 2, S. 114 o. ff., hvor Ø. ogsaa forsvarer, at en systematisk Straffelov indeholder Anvisninger for Dommerens Straffevalg indenfor en given Ramme, se herom ovfr. S. 54 o. ff. s. ogsaa J. A. Nr. 4, S. 181 o. ff., Nr. 22, S. 205 o. ff., N. J. A. X, S. 60 o. ff., XXI, S. 48 o. ff., 64 o. ff., 76 o. ff. samt XXI, S. 37 o. ff.

<sup>1)</sup> Eun II, S. 405—31, J. T. VI, 2, S. 133—36, XI, 2, S. 146—65.

<sup>2)</sup> Eun. II. S. 421—22. <sup>3)</sup> J. T. XI, 2, S. 163. <sup>4)</sup> Smst. S. 147. s. J. A. Nr. 4, S. 173, N. J. A. II, S. 46—47, J. T. XIV, 1, S. 127 o. ff.

Opmuntring til Forbedring, som ligger i Udsigten til Straffrihed efter lang Tids Forløb — kunde Ø., allerede paa Grund af det Synspunkt, hvorefter de udsprang, ikke tillægge Vægt. Konsekvenserne af denne Begrundelse vare ogsaa kun sjældent optagne i de positive Loves, i alt Fald de senere, Ordning af Instituttet. Vidnesbyrdet om Forbedring er desuden og maa nødvendigvis være meget usikkert. Opmuntring har Forbryderen allerede i Usandsynligheden af en senere Opdagelse og i Udsigten til Benaadning<sup>1)</sup>. Vægt kunde Ø. ifølge sin Straffeteori kun tillægge de Betragtninger, der gik ud paa at vise, at Samfundets Interesse i Retssikkerheden ikke vil lide ved at anerkende Forældelsen, og at denne frigør for efter lang Tids Forløb uundgaaelige Bevisvanskeligheder<sup>2)</sup>. Mod hin Betragtning indvender Ø. med Føje, at »den sildige Opdagelse og Afstraffelse vel ikke udretter det til Befordring af Straffelovens Formaal, som den hurtige Straf, der følger Forbrydelsen i Hælene, men at Lovens Kraft dog aabenbart lider mindre derved, at Straffen kommer sent, end om Forbrydelsen blev aldeles ustraffet . . . Straffelovens Virksomhed, der næsten aldrig vilde slaa fejl, hvis ikke Haabet om Strafløshed arbejdede den imod, fremmes ved Afstraffelse, saa sent denne end kommer. Naar Lovgivningen derimod tilsiger Forbryderen, at saafremt han ved at dølgge sin Misgerning i en bestemt Tid, vil Staten siden intet gøre ham, om end Misgerningen bringes for Dagen giver den aabenbart Haabet om Strafløshed rig Næring og formindsker Lovens afskrækkende Kraft«<sup>3)</sup>. Bevisvanskelighederne ser Ø., i sin Imødegaaelse af de derfra hentede Grunde for Forældelse, alene fra

<sup>1)</sup> Eun. II. S. 422 (2<sup>o</sup>), 423 (5<sup>o</sup>), 426—28, 430—31, N. J. A. II, S. 47. <sup>2)</sup> Eun. II, S. 422—23 (1<sup>o</sup>, 3<sup>o</sup> og 4<sup>o</sup>). <sup>3)</sup> Smst. S. 423—24.

det Synspunkt, at de tænkes anførte til Fordel for den skyldige: »Dersom Beviserne mod Forbryderen formedelst Tidens Længde ere tabte, behøver den skyldige ingen Præskription for at beskyttes mod Straf. Saafremt derimod Beviset, uagtet den lange Tids Forløb, lader sig tilvejebringe, bortfalder det fra Anklagebevisets Upaalidelighed hentede Argument til den skyldiges Fordel af sig selv.« Et særligt Defensionalbevis vil ikke gaa tabt, naar betids Anmeldelse om den i Almindelighed lovstridige Handling sker, saaledes at Troværdigheden af de særegne Omstændigheder, der ophæve eller formindske Strafskylden, i Tide kan prøves, en Fremgangsmaade, Ø. ikke blot anbefaler af Hensyn til dens naturlige Indflydelse paa Bevisprøvelsen, men endog vil have tillagt en legal Virkning i saa Henseende<sup>1)</sup>. Denne Betragtningssmaade af de efter lang Tids Forløb opstaaende Bevisvanskeligheder er dog, om end grundet i Instituttets datidige Forsvareres Argumentation<sup>2)</sup>, ensidig. Disse Vanskeligheder ligge ikke saa meget i Faren, hvorfor de udsætte den sigtede, som deri, at de medføre eller kunne medføre væsentlige Ulemper for Samfundet og uskyldige Tredjemænd. Paatalens Opgave vil paa Grund af Bevisspørgsmaalet efter lang Tids Forløb ofte blive meget vanskelig, Myndighederne udsatte for at gribe fejl og Retssikkerheden derfor efter Omstændighederne lide mindre ved, at Undersøgelse af det for længe siden forefaldne ganske undlades, end ved, at den gamle Forbrydelse lades straf-fri<sup>3)</sup>. Selv om der ifølge denne Betragtning tillægges de sandsynlige Bevisvanskeligheder større Betydning, end Ø. gør, ere de dog ikke nok til at begrunde en Forældelse som Forbryderens Ret. Det drejer sig ude-

<sup>1)</sup> S. ovfr. S. 114 og 183 (med Hensyn til Nødværge og Uagtsomhed). <sup>2)</sup> J. T. XIV, 1, S. 129. <sup>3)</sup> M. t. N. U. 1896, S. 122—23.

lukkende om en Afvejelse af to modstridende Samfundshensyn, hvilket ikke fører til absolut Udelukkelse af Paatale, men kun til en Ret for den øverste Paatalemyndighed til at frafalde Paatale. Da Ø., som hans Udviklinger om Benaadning vise, s. ndfr., erkender, at en saadan Konflikt kan opstaa, og at Løsningen da maa ske ved den øverste Paatalemyndighed, kan en saadan fakultativ Forældelse, som i D. Strfl. § 70 foreskrevet, ogsaa siges at være i Ø.'s Aand. Den Opgave, Paatalemyndigheden herved faar, er i sit Væsen ikke forskellig fra den, som den ogsaa ellers kan blive kaldet til, naar et strengt Legalitetsprincip ikke strengt gennemføres<sup>1)</sup>. Uforeneligt med en Ordning i denne Retning vilde det iøvrigt ikke være, om en meget lang Tids Forløb ubetinget lukkede for Paatalen, saa at den fakultative Adgang til at undlade den kun gjaldt ved kortere Tidsrum. Ø., der for de egentlige Forbrydelsers Vedkommende særlig var imod de efter Forbrydelsernes Størrelse varierede kortere Forældelsesfrister, udtalte, at »han skulde have langt mindre imod kriminel Præskription, saaledes som den kendtes i den romerske Ret, nemlig at der for alle Forbrydelser i Almindelighed fastsættes en fælles, men lang Præskriptionstid . . . Dette kan lidet skade Retssikkerheden«<sup>2)</sup>. Heri har Ø. vel Ret. Men Forholdene vil rigtignok under den omtalte Forudsætning af sig selv føre til det samme Paatale udelukkende Resultat, som en legal Bestemmelse. — Til de samme Resultater, hvortil man i dette Emne naturlig føres fra den almindelige Retssikkerheds Standpunkt, ledes man ogsaa, naar Spørgsmaalet ses i Lys af Samfundets ideelle Retshaandhævelseskrav. Ogsaa

<sup>1)</sup> At Ø. iøvrigt nærmest heldede til Legalitetsprincippet, fremgaar af Prøv. af U. t. Grl. S. 178. <sup>2)</sup> J. T. XI, 2. S. 163—64.

dette Hensyn gjordes gældende af Forsvarerne: Forbrydelsen vil efter den lange Tids Forløb være gaaet i Glemme hos Folket<sup>1)</sup>. Dette er, som Ø. udtaler, ikke i Almindelighed rigtigt. Under givne Omstændigheder vil den legale, særlig den korte Forældelse netop svække den straffende Retfærdigheds Anseelse<sup>2)</sup>. Afvejelsen af, hvad der i et givet Tilfælde fyldestgør den almindelige Retsfølelse, tilkommer naturlig den øverste Paatalemyndighed, der udrustes med fakultativ Beføjelse til at unnlade Paatale.

For Undtagelsestilfælde erkender imidlertid Ø., at Forældelsesinstituttet, og det med kortere Frister, er naturligt. Grundreglerne slutte med at udtale, at »Præskription turde være tilraadelig med Hensyn til de ringere Overtrædelser, især Politiforseelser«<sup>3)</sup>. I Tilsvaret til Gönner<sup>4)</sup> gaar Ø. nærmere ind herpaa. Til Undtagelsestilfældene henfører Ø. her atter de »blotte Polituordener«. For dem bør en kort Præskriptionstid finde Sted. Dernæst nævner han »de Handlinger, der blot ere Genstand for privat Forfølgning«, saaledes at ved disses Forældelse Hensyn tages til den Tid, da den fornærmede fik Kundskab om Gerningen. Da den almindelige Retssikkerhed ved Handlinger af denne Art — saa vel som ved dem, hvis offentlige Paatale betinges af den fornærmedes Begæring, — af Loven erkendes ikke at stille noget ubetinget Krav, har Ø. Ret i, at Forældelse her bør erkendes, og det saaledes, at det maa komme an paa, om den fornærmede har haft tilstrækkelig Tid til Paatale. Naar Ø., om end noget tvivlende, er tilbøjelig til paa lignende Maade at anerkende en kortere Præskription ved enkelte, ubetinget offentlig Paatale

<sup>1)</sup> Eun. II, S. 422 (1<sup>o</sup>). <sup>2)</sup> Smst. S. 424—25. <sup>3)</sup> Smst. S. 431.  
<sup>4)</sup> J. T. XI, 2, S. 163—65.



undergivne Forbrydelser, nemlig saadanne, der ske saa at sige for de offentlige Autoriteters Øjne,« og herved tænker dels paa Presseforbrydelser dels paa visse Embedshandlinger, er denne Indrømmelse i Strid med, at Retssikkerhedens Krav her er ubetinget og derfor ikke kan være afhængig af, om den offentlige Paatalemyndighed maatte have forsømt sin Pligt eller udsat dens Opfyldelse af opportune Grunde<sup>1)</sup>.

Ø. undersøger ikke Spørgsmaalet angaaende den anden Art af strafferetlig Forældelse, nemlig af idømte Straffe. Selvfølgelig kunde han endnu mindre godkende denne end Paataleforældelsen. Benaadningsinstituttet vilde han finde tilstrækkeligt til i saa Henseende at afhjælpe ethvert praktisk Behov. — Derimod berører han i Tilsvaret til Gönner — hypotetisk — det Spørgsmaal, om en Forældelse af Paatale til Straf bør medføre Bortfald ogsaa af private Erstatningskrav eller andre private Rettigheder, som Forbrydelsen begrundes, eller af Forbrydelsens Følger for den skyldiges Ærerettigheder. Ø.s Udtalelser vise, at han ikke vilde billige en saadan Virkning af Strafskyldsforældelsen<sup>2)</sup>. Af andre Enkeltspørgsmaal, som Instituttet, for saa vidt det godkendes, fremkalder, fik Ø. Lejlighed til i en Recension at udtale sig med Hensyn til Afbrydelse af Forældesen. Hans Konklusion er her den, at »enhver Handling, Justitien foretager i Forudsætning af, at den paagældende er skyldig, maa afbryde Præskriptionen«, saa at »ethvert judicielt Skridt, som foretages mod den paagældende for at overbevise ham, maa være tilstrækkeligt«<sup>3)</sup>.

2. Om *Benaadningsinstituttets* Forenelighed med Strafferettens Principer udtalte Ø. sig oftere i Løbet

<sup>1)</sup> Se imod et Privilegium i denne Henseende for offentlige Presseforbrydelser M. t. N. U. 1896, S. 124—25. <sup>2)</sup> J. T. XI, 2, S. 157—60. <sup>3)</sup> J. T. XIV, 1, S. 127—31.

af sin halvhundredaarige Forfatterbane. Den absolute Fordømmelse af dette Institut, hvormed han begyndte, fraveg han vel væsentlig senere, men dog kun saaledes, at han stedse betragtede Benaadning som en Undtagelsesforholdsregel, der burde anvendes med megen Varsomhed<sup>1)</sup>.

I Strafferetsforelæsnngen 1799 udtalte Ø. med Hensyn til dette Institut følgende<sup>2)</sup>: »At Benaadninger ikke bør finde Sted i en vel indrettet Stat, antages nu næsten ganske almindelig af alle Retslærere. Beccaria, Filangieri, Barkhausen, Pastoret, Kant og næsten alle hans Tilhængere lære os dette. Grundene derfor ere simple og indlysende. Straffens Uddeling er ikke en res meræ facultatis, men en actus justitiæ. Statsstyreren kan ikke eftergive Straffen uden at fornærme Folket, om hvis Sikkerhed Straffene skulde værne. At Eksekutionen af mange Love vilde være uretfærdig, kommer af, at de enten ere barbariske eller dog ikke beregnede paa alle mitigerende Omstændigheder. De bør forandres og forbedres, men saa længe de ere Love, bør de uden Undtagelse eksekveres. At Regenten kan tilgive de mindre grove Injurier, som begaas mod ham selv, er ingen Maje-stætsrettighed, men kun det, som enhver privat Mand er berettiget til at gøre«. Fra denne absolute Forkastelse af Benaadningsretten, som Datidens filosoferende Retslærere vare temmelig enige om, og som Ø. ud fra den Fichteske Retsteori, som han ved Forelæsnngens Tid hyldede<sup>3)</sup>, maatte være enig i, kom han imidlertid snart bort. I Recensionen af Feuerbach's Kritik af Kleinschrod's Straffelovsudkast, som

<sup>1)</sup> Min. 1880, II. 1. S. 296—97, J. A. Nr. 4, S. 173. N. J. A. XII. S. 186—207, XXVI. S. 230—31. Eun. II, S. 24. 405—21, J. T. IV, 1, S. 178, A. f. R. V, S. 132, Anm. 4, Prøv. af U. t. Grl. S. 179 o. ff. <sup>2)</sup> Min. 1800, II, 1, S. 296—97. <sup>3)</sup> S. H. 1. S. 126 o. ff.

Ø. offentliggjorde 1805<sup>1)</sup>, erkender han, at Benaadning med Rette kan finde Sted dels »for at rette de uforudsete Fejl i Lovgivningen, som kunne gøre dens Anvendelse i et enkelt Tilfælde, der kan subsumeres under dens Bydende, *uretfærdig*«, dels i saadanne overordentlige Tilfælde, hvor »Staten ej kunde haandhæve Lovens Strenghed uden at komme i en farlig Kollision med Folkets Følelser, hvilket Tilfælde især kunde indtræde, naar Oprør en masse var begaaet«. Ø. erklærer sig derfor uenig med F.'s Krav om, at »en Regent ved Lov burde erklære aldrig at ville udøve sin Benaadningsret«, om han end fastholder, at »dens Udøvelse i en med gode Kriminallove forsynet Stat bør være yderst sjelden«. — Udførlig og i væsentlig Overensstemmelse med Udtalelsen af 1805, er den Udvikling, Ø. gav i »Grundregler«<sup>2)</sup>.

Ø. fremstiller her først den Anvendelse af Benaadning, der er berettiget, fordi den er en »Retfærdighedshandling« — en Lempning af Straffelovens Forskrifter efter sammes Grundsætninger:

»Da de borgerlige Straffelove kun indeholde et mere eller mindre ufuldkomment Forsøg paa at udtrykke Retfærdighedens Fordringer, kan det hænde, at der opstaar Strid mellem disse og hine. Loven kan i og for sig være for haard. Den kan true en vis Forbrydelse med en Straf, der er uden Forhold til dens Farlighed og Skadelighed . . . med en Straf, der mulig, hvis den skulde fuldbyrdes, kunde frembringe den Modsætning mellem Lovgiverens Vilje og den almindelige Mening, der er saa skadelig for Lovens virkelige Haandhævelse<sup>3)</sup>. . . . Under disse Omstændigheder kræver den højere Retfærdighed, der er over de borgerlige Love, at den paagældende ikke kommer til at lide alt det Onde, Loven har truet ham med. Vel kan det siges, at de Benaadningsgrunde, der hentes herfra, forudsætte en højst

1) J. A. Nr. 4, S. 173—74. 2) Eun. II. S. 406—14. jfr. N. J. A. XII. S. 199—200. 3) H. 1, S. 351 o. ff.

ufuldkommen Straffelov og bortfalde, saa snart Staten er blevet forsynet med en Lov, hvor enhver Forbrydelse og enhver Modifikation af samme finder sin forholds-mæssige Straf eller, hvor i det mindste Domstolene ere satte i Stand til . . . vedbørligen at lempe Forbrydelse og Straf efter hinanden. Men en Lovgivning af det sidst anførte Slags er et Ideal, som aldrig nogensinde vil blive opnaaet. Saa gennemtænkt Straffeloven end er, vil det dog jævnlig møde, at Tilfælde blive omfat- tede ved Lovens Bogstav, som man vilde have udeluk- ket fra samme, saafremt Reflektionen var faldet derpaa. Det er desuden end ikke tilraadeligt i Straffeloven at tage Hensyn til alle sjeldne Forviklinger, som man forud kan tænke sig. De Grunde, der formindske den sæd- vanlige Strafskyld, som en Forbrydelse fører med sig, ere af en saa stor graduel Forskellighed, at Størrelsen af disse Grunde . . . ingenlunde lader sig nøje udmaale og beregne. Naar nu Domstolene skulde være i Stand til i ethvert givet Tilfælde at tillægge de formildende Omstændigheder al den Virkning, de efter Straffelovens Grundregler burde have, maatte Lovene gaa meget dybt ind i at bestemme de Straffegrader, hvortil Dommeren formedelst mange og meget betydelige formildende Aar- sager kunde lade den sædvanlige Straf falde. Men dette vilde, da Betingelserne herfor ikke lade sig nøje be- stemme, let føre for vidt og give Anledning til en højst fordærvelig Lemfældighed ved Straffelovens Anvendelse i det hele. Det er derfor langt bedre, at det forbehol- des Regenten i slige sjeldne Tilfælde at formilde den Straf, Dommeren ifølge Loven haver at tilkende den skyldige«.

Ø. har her med Rette paavist, at Benaadnings- rettens Virksomhed i Retfærdighedens Tjeneste ikke er indskrænket til det forbigaaende Tilfælde af en i flere eller færre Retninger særlig ufuldkommen Straffe- lov, men er en vedvarende Virksomhed, naar man ikke vil give Domstolen en ubestemmelig og ubegrænset Nedsættelsesret og derved aabne Døren for »en højst fordærvelig Lemfældighed«. Det er dette, som Ø. dels i »Grundregler« i en anden Sammenhæng, dels senere under Polemikken med Gønner og i »Indled-

ning, yderligere udviklede ved at bekæmpe en saadan Nedsættelsesret for Domstolene<sup>1)</sup>.

Ø. paaviser dernæst, at det ogsaa udenfor de foran nævnte Tilfælde »under visse Omstændigheder kan bestaa med Regentens Pligter at lade en Aarsag, der ikke egentlig formindsker den paagældendes Strafskyld, nedsætte hans Straf«. Som første Tilfælde nævner Ø. her Forbrydernes Mængde — et allerede af Kant inkonsekvent anerkendt Tilfælde<sup>2)</sup>: »Amnestien kan her endog være aldeles nødvendig, saafremt Staten ikke vil sætte sin hele Tilværelse paa Spil«<sup>3)</sup>. Som et andet Tilfælde, »der ikke saa ganske ligefrem tør forkastes«, nævner Ø. det, at der gives et »Tilsagn om mildere Behandling for at adsplitte og opdage en farlig Bande af Forbrydere«: »Det kan ikke ligefrem paastaas at være mod Statens Pligt og Værdighed at benytte Lasterne til at bekæmpe sig selv og fremme Lovens Haandhævelse og den deraf betingede Sikkerhed«<sup>4)</sup>. Sidst nævner Ø. den Benaadningsgrund, der hentes fra »den skyldiges udmærkede Fortjenester, og det Haab, Staten kan gøre sig af hans fortrinlige Egenskaber«. Heller ikke denne Grund tør ubetinget fordømmes, naar det da ikke gælder »grove og skændige Forbrydelser«<sup>5)</sup>. Om alle disse ekstraordinære Tilfælde i Forening udtales til Slutning: »Vist nok er det, at Lovens Hellighed og Straffetruslernes Kraft altid taber noget ved Benaadninger . . . Men saa vigtigt det end er for Samfundet, at Straffelovene strengelig overholdes, kan det dog ikke med Føje antages, at enhver anden Betragtning bør vige for denne, at alt andet, hvad der kan være Folket dyrebart og magtpaaliggende, bør opofres for, at ingen bevist Overtræder

1) S. ovfr. § 24. 2) Eun. II, S. 24 og 410. 3) Smst. S. 410—11. 4) Eun. II, S. 411—12. 5) Smst. S. 413—14.

skal undgaa den Straf, Loven forkynder for hans Overtrædelse, og allermindst kan man, uden at fornægte sund Sans, paastaa, at Staten bør sætte sin Tilværelse paa Spil for at holde over en Lov, der i det givne Tilfælde ikke kan sættes igennem uden Fare for Staten, hvis Sikkerhed dog er Lovens Formaal<sup>1)</sup>. Men. — tilføjes der — særlig Abolition og den fuldstændige Fritagelse for en ikendt Straf bør dog i en velordnet Stat være yderst sjeldne<sup>2)</sup>.

Med Hensyn til de Benaadninger, der ikke hjemles ved nogen af de anførte Grunde, men »blot fremvirkes ved Hjertets milde Følelser eller ved personlig Gunst mod Forbryderen eller dennes Talsmænd«, udtaler Ø. sin fulde Tilslutning til Kampen mod de Lovprisere af Benaadningsretten, der netop fra denne Side have forherliget den. »En saadan Brug af Benaadning miskender, at Straffelovene ikke have deres Oprindelse fra Regentens vilkaarlige Vilje, men fra Folkets Tarv og Retfærdighedens Fordringer, betager Straffetruslerne deres vælgende Kraft til at afskrække, virker, at Borgersamfundets dyrebareste Interesser opofres for Regentens personlige Godmodighed eller for Luner og de formaændes Indflydelse, fører til Uretfærdighed mod de enkelte og svækker Folkets Agtelse for Retsplejen, dets Tillid til Retfærdighedens upartiske Haandhævelse uden Persons Anseelse<sup>3)</sup>.

De Synspunkter angaaende Grænsen mellem Benaadnings rette Brug og dens Misbrug, som Ø. saaledes udviklede i »Grundregler«, fastholder han ogsaa senere. De ligge til Grund for de Bemærkninger, han i Grundlovsudkastets Prøvelse gør til Forslaget om at fastslaa grundlovmæssig Kongens kun i en enkelt Retning begrænsede Ret til at »benaade og give Amne-

1) Smst. S. 413—14. 2) Smst. S. 414. 3) Smst. S. 405.

sti«<sup>1)</sup>. Størst Betænkelighed udtaler han med Hensyn til den ubegrænsede Abolitionsret. De Tilfælde, hvor denne »slibrige« Ret er hjemlet, ere saa sjeldne, at det kunde være Meningsulighed underkastet, om det er rigtigt for slige enkelte Tilfældes Skyld at optage den i Forfatningsloven. Men i alt Fald burde det klarere, end sket, udtrykkes, at det virkelig var Meningen at tillægge Kongen denne Ret. Ogsaa den egentlige Benaadnings ubetimelige Brug kan have højst skadelige Følger for Samfundet, og dette er en af de Fejl, hvortil en Regent let kan forfalde, naar der lades ham frie Hænder. Derfor anbefaler han, uden at modsætte sig selve Regelen, at træffe nogle nærmere Bestemmelser om Maaden, hvorpaa denne Majestætsrettighed bør udøves: at Statsraadets Mening og Betænkning af den Domstol, der endelig har dømt i Sagen, indhentes.

Gentagen udførlig Prøvelse underkaster Ø. det Spørgsmaal, om en domfældt Forbryder kan undslaa sig for i Stedet for den ham idømte Straf at modtage den ved Benaadning bestemte mildere. Den norske Grundlov tillagde den domfældte en saadan Ret. Ø. bekæmper denne Regel, først i en Afhandling i 1815<sup>2)</sup>, dernæst i »Grundregler«<sup>3)</sup>, paany i 1819 i Anledning af Vogt's Forsvar for den norske Bestemmelse, til hvis Ændring der for Stortinget havde foreligget et første Gang vedtaget, men ikke endelig gennemført Forslag<sup>4)</sup>, og atter kort i »Indledning«<sup>5)</sup>. I Prøvelsen af det danske Grundlovsudkast henholder Ø. sig til disse Udviklinger og billiger derfor, at dette Udkast ikke havde optaget en saadan Bestemmelse<sup>6)</sup>. Ø.'s Grundbetragtning med Hensyn til dette Spørgsmaal er denne:

---

<sup>1)</sup> Prøv. af U. t. Grl. S. 177--82. <sup>2)</sup> N. J. A. XII, S. 196—207.  
<sup>3)</sup> Eun. II, S. 415—21. <sup>4)</sup> N. J. A. XXVI, S. 230 o. ff. <sup>5)</sup> A. f. R, V. S. 132—33. <sup>6)</sup> Prøv. af U. t. Grl. S. 183

»Forbryderen har vist nok en Ret til ej at straffes haardere, end Loven forkyndte. Men der gives en objektiv, i den menneskelige Natur og Lovenes Bud grundet Maalestok, hvorefter Straffens Størrelse bør bedømmes. Den Forbryder, som har forskyldt en ifølge denne Maalestok haardere Straf, har eo ipso forskyldt den mildere. At han efter sin særegne subjektive Tænkemaade agter den første Straf mindre end den sidste, er just et Motiv, hvorfor han hellere bør lide denne end hin, der saaledes for ham ikke har den afskrækkende Kraft, Loven har gjort Regning paa«. Selvfølgelig maa der ikke under Skikkelse af Benaadning paalægges den skyldige en i sig haardere Straf, og en Substitution bør ej heller uden hans Vilje ske med Hensyn til Straffe, hvis indbyrdes Forhold ikke er ganske klart. Hin Ret for Forbryderen kunde sætte Staten i den Nødvendighed enten at lade en Straffedom fuldbyrde, hvis Fuldbyrdelse stred mod Regentens saa vel som Folkets Følelse eller at indrømme den skyldige en saadan Benaadning, som denne selv fandt for godt at foreskrive. Det første vilde være aabenbart Barbari. Det sidste sætter den offentlige Sikkerhed i øjensynlig Fare«. Ø.'s Opfattelse vil næppe nu møde Modsigelse. Enkelte af hans Ytringer ere stærkt farvede af Straffetruselsteorien. Men ogsaa Samfundstretfærdighedsteorien maa godkende, at Samfundets, ikke Forbryderens Maalestok maa være afgørende.

## 26. **Straffemidler.**

En samlet systematisk Fremstilling af de efter almindelige Grundsætninger anvendelige Straffemidler har Ø. ikke givet. I Slutningen af »Grundregler« begrundes han Værkets Forbigaaelse af dette Afsnit af Strafferettens almindelige Del derved, at »denne Materie



af andre er behandlet paa langt mere tilfredsstillende Maade end noget andet Hovedafsnit af Straffelovgivningsvidenskaben«, saa at han »ingen ejendommelig Bemærkning af Vigtighed derved kunde have at fremsætte«<sup>1)</sup>. I »Indledning«, hans andet systematiske Hovedskrift, behandler han, med enkelte Undtagelser, Læren om Straffemidlerne kun efter den gældende positive dansk Ret<sup>2)</sup>. Det er dog langt fra, at Ø. ikke skulde have vist ogsaa dette Emnes videnskabelige og legislative Behandling nogen særlig Interesse. Tvertimod vidner ikke blot Monografien om Dødsstraf, men ogsaa en Mangfoldighed af til Dels udførlige Udtalelser, der ere spredte i hans systematiske og kritiske Skrifter, om, at Ø. tog levende Del i de Drøftelser om Emnet, der forefaldt i den Tid, i hvilken han virkede i Litteraturen. Mange af de Resultater, som videnskabelig vandtes i denne Strafreformernes første Periode, lykkedes det ham ogsaa legislativt at skaffe Indgang i dansk Ret, hvor de senere have hævdet deres Plads. Det har derfor ikke blot historisk Interesse at fremdrage Ø.s Lære om dette Emne i dets forskellige Forgreninger, om end de Reformere og Reformbestræbelser, som særlig ved Frihedsstraffene have præget en senere Tid, kun var i Vorden paa den Tid, da Ø. teoretisk virkede for Strafferetten, og til Dels ogsaa falde senere end hans praktiske Ledelse af dens Udvikling hos os.

1. Da Ø. lige fra sine første strafferetlige Udtalelser bekæmpede Kant's Straffeteori, var han ogsaa fra første Færd Modstander af de anvendelige Strafmidlers Bestemmelse efter Kant's Princip, at Straffendet skal være ligt det Onde, Forbrydelsen indehol-

---

<sup>1)</sup> Eun. II, S. 372—73, Ø. sigter formentlig her dels til Colbjørnsen, dels til Feuerbach. <sup>2)</sup> A. f. R. IV, S. 422—80.

der (»Det uforskyldte Onde, Forbryderen har tilføjet nogen i Folket, skal han have tilføjet sig selv«). I to af sine Ungdomsskrifter — Recensionen af Collet om Æresstraffe og Strafferetsforelæsnngen — angriber han denne Lære. Dog er hans Angreb her egentlig kun rettet mod det Straffeprincip, hvora f Læren udle dedes. Den Anvendelse af Principet paa Strafondernes Bestemmelse, som gjordes af Kant eller i alt Fald rigtig kunde gøres fra Kant's Standpunkt, tager han snarest i Forsvar<sup>1)</sup>. Langt senere, i »Grundregler«, angriber Ø. derimod Læren ogsaa fra denne Side. Selv om Principet forstaas saaledes, som Kant vilde, nemlig at den skyldige skulde behandles *efter den Regel, han har behandlet andre efter*, — og ikke om materiel Gengældelse med det samme fysiske Onde, en Opfattelse, hvis Resultater »næsten gendriver sig selv« —, vilde en saadan Gengældelseslov dels lede til »det allerstørste Misforhold mellem Forbrydelse og Straf« — f. Eks. naar ethvert Ejendomsindgreb skulde straffes med Tab af Retten til at have og erhverve Ejendom og derfor gøre Forbryderen til Statens Slave, konsekvent for bestandig, eller naar Voldsmanden skulde være fordømt til af enhver at taale lige Behandling — dels slet ikke eller kun ved logiske Tilsnigelser give et Bestemmelsesmiddel, saaledes ved Uagtsomhedsforbrydelser og ved de Forbrydelser, der ikke krænke nogen enkelts Ret, men undergrave den offentlige Sædelighed. Det er f. Eks. logisk uberettiget, naar Kant mener at kunne af sit Princip udlede, at Hor, Voldtægt, Pæderasti og Sodomi bør straffes med Kastration. Ti — siger Ø. — endog bortset fra det stødende i denne Regel, er den slet ikke hentet fra Gengældelse med det tilsigtede Onde, men lader det

<sup>1)</sup> Fil. Rep. II, S. 263 o. ff., Min. II, 1, S. 362 o. ff.

gaa ud over »den Del af det menneskelige Legeme, som er misbrugt til Forbrydelsen, hvorefter da de hyppigste Straffearter vilde blive at miste Haand eller Tunge«<sup>1)</sup>).

Den Begrundelse af Strafinstituttet, som Ø. allerede i de ovenfor nævnte Ungdomsskrifter opstillede, og senere altid fastholdt som Hovedsagen, om end med vigtige Tilføjelser og Begrænsninger<sup>2)</sup>, anviser en ganske anden Vej, end Kant, til at finde de anvendelige Straffemidler. De Straffe — hed det i Forelæsningsen — som bør substitueres (nl. for Retløsheden efter Fichte's Retsteori), maa være saadanne, at Statens Øjemed, Sikkerheden derved kan naas . . . . De maa give en tilstrækkelig Modvægt saa vel mod Borgernes onde Vilje som mod deres Ubesindighed, saa at de derved kunne afholdes fra at krænke hinandens Rettigheder<sup>3)</sup>. Ofte senere gentager Ø. dette, ogsaa i den store Dødsstrafsafhandling, der er Slutstenen paa hans videnskabelige Arbejder i Strafferetten<sup>4)</sup>. Det hedder i denne: »Al borgerlig Straf hviler paa dens Nødvendighed til at beskytte Ret og Orden imod de fjendtlige Tilbøjeligheder eller den Sløvhed, som sætter den i Fare . . . . Derfor har *enhver Straf, som efter rigtig Overvejelse af alle indvirkende Forhold* (hvorunder de humane Følelser ingenlunde bør tabes af Sigte) *maatte findes fornøden til Retsordenens Beskyttelse, Hjemmel i Grundsætningerne for den straffende Retfærdighed.*«

Da Ø. i sin Konkurrenceforelæsning skulde drage Konsekvenserne af den Anvisning til at finde anvendelige Strafonder, som Afskrækkelsesøjemedet gav, fulgte han nøje Fichte's Lære, der dog baade var haltende og

<sup>1)</sup> S. H. 1, S. 358—78, Eun. II, S. 13—24, jfr. Min. II, 1. S. 262—63. <sup>2)</sup> S. H. 1, S. 361—95. <sup>3)</sup> Min. II, 1, S. 274—75. fil. Rep. II, S. 269. <sup>4)</sup> N. J. A. XXX, S. 39, Eun. II, 43, 50, 133—37, 192, J. T. XV, 1, S. 199—200.

upraktisk. For den overvejende største Del af Forbrydelser, nemlig alle, som ikke have deres Oprindelse af Egennytte eller blot skyldes Uagtsomhed, lærte F., at Afskrækkelse overhovedet ikke kunde naas. Der kunde kun politisk forbedrende Forholdsregler prøves i Stedet for den Retløshed, som Forbrydelsen i og for kvalificerede til. Derimod skulde Afskrækkelsen med Sikkerhed — nemlig naar der ikke var overvejende Sandsynlighed for at undgaa Straf — kunne naas ved at true den egennyttige eller uagtsomme Forbryder med et Tab lig med den tilsigtede Vinding, altsaa en Formuestraf, der, hvis den ej kunde udredes, maatte aftjenes ved offentligt Arbejde<sup>1</sup>). Allerede ved Forelæsnings Offentliggørelse tilkendegav Ø., at han havde skilt sig fra denne Del af F.'s Straffelære<sup>2</sup>). Men først i »Grundregler« tager han sig paa at imødegaa den: Den Forskel, F. gør mellem Forbrydelser af Egennytte og dem, der oprinde af Skadelyst eller anden Lidenskab, er ikke saa absolut, som han antager. Straffetruselen om et lige Onde er ikke ubetinget et tilstrækkeligt Afskrækkelsesmiddel mod de første. At en Bøde af lige Størrelse med den attraaede Vinding her altid er nok, beror paa den urigtige Forudsætning, at et vel indrettet Politi kan skaffe sig Kundskab og Vished om enhver Forbrydelse. At der omvendt slet ikke skulde være at tænke paa Afskrækkelse ved de sidst nævnte Forbrydelser, er ikke vel grundet. Det er de sjældneste Tilfælde, at Lidenskaben er steget til en saadan Højde, at den aldeles udelukker Hensyn til alt, hvad der iøvrigt har Interesse for det levende og følende Væsen, og at især Interesse for egen Vedligeholdelse derved skulde forsvinde . . . Det

---

<sup>1</sup>) Min. 1800, II, 1, S. 277 o. ff., Eun. II, S. 57—60, s. H. 1, S. 126—27, 364, 372. <sup>2</sup>) H. 1, S. 126—27.

vilde være en Misforstaaelse, hvis Staten for disse sjeldne Tilfældes Skyld aldeles vilde opgive sin Stræben at kue slige Tilbøjeligheder ved Straffetrusler. »Det er altsaa ikke blot visse Forbrydelser, hvormed Straf bør forbindes som et Onde, hvis Forestilling efter Sandsynlighed, skønt ikke med Sikkerhed, vil tjene til at overvinde den fredforstyrrende Tilbøjelighed. Men dette er det almindelige Straffeøjemed. Allerede af den Grund vilde det være et Fejlgreb, om Staten, og det med Hensyn til de allergroveste Forbrydelser, indskrænkede sig til at holde den skyldige i Bevaring, til han lagde Forbedring for Dagen«<sup>1)</sup>.

Den Tanke, hvorpaa F. støttede sin Lære om, at Formuestraf er egnet Strafonde for Forbrydelse af Egennytte, er — mere almindelig formuleret — den, at en Forbrydelse efter Mulighed bør straffes i dens Aand, saaledes at Straffen netop krænker de Forestillinger og Tilbøjeligheder, hvoraf Overtrædelsen har sit Udspring. Ø. underkaster i »Grundregler« denne Tankes Brugbarhed for Strafondernes Bestemmelse fra Afskrækkelsessynspunktet en Prøvelse, ganske uafhængig af F.'s Lære<sup>2)</sup>. Han frakender ikke Tanken al Brugbarhed, men finder denne dog — med god Grund — temmelig indskrænket og udvikler dette særlig med Hensyn til F.'s Hovedanvendelse paa Forbrydelser af Egennytte: »Man vilde fejle meget, hvis man vilde antage . . . f. Eks., at enhver Forbrydelse, som gaar ud paa Pengefordel, skal straffes paa Formue. Det vilde være en haandgribelig forkert Slutning, at en Person, fordi han attraar Pengeerhverv, derfor maa anse et Pengetab for det største Onde. Hans Liv kunde og vilde vist nok gaa ham over Formuen. Frygten for Død og Fængsel kan altsaa og

1) Eun. II. S. 60—64    2) A. V., S. 324—26.

have større Kraft til at afskrække ham end en Pengebøde, der muligen, hvordan Forholdet end var mellem den og den Gevinst, der var at vente af Forbrydelsen, dog under Haabet om at skjule Gerningen ikke vilde være tilstrækkelig afskrækkende. En Statsforræder, Morder, Mordbrænder eller Meneder bør derfor vistnok ikke, fordi han ved Vindesyge har ladet sig bevæge til slig Udaad, straffes væsentligen anderledes, end, om det t. Eks. havde været Hævnløst, der havde drevet ham. Ogsaa maa det bemærkes, at Forbrydelser, der gaa ud paa Vinding, derfor ingenlunde (altid) have deres Udspring af egentlig Gerrighed, hvilken sjeldent vælger formelige Forbrydelser til sin Tilfredsstillelse, men at det oftere er Ladhed og Udsvævelser, som føre til deslige Misgerninger.« I Almindelighed tilføjer Ø. om hin Tanke: »Der gives Bevæggrunde til Forbrydelser, hvorimod ingen slig umiddelbar Modvirkning er mulig, t. Eks. Hævn-gerrighed, Vrede, Medlidenhed, Skødesløshed o. s. v.«, og han tager særligt det Forbehold, at »Æresstraffe ikke altid ere passende for Misgerninger, der hidrøre fra Udsvævelse i Æresfølelsen,« . . . hvorom nærmere i det følgende. — Kun i et Tilfælde vil Ø. i »Grundregler« have Hensynet til Forbryderens Bevæggrund fastholdt ved Strafondets Bestemmelse, nemlig, naar Bevæggrunden er af den Natur, at Forbryderen aabenbart ikke vilde anse den Straf, der ellers er sat for Misgerningen, som et Onde, men den tvertimod, efter hans særegne Forestillingsmaade, vilde være et Gode. En saadan Straf vilde langt fra at svare til Hensigten med al Straf, muligen endog opmuntre til Forbrydelsen. »Det vigtigste herhen hørende Tilfælde — tilføjes det — er det, hvor nogen myrder eller begaar anden Dødsforbrydelse af Lede til Livet. Det indlyser af sig selv, at Dødsstraffens Anvendelse paa en saadan Forbryder,

langt fra at tjene til Samfundets Beskyttelse, netop vilde give Borgersikkerhed til Pris, saa at endog den fuldkomne Strafløshed her vilde være et mindre Onde. Deslige Forbrydere bør altsaa, i Stedet for den Dødsstraf, der sædvanlig finder Sted for den begaaede Forbrydelse, lide en streng Frihedsstraf, hvilket for Resten hverken er at betragte som Formildelse eller som Skærpeelse, men blot som en efter Forbryderens Sindstilstand lempet Forandring i den almindelige Straf<sup>1)</sup>. Den Omstændighed, at Ø. baade i Skrifterne mod Gønner's Udkast og i Skrifterne om Dødsstraffen har iagttaget Tavshed om denne »vigtigste« Anvendelse af den fremsatte Tanke, tør maaske tages som Vidnesbyrd om, at Ø. senere har erkendt, at Tanken overhovedet er uigennemførlig og derfor i Virkeligheden slet ingen Brugbarhed har for Strafondernes Bestemmelse. Ved disses Bestemmelse fra Afskrækkelsessynspunktet er Samfundet af praktiske Grunde — fra den sociale Retfærdigheds Synspunkt ogsaa af sædelige Grunde — nødt til at følge sin egen: den almindelige Opfattelse af Strafonderne, og formaar ikke at tage

<sup>1)</sup> Eun. II. S. 326—27. I Noten a. St. oplyser Ø., at denne Grundsætning, hvorpaa den danske Fdg. 18. Decbr. 1767 (jfr. Stampedes »ypperlige Betænkning« i Erkl II, S. 153—62) og den preussiske Landret var bygget, ikke var fulgt i de nyere Straffelove. hverken den østrigske, franske eller bayerske, hvilken sidste ikke havde optaget Udkastets (Feuerbach's) Regel herom. I Manddrabsafhdl Eun. III, S. 134—50 behandler Ø. udførlig den danske Fdg.'s Forhistorie, Fortolkning og Anvendelse, men uden at udtale sig om Værdien af dens Begrundelse. I N. J. A. XXIX, S. 24—25 henholder Ø. sig til Udtalelserne i Eun. III om Grundsætningen, men mener, at der maa Lovhjemmel til for at antage den. S. fremdeles om hin Fdg.'s Anvendelse, Bornemann S. Skr. IV, S. 214 o. ff. Opretholdelsen af Fdg. en i An. 4. Okt. 1833 § 10 (med Formildelser) har ikke givet Anledning til Motivering. s. Koll. Tid. 1833. S. 631.

Hensyn til herfra afvigende, ganske individuelle Forestillinger<sup>1</sup>).

Ved de Forbrydelser, ved hvilke Fichte mente at maatte opgive Afskrækkelsestanken, vilde han have det anvendelige Strafonde bestemt efter Forbedringshensyn: Den skyldige skulde holdes i Bevaring, indtil han lagde Forbedring for Dagen. Ø. udtaler sig i »Grundregler« særlig mod at lægge dette Hensyn til Grund: »Hvor mislig vilde ikke Dommen over denne Forbedring blive? . . . En ubetinget Mistro til alle Bedringstegn var det eneste, som kunde sikre de, i hvis Haand Dommen herover blev nedlagt, mod Fejltagelse. Det disse (efter F.) paahvilende Ansvar for de løsladte Fanger vilde, dersom det skulde strække sig til ethvert Tilfælde, hvor den løsladte begik nye Forbrydelser, have til Følge, at Enden af Hensættelse til Forbedringshuset altid blev Udstødelse af Samfundet, hvorved den, som af Kaadhed havde slaet en andens Vinduer ind, blev gjort lige med den groveste Statsforbryder. Skulde derimod de vedkommende ej kunne drages til Ansvar, hvor der ej var bevislig Partiskhed eller Uagtsomhed at tilregne den, vilde Ansvarret ikke sige meget. De groveste Misdædere kunde da gøre dem Haab om, ved nogle Maaneders eller Aars stille og ordentlig Opførsel, at genkøbe dem Frihed, hvorved den offentlige Sikkerhed vist ikke vilde finde sig vel«<sup>2</sup>). Senere, da Forbedringshensynet blev stillet i Forgrunden som det bestemmende for Straf-

<sup>1</sup>) Jfr. Bornemann S. Skr. III, S. 373—74. En maaske ufrivillig Erkendelse heraf kan muligvis søges i Ø.'s Udtalelser i Eun. III, S. 146. De der omtalte Drabsmænd forudsættes utilgængelige for Straffetruselen, uden dog at være utilregnelige. Men det Sikkerhedsmiddel, Ø. finder hensigtsmæssigst for dem, er dog »Dødsstraf«, hvilken han ellers ikke betragter som noget, Præventionssynspunktet, i alt Fald uden nærmere Betingelser, hjemler. s. Eun. II, S. 50, 66—67. <sup>2</sup>) Eun. II, S. 64, 83.



onderne fra en Side, der i dette penitentiære Spørgsmaal var mere kompetent, end Filosofen Fichte var, gik Ø. gentagne Gange dybere ind paa Sagen. Ø.'s almindelige Straffeteori udelukkede ikke Forbedringstanke, heller ikke i Betydning af moralsk Forbedring<sup>1</sup>). Han erkender, at Afskrækkelseshensynet baade maatte begrænses og suppleres ved Formaalet at forbedre. Men det kunde ikke blive det principale, end sige det eneste Hensyn, hvorefter Strafonderne reguleredes. Dertil var det for skuffende og ved sine Konsekvenser misligt snart for den skyldiges, snart for Samfundets Sikkerhed. Derfor kunde og burde Valget af Strafonder, hverken med Hensyn til Kvalitet eller Kvantitet, bygges paa dette skrøbelige og mislige Grundlag. Derfor kunde Ø. ikke billige de Resultater, hvortil en konsekvent Forbedringsteori maa føre og har ført, nemlig til at udelukke ikke blot Dødsstraf, men ogsaa Frihedstid paa Livstid, og til at regulere de tidsbestemte Frihedsstraffes Varighed efter Hensynet til en enten i Almindelighed eller i det konkrete Tilfælde formodet Forbedring<sup>2</sup>).

Ligesaa lidt som Forbedringshensynet kan være principielt bestemmende for de anvendelige Strafonders Kvalitet og Kvantitet, ligesaa lidt kan Hensynet til Forbryderens individuelle Farlighed være det. De Vanskeligheder med Hensyn til Bestemmelsen af Strafondets Kvalitet, som »den rene Præventionsteori« i denne Form volder i flere Henseender, navnlig med Hensyn til Spørgsmaalet om Dødsstraffen, har Ø. skildret i »Grundregler«<sup>3</sup>). Medens der i denne Henseende er Forskel paa Forbedrings- og Farligheds-

1) S. J. T. IV, 1. S. 170 o. ff., A. f. R III, S. 34—38, J. T. XIII, 2, S. 123 o. ff., XV, 1. S. 234 o. ff., s. H. 1, S. 378, 388, 394—95. 2) J. T. IV, I, S. 183 o. ff. XV, 1, S. 206 ff., 227 o. ff., s. H. 1, S. 378, 394—95. 3) Eun. II, S. 66—69, 70.

hensynet, er det derimod væsentlig de samme Indvendinger, som tale imod at regulere Strafondets Kvantitet efter Hensyn til Forbrydernes individuelle Farlighed, hvad Ø. gentagne Gange, udførligst i Dødsstrafsafhandlingen, paaviser<sup>1)</sup>. At Hensynet til Sikring mod den individuelle Forbryder kan komme i Betragtning indenfor den Straffekvantitet, Loven har fastsat for Forbrydelser, udelukker ingen Straffeteori, heller ikke Ørsted's. Ø. gaar, som omtalt i dette Skrifts 2det Afsnit, i det mindste en Tidlang, et Skridt videre, idet han mener, at Loven kan have Grund til efter Omstændighederne at forøge det efter det normale Hensyn for Forbrydelsen fastsatte Straffekvantum med et Tillæg for den individuelle Sikrings Skyld, og navnlig til af denne Grund at fastsætte en livsvarig Frihedsberøvelse, som Afskrækkelsesøjemedet ikke krævede<sup>2)</sup>. Mod denne Lære, der dog ikke synes fastholdt i senere Udtalelser<sup>3)</sup>, kan der med Føje gøres Indvendinger. Ø. erkender selv, at den fysiske Sikringstvang, der her er Tale om, i sit Væsen ikke er Straf, hvis psykiske Ejendommeligheder ganske mangle<sup>4)</sup>. Ved af praktiske Grunde at give den Navn af Straf, kan det Spørgsmaal ikke undgaas, om en saa vidt rækkende Anvendelse af Sikkerhedstvang mod tilregnelige og ansvarlige Personer ikke overskrider de naturlige Grænser for den i sig selv »slibrige« Præventionstvang<sup>5)</sup>. I alt Fald bør Strafinstituttet som ejendommelig Form af Retshaandhævelsen ikke belemres med dette den i og for sig uvedkommende Spørgsmaal eller tjene til Dække for en Løsning, som det fra sit eget Standpunkt maa forkaste.

Lige overfor de mange afvigende Synspunkter fast-

1) S. H. 1, S. 343—46, 415—19. 2) Eun, II, S. 41—43, 46—51. s. H. 1. S. 344. 3) S. H. 1, S. 345—46 og 409. 4) S. 49—51. 5) J. T. XV, 1. S. 136—37.

holdt Ø. saaledes fra først til sidst dette, at Straffetruselens Evne til at betrygge Retssikkerheden (Afskrækkelsessynspunktet) maa være afgørende for Bestemmelsen af Strafondernes Kvalitet og Kvantitet. En rationel og praktisk Udnyttelse af denne Tanke fandt han dog med god Grund ikke hos Fichte, men han fandt den hos Feuerbach. Paa dette Punkt kunde han, uden betydelige Forbehold, følge denne Reformator. Utvivlsomt er det ogsaa, at et stort Fremskridt for dette vigtige Emnes legislative Ordning vandtes ved Feuerbach, fremfor alt dette, at Frihedsstraffen udpegedes som det centrale i Straffesystemet i Stedet for ældre Loves Ordning, hvor Livsstraffe og Legemsstraffe i yppig Frodighed saa at sige grænsede op til Formuestraffe, uden noget Mellemlid for de mange, ikke ualmindelig grove, men dog ikke ubetydelige Forbrydelser (f. Eks. Tyveri) mellem de altfor haarde og grusomme og de altfor lempelige, ofte illusoriske Straffemidler<sup>1</sup>). Ø. viste imidlertid senere, at han dog havde mange »ejendommelige Bemærkninger« at gøre i Emnet. Den Række af Hensyn, som han, fyldigere end nogen anden, senere paaviste, burde begrænse

<sup>1</sup>) S. om denne Aand i Feuerbach's Reform J. T. VI, 1, S. 178. I N. J. A. XXX, S. 39 o. ff. omtaler Ø. de paa hans Tid nyere Straffeloves Forhold til Dødsstraffen i Modsætning til de gamle »barbariske«. I J. T. XIII, 2, S. 152 o. ff. meddeler Ø. efter Romilly (1810), med Hensyn til Dødsstraffens Anvendelse i England i ældre Tid, Oplysninger, der karakterisere det i Teksten omtalte Forhold, jfr. herved J. T. XIV, 2, S. 77 o. ff. (Livingston's Str. i f Louisiana). I Hdbg. I, S. 20 o. ff. udtaler Ø. sig om Stillingen i den nævnte Henseende efter Chr. V.'s Lov. Hans Dom er relativt gunstig for denne Lov (»Den kriminelle Del af Lovbogen, skønt den mindst fuldkomne, udmærker sig dog ved en *for den Tid* sjelden Humanitet, hvori endog meget nyere Love staa tilbage«). Det fremgaar dog, at denne Ros kun ved sin Relativitet er berettiget. S. fremdeles om Nordamerikas »sparsomme Brug« af Dødsstraf J. T. IV, 1, S. 192.

Gennemførelsen af Sikkerhedstanken paa dette Omraade, aabnede Døren for videre Reformer i Straffemidlernes Regulering, om end disse delvis skyldtes Initiativ fra anden Side, ofte efter hans Tid. Men derfor blive Konklusionerne paa hele dette Felt eller kunne blive i det væsentlige de samme ogsaa for dem, der ved Siden af Sikkerhedskravet stille det sociale Retfærdighedskrav som Straffens Formaal.

2. Ø.'s Tanker om de enkelte Straffemidler, der rummes indenfor den fælles Grundtanke, samle sig om de tre Hovedgrupper: Livs- og Legemsstraffe, Frihedsstraffe og Formuestraffe samt som en Bigruppe de »beskæmmende Straffe«. En sidste Klasse, de egentlige Retsfortabelser, opfører Ø. vel blandt den positive Rets Straffe, men hylder fra et almindeligt Synspunkt, om end ikke altid helt gennemført, den rette Opfattelse, at saadanne Fortabelser, hvor de overhovedet have naturlig Grund, ikke ere egentlige Straffe, men Følger af den retstridige Handling uden Strafs Karakter.

a. Særlig indgaaende har Ø. omhandlet *Dødsstraffen*. I sin Konkurrenceforelæsning<sup>1)</sup> hyldede han Fichte's Opfattelse, hvorefter Livets Berøvelse ved Staten i visse Tilfælde ikke er Straf, men en politimæssig Sikkerhedsforanstaltning mod den Forbryder, hvis Retløshed ikke kan ombyttes med Straf, fordi dennes Formaal for hans Vedkommende ikke kan naas. Denne Fichte's Lære betragtede han endnu i 1805 ikke som gendrevet ved Feuerbach's Argumenter mod Kleinschrod. Denne vilde anse Livsberøvelsen ved Staten som Nødværge. At dette er forkasteligt, er — siger Ø. — klart. Men Fichte's Lære havde en anden Begrundelse og rantes ikke af Feuerbach's Indvendinger<sup>2)</sup>.

---

<sup>1)</sup> Min. 1800, II, 1, S, 285 o. ff. <sup>2)</sup> J. A. Nr. 4, S. 163—65, Nr. 6, S. 198—200.

Som en Rest af denne Forkærlighed for Fichte's Opfattelse maa en tidligere omtalt Ytring i Manddrabsafhandlingen nærmest betragtes, om Dødsstrafs Anvendelse (i uegentlig Forstand) paa de tilregnelige Mordere, som »hverken agte deres eget eller andres Liv eller iøvrigt interessere dem for deres egen Tilstand og derfor, saa at sige, ikke ere capaces motivorum«<sup>1)</sup>. Men, bortset i alt Fald fra slige Undtagelsestilfælde, staar det fast, at Ø. senere, da han havde udviklet sin Straffeteori, og særlig i sin Afhandling om Dødsstraffen netop betragtede denne som egentlig Straf, der som saadan er hjemlet ved rigtige Grundsætninger, om end indenfor et, i Forhold navnlig til Fortiden, stærkt begrænset Omraade. Ø.'s Begrundelse i denne Afhandling af Dødsstraffens *Berettigelse* og *Nytte* er fremstillet i dette Skrifts 2det Afsnit i Forbindelse med hans almindelige Opfattelse af Straffens Væsen. Ogsaa om den *Grænse*, der maa drages for Dødsstraffens Anvendelse dels ifølge Sagens Natur (dens Nødvendighed) dels efter Hensyn til den almindelige Følelse, er Ø.'s Opfattelse fremstillet i denne Sammenhæng<sup>2)</sup>. Her skal kun omtales de endelige Konklusioner, Ø. kom til med Hensyn til Afgrænsningen af det Omraade, for hvilket han fandt Livsstraffen *nødvendig*. Lige overfor de absolute Abolitionister udtaler han sig først: »Om end Staten, under Forudsætning af en vis Grad af Fasthed og Fuldkommenhed i dens indvortes Indretninger, kunde i Frihedsstraffe finde et tilstrækkeligt Værn, endog mod de største Forbrydelser, saa gælder dette dog ikke under alle Forhold. Ligesom slige Straffe ingenlunde altid vilde være anvende-

<sup>1)</sup> Eun. III, S. 146, s. ovfr. S. 302, Nr. 1. <sup>2)</sup> S H. 1, S. 348—49, 353—57, 384—86, 388—92, 400—03, 406, 417—18, J. T. XV, 1, S. 101 o. ff. og 2, S. 1 o. ff., A. f. R. IV, S. 440—41. S. ogsaa N. J. A. XXX S. 39 o. ff.

lige eller tilstrækkelige i Felten eller inden Skibsborde, saaledes kunde og en indvortes Gæring i Staten gøre dem utilstrækkelige«. Dette sidste oplyser Ø. nærmere, ogsaa ved historiske Kendsgerninger, og fremhæver navnlig, at Samfundet ikke vilde være tilstrækkelig beskyttet ved Frihedsstraffe mod Fjender, hvem ikke en blot politisk Omvæltning laa paa Sinde, men »Opløsning af al borgerlig Orden«, og som dertil »benyttede Mord, Brand eller hvilket som helst Middel, hvorved det kunde kue og skræmme den bestaaende Ordens Venner«<sup>1)</sup>. Men senere i Afhandlingen kommer Ø. ind paa »Bestemmelse af de Forbrydelser, der retteligen kunne gøres til Genstande for Dødsstraf«, — ogsaa udenfor hine ekstraordinære Forhold, idet han derved tager Sigte paa dem, der ikke absolut fordømme Dødsstraffen, men som, bevidst eller ubevidst i Kraft af Gengældelsesprincippet, mente, at »Mord er den eneste Forbrydelse, der retteligen kan anses med saadan Straf«<sup>2)</sup>. Herom hedder det under Paaberaabelse af Straffens sande Grund:

»Saa lidet som den straffende Retfærdighed ubetinget bør kræve Liv for Liv, saa lidet kan det paastaas, at Dødsstraf kun maa anvendes paa Manddrab. Frem for alt er deres Mening synderlig, som gøre et virkelig fuldbragt Mord til Betingelse . . . Aldrig kan det være andet end den i Daad udbrudte onde Vilje, der kan være Genstand for Straf. Den tilfældige udvortes Følge kan ikke fremvirke, forøge eller formindske nogen Strafskyld<sup>3)</sup> . . . Selv hvor hverken nogen virkelig er dræbt og heller ingen bestemt morderisk Hensigt bevislig finder Sted, kan en Handling dog blive at betragte som et *morderisk Foretagende* og egne sig til lige Straf med *Mord* . . . Fra ingen Synspunkt er den en mindre Misdæder, der, uden bestemt at attraa nogens Død, dog for at opnaa andre Øjemed udsætter enkelte Individ

1) J. T. XV, 1, S. 145—48. 2) S. St. S. 199—202. 3) S. ovfr. S. 122 o. ff.

eller en ubestemt Menneskemasse for øjensynlig Livsfare eller er beredt paa, om det skulde behøves, at nedlægge den, hvis Død behøvedes. Saaledes ere vistnok *Sørøveri og Stirøveri af det værste Slags* saadanne antisociale, al Sikkerhed ogsaa for Livet opløsende Forbrydelser, at de, selv om intet virkeligt Drab eller noget bestemt Mordforsøg endnu har fundet Sted, fortjene ikke mindre Straf end et Mord. Om *Mordbrand* gælder *under visse Betingelser* det samme. Ikke blot den, der ligefrem forsætlig indebrænder andre, men og den, der med en umenneskelig Ligegyldighed for Medmenneskers Liv anstifter en Ild, hvorved andre øjensynligt udsættes for saadan Fare, (og mulig en stor Mængde Familier modvilligen gives til Pris for Elendighed), kan uden Betænelighed sættes ved Siden af en Morder . . . Ligesom Lovgivningen er opfordret til at anvende de virksomste Midler for at sikre Samfundet mod slig Ulykke, saaledes fortjener Misgerningen fra Sindelagets Side nok saa stor Afsky som de fleste Mord. At *Forsøg paa at opløse de Grundvolde, hvorpaa den hele borgerlige Orden hviler*, retfærdigen kan føre Dødsstraf efter sig, er indlysende. Ej heller vil nogen, der har tænkt grundigt over Straffelovgivningen, nægte, at Dødsstraf *under overordentlige Forhold*, f. Eks. i Krigs- og Oprørstilfælde, i Pesttider o. s. v. maa kunne blive anvendelige paa Handlinger, der under andre Omstændigheder ingenlunde vilde egne sig til denne Straf. *Overalt er det højst vilkaarligt, naar nogen vil sætte en absolut Grænse for de Forbrydelser, som retteligen blive at straffe med Døden. Kun de ledende Grundsætninger lade sig hidlede af den almindelige Fornuft. Anvendelsen er altfor betinget af Forhold og Omstændigheder til, at en skarp og almindelig Grænse lader sig opstille*<sup>1)</sup>.

I denne Udvikling, der hviler baade paa sociale Sikkerheds- og sociale Retfærdigheds-Betragtninger, og som hævder det højst relative i Grænsen, der altsaa maa flyttes efter »Forhold og Omstændigheder«, og derfor bl. a. ogsaa godt kan forliges med Strafferammer, der blot aabne fakultativ Adgang for Livs-

<sup>1)</sup> S. H. 1, S. 353 o. ff. og 384—385 o. ff.

straf<sup>1)</sup>, maa alle andre end de absolute Abolitionister samstemme.

Det er dog ikke blot »Forhold og Omstændigheder«, der faa Indflydelse paa Dødsstraffens Anvendelse, men ogsaa Humanitetens Krav, saaledes som disse opfattes af »Folket og Tidsalderen«. Dette Hensyn, der er i Samklang med Ø.'s Straffeteori, fører ham bl. a. til den Erkendelse, at »Dødsstraffen maatte falde, hvis dens ubetingede Forkastelse virkelig var almindelig Nationalfølelse«<sup>2)</sup>. Aldeles ubetinget forkaster Ø. af samme Grund de »pinlige« Dødsstraffe, »hvormed en barbarisk Tidsalder søgte at gøre Dødsstraffen saa smertelig som muligt«. De »krænke Humaniteten« og »stride mod Statens moralske Værdighed«<sup>3)</sup>. Af samme Aand ere prægede Ø.'s Drøftelser om Eksekutionsmaaden. Trods flere Betænkeligheder, som Guillotinenes Historie vækker, og trods den Betragtning, at den store Lethed ved Fuldbrydelsen kan forlede til at fravige »den yderste Sparsomhed i Brugen af Dødsstraf, som Pligten byder«, og trods de aldeles urimelige Grunde, hvormed Datidens begejstrede Guillotine-Forsvarer, Boehmer anbefaler den, finder Ø., at der »maaske dog er overvejende Grund for at indføre den«, fordi den befrier den dødsdømte for nogle, om end kortvarige Lidelser<sup>4)</sup>. Det var da en Selvfølge, at Ø. ogsaa ubetinget maatte misbillige de *selvstændige lem-læstende Straffe*. De ere for ham kun Levninger af

1) I J. T. II, 2, S. 231, jfr. Eun, II, S. 374 udtaler Ø. dog, at der med Hensyn til de Forbrydelser, der egne sig til Dødsstraf eller evig Frihedsstraf, er Grund til, at Lovgivningen fastsætter en absolut lovbestemt Straf, s. ovfr. S. 269. s. dog med Hensyn til Fostermord J. T. XIV, 1, S. 46 o. ff. <sup>2)</sup> H. 1, S. 353, J. T. XV, 1, S. 181 o. ff., 197—98, jfr. XIV, 2, S. 83. <sup>3)</sup> J. T. II, 2, S. 214, XIII, 2, S. 123 o. ff., XV, 1, S. 101, 154, Eun, II, S. 283 o. ff. Hdbg. I, S. 22 o. ff. Koll. Tid. 1840, S. 216—17. <sup>4)</sup> J. T. III, 1, S. 236 o. ff. 2, S. 215, XIII, 2, S. 125.



en barbarisk Tidsalder, ikke stemmende med »vor Tids Tænkemaade«, og da deres Brug i visse Tilfælde deduceredes af Kant, skænker han denne doktrinære, rigtignok kun tilsyneladende Konsekvens af et urigtigt Straffeprincip kun en kortfattet Gendrivelse<sup>1)</sup>.

Derimod krænkes Humaniteten ikke ved, at der iøvrigt »gøres nogen Forskel i Dødsstraffens Eksekutionsmaade, for at betegne den større Afsky, visse særdeles skammelige Forbrydelser maa opvække fremfor andre, der vel egne sig til Dødsstrafs Anvendelse, men dog ikke indeholde en saa stor Skændighed«<sup>2)</sup>. Ø. tænker herved paa blot »beskæmmende« Tilføjelser til den fysiske Lidelse. At Straffetruselen overhovedet henter en væsentlig Del af sin Kraft fra den med Straffen forbundne Beskæmmelse, gør Ø. oftere med Styrke gældende og utvivlsomt med Føje<sup>3)</sup>. Men at følge denne Tanke til Yderlighed, ved at give dette Moment selvstændigt Udtryk i Tillæg af beskæmmende Straffonder, og det endogsaa der, hvor den fysiske Lidelse er saa overvejende, som Tilfældet er med Livets Berøvelse, har den almindelige Følelse ikke godkendt. Uagtet Ø. ikke principielt forkaster de beskæmmende Dødsstraffe, erkender han dog selv, at »der ingenlunde kan kastes en Dadel paa den offentlige Retfærdighed, om Straffelovgivningen standser ved den simple Dødsstraf«, (∴ den, der ikke er forbundet med større Onde for den skyldige, end Aflivelsen selv fordrer), og at det er tvivlsomt, om der ved de beskæmmende Tilføjelser udrettes noget<sup>4)</sup>. Heller ikke savnede Ø. Blik

<sup>1)</sup> Hdbg. I, S. 24, Eun II, S. 22, 363, s. ovfr. S. 296—97, Koll Tid. 1840, S. 216, s. allerede Fil. Rep. II, S. 267 om »Straffe, som Menneskeligheden allerede har fordømt«. <sup>2)</sup> J. T. VI, 1, S. 246, XIV, 1, S. 147, XV, 1, S. 155—57. <sup>3)</sup> S. H. 1, S. 347—48, 349, 384. <sup>4)</sup> N. J. A. XXVI, S. 191, Eun. II, S. 84, J. T. VI, 1, S. 246, IX. 1, S. 93 (∴ Det er en Hovedsag, saa meget som muligt at levende-

for, at Benyttelsen af beskæmmende Straffe er utilraadelig af andre Grunde end de Humanitetshensyn, der udelukke Pinsler. Med Hensyn til Straffe, der paaføre den skyldige en *offentlig* Ydmygelse (»beskæmmende i streng Forstand«, saasom Gabestok, offentligt Skriftemaal m. fl.), anfører han et Sted, at de have den store Mangel, at de for enkelte Forbrydere ere saa følelige, at de blive uforholdsmæssig haarde, medens de for Massen af dem, der begaa Forbrydelser, have langt mindre at sige, — og et andet Sted, at de hindre Forbryderens Tilbagevenden i det borgerlige Samfund ved at holde Erindringen om deres Forbrydelse i Live. Disse Straffe forkastede han derfor, i alt Fald, hvor de ikke træde i Forbindelse med Dødsstraf eller livsvarig Frihedsstraf. De »blot ydmygende«, hvortil han henførte Afbigt, Æreserklæring og Irettesættelser, havde derimod hans Sympati. Men det er ogsaa kun af ydre Hensyn, at de to først nævnte, som ere afhængige af en Handling af den skyldige, ikke nu findes i Straffelovene, hvorimod ingen har noget at indvende imod den sidst nævnte Straf, kun at den, som Ø. siger, ikke lader sig forene med andre Straffe, der allerede i sig selv indeholde Bebrejdelse, og derfor kun er brugelig ved Smaaforseelser<sup>1)</sup>.

Hvad de blot *reusende Legemsstraffe* angaar, hvor en fysisk Lidelse, der ikke, som de lemlæstende og Pinslerne, strider eller behøver at stride mod Humanitetens Krav, forener sig med det ydmygende, undergik

gøre Følelsen af den med en Forbrydelse og Afstraffelsen forbundne Vanære«) XV, 1, S. 154—55, A. f. R. IV, S. 412, s. H. 1, S. 355, 356, 384 o. ff. <sup>1)</sup> J. A. Nr. 9, S. 166 (mod Feuerbach's Forening af Gabestok med visse Frihedsstraffe), A. f. R. IV. S. 466, J. T. VI, 1, S. 268, IX. 1, S. 93, A. f. R. VI, S. 585 Note (mod Colbjørnsen's foreslaaede offentlige Beskæmmelse af Æreskændere og Bedragere), Koll. Tid. 1840, S. 216 (om Brændemærke). S. H. 1, S. 372, 378, 388, 394. 416—18.

Ø.'s Opfattelse af dens Brugbarhed en ikke ringe Forandring i Tidernes Løb.

Da Ø. i 1805 gengav og væsentlig sluttede sig til Feuerbach's Lære om Straffen, gjorde han ingen Indsigelse mod den Anvendelse af legemlig Revselse, som F. ikke forkastede, dels som Tillægsstraf, der stundom burde forenes med evig Frihedsstraf og da var vanærende, dels som selvstændig, ikke infamerende Straf for mindre Forbrydelser, der ikke selv ere infamerende<sup>1</sup>). I 1809 offentliggjorde Ø. Colbjørnsens »Fragment« om Grundsætninger for en forbedret Kriminallov, i hvilket det Misforhold paavistes, at Chr. V. Lov lod endog grove Voldsforbrydelser mod Personer slippe med Bøder, medens Ejendomsforbrydelser behandlede strengere. C. fandt, at paa Voldsforbrydelse »burde legemlig Straf anvendes, og denne burde skærpes, naar Mis handlingen blev udøvet paa en Medborgers Person«. Ø.'s Tavshed ved Offentliggørelsen af dette Fragment var nu vel dikteret af »Beskedenhed« og beviser saaledes ikke, at han sluttede sig til C.'s Mening. Men denne var i alt Fald ikke i Strid med, hvad Ø. i 1805 havde vedkendt sig<sup>2</sup>). I den Kritik, Ø. samme Aar (1809) gav af den nyere preussiske Tyvslovgivning, der ligesom Chr. V.'s Lov gjorde udstrakt Anvendelse af Legemsstraffe, langt mere, end hos os Fdg. d. 20. Fbr. 1789, fremhæver Ø. vel i det hele den danske Forordnings Fortrin og tør antages ikke heller i denne Henseende at billige den preussiske Lov. Men noget Angreb paa Legemsstraffens Anvendelighed i og for sig ved Tyvsforbrydelsen kommer ikke frem. Kun det Forhold, hvori den preussiske Lov havde stillet denne

<sup>1</sup>) J. A. Nr. 4, S. 169—70. <sup>2</sup>) S. J. A. Nr. 19, S. 23, A. f. R. VI, S. 549. s. ogsaa J. A. Nr. 3, S. 223 o. ff. og Tyveriskr, S. 392—93 og 396 m. Note, hvor dog kun C.'s Anke over Misforholdet tiltrædes, men intet siges om Legemsstrafs Anvendelse paa Voldsforbrydelser.

Straf til Frihedsstraf, angriber han og fremhæver her ved det Synspunkt, der førte ham til senere stærkt at begrænse sin Sympati for Legemsrevselse: »Man behøver blot at tænke paa det *fornedrende*, som det altid medfører at skulle taale en Legemsstraf, for at overbevise sig om, at denne Straf paa Trappetrinet af de forskellige Straffe, Loven kan anvende, sættes langt over Fængsel i kort Tid«<sup>1)</sup>. Imidlertid udtalte Ø. endnu i 1819 ikke blot sin Billigelse af den begrænsede Anvendelse af Legemsstraf baade som Tillægsstraf og som selvstændig Straf, der af F.'s bajerske Lov af 1813 var gjort, men sluttede sig endog til Mittermaier's Angreb paa den store Anvendelse af Frihedsstraffe, (»ved Langvarigheden undertiden for haarde, men ved en saakaldet human Udførelsesmaade altfor milde«). »Det turde fortjene — siger Ø. — den alvorligste Overvejelse, om Staterne ikke gjorde bedre i *jævnlig* at benytte egentlige Legemsstraffe, snart alene — for de mindre Forbrydelser — snart i Forbindelse med Frihedstab (for de større Forbrydelser), for derved i visse Tilfælde at undgaa og i andre at forkaste de nu i de fleste Stater næsten udelukkende i Brug værende Straffe af Hensættelse i de dertil indrettede Arbejdsanstalter«. I samme Aand udtalte han sig samme Aar mod Spidsrodsstraffens fuldstændige Afskaffelse i Hæren. Denne Strafs beskæmmende Karakter er i den almindelige Mening ikke saa stor, som Forbedringshusarbejde, og forhindrer ikke Krigsmanden fra at faa en »ærlig Afsked«<sup>2)</sup>.

Til hine Udtalelser angaaende Skammen ved legemlig Revselse henholder Ø. sig i 1822 i Revisionen af Roscoe's Skrift, men uden at indlade

1) J. A. N. 20, S. 170—71, 178. 196—97, 225 o. ff. 2) N. J. A. XXX, S. 43—45, XXVI, S. 191 o. ff. (i Anledning af Afskaffelsen af Spidsrodsstraffen i Norge).

sig nærmere paa Sagen (kun kan det ses, at han ikke med R. vil forkaste denne Straf »aldeles«<sup>1)</sup>), samt 1823 i Kritikken af Gønner's Udkast, der ganske afskaffede Legemsstraffen. I denne Kritik anser han det for »meget gavnligt at tilstede alle i sig selv ikke grusomme eller uhensigtsmæssige Midler til at forøge Frihedsstraffenes intensive Størrelse, for derved at undgaa de meget lange Straffetider, som blive nødvendige, naar Straffen er forbundet med altfor lidet Onde«. Men han erkender senere i Kritikken, at det er »et ikke uvigtigt, men *tvivlsomt* Spørgsmaal, om legemlige Revselse for tjene ganske at afskaffes. De have den fordelagtige Egenskab, at de hurtigen eksekveres, og at saaledes den skyldige kun for en meget kort Tid sættes ud af Stand til at drive sit Erhverv, at det offentlige heller ingen synderlig Udgift har af den skyldiges Afstraffelse, at de befri ham for det ikke ubetænkelige Samkvem med andre Forbrydere, hvortil Frihedsstraffe give Anledning, samt at de ikke er lidet afskrækkende«. Men lige overfor disse Fordele bemærker han, »at det er vist, at de ej kunne anvendes uden paa de ringere Forbrydelser, og at de med Hensyn til disse vilde i deres Følger for den paagældendes Agtelse være altfor betydelige, naar denne hører til en agtet Klasse i Staten. Slige Revselse bør derfor næppe hjemles i Lovgivningen uden som et Alternativ, der med Hensyn til den lavere Klasse kunde træde i Stedet for Fængselsstraffe«. Det er saaledes paa dette Tidspunkt kun for *Undtagelsestilfælde*, at Ø. tager Ordet for Legemsstraffe. Som saadanne Undtagelsestilfælde, hvor Legemsstraf kan anvendes, nævner han særlig (1) Legemsstrafs Forening i visse Tilfælde med Frihedsberøvelse for lang Tid eller for Livstid — »disse Forbryderes Æresfølelse eller deres

<sup>1)</sup> J. T. IV, 1, S. 188.

Udsigter for Fremtiden kunne ikke lide mere herved, end de allerede lide ved Frihedsberøvelsen, og naar denne i visse Tilfælde findes at behøve i Skærpelse, synes en korporlig Revselse, anvendt, inden Forbryderen indsættes i Straffestedet, at være mindre haard end den aarlig gentagne Indspærring i mørkt Fængsel uden Hensyn til hans Opførsel i Strafanstalten, — som G.'s Udkast foreslog —, endvidere (2), ligesom Loven af 1813, ved »udenlandske Vaganter, Betlere og deslige Personer, der skulle udvises« — for at Staten des hurtigere, end ved først at straffe dem med Fængsel, kan skille sig af med dem — endelig (3) paa Børn, »der paa den ene Side ikke kunne lide den Nedværdigelse i Meningen ved legemlig Revselse som Voksne, og paa den anden Side ved Fængsel baade i moralsk og fysisk Henseende kunne tabe langt mere«<sup>1)</sup>. — Den videre rækkende Tanke, at benytte Legemsstraffe for »ved Intensiteten at undgaa Frihedsstraffens i mange Henseender fordærlige Protension«, opgav Ø. definitivt 1824 (i en Recension af Mittermaier): »Legemsstraffen har, som de offentlig ydmygende Straffe, den store Ubekvemmelighed, at de for enkelte Forbrydere ere saa følelige, at de blive uforholdsmæssig haarde, medens de for Massen af dem, der begaa Forbrydelser, have langt mindre at sige. *Det bliver derfor uden Tvivl nødvendigt, at lade Frihedsstraffe blive ved at være de hyppigste*«<sup>2)</sup>. Han fastholder her kun, at »der af Legemsstraffene kan gøres nogen Brug«<sup>3)</sup>: i Undtagelsestilfælde. I Antikritikken mod Gønner er det atter kun Undtagelsestilfældene, Ø. forsvarer. Med Hensyn til de til Udvisning bestemte udenlandske Landstrygere bemærker han: »Det er uden Tvivl en falsk Humanitet, ikke at

<sup>1)</sup> J. T. VI, 1, S. 252. 261—66, VII, 1, S. 87—88, <sup>2)</sup> J. T. IX, 1, S. 92—93.

ville anvende legemlig Revselse paa disse Personer. Ti alle de Grunde, der ellers kunne anføres mod dette Slags Straffe, maa dog bortfalde med Hensyn til Individier af det her omhandlede Slags«. I en Note værger han sig imod, at han til »disse Personer« skulde henregne Personer, der have statsborgerlige Rettigheder<sup>1)</sup>, og understreger senere, at han vel har udtalt sig tvivlende, om Legemsstraffe ikke kunde benyttes som Alternativ for korte Fængselsstraffe for den »raaere Menneskeklasse«, men dog har indset Betænkeligheden og derfor kun taget Ordet for dem i Undtagelsestilfælde, idet han henviser til Danmark, hvor den i mange Aar ikke har været brugt i Civilstaten uden som Tillægsstraf for dem, der forbryde deres Frihed for Livstid, og som overordentlig Straf for Børn eller Personer, der alt ere hensatte i Straffeanstalten<sup>2)</sup>. — Hin videre gaaende Anvendelse af Legemsrevselse, som Ø. en Gang havde haft Tilbøjelighed til, optog han ikke senere, om han end ironiserede over Mittermaier's Frase, »at et Folk, der er agtet modent til at have en repræsentativ Forfatning, ikke bør prygles«<sup>3)</sup>. Den definitive Opgivelse af Tanken fik et meget talende Udtryk ved Fdg. 4. Okt. 1833. Netop ved Voldsforbrydelser havde Colbjørnsen i sin Tid taget Ordet for Legemsstraffes Anvendelse. Da Ø. paany udgav C.'s Fragment, 1831, ledsagede han det med Noter. I disse bebuder han, at en kommende Lov (An. 4. Okt. 1833) snart vil afhjælpe det af C. paaankede Misforhold angaaende Straffen for Volds- og

---

1) J. T. XI, 1, S. 205 m. N. 2) J. T. IX, 1, S. 204—05, 263—65. 3) J. T. XIV, 1, S. 147—48. (»Det er jo ikke det suveræne Folk, der skal prygles, men kun enkelte Forbrydere, der ordentligvis aldrig have haft Del i aktive Borgerrettigheder, og som i alt Fald maatte fortabe den. Man kunde ligesaa godt sige, at et frit Folk ikke skulde indespærres i Tugt- eller Arbejdshuse«).

for Ejendomsforbrydelser. Men hans Tavshed om hin C.'s Tanke er talende, fordi han vidste, at Udkastet til An. 1833 aldeles havde frafaldet den<sup>1)</sup>. Ogsaa Undtagelsestilfældene blev under Ø.'s legislative Arbejde i Strafferetten indskrænkede. Hverken paa udenlandske eller indenlandske Løsgængere blev den anvendt<sup>2)</sup>. Tilbage blev kun Anvendelsen i Tilfælde, hvor med større eller mindre Føje Hensynet til det »fornedrende« og »nedværdigende« enten slet ikke passede eller ikke kunde have Vægt lige overfor andre Hensyn. Hint gjaldt om Anvendelse af Legemsstraffen paa Børn og unge Mennesker, hvormed Meningen i Ø.'s Tanke netop var at skaane dem for Fængslet<sup>3)</sup>, dette om Anvendelsen paa Fanger, som Straf for Disciplinærstraffe<sup>4)</sup>, samt i enkelte Tilfælde, naar Frihedsstraf idømmes paa Livstid<sup>5)</sup>. Dette sidste har den senere danske Lovgivning definitivt og fuldstændig opgivet. Med Hensyn til de unge Forbrydere har en rationellere Forsorg for dem tilladt i Regelen at forlade Anvendelse af Legemsrevselse som offentlig Straf (modsat »Husstraf«). Kun Anvendelsen som Disciplinærstraf for Fanger har hævdet sin Plads i Kraft af Nødvendigheden.

b. Den meget begrænsede Anvendelse af Livs-, Legems- og Æresstraffe og den til ringe Lovovertrædelser indskrænkede Anvendelse af Formuestraffe, hvorom der efter Ø.'s Udviklinger kun kan eller bør være Tale, førte ham i en ovenfor anført Udtalelse til fornyet Erkendelse af Feuerbach's tidlig af ham tiltraadte Resultat, at »Frihedsstraffe maatte blive ved at være de hyppigste«, navnlig for alle ikke helt ringe Forbrydelser<sup>6)</sup>. Frihedsberøvelsen som Strafonde kan

<sup>1)</sup> A. f. R. VI, S. 570—71. <sup>2)</sup> Fdg. 30. Marts 1827 og Fdg. 21. Aug. 1829. <sup>3)</sup> Fdg. 11. April 1840 §§ 26—29. <sup>4)</sup> Fdg. 31. Aug. 1813. <sup>5)</sup> Fdg. 11. April 1849 §§ 34 og 35, Koll. Tid. 1840, S. 216. <sup>6)</sup> S. ovfr. S. 316.



imidlertid varieres, ikke blot i Kvantitet, men ogsaa i Kvalitet. Baade faktisk givne Forhold og teoretiske Betragtninger førte Feuerbach til i langt højere Grad, end en senere Tid har fundet det formaalstjenligt, at kræve Forskel i Kvaliteten saaledes, at der indenfor Rammen fremkom en Række af Frihedsstraffe under forskellige Betegnelser, som ved deres Udførelsesmaade kunde eller skulde have Karakter af større eller mindre Strafonder<sup>1)</sup>. Ikke blot hævdedes Sondringen mellem, om Frihedsberøvelsen var forbundet med Arbejdstvang eller ikke; men endvidere toges med Hensyn til begge de to derved bestemte Klasser Ordet for adskillige Sondringer, dels i den ene Gruppe beroende paa, om Arbejde tilstededes eller ikke, i den anden efter Hensyn til det tvungne Arbejdes Art og Karakter samt, hvem Udbyttet af det tilfalder, dels efter Hensyn til andre Onder (Beskæmmelse, Kost, Legemsrevselse), som fandtes at kunne eller at burde forbindes med Frihedsberøvelsen. Til denne Grundtanke sluttede Ø. sig<sup>2)</sup>. Men allerede hos Feuerbach var denne Udformning af Frihedsstraffene dog ikke udelukkende grundet paa Hensynet til at give dem en mere eller mindre afskrækkende Karakter. F.'s Udviklinger, bl. a. ogsaa den Ros, han giver de den Gang indførte eller planlagte Reformere af Frihedsstraffene i Danmark<sup>3)</sup>, optage og-

---

<sup>1)</sup> J. A. Nr. 4, S. 165—69 (Anm. af F.'s Rec. af Kleinschrod's Udkast). <sup>2)</sup> S. bl. a. J. T. IV, 1. S. 188, VI, 1, S. 210, 256. <sup>3)</sup> J. A. Nr. 4, S. 165, jfr J. A. Nr. 3, S. 219, 235 o. ff., Koll. T. 1802' S. 449 o. ff. om den Hovedreform i vore offentlige Strafinstitutter, kgl. Resol. 18. Juni 1802, 17. Juni 1803, Koll. T. 1803, S. 465 o. ff. og den særlig vigtige Resol. 11. Maj 1804, Koll. T. 1804, S. 529 o. ff. (om Forbedringshuset i København). Denne Reformæra var begyndt henimod Slutningen af det 18de Aarhundrede, se navnlig Pl. 15. Juni 1790, hvis yderligere Gennemførelse først skete ved Pl. 5. Juni 1822, Koll. Tid. 1822, S. 323—25, s. iøvrigt Fdg. 12. Juni 1816 og Koll. Tid. 1840, S. 215.

saa det Synspunkt, at der ved Straf af Frihedsberøvelse bør tages Hensyn til Forbryderens Forbedring, ikke blot saaledes, at der altid bør sørges for, at hans yderligere Demoralisering saa vidt muligt forebygges, men ogsaa saaledes, at der ved Straffens Fuldbyrdelse, hvor Forholdene tillade det, udfoldes positive Bestræbelser for Forbedring. Ø. tiltraadte i varme Ord Rosen over de danske Reformere fra hin Tid<sup>1</sup>). Hans Straffeteori, allerede som den den Gang var udformet, medførte, at han mindst ligesaa let som F. kunde lade Forbedringsøjemedet finde Plads ved Frihedsstraffenes Fuldbyrdelse<sup>2</sup>). Dette Hensyn tabte Ø. heller ikke senere af Syne. Derom vidne ikke blot Udtalelser i hans Skrifter, men ogsaa de Reformere af Frihedsstraffen i Danmark, der i det 19de Aarhundredes andet og tredje Aartier fandt Sted under hans Ledelse, og som holdt sig i det Spor, der var lagt i Aarhundredets Begyndelse<sup>3</sup>). Anderledes stillede Ø. sig lige overfor den fra Amerika stammende Udformning af Penitentiærsystemet. Paa de overdrevne og i Virkeligheden uopfyldelige Forventninger, hvormed dette System traadte frem, saa Ø. med berettiget Skepsis, trods al Sympati, han kunde have med Grundtanken<sup>4</sup>). For-

1) J. A. Nr. 4, S. 165, Tyveriskr. S. 394—95 (Colbjørnsen), s. endvidere med Hensyn til Fængselsstraf J. T. VI, 1, S. 257 o. ff. 2) S. H. 1, S. 364 o. ff., jfr. allerede L. E. 1799, S. 62, s. ogsaa Omtalen af Howard's Skrift af 1775 i J. T. IV, 1, S. 194. 3) Tyveriskr. S. 394—95, J. T. IX, 2, S. 40 o. ff, A. f. R. VI, S. 589, Note samt. Koll. Tid. 1840, S. 215 og forr. S. Note 3 4) J. T. IV, 1, (1822), S. 175. (De historiske Efterretninger, som meddeles i Roscoe's Skrift, vise, at de nordamerikanske Forbedringsanstalter, der for nogle Aar siden tildroge sig alle Menneskevenners deltagende Beundring, i den seneste Tid ere geraadede i det beklageligste Forfald), 186—87, 189 o. ff. (Den Beskrivelse, som de i Aaret 1817 af den lovgivende Magt i Massachusetts udnævnte Kommissærer have givet om de i forskellige Provinser værende Forbedringshuse, passer ganske paa et slet indrettet Fængsel i Europa ... Statsfængslet i Filadelfia

saavidt det dernæst gjorde Krav paa Eneherredømme ved Regulering af Frihedsstraffene, tilbageviste han det med Føje. Hverken efter Ø.'s Teori eller for den Lære, der opfatter Straf som Fyldestgørelse af Samfundets Retfærdighedskrav, kan den penitentiære Tanke indtage den første Plads. Det er andre Synspunkter, som maa bestemme den Ramme, indenfor hvilken Forbedringsbestræbelsen har sin berettigede Plads, altsaa kun i anden Række<sup>1)</sup>. Derfor afviser Ø. Penitentiærsystemets Krav om Bortfald af Dødsstraf og livsvarige Frihedsstraffe: »Den af Lucas paaankede Inkonsekvens, efter Forbrydelsernes forskellige Beskaffenhed snart at anvende bestandige, snart tidsbestemte Frihedsstraffe, vilde være vel grundet, saafremt den skyldiges Forbedring var Strafferettens Hovedformaal. Men gaar man ud fra, at Straffens nærmeste Hensigt er at straffe  $\alpha$ : at forbinde Lidelser med den lovstridige Gerning for at frembringe en vedbørlig Modvægt mod den onde Vilje, bliver det ganske i sin Orden, at kortere eller længere Frihedsstraf anvendes, eftersom Forbrydelsen gør en større eller mindre Modvægt fornøden, og at man med en vis Grad af Forbrydelse gaar over til Frihedens Berøvelse for bestandigt. Vistnok bør Staten med de Friheds-

(Kvækernes) er blevet en Planteskole for alle Slags Laster $\alpha$ ). J. T. XV, 1. S. 244 (»Det ensomme Fængsel er et fortræffeligt Middel til at bøje uregerlige og ryggesløse Fanger, men den moralsk helbredende Kraft, Forf. (Lucas) med flere tillægger samme, turde være langt mere betinget og usikker, end han forestiller sig $\alpha$ . Ø.'s Bemærkning om Celle som Strafcelle er rigtig, Kritikken af Celle som positivt Forbedringsmiddel vel ligeledes; men et modnet Penitentiærsystem ser ikke Cellen væsentlig fra dette Synspunkt. men fra det negative, at Forbryderen skærmes mod demoraliserende Samkvem. En Afsondring i denne Aand billigede Ø., for saa vidt den er gennemførlig. a. St., S. 249. Anm.)<sup>1)</sup> Dette erkendtes ogsaa af de nordamerikanske Love og af de nyere Forbedringsanstalter der. J. T. IV, 1. S. 192 o. ff.

straffe, som indskrænke sig til en vis Tid, forbinde det muligste Hensyn til den skyldiges Forbedring. Men denne er dog ikke det egentlige, ubetingede Straffeformaal<sup>1)</sup>. Fremdeles afviser Ø. af samme Grund Tanken om at lade Straffetidens Længde bero paa Fangens Forhold i Fængslet<sup>2)</sup>. Derfor dadler han »en altfor filantropisk Behandling« i Anstalten<sup>3)</sup>. Derfor »bør man tage sig i Agt for, ikke at sørge saaledes for Fangerne, at Fængselslivet for den største Klasse af Forbrydere faar Fortrin for det, de efter deres Stilling kunne forskaffe dem ved en retlig Vandel<sup>4)</sup>. Derfor er det urigtigt at ordne Arbejdet saaledes, at »de Fanger, som medbringe større Duelighed til Erhverv, faa bedre Krav end de affældige, svage eller ikke arbejdsvante Fanger, i Stedet for efter den Grundsætning, at lige Flid (efter sine Kræfter) giver lige Kaar<sup>5)</sup>. Ogsaa paaviser Ø., hvorledes nogle Tilhængere af den vidt drevne Forbedringstanke udformede den saaledes, at det moralske Gode, der skulde bringes Forbryderen ved hans Forbedring, efter Omstændighederne vilde paaføre ham et lige saa stort eller større fysisk Onde end det, han fra det principale Synspunkt kunde siges at have forskyldt, og hvorved dette kunde slaa sig til Ro, fordi det ikke havde saa store Forventninger om Straffens forbedrende Virkning, men ikke tabte af Syne, hvad Straffen udrettede i anden Henseende<sup>6)</sup>. Ø. kom

---

<sup>1</sup> J. T. IV. 1, S. 204—06, 227, 236 (Naar Ø. her kan synes at finde Forbedringsformaalet af sig selv udelukket ved Frihedsstraf paa Livstid, er dette kun tilsyneladende. Bortset endog fra den faktiske Grund, at Benaadning efter en vis lang Tids Forløb kan gives og mulig være, noget nær, sædvanlig Praksis, J. T. VI. 1, S. 257, har hin Opfattelse ogsaa og væsentlig sædelige Grunde mod sig, J. T. XV, 1, S. 247. <sup>2)</sup> J. T. XV, 1, S. 227 o. ff., s. H. 1. S. 416 o. ff. <sup>3)</sup> J. T. IX, 1, S. 92. <sup>4)</sup> J. T. IX. 2, S. 41. <sup>5)</sup> J. T. IX, 1. S. 196 o. ff, og 2, S. 42. <sup>6)</sup> J. T. XV, 1. S. 228 (»Lucas' penitentiære Frihedsberøvelse er til Dels saa streng, at Forbryde-

saaledes til at indtage en kritisk Holdning lige overfor den Retning, der indledede en ny Reformæra med Hensyn til Frihedsstraffene. Da senere mere modnede Bestræbelser i penitentiær Aand bragte vigtige Frugter for Frihedsstraffenes Ordning i Danmark, var Ø.'s videnskabelige Virksomhed ophørt. Men disse i Kritikens Skærsild lutrede Reformere savnede ikke hans Sympati<sup>1)</sup>, og Grundlaget for dem lagdes ogsaa, medens han var Justitsadministrationens Leder. Bærereren af dem var dog hovedsagelig ikke Ø., men C. N. David, der blev det ledende Medlem af den i 1840 nedsatte Kommission, som skulde tage under Overvejelse, »hvilken Indflydelse der rettelig tillægges de i den nyere Tid opstaaede Systemer for Straffeanstalters Indretning paa de flere betydelige Bygninger af saa danne Anstalter, der forestaa saa vel i Kongeriget Danmark som i Hertugdømmerne«<sup>2)</sup>.

c. Formuestraffe i Skikkelse af Boslods Forbrydelse m. v. afskaffedes i Danmark under Ø. ved Fdg. 24. Spt. 1824, idet det med fuld Føje sagdes, at de »ikke svarede til Straffeøjemedet«, hvad Ø. i »Grundregler« havde paavist<sup>3)</sup>. Med ligesaa god Føje hævdede Ø. mod »mange Kriminalister«, at de »egentlige Pengestraffe« eller Bødestrafen ikke kunde undværes, nemlig for hele den store Mængde af mindre Overtrædel-

ren udelukkes fra at se endog blot Skyggen af sin Lige«). 237, 243 o. ff. <sup>1)</sup> J. T. XV. 1, S. 247 (»Afsondringer og successive Overgange høre til et hensigtsmæssigt Penitentiærssystem«). <sup>2)</sup> Kgl. Resol. 8. April 1840 (Koll. T. 1840, S. 338), 13. April 1841. 25. Juni og 7. Decbr. 1842, 22. Jan. 1845, 30. Juli 1846, Regl. 7. Maj 1846, s. endvidere Ny Koll. Tid 1842, S. 738 om Mrs. Fry's Andragende om Fængselsvæsenet, s. Algreen-Ussing d. Krim. R. 4. Udg. S. 97 o. ff., samt Bruun's og min franske Beretning i »Actes du congrès pénit. de Rome« 1885). <sup>3)</sup> Koll. Tid. 1824, S. 563 o. ff. I Rec. af Collet. fil. Rep. II, S. 265, er Ø.'s Udtalelse ikke saa ubetinget mod Straffen, som senere i »Grundregler«, Eun. II, S. 333—35.

ser, som ikke burde straffes med Frihedsstraf, medens Irettesættelse ved Dom, der foresloges sat i Stedet, vilde være aldeles uvirksom for en stor Klasse af Statsborgere<sup>1)</sup>. Ø. erkender, at Pengestrafte i enhver Form føre Ulejligheder med sig. Men hvad der kunde sættes i Stedet er forbundet med end større Ulemper<sup>2)</sup>. Ø.'s Bidrag til at løse flere af de Vanskeligheder, Bødestrafpen medfører, dels med Hensyn til Straffens Udmaaling, dels med Hensyn til Afsoning, ere omtalte i det foregaaende<sup>3)</sup>.

En skarp Sondring mellem det psykisk begrundede Strafinstitut og andre Følger af retstridige Handlinger, hvis Indtræden ikke hviler paa samme psykiske Forudsætninger, derunder navnlig Rettigheders Fortabelse, kunde ikke ventes i de paa Ø.'s Tid gældende Straffelove og var det heller ikke i den daværende danske Lovgivning. Ved Behandlingen af den positive Ret kunde Ø. derfor ikke lægge denne Sondring til Grund. En Del af de i Lovgivningen forekommende Retsfortabelser opførte han under Straffene som »blandede«<sup>4)</sup>. Hvor Ø. derimod behandler Spørgsmaal om saadanne Følger efter Sagens Natur, savnede han ikke Blik for det rationelle i Sondringen og gennemførte den i mange Retninger, endog med større Konsekvens, end adskillige Straffelove efter hans Tid, selv om der endnu hos ham er Rester tilbage af Sammenblandingen. Ø. førtes saa meget lettere til denne Sondring,

1) Mod Feuerbach, der kun vilde have en meget sparsom Anvendelse af Pengestraf, hævdede Ø. allerede i J. A. Nr. 4. S. 147 og 171 Nødvendigheden, bl. a. hyppig ved culpa. I »Grundregler« Eun. II, S. 335 N. gør Ø. det samme gældende mod »mange Kriminalister«. 2) S. Eun. a. St. 3) S. ovfr. S. 255 - 57. 4) A. f. R. IV. S. 476 o. ff.

som Fichtes' Teori om Straf og Ret i det hele, der blev hans Udgangspunkt, i Virkeligheden hvilede paa den. Den »Retløshed«, som efter F. var Forbrydelsens umiddelbare Følge, var i hans Lære ikke selv Straf, men Straffens Forudsætning. Den Livsberøvelse mod den retløse, som Staten kan foranstalte, er hos F. ikke Straf, men en Sikkerhedsforholdsregel, iværksat af Politiet<sup>1)</sup>. Da Ø. kort efter sluttede sig til Feuerbach's Straffeteori, maatte det unaturlige i at anvende Strafbegrebet og dets Konsekvenser paa hine Følger yderligere staa ham klart. Noget andet er det, at Ø. i sine strafferetlige Udviklinger ogsaa udtaler sig om de naturlige Betingelser for de omtalte Følgers Indtræden. Det maa erkendes, at der her er Tale om Forholdsregler, der spille en Rolle i Retshaandhævelsen ved Siden af Straffen, efter Omstændighederne forbundne med denne eller trædende i dens Sted, og at det derfor praktisk kan anbefale sig at belyse dem i Forbindelse med en Straffelære. Omtale af Ø.'s Lære om hine Følger hører af denne Grund med til Fremstillingen af hans Strafferetslære.

Romerrettens og senere Teoriens totale »Retløshed« fandt praktisk Indgang i nogle Straffelove -- først code pénal, senere den bayerske og flere Love — under Navnet »borgerlig Død« som Tillæg til visse betydelige Straffe. Ø., som i sin Konkurrenceforelæsning ifølge sit daværende Standpunkt teoretisk havde godkendt den borgerlige Død som Virkning af og identisk med Fichte's postulerede Retløshed<sup>2)</sup>, blev, da han havde frigjort sig for Konsekvenserne af en absolut Retshaandhævelsesteori<sup>3)</sup>, dette Instituts skarpe og sejrriege Bekæmper. I en udførlig Recension af Kleinschrod's Skrift om borgerlig Død paaviser han,

<sup>1)</sup> H. 1, S. 159, 219 o. ff., 230 o. ff. <sup>2)</sup> Min. II, 1, S. 287. L. E. 1799, S. 61—62. <sup>3)</sup> H. 1, S. 346 o. ff.

at en Del til dette knyttede Virkninger kan fastsættes uden at opstille Begrebet, men at dette i flere Retninger leder til Følger, som slet ingen Retsgrund have, medens de ofte blive fordærvelige for andres Ret og Velfærd (Ægtefolk, godtroende Tredjemand m. fl.), og at det derfor er »en ej blot unyttig, men og i sine Følger til Dels uretfærdig Spidsfindighed«<sup>1)</sup>. Mod Gønner, hvis Udkast havde bevaret Instituttet, gør Ø. de samme Indvendinger gældende, og hævder, at »den hele Fiktion, som er optaget af den romerske Ret, uden at passe til den nuværende Retsforfatning, leder til adskillige Forviklinger og Retstvist og derfor er til ingen Nytte«<sup>2)</sup>.

Blandt enkelte Retsfortabelser, som ikke kunne misbilliges, nævner Ø. under Omtalen af den borgerlige Død »Tabet af den borgerlige Ære«<sup>3)</sup>. At Ærestab aldrig bør anvendes som selvstændig Straf — hvilket ofte var Tilfældet med den paa Ø.'s Tid gældende danske Ret — er en Sætning, han fra første Færd og altid senere hævder. »Vanære — siger han i Kritikken over Gønner's Udkast — er ikke et Onde, som Loven vilkaarligen kan forbinde med en vis Handling . . . Loven bør blot — fortsættes der — erkende de Følger, som en lovstridig Handling efter sin indvortes Natur fører med sig med Hensyn til Borgernes Ære«<sup>4)</sup>. I samme Retning udtaler Ø. sig allerede i

1) N. J. A. XXII, S. 86 o. ff. I den bajerske Lov indførtes Instituttet »af Respekt for Code Nap., hvis Indførelse i Bajern var paa Tale«, N. J. A. III. S. 195 o. ff. »I Strafferetten — siger Ø. — blev dette omtrent den eneste Lejlighed, hvor denne Respekt kunde lægges for Dagen, og sandelig, det var én Gang for meget«. »Iøvrigt havde — bemærker Ø. i hin Rec. af 1818 — nogle Bestemmelser om borgerlig Døds Virkninger mødt Modsigelse hos »Buonaparte« selv, der kun havde bøjet sig for den formentlige Konsekvens af et vilkaarligt antaget Begreb«. <sup>2)</sup> J. T VI. 1. S. 249, XI, 1, S. 258 o. ff., XIV, 1, S. 146, 2, S. 2. <sup>3)</sup> N. J. A. XXII, S. 92. <sup>4)</sup> Fil. Rep. II, S. 277 (»Hvad C. siger om den umiddelbare Infamis Retstridighed, vil vel enhver, der har tænkt over Lovgiv-



Recensionen af Collet, om han end der endnu betragter denne Følge som Straf<sup>1)</sup>. Den skarpe konsekvente Sondring fandt Udtryk i »Indledning«: »Den Beskæmmelse, som flyder af enhver grov Forbrydelse formedelst dens indvortes Natur (infamia facti) kan ikke regnes herhen (∴ til Straffe), da Loven (ved de Retsvirkninger, der tillægges den) blot erkender den som en naturlig og paa adskillige Retsforhold indflydende Følge af Handlingernes indvortes Skammelighed<sup>2)</sup>. — Blandt Ærestabs Virkninger, hvilke Ø. i Supplementet og Haandbogen undersøger efter positiv Ret<sup>3)</sup>, fremhæver Ø. i Rec. af Collet efter Sagens Natur dels *Embedsfortabelse* og Tab af Adgang til at beklæde Embede, dels »Borgerret og Lavret«, ∴: *statsborgerlige Rettigheder* efter Datidens Forhold. Med Hensyn til den større Rækkevide, dette Begreb faar under en konstitutionel Forfatning, er det netop, at Ø. mod Gønner bruger den ovfr. anførte Ytring, at den ikke bør vilkaarlig forbindes med en vis Handling — som G. havde gjort — men blot være en Følge, som en Handling efter sin indvortes Natur fører med sig<sup>4)</sup>. For saa vidt Embedsfortabelse indtræder som Følge deraf, at Embedsmanden er skyldig i en Forbrydelse, som gør ham uværdig til offentlig Tillid, fik Ø. ofte Anledning til at fremhæve dette rigtige Synspunkt: »Saadan Fortabelse har ikke egentlig et kriminalistisk

ningen, give ham Medhold i.), N. J. A. XV, S. 218 o. ff., Suppl. I. S. 166 o. ff., J. T. VI, 1, S. 261, Hdbg. II, S. 1 o. ff. A. f. R. IV, S. 465—67, Koll. Tid. 1840, S. 215—16. <sup>1)</sup> S. ogsaa J. A. N. 4, S. 171. <sup>2)</sup> A. f. R. IV, S. 467, Anm., s. herom navnlig N. J. A. XV, S. 219. (»Hvad der gør et Menneske aldeles uværdigt til andres Agtelse, er Løgn, Troløshed, lav Egennytte, Fejghed«.) <sup>3)</sup> Suppl. I, S. 171 o. ff., Hdbg. II. S. 8—17. <sup>4)</sup> Fil Rep. II, S. 276, J. T. VI, 1, S. 260—61. S. ogsaa Prøv. af U. t. Grl., S. 48—49. S. fremdeles om andre statsborgerlige Rettigheders Tab, J. T. XIII, 1, S. 217—19 (hvor en gunstigere Dom om Code pénal udtales end den ovfr. anførte af 1818 i N. J. A. XXII).

Øjemed (at afskrække fra Forbrydelsen), hvortil den for enhver i Almindelighed fastsatte Straf maa anses tilstrækkelig, men har sin Grund i Statens Ret at tilbagekalde den Embedsmanden givne Fuldmagt, naar de Betingelser, hvorunder samme er ham tilstaaet (hvoriblandt et ubesmittet Rygtes Vedligeholdelse), bortfalde«<sup>1)</sup>. Ikke ganske saaledes, mener han derimod, kan Sagen opfattes, naar Embedsfortabelse begrundes paa Embedsfejl. »Det er vel for en stor Del det samme Hensyn, der motiverer Fortabelsen. Men Lovens Bud har her dog tillige det, der er Hovedhensigten med Straf, og udgør dennes væsentlige Egenskab, det Øjemed at afskrække fra Forseelser«<sup>2)</sup>. Dette er dog kun rigtigt, naar Fortabelsen knyttes til en vis Embedsforseelse, hvis indre Karakter ikke begrunder den, hvad Ø. ifølge sit ovfr. omtalte almindelige Standpunkt maa anse for stridende mod Sagens Natur, om det end kan være hjemlet ved den positive Ret. En anden Begrundelse af Embedsfortabelsens Karakter som Straf for Embedsfejl søger Ø. i det præventive Øjemed, som han i stærkere Grad end Feuerbach forbinder med Straffens Afskrækkelsesøjemed: »Det vil ofte være nødvendigt i at anordne Følgerne af Embedsmænds Forbrydelser at bestemme Embedsfortabelse, hvor et andet og den skyldiges Velfærd mindre angribende Onde vel kunde synes tilstrækkelig afskrækkende, men hvor det ved Forbrydelsen tilkendegivne Sindelag ikke tilsteder fremdeles at betro ham Forvaltningen af Statens Anliggender. Imidlertid maa dog Embedsfortabelse betragtes som *Straf*«<sup>3)</sup>, og et andet Sted: »Embedsfortabelse, Udelukkelse fra alle Værdigheder og Æresposter bør ikke betragtes fra samme Synspunkt som *andre Straffe*, nemlig

<sup>1)</sup> J. A. Nr. 3, S. 123—27 og 240, Suppl. I, S. 173, J. T. IV, 2, S. 2 o. ff., særlig S. 16, A. f. R. IV, S. 478. <sup>2)</sup> J. T. VI, 2, S. 61, og A. f. R. IV, S. 478. <sup>3)</sup> A. f. A. III, S. 36, J. T. VIII, 2, S. 27—29.

som Skrækkemiddel mod en lovstridig Handling, men de have for det meste deres Grund deri, at den paagældende har vist en Tænkemaade, der gør ham uværdig til offentlig Ære og Tillid«<sup>1)</sup>). Men da den forekommende Tvang, som ligger i Embedsfortabelse, er en »fysisk Prævention« (∴ betager ham den fysiske Evne til at forse sig), falder den i Virkeligheden ganske udenfor Straf som et psykologisk Tvangsmiddel. Det ses ogsaa, at Ø. kun, fordi »det straffende og det forekommende Onde ikke kan skelnes fra hinanden«, vil henføre den fysiske Prævention under Straf, hvor Onder af begge Slags maa idømmes<sup>2)</sup>). At dette ikke er rationelt, erkender han bl. a. ogsaa i sit andet Eksempel, den præventive livsvarige Frihedsberøvelse. Men denne faktiske Vanskelighed ved at skelne de to Onder fra hinanden er i Virkeligheden ikke tilstede. Den fysiske Tvang eller Hindring kan godt udsondres fra Straffen, ganske særlig da, hvor Talen er om Embedsfortabelse. Den fysiske Tvangs Berettigelse bør prøves efter sine egne Grundsætninger. Efter disse kan der ikke være Tvivl om, at kun saadanne Embedsfejl, hvis egen Beskaffenhed gør Embedsmanden uværdig eller uskikket til at beklæde Embedet, bør have Embedsfortabelse til Følge, og ligeledes, at den ubegrænsede forebyggende Frihedsberøvelse, begrundet paa Forbryderens Farlighed, gaar udover den »slibrige« Forekommelsesrets naturlige Grænser, hvad Ø. ogsaa selv senere synes at erkende<sup>3)</sup>).

I sin Kritik af den »borgerlige Død« nævner Ø.

---

1) S. J. T. VI, 2, S. 61—62, samt Eun. II, S 46—51, jfr. N. J. A. II, S 59. 2) A. f. R. III, S. 35 og Eun., II, S. 49—50. 3) H. 1, S. 364—67, 371—72. 376, 382, 388, se imod Ø.'s Lære i »Grundregler« paa dette Punkt, hvad der anføres i H. 1, S. 343—45 og 419 samt J. T. XV, 1, S. 136—37, 229—34. Se fremdeles med Hensyn til Embedsfortabelse for Embedsfejl J. T. IV, 1, S. 216 o. ff. Ved

som en af de Følger, der kunde fastsættes ved særlig Bestemmelse, at den, der forbryder sin Frihed for Livstid eller dømmes til Døden, men har unddraget sig Straffens Fuldbyrkelse, mister sin Formue saaledes, at denne gaar over til Arvinger. Et saadant Formuetab vilde aabenbart ikke kunne betragtes som Straf, men vilde — som Ø. siger — være en Mildhed mod Familien, uden nogen Lighed med de ovfr. omtalte Formuestraffe.

Af de i dansk Ret som Straffe behandlede Fortabelser dels af Formue eller Kvotadele af den, dels af enkelte Genstande eller Kvantiteter, bortfaldt, som tidligere omtalt, den første Klasse netop, fordi der ikke svarede til Straføjemedet. Med Hensyn til *Konfiskation* udtaler Ø., at Anvendelsen af dette Slags Straffe i meget ikke er underkastet de almindelige kriminalistiske Grundsætninger<sup>1)</sup>. Dette forklares let, naar Opfattelsen af Konfiskation som Straf forlades. Men nærmere kommer Ø. ikke ind herpaa.

At fremmedes *Udvisning af Riget*, hvad enten den sker ifølge Dom eller som Politiforholdsregel, ikke er Straf, har Ø. altid betragtet som en given Sag<sup>2)</sup>. At den tidligere i dansk Ret som Straf forekommende *Fredløshed* og *Landforvisning* af Hjemme-Undersaatter ogsaa efter Sagens Natur burde betragtes som en til Randleringer af en vis Art knyttet Følge, ikke som Straf, maatte efter Fichte's oprindelig af Ø. fulgte Ud-

---

at Embedsfortabelse ikke anvendes som Straf, men blot som Følge, er det Forhold mellem dem ikke udelukket, at Domstolen kan bemyndiges til at lade en vis mildere Straf bortfalde, naar Embedsfortabelse maa udtales, jfr. M. t N. U. (1896) S. 46, s. den i J. A. Nr. 3, S. 123—27 meddelte Dom. <sup>1)</sup> A. f. R IV, S. 471. <sup>2)</sup> J. A. Nr. 7, S. 53 N., J. T. VI, 1, S. 262, XV, 2, S. 165 m. N., Hdbg. II, S. 73, A. f. R. IV, S. 451, Nr. 2, Eun. II, S. 345, Koll. Tid. 1827, S. 282 o. ff., 1840, S. 215.

gangspunkt i Strafferetten være en ligesaa given Sag. Disse Onder vare i og for sig indeholdte i den absolute Retløshed, som ikke var Straf<sup>1)</sup>. Men dels Hensynet til den positive Ret, dels den Utilbøjelighed, Ø. af praktiske Grunde — som ovfr. berørt — havde til at gennemføre skarpt Sondringen mellem Straf som den paa psykiske Forudsætninger hvilende Tvang og den fysisk forebyggende Prævention, medførte, at han ikke forfulgte dette Spor<sup>2)</sup>, men i sine Udviklinger om Landforvisning accepterede Opfattelsen af den som Straf og alene angreb den som et Strafmiddel, der hverken svarede til Straffens Formaal (særlig paa Grund af Uligheden i dens Virkninger) eller til Folkerettens Grundsætninger, selv om den ikke kunde siges at være i ligefrem Strid med denne, — en Opfattelse, som førte til Afskaffelsen under Ø. ved Fdg. 30. Marts 1827<sup>3)</sup>.

## 27. De enkelte Forbrydelser.

En fuldstændig, systematisk Behandling af Strafferettens specielle Del har Ø. ikke givet, hverken med Hensyn til den paa hans Tid gældende positive Ret eller i Belysning af almindelige Grundsætninger. Tal-

<sup>1)</sup> Min. 1840, II, 1, S. 287—88. <sup>2)</sup> I Udtalelserne i J. T. IV, 1, S. 190—91. XV, 2, S. 165 m. N. samt i Koll. Tid. 1827, S. 269. kan det spores, at Ø. ikke miskender, at Landsforvisning altid er en Sikringsforanstaltning mod en Person, der anses farlig for den almindelige Sikkerhed. <sup>3)</sup> S. herom Trykkefrih. Skr. S. 179 o. ff., hvor Anvendelse af Landsforvisning forsvares ved de i Fdg. 27. Spt. 1799 omhandlede politiske Lovovertrædelser, s. derimod Koll. Tid. 1827. og Vib. St. Tid 1844, 1, S. 572 (Mot. til Udkast om Trykkefrihed 1844—46), s. ogsaa Min. 1800, II, 1. S. 288 N., Eun. II, S. 345 N., s. derimod Koll. Tid. 1827 a. St. og N. J. A., II, S. 40 (under Henvisning til Colbjørnsens Fragment), 269—71. S. iøvrigt de i Note 2 f. S. og ovfr. N. 1—2 anf. St.

rige, om end fragmentariske ere dog de Bidrag, hans videnskabelige Skrifter og legislative Arbejder yde til den specielle Strafferets filosofiske Behandling, hvilke her til Afslutning skulle fremdrages<sup>1)</sup>. Bidragene om-satte begge den specielle Dels Opgaver, dels Bestem-melser af de enkelte Forbrydelsers naturlige Begreb, derunder Afgrænsningen af de strafbeskyttede Inter-esser, dels Vurderingen af deres naturlige relative Straf-barhed. Størst Betydning have hans Undersøgelser om det først nævnte Emne. Meget af det, han paa dette Omraade har gjort gældende, har hævdet sin Plads i den senere Videnskab og Lovgivning, medens paa andre Punkter andre Opfattelser ere blevne her-skende eller Striden endnu er svævende.

1. En stor Mængde af de Spørgsmaal, som ved-røre den begrebsmæssige Bestemmelse af de *Forbry-delser, der angribe Personers Liv og Legeme*, har Ø. behandlet i Forbindelser, som give hans Undersøgel-ser Plads i den almindelige Del. Herom er der i alt væsentligt gjort rede i de foregaaende Paragrafer. Nogle Spørgsmaal, vedrørende disse Forbrydelsers Begreb, har han dog behandlet eller uddybet som særlige.

Saaledes har Ø. som et særligt Manddrabsspørgs-maal i Monografien om denne Forbrydelse under-søgt, paa hvilke Væsener denne Forbrydelse kan be-gaas. Rigtig opstiller han her som Udgangspunkt, at Manddrab kan begaas paa ethvert Væsen, der har menneskelige Rettigheder, saa at det »ikke kommer an paa dette Væsens moralske Værd eller borgerlige Vigtighed og ligesaa lidt paa den større eller mindre Grad af Udvikling og Energi, dets Liv har haft«.

<sup>1)</sup> At Ø.'s Bidrag til Belysning af den paa hans Tid gældende positive specielle Strafferet her forbigaas, er forklaret i H. 1. S. 5—6.

Med Rette udtaler han lige overfor Kriminalister, der af objektive Grunde ikke vilde stille Drab af et nyfødt Barn i Klasse med andet Manddrab: »Straffeloven bør unægtelig regne et Menneskes Liv lige højt, enten det saa er mere eller mindre udviklet, mere eller mindre kraftfuldt, mere eller mindre gavnligt, og det vilde vist af alle anses for Barbari, saafremt en Lovgiver satte mindre Straf for at udslette Barnets eller den udlevede Oldings svage Liv end for at ombringe et Menneske i sin Ungdoms- eller Manddoms Kraft«<sup>1)</sup>. For en Del bortfalde imidlertid nu de Anvendelser, Ø. paa dette Omraade gør, derved, at deres faktiske eller retlige Forudsætninger ikke forekomme (saaledes Læren om Drab af monstra og af Negerslaver). Paa et andet Punkt — om Drab af ufødt Foster er Manddrab — har den fulde objektive Ligestilling af Manddrab og Fosterdrab ikke vundet Videnskabens eller Lovgivningernes Bifald, og med god Grund<sup>2)</sup>. At derimod f. Eks. den dødsdømte eller en samtykkende eller en dødssyg ikke kan dræbes straffrit (trods Drabsmandens mulig godmodige Hensigt), er Sætninger, som nu ere, men ikke den Gang vare almen erkendte.

Manddrabsforbrydelsen er blandt de Forbrydelser, til hvis logiske Begreb ifølge Benævnelsen det hører, at Følgen for den angrebne — her Døden — er indtraadt som Virkning af Angrebshandlingen. Som ovfr. i § 19 under Nr. 2 a omtalt<sup>3)</sup>, hævder Ø., som følgende af Straffens Begrundelse, at den fulde Straf er forskyldt med den afsluttede Angrebshandling, om end Følgen ikke er indtraadt. Men Ø. vælger ikke den Vej, som ud fra dette Synspunkt kunde vælges, at

1) Eun. III, S. 31 o. ff., 108. 2) Drab af Foster omtaler Ø. oftere, s. N. J. A. II, S. 68 o. ff., XXI, S. 85 o. ff., XXII, S. 68 o. ff. 69—72, XXIX, S. 1—4. J. T. I. S. 281—95, 296—97, XIV, 1, S. 125 o. ff. 3) S. ovfr. S. 122 o. ff.

omdanne legislativt et sproglig vedtaget Forbrydelsesbegreb efter Synspunktets Medfør, men den, at kræve lige Straf for den »fuldbyrdede« og den »fuldendte« Forbrydelse. Med Hensyn til Manddrab tager han ogsaa Begrebet, som det sproglig er givet, og kræver blot hin Regel om Strafbarheden: »Loven kan bestemme, at den, der har gjort alt sit for at skille en anden ved Livet, skal straffes som Manddraber, men det staar ikke i nogen Lovs Magt at gøre den til en Manddraber, som ingen har dræbt«<sup>1)</sup>. Men ved Siden heraf har han paapeget en Række af Tilfælde, hvor der er Grund til at forme selve Begrebet efter hint Synspunkt og løse det ud af den Henførelse under Manddrabsbegrebet, som ældre Kriminalister yndede, hvorved de ofte førtes til gale Resultater. Dette gælder saaledes om »morderiske Foretagender mod Medlemmer af Kongehuset«, foretagne i Drabshensigt<sup>2)</sup>, fremdeles om en hel Række af almen livsfarlige Handlinger, foretagne med eller uden Drabshensigt<sup>3)</sup>, endvidere om forskellige Forbrydelser, der uden at være almen livsfarlig eller at være forbundne med Drabshensigt, udsætte en andens Liv for Fare. Blandt disse sidste dvæler Ø. udførlig ved Begrebsundersøgelser, fra dette Synspunkt, om Barnefødsel i Dølgemaal, Børns Henlæggelse og Dueller, hvilke Forbrydelser Loven i Almindelighed ere enige om at give en saadan Særstilling. Han berører derhos — dog væsentlig kun efter dagældende dansk Ret — Spørgsmaalet om en

1) J. T. XI, 2, S. 4. 2) Eun. III, S. 112 o. ff. Hermed jævnføres nugældende Straffelov §§ 85, 91, s. ogsaa § 89. Oplysende med Hensyn til den Rækkevidde, man har tænkt ved disse Straffebestemmelser, er Ø.'s Ytring i Eun. III, S. 164: »Blot den kan siges at have *villet ombringe*, som alt var i Begreb med at foretage de Handlinger, som skulde bevirke den andens Død«. 3) Eun. III, S. 326 o. ff. og S. 271. Herved jævnføres Stl.'s §§ 280, 282, St. 2, 285, 286, 287, 288, 290.



mere omfattende Kategori af saadanne Forbrydelser under Navn af »morderiske Anfald«<sup>1)</sup>).

Hele denne Kreds af Forbrydelser, hvis objektive Mærke er den livsfarlige Handling, er forskellig fra Overtrædelse af Politilove, som værne om Livet ved præventive Værn, der virke videre end det Værn, som følger af Handlefrihedens normale Begrænsning. Dette stod Ø. klart. Saadanne Politiovertrædelser skelner han fra hine Forbrydelser<sup>2)</sup>. Selve Skelnemærket angiver han dog mindre rigtigt som subjektivt (»de kunne være foretagne uden Tanke paa«) i Stedet for det angivne objektive<sup>3)</sup>.

Endelig bør her erindres om Ørsted's Undersøgelser angaaende det Spørgsmaal, om der for Livets (og andre betydelige Retsgoders) Skyld bør under Straf paalægges Borgerne positiv Pligt til at forebygge eller angive. At dette ikke vilde kunne opfattes som en Anvendelse af de for Livets Skyld dragne Grænser for Handlefriheden, erkender Ø. Men han finder en saadan Pligt, særlig som Forebyggelsespligt, begrundet, som kan udtrykker sig, »i den borgerlige Forenings Aand«<sup>4)</sup>:

»Statsforeningen gaar . . . ud paa at skaffe dens Medlemmer den størst mulige Sikkerhed for deres Rettigheder. Denne Sikkerhed kan ikke ene tilvejebringes ved

---

<sup>1)</sup> Eun. III, S. 105—06, 267—326, 829—32, jfr. N. J. A. II, S. 25—26 (Ø. kalder her disse Forbrydelser de »vage« (»ubestemte«, Eun. III, S. 313) Forbrydelser mod Liv og Sundhed). Her jævnføres Stl's §§ 194, 195, 197, 208, 209. Se endvidere N. J. A. XXII, S. 64 o. ff., XXIX, 1—4, J. T. I, S. 299—300 og 368—70, XIV, 2, S. 125, (Barnefødsel i Dølgemaal), J. T. VII, 1, S. 102—04 (om Udsættelse af Børn og Prisgivelse af hjælpeløse) N. J. A. II, S. 25, J. T. I, S. 376 o. ff., IX, 2, S. 25—26, XIII, 2, S. 190 XIV, 1, S. 128 o. ff., N. J. A. XV, S. 210—25 (Duel). <sup>2)</sup> Eun. III, S. 246—54. <sup>3)</sup> A. St. S. 254. <sup>4)</sup> Eun. II, S. 173—76, III, S. 207—08, A. f. R. III, S. 253, J. T. VIII, 2, S. 49—50, jfr. ovfr. S. 108—09.

offentlige Foranstaltninger, men det er uomgængeligt nødvendigt, at Borgerne række disse en hjælpsom Haand. Dersom man antog det modsatte, vilde Borgerne end ikke kunne ved Tvangsmidler bringes til at aflægge Forklaringer og Vidnesbyrd om de Handlinger, hvorved den borgerlige Sikkerhed er krænkede . . . Det gensidige Beskyttelsesforbund, som indeholdes i den borgerlige Forening, gaar altsaa ikke blot ud paa Tilvejebringelsen af de offentlige Indretninger, der have den borgerlige Sikkerhed til Genstand, men ogsaa paa Borgernes umiddelbare Medvirkning til dette Formaal. Det paaligger saaledes ifølge den borgerlige Forenings Aand enhver Privatmand, som enten ved at advare den efterstræbte eller ved Anmeldelse for Øvrigheden eller ved andre Midler er i Stand til at afværge Forbrydelser, at benytte denne Lejlighed, og for Overtrædelse af denne Borgerpligt bør han drages til Ansvar og Straf, *ikke som den, der er Medaarsag til Forbrydelsen, men som den, der har forsømt den ham paaliggende Pligt at afværge denne.* Imidlertid kan det ikke fordres, at en Borger skal sætte sig selv eller andre i øjensynlig Fare for at afværge en Forbrydelse, hvilket endog kunde være imod Pligt. Hin Forpligtelse maa derfor indskrænkes til de Tilfælde, hvor han uden saadan Fare kunde gøre Foranstaltning til at afværge Forbrydelsen . . . Bedømmelsen heraf maa overlades til Rettens Skøn, uden at en fast og almindelig Regel lader sig give. Men det ubestemte og vilkaarlige heri er og en Grnd, hvorfor Straffen bør være meget mild . . . Den Lovgiver, der saaledes gør det til borgerlig Tvangspligt at forhindre tilkommende Forbrydelser, maa formedelst Aarsagernes Lighed, under samme Betingelser, erkende det for en saadan Pligt at afværge en allerede iværksat Forbrydelses Følge saa vel som de Ulykker, hvorfor nogen af hans Medborgere ved Naturbegivenhed kunde være udsat«.

Bortset fra den ved Teorien om Rettens Grundlag i en »borgerlig Forening« hidførte Indklædning<sup>1)</sup> i et i hin indbefattet pactum defensionis, har Ø. Ret i Sagen selv. Hans Opfattelse fik og har senere bevaret sin

<sup>1)</sup> S. om Ø.'s Stilling til denne Teori H. 1, S. 205, o. ff.

Indflydelse i dansk Lovgivning<sup>1)</sup>. Den samme Betragtning leder Ø. videre til at hævde, at ikke blot Forebyggelse af Misgerninger eller deres Følger, men ogsaa Angivelse af begaaede Forbrydelser burde være Tvangspligt<sup>2)</sup>: Vigtige Grunde tale herfor («dog med Skaansel af Familieforhold») . . . Er det ikke Svaghed, Mangel af Rets- og Borgerfølelse, naar man lader Medfølelsen med Forbryderen have Overvægt over den Pligt, at fremkalde de til Værn for Ret og Sikkerhed givne Love mod dem, der krænke Samfundets Fred? Naar der næres Had mod Angivelse, er dette til Dels de borgerlige Loves egen Skyld, bl. a. ved den gængse Forholdsregel at belønne Angivelser. . . . Ti saa rosværdig end Angivelse er, naar den fremkaldes af ren Iver for Retfærdigheden og Borgersamfundet, saa stor en Nederdrægtighed er det at styrte en Medborger i Ulykke for at berige sig selv . . . Den Lovgiver, som ved Belønninger indbyder til Angivelse og lover Navnets Fortielse, staar langt mere Fare for at opelske Delatorer i Ordets med Ret forhadte Betydning. — Men hvad Ø. saaledes teoretisk lærte, erkendte han senere, støder paa saadanne Vanskeligheder ved Gennemførelsen, at han lod Tanken falde<sup>3)</sup>.

Ø.'s Monografi om Manddrabsforbrydelsen kommer kun lejlighedsvis til at berøre begrebsmæssige Undersøgelser om andre Angreb paa Legeme. Heller ikke ellers har han systematisk behandlet dette Emne. Men i Kritikken over Gønner's Udkast og senere i Anledning af An. 4. Okt. 1833 giver han vægtige Bidrag, særlig til de objektive Sondringer, som den legislative Behandling af disse Forbrydelser er opfordret til at gøre.

---

1) S. Koll. Tid. 1819, S. 555 o. ff. ang. Fdg. 4. Aug. 1819, s. alm. borg. Stl. §§ 109 og 199. 2) Eun. II, S. 177—82, III, S. 213—14, A. f. R. III, S. 254. 3) A. f. R. III, S. 255 o. ff., jfr. Tyveriskr. S. S0—81.

Efter en indgaaende Kritik af Gønner's Udkast om dette Emne udtalte Ø. herom følgende<sup>1)</sup>:

»Iøvrigt høre vist nok Legemsbeskadigelser til de Arter af strafbare Handlinger, hvis Behandling i Lovgivningen er den største Vanskelighed undergIVEN . . . Den vilkaarlige Afsondring efter Antallet af de Dage, hvori den saarede eller beskadigede har været syg, er i de seneste Tider blevet meget gængs. Den synes at have sin Oprindelse fra den franske Straffelov . . . og spiller en stor Rolle i adskillige Lovudkast . . . Andre Love, som ikke have forsøgt at trække saa skarpe Grænser mellem de forskellige Arter af Legemsbeskadigelser . . . ere vel mindre fejlfulde . . . Men og her finder man meget, som ej saa lige kan billiges. Blandt andet turde det vel være muligt, noget nøjere at begrænse de forskellige Arter af hin Forbrydelse, end det sker ved Udtrykkene »betydelige Beskadigelser«, »mærkelig Skade« . . . Loven gjorde uden Tvivl bedst i særligen at udhæve nogle af de Beskadigelser, der nærmest lade sig bestemme ved faste Begreber, og bestemme, dog kun ved Maksimum og Minimum, Straffen for disse, men derhos anordne, at andre ubenævnte Beskadigelser skulle anses i Forhold til de Straffe, som for de benævnte ere fastsatte. Herved vilde man undgaa baade de aabenbare Urimeligheder, som ere uadskillelige fra de vilkaarlige Overgange . . . og tillige de Ulejligheder, som følge af saa ubestemte og vaklende Begreber, som betydelig Skade o. s. v. Hermed maatte forbindes Bestemmelser, der tage vedbørligt Hensyn til de øvrige Omstændigheder, som ved Siden af Skadens Størrelse bør have Indflydelse paa Straffen, f. Eks. Gerningens Anledning, den fornærmedes Stand og Stilling, om Gerningen er udøvet med Overlæg, paa en lumsk Maade, af flere i Forening, med Vaaben o. s. v. Det hjælper kun lidet, at man afpæler de forskellige Legemsbeskadigelser med nøjagtige Begreber, naar disse kun føre til grundløse og uforholdsmæssige Forskeller i Straffen. Ej heller kommer der stort ud af at afdele denne Art af Forbrydelser i forskellige Grader, og derfor sætte forskellige Straffe, naar disse lovbestemte Grader løbe ligesaa nær i hinanden, som de Nuancer, der ligge inden-

<sup>1)</sup> J. T. VII, 1. S. 84—101, XI, 2, S. 82.

for hver af dem. Ved hin af os anbefalede Metode faa Domstolene faste Punkter at holde sig til, uden at dog Straffens Størrelse kommer til at bero paa Spring, som Lovgivningen vilkaarligen fastsætter«.

Ø. tager i denne Udvikling Ordet »Legemsbeskadigelse« i den videste Betydning, saa at det omfatter ogsaa de Legemsangreb, der ikke medføre »Skade« i den naturlige snævrere Betydning, som Ø. selv hævder ved Fortolkningen af Chr. V.'s L. 6—6—1<sup>1)</sup>. Med denne vide Forstaaelse fører Ø.'s fremstillede Metode til en Tredeling efter de Synspunkter, som godkendtes ved An. 1833. Med Hensyn til denne hedder det i Koll. Tid<sup>2)</sup>, efter Kritikken af Chr. V.'s Lovs Bestemmelser og af andre Love, overensstemmende med det ovfr. anførte: »I Henhold hertil turde det være rettest først at fastsætte Straffen dels for den simpleste Art af Legemsbeskadigelse<sup>3)</sup>, hvormed aldeles ingen kvalificerende Omstændigheder ere forbundne, og dels for de groveste Beskadigelser, som nærmest lade sig bestemme ved faste Begreber, og derefter at foreskrive, at der i Tilfælde, som ligge mellem hine Ekstremer, skal anvendes en saadan Straf, som staar i et passende Forhold til de Straffe, der for begge de foranførte Tilfælde ere anordnede. Den Regel, som gives for denne meget omfattende Mellemlasse, faar saaledes, ved sammes Forhold til de mest og de mindst strafbare Arter, en Bestemthed, som den vanskeligen paa anden Maade vilde kunne erholde. Iøvrigt maatte med hin Inddeling forbindes Bestemmelser, hvorved der tages vedbørligt Hensyn til de øvrige Omstændigheder, som ved

<sup>1)</sup> Eun. II. S. 58 o. ff. (»Heller ikke bør enhver legemlig Vold her betragtes som Skade. Ti baade efter den sædvanlige Sprogbrug og efter den, der hersker i Loven, anses et Slag eller Stød, som ingen videre Følge har, ikke for en Legemsbeskadigelse«). <sup>2)</sup> Koll. Tid. 1833, S. 617 o. ff., særlig S. 629—31. <sup>3)</sup> Ogsaa her er »Legemsbeskadigelse« brugt i vid Forstand.

Siden af Skadens Størrelse bør have Indflydelse paa Straffens Grad . . .« Den saaledes af Ø. bestemte Tredeling af Legemsangrebene har, som bekendt, i det væsentlige holdt sig senere i dansk Ret, og med Føje. Endnu gælder for saa vidt, hvad F. C. Bornemann udtalte 1840: »Ej mindre Autoritet end noget andet nyere legislativt Arbejde tilkommer vistnok Fdg. af 4. Okt. 1833«<sup>1)</sup>.

I en Række af Særundersøgelser i Manddrabsmonografien drøfter Ø. Spørgsmaalet om Straffens Bestemmelse efter almindelige Grundsætninger for nogle til den her omhandlede Kreds hørende Forbrydelser<sup>2)</sup>. Af størst Interesse er her Drøftelsen af Spørgsmaalet om Anvendelse af Dødsstraf for forsætligt Manddrab, idet derved gives et Udgangspunkt for den synkende Skala, hvorefter Straffen for de mindre Forbrydelser indenfor Kredsen bliver af bestemme. Ø. hævder, at »den, der virkelig med Forsæt dræber, bør bøde Liv for Liv«<sup>3)</sup>. Det er det vigtigste af de Undtagelsestilfælde, hvor Loven bør bestemme Straffen absolut<sup>4)</sup>. Det er dog ingenlunde det af ham bekæmpede Gengældelsesprincip, der fører ham hertil, men netop Truselsprincippet: »Dels fordi Livet af Lovgiveren maa betragtes som det første Gode, der altsaa har Krav paa den største Grad af Beskyttelse, dels fordi de hæftige Tilbøjeligheder, som kunne fremkalde den Beslutning at forgribe sig paa en andens Liv, forudsætte en Styrke, som ikke kan ventes overvundet uden ved en betydelig Modkraft, er Staten opfordret til at sætte Dødsstraffen som den mest afskrækkende og virksomste af alle Straffe i Bevægelse for at frede om Borgernes Liv, og det vilde uden Tvivl være en misforstaaet Øm-

<sup>1)</sup> S. Skr. V, S. 209. <sup>2)</sup> Eun. III, § 11 (S. 73—79), § 15 (S. 105—111), § 44 (313—26). <sup>3)</sup> Eun. III. S. 76, II, S. 283—88, N. J. A. II, S. 76. <sup>4)</sup> S. ovfr. S. 269.

hed, naar Lovgiveren for at skaane Forbryderens Liv, der dog ikke vil have megen Værd for ham, . . . vilde udsætte skyldfri Borgeres Liv for de vilde Lidenskaaber, der true samme med Fare«<sup>1)</sup>. Særlig vender Ø. sig imod de Kriminalister og Love, som ansaa Livsstraf for at være for haard for »det Drab, som vel er udøvet med Forsæt, men i Opbrusning af Vrede eller anden hæftig øjeblikkelig Affekt« og derfor vilde have den forbeholdt for overlagt Drab (Mord). Hertil bemærker Ø. i »Grundregler«<sup>2)</sup>: »Den hæftige Affekt har den Virkning at undertrykke Eftertanken om alt, hvad der kunde afholde Mennesket fra at hylde denne Affekt. Skal Forestillingen om Straf kunne have nogen Kraft hos den, der befinder sig i en saadan Sindstilstand, maa det være en stor og frygtelig Straf. Den lempeelige og slappe Straffetrusel maa her blive uvirksom. Den rædselsfulde Forestilling at dø paa Skafottet maa, hvis ellers noget, virke paa den, der i sin Vredes Opbrusning tørster efter sin Fjendes Blod . . . Frihedsstraf vilde i det mindste sjeldnere udrette, hvad den skulde«. Hertil føjes i Manddrabsafhandlingen<sup>3)</sup>, at den moralske Skyld ogsaa kan tænkes at være mindre ved et overlagt Drab, saaledes naar det har sin Oprindelse i en godartet Bevæggrund, samt at Forskellen mellem det overlagte og det uoverlagte Forsæt er saa relativ og Afgørelsen ofte saa vanskelig, at det er betænkeligt at lade Forskellen skille mellem Forbryderens Liv og Død. De Konsekvenser, Ø. i denne Udvikling udleder af Truselsprincippet, hvile paa et Krav om Truselens absolute Virkeevne, der ikke stemmer med den relative og tilnærmelsesvise Evne, som ingen stærkere end han har indprentet, at man

<sup>1)</sup> Eun. III, S. 76—77. <sup>2)</sup> Eun. II, S. 284—86, s. ogsaa Koll. Tid. 1833. S. 663 ad An. 4. Okt. 1833, § 11. <sup>3)</sup> Eun. III. S. 77—79.

maa nøjes med ved den psykisk virkende Straffetru- sel<sup>1)</sup>. Det er i alt Fald ikke i Strid med denne Ø.'s Betragtning, om Straffeloven, selv om den ikke af- skaffer Dødsstraffen, dog ogsaa for forsætligt Mand- drab aabner Adgang til at vælge anden Straf. Gøres dette baade ved det overlagte og det simpelt forsæt- lige Manddrab, afvæbnes ogsaa Ø.'s Indvending mod at lade denne relative Forskel »skille mellem Forbry- derens Liv og Død«, ligesom det bliver muligt ved det overlagte Drab at tage Hensyn til de formildende Mo- menter, som Ø. erkender, ogsaa her kunne være til- stede. Paa den anden Side er en Forskel i Straffe- rammerne mellem disse to Tilfælde ikke uforenelig hermed. Ø. udtaler sig vel i Almindelighed herimod<sup>2)</sup>. Men ved de Grunde, han anfører for Overlægets Virk- ning til at skærpe indenfor Strafferammen — den bestemtere, kraftigere og standhaftigere Vilje, den koldt beregnende Forbryders større Farlighed, den alminde- lige Dom om Handlingens moralske Forkastelighed<sup>3)</sup>, — kan ogsaa en forhøjet Strafferamme ved visse Forbry- delser forsvares. Ogsaa ses det, at Ø. senere ved Straffesystemet i An. 4. Okt. 1833 til en vis Grad har godkendt dette<sup>4)</sup>. Det blivende i Ø.'s Udviklinger om det forsætlige Manddrabs Strafbarhed er da ikke Kra- vet om Dødsstraffens ubetingede Anvendelse, men den Maalestok for Straffen for livsfarlige Angreb paa Per- soner, han anviser. Han udtaler i denne Sammen- hæng: »Kun den Betragtning, at Staten skylder Bor- gernes Liv en større Garanti end deres Ejendomme, og at de Tilbøjeligheder, som friste til Indgreb i Ejen- domsretten, lettere ere at betvinge end de, der frem- kaldte en morderisk Beslutning, kan retfærdiggøre Lov- giveren, naar han ubetinget forkynder større Straf for

<sup>1)</sup> S. H. 1, S. 350 o. ff. <sup>2)</sup> S. ovfr. S. 249—50. <sup>3)</sup> Eun. II, S. 283—84. <sup>4)</sup> Koll. Tid. 1833, S. 656 o. ff.



Morderen end for Tyven og Bedrageren«<sup>1)</sup>. Videre i denne Retning, nemlig med Hensyn til alle Angreb, der volde Skade eller ere farlige, gik An. 4. Okt. 1833 og dens Motivering, saa vel i Kritikken af den ældre Ret som ved sit Indhold<sup>2)</sup>. Bornemann har derfor ikke Ret, naar han ganske i Almindelighed i de Ørsted'ske Straffelove finder en forholdsmæssig strengere Behandling af Forbrydelser mod Ejendomssikkerheden end af Angreb paa Personen<sup>3)</sup>.

Fostermord — med Hensyn til hvilket Ø. ikke skelner mellem den ufødte og den nyfødte — bør, mener Ø., ikke undtages fra den ubetingede Dødsstraf, som skal ramme andet forsætligt Drab. Det er dette, han hævder i den Undersøgelse, han undergiver dette Spørgsmaal, og i hvilken han ivrer mod den »med Kriminallovens Konsekvens lidet fordragelige Mildhed mod Moderen«<sup>4)</sup>. Med en videre Strafferamme for forsætligt Manddrab i Almindelighed bortfalder Bebrejdelsen for Inkonsekvensen ved den mildere Vurdering, og selv en lavere Strafferamme vil kunne forsvares som Undtagelse<sup>5)</sup>. Af blivende Værd er der imod Ø.'s Paavisning af Forskellen mellem et forud besluttet Fostermord og det, der udføres ifølge en Beslutning, der fattes under Overraskelse og »i en Art af Bedøvelse«, der endog kan medføre, at »al Tilregnelighed vilde bortfalde«<sup>6)</sup>.

I sine Undersøgelser om Duellens naturlige Strafbarhed forkaster Ø. de særlig haarde og vanærende

---

<sup>1)</sup> Eun. III, S. 77 <sup>2)</sup> Koll. Tid. 1833, S. 616 o. ff. Jfr. og saa den Tilslutning, Ø. gav Bemærkningerne i Colbjørnsens Fragment paa dette Punkt, A. f. R. VI, S. 371, N., jfr. Tyveriskr. S. 396 og J. A. Nr. 2, S. 223. <sup>3)</sup> S. Skr. III, S. 102. <sup>4)</sup> Eun. III, S. 105 o. ff. <sup>5)</sup> S. ovfr. S. 250, N. J. A. II, S. 68 o. ff. Eun. III, S. 79 med Hensyn til »retmæssig Harme«. <sup>6)</sup> Eun. III, S. 109, N. J. A. XV, S. 210 o. ff., J. T. XIV, 2, S. 36 o. ff.

Straffe, som Lovgiverne en Tid greb til, hos os Fdg. 17. Marts 1741, men som i Virkeligheden havde ført til næsten fuldstændig Straffrihed: »Det er indlysende, at Dueller, saa lidet de end i et velordnet Borgersamfund kunne retfærdiggøres, dog ere en ved Ridderaanden foranlediget Forædling af den vildere, grumme, ofte lumske Hævn, som man før plejede at tage over sin personlige Fjende, ligesom Duelmaksimerne i de Klasser, hvori de gælde, vel heller ikke ere uden al gavnlig Indflydelse paa Sæderne og den gensidig humane Behandling«. Et mildere Straffesystem, der kunde overholdes, vilde være mere paa sin Plads og især kunne værne mod Duelsygens Udbredelse til den civile Stand. Men Ø. »helder dog til den Mening, at det klogeste vilde være, som hidtil, ikke at røre ved Duellovene, men at ignorere Overtrædelsen, hvor ikke særdeles Omstændigheder maatte opfordre til at paatale samme«<sup>1)</sup>.

2. Blandt *Forbrydelserne mod Ejendomssikkerheden* har Ø. behandlet Tyveriforbrydelsen udtømmende i Monografien af 1809<sup>2)</sup>. Om en Række andre Forbrydelser, der af ham principielt eller praktisk ses fra det samme Synspunkt, har han lejlighedsvis gjort spredte Bemærkninger. En samlet legislativ Behandling af den største Gruppe af disse Forbrydelser fandt Sted ved Fdg. 11. April 1840, der væsentlig skyldtes Ø.'s Arbejde. En vigtig Del af en anden Gruppe var Genstand for Fdg. af 26. Marts 1841 om Brandstiftelse<sup>3)</sup>.

a. I sin Analyse af Tyveribegrebet kom Ø. ind paa adskillige Undersøgelser, der hører til Strafferettens almindelige Del, deriblandt endog selve Teorierne om Strafinstituttets Begrundelse. Om alle herhen

<sup>1)</sup> Eun. II, S. 293—96, III, S. 313—26. <sup>2)</sup> S. ovfr. S. 8. <sup>3)</sup> S. ovfr. S. 39.

hørende Emner, der senere uddybedes i »Grundregler«, i Stridsskrifterne mod Gönner samt i »Indledning«, er der gjort rede i tidligere Afsnit af dette Skrift<sup>1)</sup>. Kun hvad der særlig har Hensyn til Tyveri og de Forbrydelser, for hvilke Tyveri er Typen, skal her omtales.

Som bestemmende for Tyveriets Begreb saa vel som for dets Strafbarhed fremhæver Ø. med Styrke — dog stærkere i senere Udtalelser end i selve Tyveriskriftet — dette, at det ikke saa meget kommer an paa det materielle Onde, der ved det bevirkes (Handlingens Materie) som paa *Handlingens retstridige, Ejendomsikkerheden opløsende Form* (Maksime)<sup>2)</sup>. Udtrykt noget anderledes og i Henhold til Ø.'s senere Udviklinger udtales herved det Grundsynspunkt, at Tyveri ikke blot er en Forbrydelse mod den enkelte bestjaalne, men mod Samfundet, der har direkte Interesse i, at den retlig ordnede Ejendomsfordeling ikke forrykkes. Medens den enkelte lider materielt, lider ved Tyveri Samfundet ideelt i sine økonomiske Interesser<sup>3)</sup>. Det er Ø.'s Fortjeneste, klarere end hans samtidige, at have gjort dette Grundsynspunkt, der ikke senere er fraveget, gældende. Ud fra dette Princip, der adskiller Tyveri fra strafbare Handlinger, som blot volde Skade paa andres Ting, kræves det i Tyveriskriftet til Begrebet, at Tyveriet skal »*fravende en anden Tingens Proprietet*«. Var end dette Ø.'s Krav til Begrebet oprindelig snarest hvilende paa Hensynet til det »vedtagne«<sup>4)</sup> og støttet ved romerretligt Mønster (*furtum rei ipsius*)<sup>5)</sup>, stillede det

1) S. H. 1, S. 365—66, 424 samt ovfr. S. 82, 94, 148—49, 173, 176—77, 180—81, 187, 201, 212, 225—28, 233, 236 o. ff., 250. 252—54, 259 o. ff. 2) S. ovfr. S. 225, Tyveriskr. S. 410, J. T. VI, 1, S. 227, VII, 1, S. 122 o. ff. og navnlig XIII, 1, S. 225, Note, hvor det fremhæves, at det sidste Synspunkt er det vigtigste. 3) S. ovfr. S. 227. 4) S. H. 1, S. 239 N. 5) Tyveriskr. S. 2, J. M. 1802, I, S. 146.

sig dog, navnlig saaledes, som det senere ændredes, for Ø. som Udtryk for, hvad der hørte til »Tyveriets sande Væsen«. Saaledes hedder det, med en lige overfor Tyveriskriftets Formulering betydningsfuld ændret Vending, i Fdg. 11. April 1840, at til Forbrydelsens sande Væsen hørte, at Tyven skulde have »den paa at *tilvende* sig andres Gods rettede Vilje«, altsaa Tilegnelsesvilje<sup>1)</sup>. Med dette rigtige Synspunkt stemmer det tilsyneladende ikke, at Ø. fra tidlig Tid og vedblivende bekæmpede Kravet om animus lucri faciendi som Moment i Tyveribegrebet<sup>2)</sup>. En nærmere Prøvelse viser imidlertid, at Ø.'s Modstand mod at optage dette Krav i Begrebet hovedsagelig beroede paa, at Datidens Kriminalister gjorde animus lucri saaledes til det afgørende Kendemærke, at det fortrængte Kravet om Tilegnelsesvilje<sup>3)</sup>. Det, hvorpaa Vægten herefter maatte lægges, blev da blot et Motiv til Handlingen, som enten toges i en saa vid Forstand, at det blev illusorisk til at drage Grænse overfor Formuebeskædigelsen eller som Udtryk for »Vindesyge« dels drog visse Handlinger ind under Tyveri, som ikke burde det (de saakaldte Brugs- og Besiddelsestyverier), dels paa den anden Side udelukkede f. Eks. Bemægtigelse til øjeblikkelig Forbrug og særlig Bemægtigelse for at forære Tingen bort<sup>4)</sup>. Utvivlsomt havde Ø. Ret, naar

---

1) Tyveriskr. S. 1—2, 52—53. Smst. S. 67 udvikler Ø. vel, at »Fravendelse« er et med Hensyn til visse mulige Konsekvenser korrekttere, med Forbrydelsens Væsen bedre stemmende Udtryk end »Tilvendelse«. Men dette er fraveget i det Udtryk, han senere fandt for Tyveriets »sande Væsen« i Fdg. 11. April 1840 § 30. Koll. Tid. 1840, S. 443 o. ff. 2) J. M. 1802, I, S. 145 o. ff., J. A. Nr. 11 (1807), S. 1 o. ff., Tyveriskr. S. 52 o. ff., J. T. I (1820), S. 305—06, Eun. II, S. 328—30, A. f. R. III (1826) S. 172 o. ff., Note. 3) Tyveriskr. S. 52—53. 4) Smst. S. 53 o. ff., A. f. R. III. S. 172 o. ff. Note. Ø. polemiserer her særlig mod Schlegel, som i sin »jur. Encyklopædi«, bl. a. under Paaberaabelse af Folkebegrebet

han imod denne Lære og dens urimelige Konsekvenser hævdede, at Tilvendelse af den fra Andenmand tagne Ting er et uundværligt Moment i Tyveriets Begreb. Derom hersker der nu til Dags ikke Tvivl hos nogen. Hvad der nu er Spørgsmaal om, er blot dette, om der *foruden* Tilegnelsen yderligere skal kræves, at Tilegnelsen skal ske *animo lucri*. Men derved forstaas da ikke det med Ordet »Vindesyge« udtrykte Motiv — hvilket atter kunde føre ind paa nogle af de forkerte Konklusioner, Ø. med Rette har bekæmpet, — men det paa ulovlig Formueoverførelse, altsaa paa egen eller andres uberettigede Vinding, rettede Forsæt (Berigelseshensigt)<sup>1)</sup>. Direkte behandler Ø. ikke dette Spørgsmaal. Men naar Forholdet er det, at Tilegnelsen kræves til Tyveriets Begreb, ikke blot, fordi det ligger i den »vedtagne« eller »folkelige« Opfattelse, men fordi det følger af Forbrydelsens »sande Væsen« (o: idet den angriber Samfundets Formuefordeling), saa er *animus lucri* i denne Betydning i Virkeligheden et Udtryk netop herfor. Kun en Protest mod Navnet og særlig mod dets Oversættelse ved »Vindesyge«, ikke mod Realiteten kan have nogen Hjemmel. Der er saaledes Føje til at udtale, at det stemmer i alt Fald med Ø.'s senere Opfattelse af Tyveriets Væsen at kræve, at Tilegnelsen skal ske i Vindingshensigt. Ogsaa stemmer dette med, hvad Ø. stadig lærte, at Tyveriets Genstand maa være en Ting af Værdi (*res pretii*). Den afgørende Grund herfor kan hverken søges i det vedtagne eller det folkelige Begreb, men

---

om Tyveri (s. H. 1, S. 239, N. 1, og S. 244 N) lærte, at det ikke er Tyveri »naar nogen af Sværmeri tager fra den rige for at give til den fattige«, uden dog at tage alle Konsekvenser af denne Lære med. <sup>1)</sup> F. C. Bornemann S. Skr. IV, S. 57 o. ff., 127 o. ff., min Str. R.'s sp. D., II, S. 284 o. ff., M. t. n. U. 1896, S. 240, Hagerup, Straffeloven (1903) S. 224.

maa søges i Tyveriets »sande Væsen«<sup>1)</sup>. Af de Tilfælde, som ved Vindingshensigtens Optagelse i Begrebet ville udelukkes fra Tyveri, har Ø. dvælet ved et, nemlig Tilegnelse i Selvtægts Øjemed<sup>2)</sup>. Hans Udtalelse gik imod at holde dette Tilfælde udenfor Tyveri. Men Udtalelsen findes i Tyveriskriftet<sup>3)</sup>, altsaa førend han havde foretaget den Vending i Opfattelsen af Tyveriets sande Væsen, som senere fik Udtryk, nemlig at »Tilvendelsen«, ikke »Fravendelsen«, er Kærnen. Nogen Opfordring til at hævde sin gamle Opfattelse med Hensyn til Selvtægtsbemægtigelsen, hvis den fastholdtes, var der før Fdg. 11. April 1840 givet Ø. ved en Dom af 1835, som udelukkede fra Ransstraf en aabenlys Bemægtigelse i Selvtægtsøjemed<sup>4)</sup>. Ti at der i denne Henseende skulde gælde noget andet ved Rans end ved Tyveri, laa ganske udenfor Ø.'s Tanke. Forskellen mellem dem er for Ø. alene den, om Bemægtigelsen er aabenlys eller hemmelig<sup>5)</sup>. Med Hensyn til et andet Tilfælde, nemlig hvor fuldt Vederlag *straks* ydes for det borttagne, kan der af Ø.'s Ytringer om det beslægtede Tilfælde ved Tilegnelse af betroet Gods sluttes, at han ikke vilde have betragtet dette Forhold som Tyveri<sup>6)</sup>.

Ø. slutter sit Tyveriskrift med et Kapitel »Bidrag til en rigtig Bedømmelse af vor Tyvslovgivning«<sup>7)</sup>:

1) Tyveriskr. S. 44 o. ff., 65, J. T. VII, 1, S. 130 N., Bornemann S. Skr. IV, S. 130 o. ff., min Str. R. sp. D. II. S. 284 o. ff., 318 o. ff. Ø. var endog tilbøjelig til at tage denne Fordring, i Anvendelsen paa Dokumenttyveri, særlig Gældsbreve, strengere, end den senere Teori med Rette, og strengere, end Praksis, til Dels med Urette, har hævdet, s. Tyveriskr. S. 47—48, A. f. R. III, S. 177—78, Bornemann S. Skr. IV, S. 132 o. ff., min Str. R. sp. D. II, S. 320 o. ff. 2) S. min Str. R. sp. D. II, S. 370. 3) Tyveriskr. S. 65—66. 4) S. T. XXV, S. 114. 5) J. M. 1802, I, S. 145 o. ff. 6) J. T. VII, 1, S. 59 o. ff. Modsætningen til Vederlæggelse straks er det, som Ø. a. St. kalder »Forvandling af Ejerens Ret i Tingen til en personlig Fordring«. 7) Tyveriskr. S. 387 o. ff.

Han underkaster her Fdg. 20 Febr. 1789, — der straks var hilset som »en ædel Frugt af den menneskekærlige Strafferets Grundsætninger, der paa den Tid begyndte at bane sig Vejen fra de filosoferendes Skrifter til adskillige af de evropæiske Staters kriminelle Lov«, — en Prøvelse, særlig med Hensyn til dens Normer for Tyveristraffens Fastsættelse. Medens han tager Forordningen i Forsvar mod mange Angreb om for stor Mildhed, som vare rettede mod den, senere da »den almindelige Tænkemaade angaaende denne Genstand havde taget en anden Vending«, erkender han, at »dette skønne Fænomen af Humanitet og Visdom i vor Straffelovgivning« dog ikke havde afhjulpet alle de Misforhold, dels i Forhold til Straffen for andre Forbrydelser, dels indenfor Tyveriets Omraade, som den ældre Lovgivning indeholdt, og slutter med »Vink til en hensigtsmæssig Lov for Tyveriets Afstraffelse«<sup>1)</sup>. At Ø. i disse Vink tog Afskrækkelsen ved Lovens Straffetrusel til Hovedudgangspunkt, var efter hans Straffeteori en Selvfølge. I Virkeligheden var det dog ikke saa meget dette, som skilte hans Plan fra Fdg. 20. Febr. 1789, der hvilede paa den individuelle Forbedringstanke<sup>2)</sup>. Ti den individuelle Prævention indrømmede ogsaa Ø. en Plads i sin Teori<sup>3)</sup>, og Forskellen i Straffastsættelsen behøvede derfor ikke af denne Grund at blive særdeles stor. Hans Plan gik ud paa at rette de Mangler, som Fdg. 1789, ogsaa fra sit eget Standpunkt, frembød. Grundtanken i denne Plan var, at der først for at undgaa Spring skulde fastsættes »et bestemt kontinuerligt Forhold mellem Tyvsstraffen og det stjaalnes Værdi«, dog med Minimum og Maksimum, og dernæst bestemmes, »i hvilken Pro-

1) Smst. S. 388—408. 2) Smst. S. 394 og 409. 3) H. 1, S. 364 o. ff.

portion de over Værdien lignede Straffe skulde vokse eller aftage formedelst de ellers med Misgerningen forbundne Omstændigheder<sup>1)</sup>. Den første Sætning udleder Ø. direkte af Truselsprincippet: »*Tyveriets Størrelse* er et Hovedmoment for Bestemmelsen af dets Strafbarhed«. Dog skal i Modsætning til gældende Love »Værdien *ikke* have Indflydelse ved et *Spring*, men efter et *stadigt Forhold*«<sup>2)</sup>. Men da Tyveriets Størrelse (*Materie*) ikke ene bestemmer dets Strafbarhed, men denne tillige afhænger af dets *Form* (dets Maksime), der ikke væsentlig beror paa det stjaalnes Værdi, bør »Straffeproportionen *synke*, som Summen bliver *større*«<sup>3)</sup>. Den overvejende Vægt, som Ø. i denne Plan lagde paa det stjaalnes Værdi, var et Udslag af den samme Opfattelse, der ogsaa førte ham til, som ovfr. nævnt, ved Begrebsbestemmelsen fra først af at lægge Vægten paa Fravendelsen, altsaa den Skade, den bestjaalne lider (Tyveriets *Materie*). Han hævder flere Gange senere Planens Godhed<sup>4)</sup>. Først i Kritikken af Gønner's Udkast erklærer han, at han »nu ingenlunde er i alle Dele tilfreds med den i Tyveriskriftet fremsatte Plan«, idet han angiver som Grund, at han ved den »har taget for lidt Hensyn paa Vigtigheden af ved Loven at nære et strengt Begreb om

1) Tyveriskr. S. 408. 2) Smst. S. 409—10. Ø. forklarer her Nødvendigheden af at bruge den stiftede Skade som *Kundskabsgrund* om Viljen, hvorpaa det egentlig kommer an, noget, som han, her som ellers, erkender, s. ovfr. S. 123, 126—27, 237 samt de der i Noterne anførte Steder. 3) Smst. S. 410—11. 4) N, J. A. II (1812), S. 51—52: »Jeg er endnu overbevist om, at denne Metode er den eneste, hvorved man kan undgaa paa den ene Side den absolute Lovgivervilkaarlighed, som Forskellen mellem stort og smaat Tyveri medfører, og paa den anden Side den altfor store Dommervilkaarlighed, som den Lov, der blot tillægger det stjaalnes Værdi en ubestemt Indflydelse, maa indrømme«. S. fremdeles N. f. A. IV (1813) S. 180 N., Eun. II (»Grundregler« 1817), S. 196—97 N. og S. 378—82.



Tyveriets Skammelighed i Almindelighed<sup>1)</sup>. Dette er den samme Vending i Opfattelsen af Tyveriets »sande Væsen«, der førte ham til ved denne Tid at se Kærnen i Tilvendelsen, ikke i Fravendelsen, og til overhovedet at erkende, at Tyveriets »Form« eller »Maksime« er et *vigtigere* Hensyn end dets »Materie«<sup>2)</sup>. I en Recension 1828 udtalte Ø. sig udførlig i denne Retning (»Jeg kan ingenlunde anse det stjaalnes Værdi for det vigtigste«)<sup>3)</sup>. To Konsekvenser drog Ø. i Fdg. 11. April 1840 af denne ændrede Opfattelse: Den ene var en betydelig strengere Maalestok i det hele for Tyveristraffen, end den i Tyveriskriftet forudsatte, — den anden en større Frihed for Dommeren i Straffevalget under Hensyn til *samtlig*e, *jævnstillede* Udmaalingshensyn. I Strengheden gik Ø. videre, end den senere Lovgivning, skønt enig i Tanken, har godkendt. I det andet Punkt ere Ø.'s Principer, om end i mindre udførlig Gengivelse, bevarede. Ogsaa med Hensyn til de Forhold, som skulle hjemle Forhøjelse eller Nedsættelse af den almindelige Strafferamme, har Straffeloven af 1866 bevaret i de store Træk de Ørsted'ske Tanker samtidig med Maalestokkens Formildelse<sup>4)</sup>.

Den Lære, som Ø. i Tyveriskriftet udviklede om Med-

---

<sup>1)</sup> J. T. VII, 1, S. 105, Note, 127 Note 2, samt Udviklingen S. 122 o. ff., s. ovfr. S. 225—26. At Ø. dog med Rette fastholdt den Del af sin Plan, der gik ud paa at fjerne Lovens vilkaarlige Spring i Straffen efter det stjaalnes Værdi, ses af J. T. XI, 2, S. 106. <sup>2)</sup> J. T. XIII, 1, S. 225 N., <sup>3)</sup> J. T. XIV, 2, S. 30—36. <sup>4)</sup> S. Fdg. 11. April 1840 §§ 1—5 og §§ 6—20 samt §§ 26—31, Koll. Tid. 1840, S. 387—447, Alm. borg. Stl. §§ 228—235. Jfr. J. T. XIV, 2. S. 33 o. ff. mod en saa stor Udvidelse af kvalificerede Tyverier, at det »simple« Tyveri bliver til en Undtagelse, der kun belægges med en ringe Straf. Der vilde derved paabyrdes Borgerne en Paa-passelighed, der baade vilde være »moralisk hæslig og forstyrrende for al Livsnydelse«. Med Hensyn til »undtagne« Tyverier i Særdeleshed mærkes Ø.'s Udtalelser i J. T. VII, 1, S. 112 o. ff., XI,

delagtighed i Tyveri, stemmer med, hvad han senere i »Grundregler« fremstillede om Meddelagtighed i Almindelighed, hvorfor der ovfr. er gjort rede<sup>1</sup>). Dette gælder ogsaa med Hensyn til hans Lære om Hæleri. Hans formelle Fastholden af den Opfattelse, at Hæleri, baade det reelle og det personelle, er efterfølgende Medskyld i Forbrydelsen, her Tyveri (Tyvshæleri), har ikke, med Hensyn til Begrebets Bestemmelse, ført til nogen Realitetsforskel fra de Resultater, hvortil Opfattelsen af Hæleri, hvad enten personelt eller reelt, som delictum sui generis maa komme. At Formueoverførelse kræves, men ikke behøver at være til Hælerens egen Fordel, (hvilket han med Rette hævder), er ikke andet end, hvad der efter en rigtig Forstaaelse af animus lucri ogsaa gælder ved Tyveri, jfr. ovfr. Naar Ø. — om end, med visse Begrænsninger — hævder som subjektiv Forskel mellem Tyveri og Hæleri, at hin Forbrydelse kræver Forsæt, hvorimod Hæleri ogsaa bør straffes, naar Vedkommende blot har Mistanke om (»formoder«), at Tingen er stjaalet, stemmer dette med hans almindelige Betragtning, at Straf for uagtsom Formuekrænkelse bør finde Sted, naar »Skaden skjules«. Fdg. af 11 April 1840 § 22 godkendte dette, og flere nyere Love hævde det samme, uden at forstaa »formode« saaledes, at det kun er et Udtryk for en Form af Forsæt<sup>2</sup>).

2. S. 156—64, og Koll. Tid. 1840, S. 443 o. ff., (ad Fdg. 11. April 1840 § 30), hvis Betydning for nugældende Stl.'s § 235 indlyser, endvidere om Skovtyveri Tyveriskr. S. 233, J. T. IX, 2. S. 100 o. ff., jfr. ovfr. S. 228 N. 4, s. dog Koll. Tid. 1840, S. 417 (ad Fdg. 11. April 1840 § 31, men i Modsætning hertil nug. Stl. § 234), samt om Spørgsmaalet, hvorvidt Familietyveri bør være undtaget, J. T. VII, 1, S. 116 o. ff. XI, 2, S. 168 N., Koll. Tid. 1840, S. 489 N. <sup>1</sup>) S. ovfr. S. 141—49 og 238—47. I Fdg. 11. April 1840 § 21 var iøvrigt Ø. strengere mod foregaaende Bistand, end hans almindelige Lære førte til. <sup>2</sup>) Tyveriskr., S. 76—80, Eun. II, S. 168 o. ff. S. ovfr. S. 148—49, 243—44, s. endvidere om det subjektive Krav

Ø. har ikke paa lignende systematisk udtømmende Maade behandlet nogen af de mange Forbrydelser, som ere i nærmere eller fjernere Slægt med Tyveri. Men lejlighedsvis, i Tyveriskriftet og senere, navnlig under Polemikken med Gønner, har han drøftet adskillige Spørgsmaal om disse Forbrydelsers Begreb og Straf. Legislativt medtog han dem ogsaa næsten alle i Fdg. 11. April 1840. Det Spørgsmaal, som med Hensyn til disse Forbrydelsers Begreb har en fælles Interesse, er dette, hvilke af dem der have det samme Væsensmærke som Tyveri, at de gaa ud paa en retstridig Formueoverførelse. At dette er Tilfældet, foruden med *Ran*, hvis Udskillelse fra Tyveri er en traditionel Særegenhed for dansk Ret, med *Fordølgelse af Hittegods* og med *Røveri*, derom er der efter Ø.'s Udtalelser ikke for ham nogen Tvivl<sup>1)</sup>. At en Formueoverførelse, der *aftvinges* ved samme Midler, som gøre en Bemægtigelse til Røveri, maa henføres under dette Begreb, forudsætter han ogsaa. uagtet han stiller Bemægtigelsen i første Række<sup>2)</sup>. Med Hensyn til *Afpresningsforbrydelsen* i mere udstrakt Betydning kan det derimod skønnes af hans Ytringer mod Gønner og af Forbigaaelsen i Fdg. 11. April 1840, at han overhovedet ikke henregner den til de med Tyveri beslæg-

Tyverisk. S. 48 o. ff., Suppl. I, S. 47, 77, Eun. II, S. 90. 318—19. s. ovfr. S. 115—16. 161—62, Fdg. 11. April 1840 § 22, Koll. Tid. 1840. S. 436 og CXXV samt N. Koll. Tid. 1841, S. 817 (ad Pl. 24. Spt. 1841). Ny n. Stl. § 317. Hagerup, S. 277, Bornemann S. Skr. III. S. 311 og CX og min Str. R. sp. D. II, S. 424, <sup>1)</sup> Om Ran s. Tyveriskr., S. 29 o. ff., 373—74, om Fordølgelse af Hittegods. s. Tyverisk. S. 13—15. 346 o. ff., N. J. A. II, S. 54, Eun. II, S. 186. J. T. VII. 1, S. 63—64. om Røveri, s. Tyveriskr. S. 29 N. 178—79. N. J. A. IV, S. 180. J. T. VI. 1, S. 228, XI, 1, S. 247 N., Fdg. 11. April 1840 §§ 32—37, 58, Koll. Tid. 1840. S. 447—56, 493—94. <sup>2)</sup> Tyveriskr. S. 29—31 N., Fdg. 11. April 1840 § 37, Koll. Tid. 1840. S. 452—53.

tede Forbrydelser, uden at gøre de efter Sagens Natur paabudte Sondringer, vistnok i den Tanke, at en saadan Afpresning maa henføres til Frihedsforbrydelser<sup>1)</sup>.

Udførligst undersøger Ø. det nævnte Spørgsmaal med Hensyn til *Bedrageri* og *Falsk*. At det, ligesaa lidt som ved Tyveri, ved disse Forbrydelser væsentlig kommer an paa deres *Materie* i Betydning af den Formueskade, den enkelte maatte lide, men tillige og afgørende paa deres *Form* eller *Maksime*, stiller sig ikke tvivlsomt for ham. Men dermed er det ikke afgjort, at den »Form«, der hører til Bedrageriets og Falsks Væsen, er den samme som ved Tyveri. Udtrykt anderledes, er Spørgsmaalet, om disse Forbrydelsers Væsen skal søges, ligesom Tyveriets, i Angrebet paa Samfundets økonomiske Interesse i Formuefordelingen, eller i Angreb paa en anden ideel Samfundsinteresse: Sandheds- og Ordholdenhedskravet i Samlivet. Antages det første, er den Svig, der kræves til disse Forbrydelser, kun Midlet, hvorved Formuekrænkelsen iværksættes, paa lignende Maade, som Bemægtigelsen er Midlet ved Tyveri. Antages det sidste, er Svigen det egentlige Særkende for dem. Ti ved den viser Handlingen sig som rettet mod Samfundets Sandhedskrav som det egentlige Angrebsobjekt. Principielt gaar Ø.'s Opfattelse i sidst nævnte Retning. Men praktisk hylder han, med visse vigtige Undtagelser, den første Opfattelse.

Den Anledning, Tyveriskriftet gav til at komme ind paa Emner vedrørende Begreberne om Bedrageri og Falsk, kunde ikke bringe afgørende Oplysning om Ø.'s principielle Standpunkt. Snarest maa man dog af hans Bemærkninger i dette Skrift slutte, at han op-

<sup>1)</sup> J. T. VI, 1, S. 228, VII, 1, S. 36—37, s. min Str. R. sp. D. II, S. 601 o. ff.

fattede Bedrageri og Falsk alene som Formueforbrydelser, hvis Form nok var en anden end Tyveriets, men som dog angreb den samme økonomiske Samfundsinteresse. Dette er saaledes Synspunktet, hvor han omtaler Besvigelser med Hensyn til betroet Gods<sup>1)</sup>, men dernæst ogsaa især ved de Bedragerier, der udgøre den egentlige Stamme i denne efter gældende dansk Ret saa omfattende Forbrydelse, nemlig hvor den besvegne ved Svigen er bevæget til Handlingen<sup>2)</sup>. Særlig ere her Ø.'s Udtalelser med Hensyn til Falsk betegnende. Det hævdes, »at der ingen naturlig Grænse er mellem Bedrageri i Almindelighed og Falsk i Særdeleshed, men at Forskellen er positiv, nemlig at visse Bedragerier i Loven ere udmærkede med dette mere odiose Navn«. Denne Opfattelse gøres ogsaa gældende med Hensyn til Møntfalsk og Dokumentfalsk. Visse i Loven forbigaaede Tilfælde af disse Forbrydelser ere »ulovbestemte Bedragerier«<sup>3)</sup>. Her har det da Interesse, at Ø. i at begrunde de forbigaaede Tilfældes Strafbarhed særlig illustrerer, hvorledes ogsaa disse angribe Formueinteresser<sup>4)</sup>. Endelig forholder det sig paa lignende Maade, hvor Ø. taler om Tilfælde af den tredje Klasse, som vor Rets Bedrageribegreb omfatter, nemlig Svig i stiftede Forpligtelsesforhold<sup>5)</sup>.

Hos os var Sibbern den første, der bestemt lærte, at det ved Falsk ikke kommer an paa Beskaffenheden af den Retskrænkelse, der tilsigtes, og særlig, at denne ikke behøver at bestaa i Krænkelse af andres Ejendoms- eller Erhvervsret. Men om han derved har ment, at Falsk var forskelligt fra Bedrageri eller, at

1) Tyverisk. S. 71—72, 367, 368, 370, jfr. hermed N. J. A. XXI. S. 29—30. 2) Smst. S. 32—33, 54—56, 72. 3) Smst. S. 33 med Note. 379—80. 4) Smst. S. 379—80 (med Hensyn til Møntfalsk. jfr. N. J. A. XII. S. 199) og S. 380—81 (med Hensyn til Dokumentfalsk). 5) Smst. S. 374 o. ff.

det samme maatte gælde om denne Forbrydelse, er ikke klart<sup>1)</sup>. Ø. berømmer S.'s Afhandling, men i den Recension af en tysk Forfatter, der gav ham Lejlighed til at omtale S., udtaler han og billiger, at alle Kriminalister (altsaa ogsaa S.) — undtagen den recenserede tyske, — betragter Falsk som en Art Bedrageri<sup>2)</sup>. Naar Ø. da i »Grundregler« afviser Kravet om Formuekrænkelse (Vindesyge) ved Dokumentfalsk — »det vilde være højst paafaldende, om den ej skulde anses som Falskner, der efterskrev andres Navn under et Skandskrift eller under en falsk Klage«<sup>3)</sup>, — maa det herefter antages, at han ikke alene ikke paa dette Tidspunkt (1817—18) betragter Formuekrænkelsen som væsentlig for Bedrageri, men endog indbefatter under denne Forbrydelse Tilfælde, hvor Svigen ikke sker for at bestemme til en Handling, paa samme Maade som et falsk Skandskrift henføres under Dokumentfalsk<sup>4)</sup>.

Først af Kritikken over Gønner's Udkast fremgaar klarere det, der ovfr. er nævnt som Ø.'s egentlige, principielle Standpunkt. Gønner's Udkast havde gjort Forskel mellem Bedrageri og Falsk. Bedrageriet var henført til Ejendomsforbrydelse. De Tilfælde, der straffedes som Falsk, vare henførte under Forbrydelser mod den offentlige Tro og Love. Ø. hævder, nu som før, at begge Forbrydelserne maa ses under samme Synspunkt. Han dadler Indskrækningen af Bedrageri til Formuekrænkelser. Særkendet for denne Forbrydelse

<sup>1)</sup> J. A. Nr. 27 og 28 (1811), S. 183 o. ff. <sup>2)</sup> N. J. A. X. (1815), S. 64, XXI (1818, Rec. af Klien), S. 10 o. ff., S. 24—25. <sup>3)</sup> Eun II. S. 330. I 1814 udtaler Ø sig dog i Modsætning hertil mod den bajerske Lov af 1813. for saa vidt den havde henregnet Bagvaskelse (»Beførelse«, Kalumni) til Bedrageri (nl. med Hensyn til godt Navn). N. J. A. VIII, S. 223, Note. og 1820 erklærer han sig imod. at Hor behandles som Bedrageri eller Kontraktsbrud, uden at det dog kan ses. om dette er af principielle eller praktiske Grunde. N. J. A. XXX, S. 33.

er, at *Svigen er bestemt til at virke paa en andens Beslutninger i retlige Anliggender*, for saa vidt ved Svigen et *Tillidsforhold krænkes*. Det samme gælder om Falsk, kun at Tillidsforholdet der har en kvalificeret Karakter som »offentlig Tro og Love«, hvilket motiverer dets Udsondring fra Bedrageri. Udvidelsen udover denne Grænse, f. Eks. til visse Ærefornærmelser forvoldte ved Svig samt Tilsnigelse af fremmede Hemmeligheder forkastes<sup>1)</sup>.

Ved Fdg. 11. April 1840 og dens Motivering kommer endelig det Synspunkt til Orde med Hensyn til Bedrageri og Falsk, der af Lovforfatteren Ørsted betragtedes som det praktiske, og som væsentlig behersker ogsaa den nugældende danske Straffelov<sup>2)</sup>: »Bedrageri kan udøves til Krænkelse af andre Rettigheder end Ejendomsretten. Man kan ved svigagtige Midler forlede en anden til Handlinger, hvorved han kan lide paa sin Ære, sin Frihed, ja vel og skille sig selv ved Livet. Ogsaa ved Handlinger, der, uden at være beregnede paa at forlede den vedkommende selv, . . . kunne henføres til Bedragerier og navnlig til Falsk, der er en Art af samme, kan man paaføre ham slige Onder . . . Men de fleste af hine svigagtige Handlingers Karakter og Strafbarhed beror dog mere paa den Rettighed, som derved krænkes . . . end paa Handlingens Form. Det turde derfor være urigtigt . . . at samle dem under ét Begreb . . . Enkelte svigagtige Handlinger til Krænkelse af forskellige Slags Rettigheder ere imidlertid i og for sig saa farlige for al retlig Orden, at den strafværdige Form i Almindelighed overvejer det materielle Retsindgreb, som Handlinger indeholder. Dette er f. Eks. Tilfæl-

<sup>1)</sup> J. T. VI, 1, S. 239—41, 243, 244, VI, 2, S. 5—11, 35—41. VII, 37—43, 67 o. ff. XI, 2, S. 109—11. <sup>2)</sup> Koll. Tid. 1840. S. 460—61, jfr. dog ogsaa Antydninger i N. J. A. XXX, S. 33—34.

det med Mened og med falske Dokumenters Forfærdigelse eller Forfalskning af Dokumenter«.

Disse Konklusioner ere bifaldsværdige, om end ikke just eller alene af de Grunde, Motiverne til Fdg. 11. April 1840 nævner. Det er ikke blot praktiske Hensyn, men principielle Grunde, der tale mod det ældre, vide Begreb om Bedrageri. Svig er altid kun retstridig, naar den angriber et retsbeskyttet Gode. Paa dettes forskellige Beskaffenhed beror Forbrydelsernes Forskelle. De blive ikke den samme Forbrydelse, fordi Angrebshandlingen (Svigen) er den samme<sup>1)</sup>. Ved Svig at krænke Æren eller ved Svig at forlede til Beslutninger i et Anliggende, der ikke vedkommer Formuen (f. Eks. Tilsnigelse af Samleje, af Ægteskab) eller svigagtig at bryde ægteskabelige Pligter, er derfor en ganske anden Forbrydelse end Svig i Formueforhold. Betegnes den sidst nævnte Svig som Bedrageri, kan Svig af de først nævnte Arter ikke henføres under dette Begreb. Naar derimod Mened og Dokumentfalsk med Rette blive ejendommelige Forbrydelser, ikke Arter af Bedrageri, er det, fordi Angrebsobjektet her virkelig er et andet, nemlig den Interesse, Samfundet har i, at visse objektive »Grundpiller« for Statsvirksomheden eller for det retlige Samliv overhovedet respekteres, og ikke blot i Formueforhold. Den paa saadanne Grundpiller grundede offentlige Tro og Love er et særligt Retsgode for Samfundet, og derfor er Angreb paa dem ejendommelige Forbrydelser<sup>2)</sup>.

Den Omstændighed, at Ø. kun af praktiske Grunde har fraveget sin principielle Opfattelse af Bedrageri, har haft nogle uheldige Virkninger for vor Strafferet. Det er hovedsagelig hin principielle Opfattelse, som er Grunden til hans Fastholden ved det endnu i

<sup>1)</sup> Jfr. ovfr. S. 80 o. ff. <sup>2)</sup> S. min Str. R. sp. D. II. S. 284 o. ff. og S. 450 o. ff. samt II, 1. o. ff.



dansk Ret bevarede vide Omraade af Bedrageri, som andre Straffelove ikke kende. Han hævdede, at ogsaa ved Tilegnelse af betroet Gods og ved Svig i Forpligtelsesforhold krænkes et Tillidsforhold. Ordholdenhedspligten er ensartet, om end ikke identisk med Sanddruhedspligten. Uordholdenheden er derfor strafbar af samme Grunde, men ogsaa kun med lignende Begrænsning som den direkte bedrageriske Forledelse til formueoverførende Dispositioner. Dette vide Omraade for Bedrageriet har atter lagt Hindring i Vejen for en brugbar Fællesdefinition af Bedrageri — en Mangel, som er blevet endnu mere følelig i Straffeloven af 1866, end den var i Fdg. 11. April 1840<sup>1)</sup>. En Hindring for en Definition ligger i Virkeligheden ikke saa meget i den af Ø. fremhævede Omstændighed<sup>2)</sup>, at det ikke paa en Maade, der giver bestemte legale Grænser, kan angives, naar den Svig, der hører til Bedrageri, er retstridig. At man her maa lade sig nøje med en almindelig Formel, er ikke andet, end hvad der sker i mange andre Tilfælde, hvor Loven skal karakterisere en Angrebshandlings Retstridighed<sup>3)</sup>. Iøvrigt have Ø.'s Undersøgelser med Hensyn til Fordringerne til bedragerisk Svig endnu stedse deres store reelle Værd for Retsanvendelsen<sup>4)</sup>. Det samme gælder med Hensyn til hans Undersøgelser om, hvad der efter Sagens Natur kræves til alle de under dette Ltra omhandlede Forbrydelsers Fuldbrydelse. Disse Undersøgelser tjene særlig til at illustrere hans Lære om, at den ret-

1) J. T. VI, 1. S. 66, jfr. Eun. I. S. 135 og 136. Jfr. min Afhdlg i T. f. Rv. 1900, S. 42 o. ff. 2) J. T. VII, 1, S. 68—80, Koll. Tid. 1840, S. 457—62. 3) S. ovfr. S. 95 o. ff., J. T. VII, 1, S. 66—67 og S. 72 o. ff., Koll. Tid. 1840, S. 459 o. ff. 4) J. T. VII, 1. S. 68—80, Koll. Tid. 1840, S. 457—60 og 461—62 og med Hensyn til Forbrydelse af Fallenter J. T. XIV, 2, S. 135 o. ff., Koll. Tid. 1840, S. 488 o. ff. Jfr. min Afhlg. i T. f. Rv. 1900. S. 42 o. ff.

stridige Angrebshandlings Fuldendelse er det naturlige Fuldbyardelsesmoment, bortset fra de enkelte virkelige og andre tilsyneladende Afvigelser fra Hovedregelen, som han her med større eller mindre Føje finder hjemlede<sup>1)</sup>. Ogsaa hans Bemærkninger med Hensyn til Graden af de med Tyveri beslægtede Forbrydelsers Strafbarhed — lige med eller over eller under Tyveri — have for den gældende Ret endnu Betydning<sup>2)</sup>.

b. Ved Behandlingen af Tyveri og andre paa Formueoverførelse rettede Forbrydelser udtaler Ø. sig lejlighedsvis om en Række Krænkelser af Formuerettigheder, der have enkelte Berøringspunkter med hine Forbrydelser, men dog mangle det væsentlige ved dem, idet deres Strafbarhed alene beror paa den Skade, der tilføjes den enkelte, saaledes *Brugstyveri, uberettiget Brug af betroet Gods, Indgreb i Jagt- og Fiskerirettigheder, ulovligt Eftertryk, Aager*<sup>3)</sup>. Det er hyppigst den rette Afgrænsning mod Formueoverførelsesforbrydelserne, der fremkalde disse Bemærkninger, sjældnere selvstændige Begrebsundersøgelser.

<sup>1)</sup> Tyveriskr. S. 11—12. 35. 79—80, 123—24, 259 o. ff. 367, Eun II, S. 170—72, J. T. VI, 2, S. 31—41. («Det er dog indlysende, at Begrebet om Bedrageri blot forudsætter en Virksomhed til et vist Øjemed, men intet om, hvad derved udrettes»), 66—67, VII, 1, S. 56—63, s. ovfr. S. 122 o. ff. <sup>2)</sup> I Tyveriskr. S. 368 udtaler Ø. sig for ringere Strafbarhed af Tilegnelse af betroet Gods end af Tyveri. jfr. J. T. V, 2, S. 54 o. ff. I Fdg. 11. April 1840 blev dog samme Strafferamme fastsat, s. Koll. Tid. 1840, S. 462. Se fremdeles J. T. VII, 1, S. 59—63. <sup>3)</sup> Tyveriskr. S. 2, 52 o. ff., J. T. 1, S. 303—05, VII, 1, S. 46—47, 59 o. ff. (Brugstyveri og Brug af betroet Gods), Tyveriskr. S. 15 o. ff., 378—79, N. J. A. IV, S. 176 o. ff., J. T. VII, 1, S. 47, XI, 1, S. 168 Note. s. min Str. R. II, S. 336 o. ff. (ulovlig Jagt og Fiskeri), N. J. A. II. S. 7, XIV. S. 158—59, J. T. VII, 1, S. 69 (Aager) og smst. jfr. ovfr. S. 84, J. T. VII, S. 2—3 (om Betleri og Løsgænger). Med Hensyn til Eftertryk rejser Ø. i den i J. T. VII, 2, S. 164 o. ff. (H. 1, S. 296 o. ff.) indeholdte Afhandling det Spørgsmaal, om ikke denne

Om den centrale Forbrydelse i denne Kreds. Beskadigelse af Andenmands Ting, taler Ø. ikke ud over, hvad der bruges til at belyse saadanne Almensætninger, for hvilke der i det foregaaende er gjort rede. Kun enkelte Forbrydelser, hvilke det ligger nær at betragte som kvalificerede Beskadigelser, fik af Ø. en omhyggeligere Bearbejdelse, dels under Polemikken med Gønner, dels ved den legislative Behandling, de fik ved Fdg. 26 Marts 1841 og Fdg. 5. Maj 1847. Det er her af Interesse at se, hvorledes Ø. stiller sig til den Opfattelse, som senere er blevet fremherskende med Hensyn til disse og andre »almenfarlige« Forbrydelser.

Gønner's Udkast havde optaget som en særøgen Klasse Forbrydelser saadanne, hvis Genstand er »den offentlige Sikkerhed i Staten«. Det Synspunkt, der herfor laa eller burde ligge til Grund, var, som Ø. udvikler, forskelligt fra det under Ltr. a omtalte, at Forbrydelsens *Maksime* angriber det almene, nemlig det, at »selve Gerningen udsætter en ubestemt Mængde af Individuer for Beskadigelse«, eller med andre Ord: Det er ikke en ideel, men en materiel Almeninteresse, som krænkes. At nu G. ved Anvendelsen i mange Tilfælde havde miskendt dette, paaviser Ø. med god Føje. Bortset herfra, gør Ø. ikke principielle Indvendinger mod Tanken. Han gør selv Anvendelse af den, for saa vidt som han hævder, at en alvorlig Straf bør fastsættes, naar saadanne almenfarlige Forbrydelser begaas uden Forsæt at fremkalde Følgen: »Den, som ved at trodse de Anordninger, der ere givne for at standse Udbredelsen af farlig smitsom Sygdom, udbreder Død og Ødelæggelse i en hel Egn, er ikke forsætlig Mand-

Forbrydelse hellere end med Bøder burde straffes som »andet Bedrageri«, hvorved han da forudsætter sit vide Begreb om denne Forbrydelse.

draber. Det samme gælder om den, der af Kaadhed og paa en almenfarlig Maade beskadiger Veje, Broer, Damme, Vandledninger eller Brønde eller borttager Varetegn, som ere oprettede til at forebygge Ulykker, eller de Redningsredskaber, der ere bestemte til Brug i offentlige Ulykkers Tilfælde. Alle disse ere derimod skyldige i uforsætligt Drab, forenet med en farebringende Handling, der i og for sig og uden Hensyn til nogen Følge kan fortjene Straf . . . Det er klart, at den skammelige Ligegyldighed for andres Ret og Velfærd, som de ommeldte Handlinger røbe, er en Tænkemaade, som ikke er stort bedre end den, der umiddelbart gaar ud paa at skade . . . I de ovenmeldte Tilfælde røber den paagældende ofte en raa Ligegyldighed for alt menneskeligt, som vidner om den dybeste Fordærvelse. Med Mensyn til den Sikkerhed, som Loven skulde forskaffe Statens Medlemmer, er det af Vigtighed, at sli­g umenneskelig Brutalitet tæmmes ved alvorlige Straffetrusler, at saa farlige Foretagender kues<sup>1)</sup>. Ogsaa med Hensyn til Paatalen gør Ø. Anvendelse af Tanken<sup>2)</sup>. Ø. finder det imidlertid lidet praktisk i en systematisk Straffelov at samle slige Forbrydelser under en Klasse for sig selv. Mange af disse Forbrydelser ere sammensatte (indeholde Brud paa flere forskellige Rettigheder) andre ubestemte (røre under visse Omstændigheder en, under andre Omstændigheder en anden Rettighed). Ø.

1) J. T. VI, 2, S. 25 o. ff. Til de almenfarlige Forbrydelser maatte ogsaa henregnes Odelæggelse af Forraad for at fremkalde Dyrtid. Med Hensyn til dette Forhold underkaster han G.'s i dette Punkt særlig uheldige Udkast en Kritik, der imidlertid efterlader nogen Uklarhed om, under hvilke Betingelser han vilde anse Forholdet for strafbart som almenfarligt, J. T. VII, 1, S. 5 o. ff. S. fremdeles om Udbredelse af Kvægsygdomme smst. S. 43 og med Hensyn til Vinforfalskning, J. T. I, S. 299, jfr. Eun. II, S. 223—25, Note. 2) J. T. I, S. 297 o. ff.

»finder det derfor bedre at følge en mere simpel Plan, hvori man uden nogen Mellemdeling umiddelbart lader de enkelte Klasser af Forbrydelser følge paa hinanden, ordnede dels efter deres større eller mindre Vigtighed, dels efter deres indbyrdes Slægtskab. Naar saaledes hver enkelt Forbrydelse ikke forkyndes som en Art af en Hovedklasse, bliver der ingen systematisk Strid, og det kan heller ikke foranledige nogen praktisk Vildfarelse, at man i at give den sin Plads har haft en vis Hovedkarakter for Øje, som udmærker den i dens vigtigste Arter, uden dog at findes i hver enkelt Art af samme. Der kan til Eksempel ingen have noget at erindre imod, at *Brandstiftelse* faar sin Plads i Lovbogen ved Siden af andre Forbrydelser, som, idet de udøves paa enkelt Mands Ejendom, tillige udsætte det almindelige for Fare og ligeledes medføre Fare for Personer. Kun naar man udtrykkeligen rubricerer den under almenfarlige Forbrydelser, møder den Indvending, at denne Karakter ikke findes hos enhver Art af Brandstiftelse, og henhører man den under Ejendomskrænkelse, kan med Føje erindres, at den i sine mere strafbare Arter ogsaa udsætter Personer for Fare, og at dette har indvirket paa Straffenes Bestemmelse« <sup>1)</sup>. Som Tilfælde, hvor Brandstiftelse ikke har den almindelige Karakter, nævner Ø. »naar nogen antænder en ensom Bopæl, endog en ubeboet Bygning . . . Det samme gælder om det Tilfælde, naar nogen for at udøve Bedrageri mod Brandkasser eller andre, sætter Ild paa sin egen Ejendom, uden at nogen Fare for Mennesker eller fremmed Ejendom dermed er forbunden« <sup>2)</sup>. De Betragtninger, som Ø. saaledes gør gældende særlig med Hensyn til Brandstiftelse, ere just ikke meget

1) J. T. VI, 2. S. 230—31, 242 og 244—46, s. ovfr. S. 308—09.

2) Smst. S. 341. s. ogsaa N. J. A. XXX, S. 34.

afgørende. Ved Gennemførelse af Brandstiftelses Henførelse under almenfarlige Forbrydelser maatte hine Tilfælde, der kun henregnes dertil med historisk eller vedtagen Hjemmel, sondres derfra, og i det hele Begrebet, f. Eks. med Hensyn til, hvad der kræves til Fuldbrydelse, rettes derefter<sup>1)</sup>. Ø.'s Synspunkt ligger imidlertid til Grund ikke blot for Fdg. 26. Marts 1841 om Brandstiftelse, men ogsaa for den nugældende Straffelovs Behandling af denne Forbrydelse, ligesom det var det tidligere, s. Pl. 7. April 1819<sup>2)</sup>. Derimod er der i Fdg. 5 Maj 1847 eller i den gældende Straffelovs mere omfattende Kap. 29 intet, som staar i afgjort Strid med Opfattelsen af disse Forbrydelser som almenfarlige<sup>3)</sup>.

3. Den Kreds af Forbrydelser, som krænke retsbeskyttede ideelle, ikke-økonomiske Interesser, har meget hyppigt fundet Omtale i Ø.'s Skrifter. Dette har der i adskillige Tilfælde været Lejlighed til at berøre tidligere. Med Hensyn til enkelte, herhen hørende Forbrydelser er hans Behandling mere indgaaende, om end fragmentarisk, og har været af blivende Betydning for vor Retsudvikling. Fremstillingen heraf

1) S. med Hensyn til Fuldbrydelse af Brandstiftelse Tyveriskr. S. 262 N., N. J. A. I, S. 54, J. T. II, 2, S. 212 o. ff. IX. 2. S. 29 (at Brandstiftelse ikke er fuldbrydet, førend en virkelig Antændelse har fundet Sted, er vist nok) XIII, 2, S. 150—51. Eun. II, S. 170. 397, Fdg. 26 Marts 1841 § 13, Koll. Tid. 1840, Anh. t. Nr. 25, S. XXI—XXII, N. K. T. 1841, S. 273 Ø.'s Lære om den forsætlige Brandstiftelses Fuldbrydelse er et Mellemandpunkt, der ikke kan billiges. Enten maa det være nok, at den objektive retstridige Angrebshandling er fuldendt (hvilket er det principielt rigtige), eller ogsaa maa det kræves, at Følgen for Angrebsobjektet, her Almensikkerheden, er indtraadt : at den konkrete Fare virkelig er opstaaet derved, at en «Ildsvaade» er indtraadt, som Borne-mann vil, jfr. min Str. R. sp. D. I, S. 600 o. ff. 2) Koll. Tid. 1840 Anh. t. Nr. 25. S. I—XXXII, N. K. T., 1841, S. 265 o. ff., 1819, S. 267. 3) N. K. T. 1847. S. 364 o. ff.

falder naturlig i to Dele, eftersom Angrebets Genstand er en Ret for den enkelte eller for Samfundet.

a. Indenfor den første Gruppe ere Ø.'s Undersøgelser om *Ærefornærmelser* talrige og omfattende, ikke blot positiv-retligt, men ogsaa efter almindelige Grundsætninger, skønt han ikke naaede til at give denne Forbrydelse en systematisk udtømmende Behandling, hvad han gentagne Gange bebudede at have til Hensigt<sup>1)</sup>. I selvstændige Afhandlinger har han drøftet, foruden hvad der særlig vedkom den positive Ret, navnlig om Forstaaelsen af »ærerørig«<sup>2)</sup> Spørgsmaal om Sandhedsbeviset<sup>3)</sup>, om animus injuriandi<sup>4)</sup>, om moralske Personer kunne være Genstand for *Ærefornærmelser*<sup>5)</sup>, og i andre Forbindelser har han berørt saavel disse som en Mangfoldighed af andre Spørgsmaal i Emnet<sup>6)</sup>.

Med Hensyn til de nødvendige objektive Krav til *Ærefornærmelsernes* Begreb havde Ø. oprindeligt alene eller dog fortrinsvis Angreb paa godt Navn og Rygte for Øje<sup>7)</sup>. Endnu i senere Udtalelser hævder han, at ikke alene den bestemte Beskyldning, men ogsaa den blotte Foragtytring tjener til at nedsætte den injurie-

1) S. Trykkefrih. Skr. S. 201 N., 206, 278, 282. Tyveriskr. Fort. S. XII. J. A. Nr. 18, S. 206, N. 2) J. A. Nr. 8. S. 129 o. ff. paany i A. f. R. II. S. 388 o. ff. 3) N. J. A. VIII. S. 186 o. ff. 4) J. A. Nr. 8. S. 137 o. ff. A. f. R. II. S. 400 o. ff. 5) J. A. Nr. 18. S. 302 o. ff. 6) L. E. 1799, S. 385 o. ff. 1800, S. 257—58. Trykkefrih. Skr. S. 24—25, 125 o. ff. 152, 156—57, 201 o. ff. 210, 239 N. 278, 279, 280, J. M. 1803, 2. S. 445—46, 447—50. J. A. Nr. 3, S. 200. N. Nr. 10, S. 82. Nr. 13, S. 79—80, 146—47. N., Nr. 21. S. 183, N. J. A. XV, S. 224, XXII. S. 75. J. T. I. S. 381, 385—86. II, 1. S. 124. III, 1, S. 220. V, 2. S. 27 o. ff. VI, 1. S. 205, VII, 1. S. 45—46, 52—59, XI, 2, S. 128 o. ff., XIV, 2. S. 3. Eun. II. S. 154, 219. III, S. 320, IV, S. 627, A. f. R. III, S. 86, 147. Hdbg. I. S. 343, II, S. 22—24. s. fremdeles H. 1. S. 163, N. 257—58, 265—66, samt ovfr. S. 49, 101, 119—21. 7) H. 1. S. 256—58.

rede i hans Medborgeres Øjne. »I det mindste — siger han i en Recension — synes mange Slags Skældsord (convicia) ikke mindre direkte at maatte indvirke paa Meningen om den saaledes behandlede Person end adskillige af de Handlinger, som den recenserede Forfatter betegnede som symbolske Sigtelser. Som Følge af dette Synspunkt lader Ø. det henstaa som et Spørgsmaal, han ikke udtaler en bestemt Mening om, »hvorvidt Injurieloven kan anvendes paa den, som under fire Øjne eller i et lukket Brev paasiger en anden noget skammeligt eller paa anden Maade behandler ham med Foragt. Her er nemlig aldeles ikke Tale om ufordelagtig Indvirkning paa andres Mening, men her findes blot en personlig Foragtytring Sted«<sup>1)</sup>. Ø.'s senere legislative Arbejde angaaende Injurier, der ligger til Grund for de nugældende Bestemmelser, udelukker dog ikke saadanne Tilfælde fra Ærefornærmelser, og ligesaa lidt har Praksis gjort det. — Heller ikke har Praksis fulgt Ø.'s ubetingede Forkastelse af Injurielovens Anvendelighed, naar moralske Personer  $\sigma$ : privatretlige kollektive Enheder angribes<sup>2)</sup>, ligesaa lidt som Lovgivningen har fulgt ham i at udelukke den, naar afdøde angribes<sup>3)</sup>. Forholdet er i begge Henseender det, at Ø. ikke saa, hvorledes en hans modsat Lære kunde bringes, om end ikke i formel, saa dog reel Overensstemmelse med Ærebegrebet<sup>4)</sup>. At Injurielovgivningen er kaldet til at værne ogsaa om en offentlig-retlig Ære og derfor om offentlig-retlige kollektive Enheder, var Ø. derimod ikke i Tvivl om. Den

1) Trykkefrih. Skr. S. 152. J. A. Nr. 8. S. 129 o. ff., 141 N., J. T. III, S. 227—28. s. min Str. R. sp. D. I, S. 245 m. N. 1. 2) J. A. Nr. 18. S. 201 o. ff. s. min Str. R. sp. D. I. S. 209 o. ff. 3) L. E. 1799, S. 389. Trykkefrih. Skr. S. 206. Suppl. I. S. 97. J. A. Nr. 5, S. 148 N., s. H. 1. S. 266 og min Str. R. sp. D. I. S. 206 o. ff. 4) H. 1. S. 163 N. 1, 258. 266 N. 1.



Anvendelse, der heraf var gjort i Fdg. 1799 §§ 8 og 10, udvidedes betydelig i Trykkefrihedsudkastet 1844 og 1846, hvis Indhold og Motiver hovedsagelig skyldtes Ø.<sup>1)</sup> — Af indgribende Betydning for dansk Strafferet har det dernæst været, at Ø. fra tidlig Tid<sup>2)</sup> og med indgaaende Begrundelse lærte, at Sandhedsbevis borttager det retstridige ved en Æren angribende Sigtelse, og at der i Almindelighed bør være fri Adgang til at føre et saadant Bevis. Denne af Ø.'s Forgængere hos os (f. Eks. Nørregaard) bestridte og i en Del fremmede Love kun med store Indskrænkninger anerkendte Sætning har fra hans Tid haft fast Fod i vor Ret. Naar Ø. — bortset fra Sætningens Hjemmel i den positive Ret — forsvarer Sætningen ikke blot som hensigtsmæssig, men som juridisk nødvendig, gaar han dog for vidt. Hans Betragtning er denne: En Borger kan intet retmæssigt Krav have paa at anses bedre, end han ved sine Handlinger har vist sig at være, — ingen Ret til at gøre Fordring paa, at de Sandheder, som kunne lede til et ufordelagtigt Omdømme om ham, skulle skjules. »Ti — spørger han — hvorfra skulde man vel hidlede en saadan Ret? Følgelig kan der vel være Hensigt at skade og beskæmme, men ikke til at fornærme, naar det Onde, der siges om en, er bevist Sandhed«<sup>3)</sup>. Den Ret, som Ø. ikke kan finde, kunde søges i en Ret til at have sit for Samkvemmet betydningsfulde Agtelsesforhold i *Fred*, paa lignende Maade, som — hvad Ø. erkender — en Embedsmand under Udøvelsen af sit Embede har Ret til ikke at forstyrres ved Æresangreb i »den Fred og Ro,

<sup>1)</sup> Trykkefrih. Skr. S. 274. Udk. 1844—1846, §§ 33, 43. Vib. St. Tid. 1844, 1, S. 532 o. ff. 1846, 2, Anh. S. 21 o. ff. <sup>2)</sup> S. H. 1, S. 258. <sup>3)</sup> N. J. A. VIII, S. 189 o. ff., J. T. VII, 1, S. 52—53. XI. 2. S. 133, s. ovf. S. 101, Eun. IV, S. 627.

hvormed ethvert offentligt Ærinde bør kunne røgtes<sup>1)</sup>. Det friere Skøn, der ved en saadan Opfattelse faar Hjemmel, gør det muligt, uden at opgive Regelen, at udelukke Sandhedsbevis eller stille Krav til dette i visse Tilfælde, hvor Ø.'s absolute Udgangspunkt kunde eller maatte føre til en anden Løsning. Det kan saaledes være tvivlsomt, om Ø.'s Standpunkt fører til at udelukke Adgang til at føre Sandhedsbevis eller blot til at indskrænke Straffen til det retstridige Forhold, der bliver tilbage trods ført Sandhedsbevis, i saadanne blandede Tilfælde, som f. Eks. ved Børns Æren angribende Sigtelser mod Forældre. Ø. tør maaske dog antages at have anerkendt det første<sup>2)</sup>. Men derimod har han med Hensyn til Referat af andres Sigtelser, i Overensstemmelse med ældre Praksis, ment at maatte anse Bevis for Hjemmelens Sandhed som tilstrækkeligt til at befri for Straf, medens en friere Bedømmelse af Sandhedskravet hjemler med den nyere Praksis at behandle Rygtebæreren efter en meget strengere Grund-sætning<sup>3)</sup>. — Endnu mærkes, hvad Ærefornærmelsers objektive Side angaar, at Ø. har paavist, at der ogsaa kan være anden Føje for Æresangreb end Sandhedsbevis. Dog har først senere Tider givet disse Tilfælde en saa omfattende Karakter, som Sagens Natur kræver<sup>4)</sup>.

1) N. J. A. VIII. S. 213. 2) N. J. A. VIII. S. 211—12, s. min Str. R. sp. D. I. S. 249—50, jfr. M. t. N. U. 1888, S. 51—52. Dog erindres her, at Ø. ved det blandede Forhold, der indtræder ved Krænkelser af Privatlivets Fred, som tillige ere ærekrænkende, oprindeligt ikke kunde godkende Udelukkelse af Sandhedsbevis, da han mente, at dette burde tilstedes ogsaa ved den rene Privatlivs-krænkelse. 3) Trykkefrih. Skr., S. 280—81, J. A. Nr. 13, S. 147. Noter (til Dom). N. J. A. VIII, S. 210 og 220, s. min Str. R. sp. D. I. S. 263 o. ff. 4) N. J. A. VIII. S. 224 o. ff., J. T. I, S. 346. V. 2, S. 29—30, A. f. R. III. S. 147. s. min Str. R. sp. D. I. S. 256 o. ff. og ovfr. S. 101.

Hvad Ærefornærmelsernes subjektive Side angaar, har Ø. skaffet Klarhed over det saa ofte misforstaaede Begreb animus injuriandi, der ikke kan eller bør betyde andet end Forsæt<sup>1)</sup>. At den blot uagtsomme Ærefornærmelse ikke egner sig til at belægges med Straf, hævder han med Rette, dog kun som Regel og derfor bl. a. uden at erkende den Konsekvens, at en Vildfarelse med Hensyn til Evnen til at kunne føre et virkeligt Sandhedsbevis kan befri for Straf<sup>2)</sup>. At paa den anden Side bevidst usandfærdige, altsaa opdigtede Sigtelser — egentlig Bagvaskelse, Kalumni — med Føje kunne udsondres fra de blot ubevislige til højere Straf, var Ø. klar over, og gav det ogsaa Udtryk i sit senere store legislative Arbejde, — Trykkefrihedsudkastet af 1844 og 1846 — hvilket dog ikke fik Indflydelse i den danske Lovgivning<sup>3)</sup>.

Ingen andre Krænkelser af Enkeltmands personlige Rettigheder udenfor Liv og Legeme har Ø. dvælet ligesaa indgaaende ved. Enkelte Arter af Frihedskrænkelse — som *Menneskerov* og Angreb paa Kvindens Kønshedsfrihed (*Voldtægt*) — gav Gønner's Udkast, »Grundregler« og Recensioner ham Anledning til at berøre<sup>4)</sup>. Af Interesse er det endvidere, at Ø. allerede tidlig erkendte, at *Privatlivets Fred* havde Krav paa at værnes ved Straf, hvad han gav Udtryk i Ud-

<sup>1)</sup> J. A. Nr. 3, S. 200 N., Nr. 8, S. 137 o. ff., Nr. 21, S. 183, N. J. A. VIII, S. 188—90, A. f. R. II, S. 400 o. ff. <sup>2)</sup> Eun. II, S. 219, J. T. I, S. 385—86, N. J. A. VIII, S. 188, 222—23, XXX, S. 29, A. f. R. III, S. 146—47, Udk. 1844 og 1846 §§ 36, 45, Vib. St. Tid. 1844 og 1846 a. St. <sup>3)</sup> N. J. A. VIII. S. 223 N., Eun. II. S. 154, J. T. VII, 1, S. 52—59, XIV, 2, S. 3 (Ø. kalder her Kalumni (Verläumdung): Beførelse) og S. 9, Udk. 1844 og 1846, § 34, Vib. St. T. a. St. — Se iøvrigt med Hensyn til Paatale af Ærefornærmelser ovfr. S. 119—21. <sup>4)</sup> N. J. A. XXX, S. 34 (Voldtægt af »berygget« a. St.), J. T. VI, 1, S. 227, 232, XI, 1, S. 247, Eun. II, S. 104, 105 og 140.

kastet af 1844 og 1846, hvis Bestemmelse herom ligger til Grund for senere danske Lovbestemmelser. Oprindeligt gik han ud fra, at Sandhedsbevis maatte der ogsaa her være Adgang til at føre med strafbefriende Virkning. Men denne ved Pl. 18. Okt. 1805 styrkede Opfattelse genfindes ikke i Udkastet af 1844 og 1846<sup>1)</sup>. At *Brud paa Husfreden og Indtrængen i fremmede Hemmeligheder* ere Handlinger, der fortjene Straf, — den sidste efter Ø.'s Mening dog kun under særegne Forhold, der give den nogen ydre Lighed med Tilegnelsesforbrydelser, men da ogsaa en meget højere Straf, end sædvanligt er, — hævdede han under Striden med Gønner<sup>2)</sup>.

Om Strafbarheden af visse Krænkelser af Enkeltpersoners i Familieforbindingen grundede Retligheder forefindes der lejlighedsvis Udtalelser, særlig om *Hor*. Med Hensyn til denne sidste Forbrydelse gør Ø. opmærksom paa den Ejendommelighed i den danske Rets Horsbegreb, at kun den skyldige Ægtefælle, ikke den ugifte Deltager straffes, forsvarer derhos Regelen i Fdg. 24. Spt. 1824, der ikke lod Straffen ubetinget være afhængig af den krænkede Ægtefælle, samt udtalte sig overhovedet mod kun at anvende en ganske ringe Straf for dette Forhold<sup>3)</sup>.

<sup>1)</sup> L. E. 1799, S. 141, Trykkefr. Skr. S. 266—68, Udk. 1844 og 1846, § 44, Vib. St. T. a. St., s. H. 1, S. 266 m. N. <sup>2)</sup> J. T. VII, 1, S. 51, 128 o ff, XIII, 1, S. 217 N., N. J. A. XXII, S. 81—82, s. H. 1, S. 266. <sup>3)</sup> J. T. VI, 1, S. 232 (Forførelse af Børn til Utugt), VII, 1, S. 29—30 (Forsømmelse af Pligt til Børns Undervisning), N. J. A. XXII, S. 81 (Brud paa Ægteskabsløfte, givet en besvangret; Ø. er imod Strafbarheden), J. T. III. S. 71 m. N., VI, 2, S. 130—31 (om »dobbelt Hor«), Koll. Tid. 1823 S. 349—50, 1824, S. 574—75, J. T. XIV, 2, S. 10, (Hor). S. fremdeles Eun. II, S. 149 (Forsøg paa Hor i forment, ikke virkeligt Ægteskab, jfr. ovfr. S. 130 o ff.) og N. J. A. XXX, S. 33 (ovfr. S. 256 N. 3), s. om Ø.'s ældre, modsatte, til »Naturretten« bundne Opfattelse, L. E. 1799, S. 428, H. 1, S. 259.

b. Det er ovenfor samt i dette Skriffs første Halvdel omtalt, at Ø. vel ikke i Formen betegnede en Ret for Samfundet som det sande Angrebsobjekt for en Række Forbrydelser, der angribe almene, ideelle, ikke-økonomiske Interesser, men at han dog i Realiteten hævder det samme, naar han traadte op mod de Opfattelser, der dels kunstig søgte at faa nogle af disse Forbrydelser ind under Krænkelser af Enkeltmand, dels betragtede og behandlede de fleste andre som blotte Politiforseelser, og naar han i Modsætning hertil lærte, at Grunden til disse Handlingers Strafbarhed, der i Regelen er meget stor, maatte for nogles Vedkommende søges i deres Usædelighed og deraf følgende skadelige Virkning paa Folkets Moralitet, for andres deri, at de »undergrave de Grundstøtter, hvorpaa den offentlige Retfærdighed, Tillid og Sikkerhed beror«<sup>1)</sup>).

Til den første Gruppe hører fortrinsvis Handlinger, der straffes som Krænkelser af den Sædelighed i kønslige Forhold, som Staten er kaldet til at hævde. Vanskeligheden bestaar her i at drage den rette Grænse. »Naturrettens« Formel, der førte til at udelukke saadanne Handlinger fra Kredsen af egentlige Forbrydelser, dersom ikke nogen enkelt ved Handlingen fornærmet kunde paapeges, er gendrevet ved Ø.'s almindelige Retsteori<sup>2)</sup>. Men denne giver ifølge sin egen rigtige, af Ø. saa ofte hævdede Lære ikke nogen bestemt, af den »rene Fornuft« dikteret Grænse. Det

---

1) S. ovfr. S. 82 o. ff., samt H. 1, S. 271 o. ff. 2) S. H. 1, S. 165 o. ff. Blodskam mellem Ascendenter og Descendenter havde Feuerbach ment at kunne rubricere under Krænkelser af Enkeltperson, som »Misbrug af lovlig Privatmagt ved Forførelse«. Ø. paaviser det utilstrækkelige i dette Synspunkt og særlig dets fuldstændige Uanvendelighed paa Blodskam mellem Søkende, Eun. II, S. 94, N., J. T. VI, 1, S. 231—34.

gælder paa den ene Side at erindre, at »Straffelovgivningen ikke bør udstrækkes til alt, hvad der kræves ved Sædelighedsloven, og derfor ikke kan omfatte alle umoralske Handlinger«, men at paa den anden Side Staten er kaldet til at værne Sædeligheden, »for saa vidt denne ved udvortes Love virkeligen kan fremmes«<sup>1)</sup>. Til de Handlinger af den omspurgte Art, som med Rette straffes, henhører Ø. for det første dem, der give »en høj Grad af sædelig Forargelse«<sup>2)</sup>, saaledes Blodskam og unaturlig Vellyst. Det maa være Statens Opgave at *vedligeholde i Folket en levende Af-sky* for de nævnte Handlinger, som alle sædelige, men især alle kristelige Folk have fordømt, og som kunne forvolde megen moralsk og fysisk Ulykke<sup>3)</sup>. Dertil kunne Straffelovene virke, men kun — som Ø. gentagne Gange fremhæver — under den Forudsætning, at Straffen ikke blot er en Bagatelstraf. Bagatelstraffe give blot Anledning til, at sligt betragtes som smaa Synder. Ved dem udretter Justitsen mere til Skade end til Gavn for Sædeligheden. De staa, hvad Kønsforbindelse mellem nærpaarørende angaar, ikke i Forhold til den Fordømmelsesdom, Folket fælder over dem. De vilde betage Forbudet det Præg af Hellighed, som Folkets indgroede Forestillingsmaade tillægger det. Selv om iøvrigt Forbudet ikke havde dybere Grund, end den af Montesquieu og Michaelis anførte, vilde en Bagatelstraf ikke være passende<sup>4)</sup>. Paa det

1) S. H. 1, S. 181, 185—89, 233, 271. 2) A. f. R. III, S. 26—27, H. 1, S. 272. 3) J. T. XIV, 2, S. 12—14. 4) »Unaturlig Vellyst« (»Sodomi«) betegnede Ø. allerede i Rec. af Collet (fil. Rep. II) som en grov Forbrydelse, s. H. 1, S. 259 N. 1. S. iøvrigt herom Eun. II, S. 183 N., 184 N., N. J. A. XXX, S. 34, 39, J. T. VI, 1, S. 235—36, XIV, 2, S. 11—13, hvor det bl. a. paavises, at offentlig Forargelse ikke bør være Betingelse for Strafbarheden, men i det højeste et Hensyn. Paatalemyndigheden maa kunne tage i Betragtning ved at bestemme, om Tiltale skal ske. — Blodskam

nævnte Synspunkt beror det delvis, at Ø. erkender, — hvad han i sin Kant'ske Tid havde nægtet —, at offentlige — ved Tale, Lære, Skrift eller billedlige Fremstillinger — fremsatte usædelige Ytringer med Rette straffes af alle Love. Paa de egentlige aggressive Ytringsangreb paa Sædeligheden finder dog det noget forskellige Synspunkt om Angreb paa Samfundets Grundstøtter Anvendelse, s. ndfr Det er disse Ø. har for Øje, naar han udvikler, at Straffebud herom dog ikke — med G.'s Udkast — bør udstrækkes til Ytringer, »som kunne eragtes fordærlige for Sædeligheden, uagtet Forfatteren ingenlunde umiddelbart anbefaler Last«<sup>1)</sup>. — En anden Gruppe af Tilfælde, hvis Strafbarhed ingen Tvivl frembyder, udgøre de Handlinger, hvorved Ægteskabsinstitutionen angribes, hvortil navnlig Bigami hører<sup>2)</sup>. Derimod fandt Ø. det med Rette urimeligt og skadeligt, at G.'s Udkast satte Straf for en Undersaat, der uden sin hjemlige Myndigheds Tilladelse i Udlandet indgik Ægteskab med en fremmed, skønt det indgaaede Ægteskab ikke iøvrigt stred mod Sædelighed eller god borgerlig Orden, ja endog erklærede et saadant Ægteskab for ugyldigt, naar Statssamtykket ikke senere erhvervedes: »Hvorfra skal Staten faa den Ret at forbyde et saadant Ægteskab«? — Tvivl frembyder derimod Spørgsmaalet, om og under hvilke Betingelser almindelig Utugt bør straffes. Ø. drøfter dette Spørgsmaal udførligt i en Recension af

---

omtaler Ø. særlig i Eun. II, S. 93—94, 183, N. J. A. XXX, S. 34, 39, J. T. VI, 1. S. 234—35, XIV, 2, S. 13 o. ff. <sup>1)</sup> S. H. 1, S. 206, 256, 262, 266—67, Trykkefrih. Skr. Fort. S. 3 og S. 25, J. T. VII, 1, S. 26 (blot teoretiske Undersøgelser om etiske Emner bør ikke være strafbare, udvikler Ø.), s. endvidere ovfr. S. 102, N. 2 og S. 107, N. 2, s. Udk. 1844—46, §§ 28 og 30, Vib. St. Tid. a. St. <sup>2)</sup> S. om Bigami J. A. Nr. 4, S. 188, jfr. Koll. Tid. 1827, S. 274—76

Mittermaier<sup>1)</sup>, der aksiomatisk gik ud fra, at Straf herfor altid maatte være udelukket. Sagen behøver — siger Ø. med Rette — en dybere og flersidigere Undersøgelse: »Naar hin mægtige Naturdrift ikke erkender nogen sædelig Grænse, vil dette have de sørgeligste Følger, nærmest for det ene Køns hele moralske Tilværelse, men derved middelbart ogsaa for det andets . . . Driftens sædelige Begrænsning beror vistnok ikke paa Straffeloven alene, men denne . . . bidrager meget til at *lede og vedligeholde den almindelige Mening* . . . Ved Afskaffelse af Straffe for Løsgtighed . . . gaar ikke blot den umiddelbare Modvægt, Straffen skulde indeholde, tabt, men den Modvægt, som den offentlige Mening skulde frembyde, svækkes i betydelig Grad . . . Overhaandtagende Løsgtighed kaster derhos højst betydelige Byrder paa Samfundet«. Idet Ø. fremhæver disse Grunde for Utugtsstraffe og afviser andre, som M. anførte imod dem, erkender han dog, at givne Forhold kunne stille sig imod almindelig Straf for Utugt, navnlig mod en saadan Strafs Genindførelse, hvor den er afskaffet. Men overvejende Grund til at fastholde den er der dog i de Tilfælde, hvor Byrden ved Børnenes Forsørgelse kastes paa Stat eller Kommune. *Barnefædre* bør derfor straffes, naar de ej kunne tilvejebringe et passende Bidrag til Barnets Underhold. Om Strafbarheden eller dens Betingelser, naar Utugt drives som Erhverv, udtaler Ø. sig ikke. Men at Tredjemand, som fremmer Utugt ved *Rufferi, Horeværtskab* m. m., bør straffes, forudsættes som givet<sup>2)</sup>.

Udenfor de kønsusædelige Handlinger kan her endnu erindres om Ø.'s Undersøgelser med Hensyn til

<sup>1)</sup> J. T. XIV, 2, S. 17, o. ff., s. ogsaa IV, 1, S. 183, Koll. Tid. 1827, S. 504—05 (ad Pl. 12. Juni 1827). <sup>2)</sup> Eun. II, S. 185. J. T. VI, 1, S. 274.



forsøgt Selvmords Strafbarhed efter almindelige Grund-sætninger. Ø. benægter denne, men finder det rime- ligt, at Selvmorderen ikke faar »højtidelig Begrav- velse«<sup>1)</sup>).

Af de Forbrydelser, hvis Strafbarhed beror paa, at de undergrave »Samfundets Grundstøtter«, har Ø. særlig behandlet *Mened* og de med den beslægtede Forbrydelser. Paa hans Undersøgelser herom hvilede Fdg. 15. April 1840, der atter er væsentlig Kilde til den nu gældende Straffelovs Bestemmelser om denne Forbrydelse<sup>2)</sup>. At Ø. hævdede det nævnte Synspunkt for Menedsforbrydelsen, havde praktisk Betydning derved, at de skæve Opfattelser afvistes, som i Men- eden kun vilde se en Krænkelser af Enkeltmand og derfor gjorde Hensigt til at skade til Strafbetingelse og i Regelen i Meneden saa en Art af Bedrageri. »Retssikkerheden, der — siger Ø. — ganske vil gaa til Grunde, naar Eden ikke nyder ubetinget Agtelse, kræver ikke mindre Beskyttelse mod den sløve Mor- al, der sætter den sanselige Medfølelse over ethvert Hensyn til Gud, Sandhed og Retfærdighed, som mod de Bevæggrunde, der ere for aabenbart hæslige til at tjene til Besmykkelse for Mened«. Er Hensigt til at paaføre Enkeltmand et Onde forbundet med Mened, er det en yderligere Forbrydelse, der kommer i Be- tragtning efter Sammenstødsregler, for saa vidt Loven ikke træffer særlig Bestemmelse for dette Forhold<sup>3)</sup>.

<sup>1)</sup> S. H. 1, S. 132. 173—74, 258, 305, J. T. IV, 1, S. 243 N., Eun. III. S. 339—41. <sup>2)</sup> J. A. Nr. 23, S. 60—76, N. J. A. XVIII, S. 122 o. ff. (»Om Straf for falsk Vidnesbyrd og nogle dermed beslægtede Forbrydelser«), XXII. S. 96 o. ff., XXX, S. 34, J. T. II. 2, S. 200, V, 2, S. 24—25, VI, 2, S. 53, 54 m. N., XI, 2, S. 26 o. ff., Eun. 1. S. 328 o. ff., II, S. 140, 323, A. f. R. III, S. 215, Koll. Tid. 1840 S. 521 o. ff., s. H. 1, S. 266 m. N. 3. <sup>3)</sup> N. J. A. XVIII, S. 122—24, 144 o. ff., XXII, S. 96, 103—04, XXX S. 34. Koll. Tid. S. 532—33 (ad Fdg. 15. April 1840, § 3).

Paa den anden Side kan det retstridige ved Mened ikke søges alene i den religiøse Krænkelser. Saa maatte den ogsaa være strafbar, naar den fandt Sted Mand og Mand imellem, medens Straf for Mened som saadan kun finder Sted, naar den øves i Forhold til Staten<sup>1)</sup>. Da Staten imidlertid kun stiller Edskravet for at sikre visse Formaal, fornemmelig med Hensyn til Retshaandhævelsen, bliver Ø. ikke staaende ved Opfattelsen af Mened som Forbrydelse mod Staten, men betragter den fra det angivne Synspunkt som Angreb paa en »Grundstøtte for den offentlige Retfærdighed, Tillid og Sikkerhed«. Fra dette Synspunkt er det, at han sammenstiller — trods alle andre Forskelligheder — Mened med de forskellige Tilfælde af Falsk, hvis Strafbarhed han med Føje grunder paa det samme, og hvilke han derfor udskiller fra Bedrageri, som ovfr. under Nr. 2 a omtalt<sup>2)</sup>. Ud fra dette Synspunkt har Ø. ogsaa let ved at hævde den vigtige Sondring mellem »Mened« som løgnagtig Bekræftelsesed og »Edsbrud« som Brud paa Løfteed. Kun paa hin passer Synspunktet fuldstændigt. Edsbrudet er som saadant baade moralsk og retlig set en langt ringere Retskrænkelser, hvortil det vil være nok at tage Hensyn ved Udmaalingen af Straffen for den Pligtforsømmelse, som, bortset fra Brudet paa Løfteeden, vil foreligge<sup>3)</sup>. Paa den anden Side fører

---

<sup>1)</sup> N. J. A. XXII, S. 104, Koll. Tid. 1840, S. 523 og 528 (ad Fdg. 15. Apr. 1840, §§ 1 og 2). <sup>2)</sup> N. J. A. XVIII, S. 125, XXII, S. 104, Eun. II. S. 140, A. f. R. III, S. 215, Koll. Tid. 1840, S. 523 og 528, s. ovfr. S. 357—58, samt min Str. R. sp. D. II, S. 8 o. ff. og III. S. 61 o. ff. <sup>3)</sup> J. A. Nr. 23, S. 66 o. ff., N. J. A. XVIII, S. 158, XXII, S. 96—99 (hvor Ø. udtaler sig imod Løfteeds Afskaffelse: »Man vilde snart erfare, at man havde borttaget en Dæmning, der vel ikke ganske holder Fordærvsens Strøm ude, men dog gør, at den ikke saa ustandset udbreder sin Ødelæggelse, som den ellers vilde«), Koll. Tid. 1840, S. 539—41 (ad Fdg. 15. Apr. 1840, § 10).

Synspunktet udover de Stadfæstelseseder, der afgives for Retten (af Vidner, Skønsmænd, Parter), og som nærmest haves for Øje, til lignende Ed for anden offentlig Myndighed, hvor saadant forekommer, samt til at anerkende Strafbarheden, om end ringere, af løgnagtige Bekræftelser uden Ed, selv hvor Betingelserne for Vidners Forsøg paa Mened ikke foreligge<sup>1)</sup>. Endelig fører ogsaa Synspunktet til den rigtige Bestemmelse af Forbrydelsens Fuldbrydelse, at der intet i saa Henseende kan kræves ud over den fuldendte Handling<sup>2)</sup>.

Ø.'s retsfilosofisk grundlæggende Afhandling af 1807 genoplivede den af »Naturretten« glemte Sandhed, at Religion, Menneskehedens højeste Interesse, ogsaa er en væsentlig Statsinteresse som Moralitetens Kilde: »Det borgerlige Samfunds fasteste Støtte«. I Kraft af dette, stedse senere af ham fastholdte Synspunkt er det, at Ø. hævder, at Staten bør værne om Religionen, for saa vidt det kan gøres indenfor den af det almindelige Retsprincip følgende Grænse. Angrebsobjektet for de af denne Grund strafbare Handlinger er da ikke blot enkelte Personer eller Trossamfund, men det hele Samfunds Interesse, at denne dets Grundstøtte ikke undergraves. Synspunktet er saaledes væsentlig det samme som ved de nys omtalte Forbrydelser, kun at Borgersamfundet her ikke trues saa umiddelbart som ved hine Handlinger<sup>3)</sup>.

Allerede før Offentliggørelsen af Afhandlingen havde Ø. praktisk som Dommer (1804) været med til at statuere Strafbarhed af Gravfredens Krænkelser,

---

<sup>1)</sup> N. J. A. XVIII, S. 153 o. ff., XXII, S. 99—100, Eun. I, S. 328 o. ff., Koll. Tid. 1840, S. 534—39, (ad Fdg. 15. Apr. 1840, §§ 5, 7, 8 og 9). <sup>2)</sup> N. J. A. XVIII, S. 128—33, XXII, S. 104—05, J. T. II, 2, S. 200, VI, 2, S. 53—54, XI, 2, S. 26 o. ff., Koll. Tid. 1840, S. 532—34 (ad Fdg. 15. Apr. 1840, §§ 3 og 4). <sup>3)</sup> S. H. 1. S. 82—83, S. 145—46, 175—81, 189, 195—96, 269—73, 329 o. ff.

fordi den til Gravfreden knyttede almene religiøse Følelse havde Krav paa Værn<sup>1)</sup>. Selve Afhandlingen nævner som Anvendelser af Synspunktet, at der ved Straf bør værnes mod Forstyrrelse af den Andagt, hvortil de religiøse Fester ere bestemte, — hvortil, som det hedder i Haandbogen, hører forargeligt Forhold under de gudstjenstlige Handlingers Udførelse<sup>2)</sup>, — fremdeles, at Straf bør ramme fjendtlige Angreb paa de Former, hvori Folket eller visse Samfund af Folket have udtrykt deres Religion. Naar saadanne Angreb ytrer sig i Spot eller Forsøg paa at gøre Angrebets Genstand latterlig eller foragtelig, siger Ø., at Angrebet ogsaa kan betragtes som en Fornærmelse mod det paagældende Samfund. Senere udtalte Ø. sig imod denne sidste Opfattelse, dels fordi den skulde føre til uantagelige videre Konsekvenser, dels fordi den i andre Retninger er for snæver<sup>3)</sup>. I den første Indvending har Ø. ikke Ret. Han fastholder den heller ikke senere<sup>4)</sup>. Den anden Betragtning, hvorved Ø. vil hævde et videre Omraade for den saakaldte Blasfemis Strafbarhed, kan der ikke rejses nogen principiel Indvending imod. Heller ikke betragtede Afhandlingen af 1807 det Synspunkt som det principale, at det enkelte Samfund fornærmes, og det var heller ikke dens Mening at indskrænke de strafbare Angreb paa Religionen til Haan og Spot. Den medtog alle »fjendtlige« Angreb, blandt hvilke den stiller i Spidsen dem, der »forsætlig og umiddelbart arbejde paa Religionens

1) J. A. Nr. 4, S. 74 o. ff, jfr. Nr. 3, S. 241, N. J. A. XXIX, S. 73—74 (Straf uanvendelig, hvor et Ligs Opgravning i Tyskland udelukkende havde haft et videnskabeligt Øjemed), Eun. II, S. 101 N., Hdbg. I, S. 341 N., s. H. 1, S. 267 N. 1. 2) Eun. I. S. 92—93, Hdbg. I, S. 341 N., J. T. VI, 1, S. 233 N., s. H. 1, S. 269—71. 3) J. A. Nr. 29, S. 174 N., Eun. II, S. 183 N. 2, J. T. VI, 1, S. 233 N. 4) S. ovfr. S. 366—69 samt Udk. 1844 og 1846, § 29, Vib. St. Tid. a. St.

Udryddelse«. De fjendtlige Angreb stiller Afhandlingen i Modsætning til teoretisk Arbejde paa at rense eller omskabe Religionsformerne. Det, Ø. vil have inddraget under Strafbarheden, er da dels Haan og Spot over religiøs Lære og Form, som krænker en almen religiøs Følelse, dels Angrebene paa Religionens praktiske Side som Bærer af Moralitet. Grænsen kan — udvikles det her som andet Steds — ikke drages med matematisk Bestemthed. Det maa komme an paa — som det i Kritikken af Gønner hedder — Handlingens *nødvendige Tendens*. Det er i denne Henseende ingenlunde nok, at Handlingen *kan eragtes* fordærlig for Sædelighed og Religion<sup>1</sup>). — At Udbredelse af vrang Lære (Kætteri) kun er Forbrydelse for Kirkens Lærere, erkender Ø., skønt Datidens Love giver ham Anledning til at nævne den i denne Sammenhæng<sup>2</sup>).

4. At Staten maa værne sig selv mod Angreb, er en Sætning, der ogsaa af Naturretten erkendtes som selvfølgelig. Da Staten forudsættes dannet ved Forening, værne Personerne sig selv, naar der værnes om Staten. Paa dette Felt havde Ø., der selv i Formen blev staaende ved Foreningsteorien, derfor ingen Kamp

<sup>1</sup>) Trykkefrih. Skr. S. 20 m. N., 36—37, 41, 51, 124 o. ff., J. T. VI, 1, S. 232. 233 m. N., 235, Eun. I, S. 92—93, J. T. I, S. 298. V, 2, S. 77, VII. 1, S. 26 o. ff., Udk. 1844 og 1846, § 28, Vib. St. Tid. 1844 og 1846 a. St. Naar Ø. paa anførte Steder vil, ligesom Fdg. 27. Spt. 1790, § 5, have »Troen paa Guds Tilværelse og Sjælens Udødelighed« værnede mod »Undergravelse«, er det ikke som Læresætninger, men som Grundvolden for den Moralitet, hvorpaa Retten bygger, f. Eks. ved Anvendelsen af Ed. Ved at bruge Udtrykket »undergrave« antager han, at den frie Religionsforskning, hvis Ret han med samme Kraft hævder paa anførte Steder, er sikret mod at rammes af en saadan Straffebestemmelse, hvis Betænknelighed han fra denne Side erkender. <sup>2</sup>) Eun. II. S. 185, Hdbg. I, S. 341 m. N., J. T. V, 2, S. 77 o. ff., s. H. 1, S. 323 m. N. 7.

at bestaa med andre Kriminalister<sup>1)</sup>. Nogen systematisk Fremstilling af de enkelte Forbrydelser mod Staten i deres Sondring fra og Afgrænsning mod hinanden efter Forholdets Natur har Ø. ikke givet. Kun med Hensyn til de groveste Statsforbrydelser findes der hos ham nogle Bidrag til en saadan Systematik<sup>2)</sup>. Om en Skare af mindre betydelige Stabsforbrydelsers Begreb findes der fragmentariske Bemærkninger, særlig i Kritikken af Gønner<sup>3)</sup>. Paa to Omraader gaar han dog dybere, og ikke blot efter den positive Ret, nemlig dels ved *Embedsforbrydelser*<sup>4)</sup>, dels med Hensyn til de *Statsforbrydelser, der ske ved Pressen*.<sup>5)</sup>

Hverken Straffelovene fra Ø.'s Tid eller senere Straffelove eller Videnskaben frembyde noget ensartet Billede med Hensyn til de Hovedsondringer indenfor Statsforbrydelsernes Kreds, der her, som ved andre Forbrydelser, maa gøres efter Forskel i Angrebsobjektet. Medens nogle lægge Forskellen mellem Statens Ret udadtil og indadtil til Grund, gøre andre Forskellen mellem Statsmagts Besiddelse og dens Udøvelse i enkelte Handlinger til Hovedskelnemærket. Ø. tog Parti for den sidste Opfattelse<sup>6)</sup>. Paa Grundlag af Fdg. 1799 § 1 og i Foreningsteoriens Indklædning samlede han i Trykkefrihedsskriftet og senere i Manddrabsafhandlingen under et Begreb Angreb rettede

---

1) S. ovfr. S. 80—88 og H. 1, S. 208 o. ff. 2) Eun. III, S. 112 o. ff., Trykkefrih. Skr. S. 100 o. ff., s. ogsaa J. T. VI, 1, S. 225—26, VII, 1, S. 32 o. ff. 3) J. T. VI, 2, S. 19, VII, 1, S. 10 o. ff., 32—35, 81—84, XI, 2, S. 55. 4) N. J. A. XIII, S. 120 o. ff., J. T. IV, 2, S. 214 o. ff., V, 2, S. 1 o. ff. 5) Trykkefrihedsskriftet af 1801 var ikke blot en Fortolkning, men ogsaa en Bedømmelse af Fdg. 27. Spt. 1799's Bestemmelser angaaende den politiske Skrivefrihed. Se fremdeles det Stænderne forelagte Udkast til Anordn. om Trykkefriheden af 1844 og 1846 med Motiver i Vib. St. Tid. 1844 og 1846 a. St. (findes ogsaa i Rosk. St. Tid. 1844 og 1846). 6) S. min Str. R. sp. D. III, S. 25 o. ff.

paa »Statens Opløsning« (»*Statsforræderi*«), hvad enten det sker ved at omstyrte selve Grundforeningen (pactum unionis: Indførelse af Anarki eller Ophævelse af Statens Selvstændighed eller Helhed), eller ved at ophæve det, der udgør den individuelle Stats Væsen, ved Forandring af Forfatningen (pactum constitutionis s. ordinationis civilis) eller den forfatningsmæssige Arvefølge (pactum subjectionis). Lykkes disse Handlinger, mistes Besiddelsen af Statsmagten eller, som Ø. udtrykker det, Staten tilintetgøres i det mindste for en Tid: »Rejser den sig paa ny, sker det ved Palingenesi, ikke ved Metamorfose«<sup>1)</sup>. I Trykkefrihedsskriftet medtog Ø., under Hensyn til Fdg. 1799, inkonsekvent under dette Begreb om Statsforræderi Opsættelse mod Regentens enkelte Befalinger, »skønt man lader ham beholde Scepter og Trone. Ti de, der tvinge ham, ville, at han skal regere efter deres Vilje, og have alt-  
 saa til Hensigt at gøre dem selv til Oversuveræner«<sup>2)</sup>. Men denne Inkonsekvens genfindes ikke i Manddrabsafhandlingen eller senere. Her er Ø. endog tilbøjelig til, næppe med Føje, at udelukke Attentater paa Tronfølgerens Liv fra Statsforræderi<sup>3)</sup>. At i hvert Fald de blot den enkelte Magtudøvelse angribende Handlinger staa lavere i Strafbarhed, udvikler Ø. med god Grund i sin Kritik af Grundlovsudkastets senere bevarede Bestemmelse om Højforræderibegrebets Anvendelse paa Handlinger, der antaste Rigsdagens Sikkerhed og Frihed<sup>4)</sup>.

Vigtigere end det omtalte Rubriceringsspørgsmaal er Afgørelsen af, om der foreligger en mod Besiddel-

---

<sup>1)</sup> Trykkefrih. Skr. S. 100—01, Eun. III, S. 114—15. J. T. VII, 1, S. 32, s. ogsaa Trykkefrih. Udk. af 1844 og 1846, § 21 og § 22. Vib. St. Tid. a. St, Pr. af U. t. Grl. S. 190. <sup>2)</sup> Trykkefrih. Skr. S. 100. <sup>3)</sup> Eun. III, S. 114. <sup>4)</sup> Prøv. af U. t. Grl. S. 190 o. ff., s. gns. Grl. 1866, § 43, jfr. Bornemann S. Str. IV, S. 282, 295—96.

sen (eller Udøvelsen) af Statsmagten rettet *retstridig* Angrebshandling. Trykkefrihedsskriftet behandler dette Spørgsmaal med Hensyn til de ved Pressen offentliggjorte Udtalelser om Forandringer i Magtsiddelsen<sup>1)</sup>. En virkelig Tvivl frembyder sig ikke, naar Udtalelsen fremtræder som Raad til eller Tilskyndelse af andre end de forfatningsmæssige Indehavere af Magten om at foretage en saadan Forandring, altsaa uden eller mod de forfatningsmæssige Magtindehaveres frie Vilje. En saadan Hidførelse af Forandringen er altid retstridig, medens omvendt Udtalelse af Ønsker, hvis Opfyldelse overlades Magtindehaverens frie Vilje, ikke ere retstridige. Andet og mere ligger ikke i Ø.'s Udvikling i Trykkefrihedsskriftet om saadanne Raads Retstridighed. Naar han forklarer, at der ikke kan kræves udtrykkelig Raad til Folket om at bruge Magt til at realisere Forandringen, staar det ikke i Modstrid hermed. Dels er Magt (Vold) ikke det eneste retstridige Middel, der kan tænkes anvendt, dels kan Raadet ligge stiltiende i Udtalelsen. Ligesaa lidt var Udkastet til Trykkefrihedsanordning af 1844 og 1846 i Strid hermed. Det, der her stilles i Modsætning til at »raade til voldelig Forandring af Statsforfatningen« og under en lavere Straf end dette, er (iøvrigt) »at søge at fremkalde Bestræbelser for at bevirke en Forandring i samme«. »Bestræbelser« er mere end Ønsker. Hine have, disse ikke Tvangskarakter. Dette blev miskendt ved Presse-loven af 3. Jan. 1851, medens den gældende Slraffelov har udfyldt, hvad Presseloven manglede, i Ø.'s Aand, ved sit Bud i § 86, der rammer Bestræbelser mod Forfatningen, foretagne paa »anden ulovlig Maade« end ved Oprør eller Voldsgerninger (§ 85),

<sup>1)</sup> Trykkefrih. Skr. S. 102 o. ff. Jfr. iøvrigt om Oprør Rec. i N. J. A. XXIX, S. 51 o. ff.



med Straf, om end lavere<sup>1)</sup>. — Tvivl frembyder sig først, naar Udtalelsen ikke har den angivne Karakter af Raad eller Tilskyndelse, men er en Meningstilkendegivelse, af hvilken Vedkommende kun ved en mellemkommende Fornufts slutning kan uddrage et Raad. Ved Fortolkningen af Fdg. 1799 § 2 drøfter Ø. udførlig dette Spørgsmaal. Hans Resultat er, at Meningstilkendegivelsen er retstridig, naar den indeholder en Dadel, der *ikke kan* betragtes som Raad til Regenten (∴ den forfatningsmæssige Magtindehaver), men alene lader sig forklare af Hensigt til at opvække Folkets Misfornøjelse og tilvejebringe Gæring« eller — som det et andet Sted hedder: »naar den giver Præmisserne til den Konklusion: Folket bør rejse sig for at bringe en anden Konstitution eller en anden Regering i Stand«. Ti da ligger det i Meningstilkendegivelsens *nødvendige Tendens* at bringe Folket til Opstand<sup>2)</sup>. Denne Opfattelse har Hjemmel i Sagens Natur, med Forbehold af, at hin Tendens har været enten vedkommende bevidst, altsaa Retstridigheden forsætlig, eller dog kan tilregnes som uagtsom paa den Maade, som Strafbarhedens subjektive Forudsætninger kræve. Men selve den objektive Grænses noget flydende Karakter giver Ø. Lejlighed til i Kritikken af Gønner's Udkast indtrængende at indskærpe, at det ikke er nok, at Udtalelsen kan opvække Uvilje mod Forfatningen, hvorved der vilde ske et ganske forkasteligt Baand paa den politiske Ytringsfrihed, men at det maa kræves, at den »ingen anden Bestemmelse kan have«<sup>3)</sup>. Ud over denne Grænse gik heller ikke Ud-

1) Trykkefrih. Skr. S. 104—05, Udk. 1844—46, §§ 21 og 23, Vib. St. Tid. a. St. Det erindres, at Presseloven af 1851 i mange Punkter er en Ekstrakt af Dele af Udk. 1844—46. 2) Trykkefrih. Skr. S. 124, 148, 194, 196, 212 o. ff. 3) J. T. VII, 1, S. 24 o. ff., jfr. ovfr. S. 373, 379, om Ø.'s Protest mod at medtage under Angreb

kastet af 1844—46 ved sine Bestemmelser om Straf for »den, der laster, forhaaner eller søger at udbrede Had og Misnøje imod Rigets Konstitution« eller ved »nedsættende Fremstillinger af en venskabelig Stats Forfatning at fremkalde Uvilje mod denne«. Den senere Lovgivning har kun delvis draget saadanne Meningstilkendegivelser ind under Strafbarheden, nemlig i Tilfælde, hvor de maatte anses som særlig farlige, men dog derved erkendt, at der principielt ikke kunde indvendes noget derimod. Presseloven og den gældende Straffelov har saaledes gjort Anvendelse deraf i Forholdet til fremmede Magter ved Reglerne i L. 3. Jan. 1851, § 7, Stl. § 82 og særlig § 73 (»offentlig i Tale og Skrift udtale sig for . . . fjendtlige Foretagender«), og den forel. L. 2. Novbr. 1885 paa mere omfattende Omraader i Statens indre Liv (»ophidse til Had og Forbitrelse«, »fremstille som fortjenstfuldt eller bifaldsværdigt«). — En tredje Maade, hvorpaa Ytringer af lignende Grund kunne være retstridige Angreb paa Statsmagten i det hele, — som iøvrigt ogsaa paa dens enkelte Udøvelse, — er den, offentlig at udbrede urigtige Meddelelser om faktiske Forhold, som ere egnede til at vække Uvilje, Had eller Foragt mod Staten og derved skade denne. Ogsaa dette udvikler Ø. i Trykkefrihedsskriftet og optog i Udkastet af 1844—1846 en Bestemmelse herom i dens hele Rækkevidde. Hverken Presseloven eller den gældende Straffelov optog dette. Men ifølge det Princip, der i Straffeloven er fulgt, hvor en Meningsytring sætter Statens Sikkerhed i Fare udadtil, særlig i § 73, er det en aabenbar Mangel, at i al Fald denne Paragraf ikke

---

paa Sædelighed og Religion Ytringer, der kunne eragtes fordærlige for disse, s. ogsaa Trykkefrih. Skr. S. 103—04. 108 o. ff., 176 77, 247. <sup>1)</sup> Udk. 1844—46, §§ 23, 31 og 33, Vib. St. Tid. a. St.

medtager dette Forhold. Indadtil fik Regelen en forbigaaende Anerkendelse i forel. L. 2. Novbr. 1885, § 4<sup>1)</sup>. — At den Forebyggelsespligt, som bør paahvile Borgerne med Hensyn til visse Forbrydelser, ogsaa i fortrinlig Grad maa hævdes, naar det gælder de her omhandlede Forbrydelser mod Statsmagten, er indlysende. Ø. erkender vel, at Fordringen ogsaa her maa undergives Begrænsning af Hensyn til øjensynlig Livsfare for paa-gældende selv eller andre, men hævder, at Pligten mod Fædrelandet dog, hvor det gælder et forestaaende Landsforræderi, bør foretrækkes for Familiebaandet<sup>2)</sup>.

Udenfor de omtalte groveste Statsforbrydelsers Kreds kunne Statsforbrydelserne henføres til tre Grupper: Angreb paa Statsmagtens enkelte Udøvelser udadtil og indadtil, Angreb paa Statsmagtens Bærere uden materiel Skade for Statsmagtens Besiddelse eller Udøvelse og Brud paa særlige offentligretlige Pligtforhold mod Staten.

Ø. Udtalelser om Forbrydelser, der høre til den første Gruppe, ere sporadiske. Som alt berørt, omfatte Ø.'s Undersøgelser om Modstand mod Statsmagtens Befalinger og om urigtige Efterretningers Udspreldelse til Skade for Staten ogaa Handlinger, der ikke angribe Statsmagten i Almindelighed, men kun enkelte Udøvelsesakter<sup>3)</sup>. Det samme gælder om de *Angreb paa Statens Ret i Forhold til fremmede Magter*, som ske ved uberettigede Meddelelser eller ved ulovligt

<sup>1)</sup> Trykkefrih. Skr. S. 251 o. ff. (ad Fdg. 1799 § 6), Udk 1844—46 § 32, Vib. St. Tid. a. St. Det indlyser, at Stl.'s § 80 taler om det ganske forskellige Forhold, nemlig at gøre uberettiget Meddelelse om rigtige Kendsgerninger, jfr. Trykkefrih. Skr. S. 259 o. ff. <sup>2)</sup> Eun. II, S. 173 o. ff., J. T. VI, 2, S. 80—81, s. ovfr. S. 108, 335 o. ff. <sup>3)</sup> Trykkefrih. Skr. S. 90 o. ff., 100—01, J. T. VII, 1, S. 82, 84, Udk 1844—46, §§ 22 og 32, Vib. St. Tid. a. St., s. ovfr. S. 381 og 384.

Samkvem med Fjenden<sup>1)</sup>. Af andre, Statsrettighederne indadtil krænkende Handlinger berører Ø. særlig *Anmasselse af offentligt Embede, Fangers Befrielse, Undladelse af at forebygge eller angive Forbrydelser*, men mest i en Sammenhæng, der har foranlediget til Omtale ved at fremstille Ø.'s Lære om Strafferettens almindelige Grundsætninger<sup>2)</sup>.

Indgaaende er Ø.'s Behandling af en Del af de Statsforbrydelser, der høre til den anden ovennævnte Gruppe, nemlig de, der angaa *Angreb af denne Art paa Repræsentanter for den højeste Statsmyndighed*, altsaa særlig *Ærefornærmelser mod Kongen og Kongehuset*, hvortil slutter sig hans Udtalelser om lignende *Angreb paa fremmede Regenter og Gesandter*. Hvad Ø. her har lært, er i det væsentlige godkendt i den senere Lovgivning (Presseloven og den almindelige Straffelov) og Retsanvendelse<sup>3)</sup>.

Udførligt har Ø. endelig behandlet en Hovedklasse af Statsforbrydelser af den tredje ovennævnte Gruppe, *Embedsforbrydelserne*, først (1815) i en særlig Gren ved Afhandlingen »om Dommeres Ansvar for deres

---

<sup>1)</sup> Trykkefrih. Skr. S. 259 o. ff., J. T. VII, 1, S. 10—16, hvor med Hensyn til begge de nævnte Forbrydelser Indsigelse gøres mod flere aldeles urimelige Udvidelser af Omraadet for de Statens Ret lige overfor fremmede Stater krænkende Handlinger, som Gønner's Udkast havde gjort, og som nu ere forsvundne af Straffelovene, s. bl. a. ovfr. S. 373. <sup>2)</sup> J. T. VI, 1, S. 203—04, VII, 1, S. 81, s. ovfr. S. 108, 148—49, 243—44, 335 o. ff. <sup>3)</sup> Min. 1800, I. 2, S. 1 o. ff. (Forel. om Gesandters Hellighed), Trykkefrih. Skr. S. 200 o. ff., 238—39 m N, 270 o. ff., Eun. III, S. 116—18 (Begrebet »Majestætsforbrydelse« bør blot indbefatte Injurier mod Statsoverhovedet), J. T. VII, 1, S. 16—24 (hvor Ordet tager imod Gønner's urimelige Udvidelser af denne Gruppe strafbare Handlinger). Udk. 1844—46, §§ 24, 25, 26, 27, 33, V. St. Tid. a. St. S. endvidere om Injurier mod Embedsmænd samt offentlige og kommunale Myndigheder N. J. A. VIII. S. 213, Udk. 1844—46, § 42, Vib. St. Tid. a. St.

Embedshandlinger«<sup>1)</sup>, dernæst (1822) i to omfattende Afhandlinger, den ene: »almindelige Bemærkninger over de Forbrydelser, som begaas i Embedsførelsen, med Hensyn til nogle fremmede Lovgivninger«, den anden: »udførlig Fremstilling af Læren om de Forbrydelser, som af Embedsmænd begaas, efter de danske og norske Love«<sup>2)</sup>. En betydelig Del af disse Afhandlinger har den da gældende positive Ret for Øje og falder af denne Grund udenfor dette Skrifs Ramme. For saa vidt dernæst Undersøgelserne for en meget stor Del have til Opgave at granske de naturlige Betingelser særlig for Embedsfortabelse, ligger dette Emne udenfor den egentlige Strafferet, da Embedsfortabelse efter Sagens Natur ikke er Straf<sup>3)</sup>, og hine Betingelser heller ikke udledes af Strafferettens Grundsætninger, men af dem, der bør gælde for en Gren af den statsretlige Ordning — noget, som Ø. i Principet erkendte<sup>4)</sup>. Tilbage bliver der dog vigtige, egentlig strafferetlige Undersøgelser om Embedsforbrydelser efter almindelige Grundsætninger, for hvilke Undersøgelser der vel delvis har kunnet gøres rede i det foregaaende, medens andre ere særlige for de omspurgte Forbrydelser.

Til disse særlige Emner hører den Paavisning, der er Opgaven for den første Afhandling af 1822, at en Sondring mellem de enkelte Embedsforbrydelser ikke, som det var sket i de af Ø. kritiserede, fremmede Love, kan undgaas eller erstattes ved almindelige Bud, dannede paa Grundlag af subjektive Momenter, saasom Hensynet til, om der er handlet med

1) N. J. A. XIII. S. 120 o. ff. 2) J. T. IV, 1, S. 214 o. ff., IV, 2, S. 1 o. ff. og V, 2, S. 1 o. ff. 3) S. ovfr. S. 327—29. 4) De 13 første Paragrafer i Afhdlg. i J. T. IV, 2 (S 1—46) handle væsentlig om Embedsfortabelses Betingelser. Undersøgelserne i § 8 om Embedsmænds Afsættelighed ere særlig af rent statsretlig Karakter. jfr. Prov. af U. t. Grl. S. 150 o. ff.

Forsæt eller ikke, af hvilken Bevæggrund der er handlet m. v., men at det her, som overalt, i første Række maa komme an paa og sondres efter det objektive Moment, nemlig den Side af Statens Ret, som angribes (»den overtraadte Pligts særegne Beskaffenhed og Vigtighed«<sup>1</sup>). »Det Begreb, hvortil en saadan (af hine Love forsøgt) almindelig Regel slutter sit Bud, maa have en saadan Vidde, at det indbefatter stort og smaat, tilgivelige og utilgivelige Fejl, og enten behandler det ene Slags Fejl alt for haardt eller det andet for mildt. Lovens Genstand bliver saa ubestemt, at det hartad ikke er at anse som en særdeles Genstand«. Modvirkes dette ved »at give Straffebestemmelsen en saadan Vidde, at Dommeren kunde vælge enten den ubetydeligste eller den alvorligste Straf, . . . indses det, at en saadan Lov omtrent er saa godt som ingen Lov«<sup>2</sup>). Der kan allerede ifølge denne hele rigtige Grundbetragtning bl. a. ikke være Tvivl om, at Ø. i de Tilfælde, hvor »Uretfærdighed« er Kærnen i en Embedsforbrydelses Begreb, ikke kan antages derved at ville betegne den subjektive Bevæggrund for Forbrydelsen, men en objektiv Uret, som øves<sup>3</sup>).

Udtømmende at angive alle de forskellige, efter Embedsfejls Art sondrede Embedsforbrydelser an-saa Ø. for en uløselig Opgave for Lovgivningen. Det er en Mening, han ogsaa paa andre Omraader havde, f. Eks. ved Bedrageriforbrydelsen, men for hvilken der egentlig kun kan anføres opportunistiske, ikke altid lige vægtige Grunde. I Medfør heraf, mente han,

---

<sup>1</sup>) J. T. IV, 1, S. 228—29. <sup>2</sup>) J. T. IV, 1, S. 214 o. ff., særlig S. 244, s. ogsaa V, 2, S. 61. <sup>3</sup>) Ved Fortolkningen af den nu gældende Straffelovs § 123 er der med god Føje henvist til Ø.'s Opfattelse af »Uretfærdighed« i denne Forbindelse. Den i Teksten fremhævede Grundbetragtning giver den objektive Opfattelse en betydningsfuld Støtte. Se min Str. R. sp. D. III, S. 184 o. ff.

»bliver der for Embedsforbrydelsernes Vedkommende intet andet tilbage, end at Lovgiveren udpeger nogle af de mærkeligste Forbrydelser mod Embedspligt . . . og iøvrigt paalægger Dommeren at bedømme og straffe de unævnte Forbrydelser i Forhold til de udtrykkelig benævnte<sup>1)</sup>. Den saaledes Lovgiveren anviste Vej fulgte Ø. ogsaa i sin videnskabelige Behandling af disse Forbrydelser. De yderligere Sondringer, som en mere udtømmende Behandling vilde gøre, efter Hensyn til, om Forbrydelsen er fælles for alle eller ejendommelig for særlige Klasser af Embedsmænd, om de blot bestaa i Ikke-Opfyldelse af Embedspligt eller, om de tillige indeholde anden »Mislighed« enten lige overfor Staten eller overfor private, om de i sig selv ere Brud paa Embedspligten eller blot overtræde præventive Værn for denne, forudsætter Ø. vel lejlighedsvis. Men han lægger ikke disse Sondringer til Grund for sin Fremstilling. I denne behandles, uden noget egentligt systematisk Skema, en Række enkelte Forbrydelser, som af forskellige Grunde maa anses for »mærkelige«.

Til de Embedsforbrydelser, som Ø. behandler mere indgaaende, ogsaa efter Sagens Natur, hører *Bestikkelse* og andre Forbrydelser, der har en lignende blandet Karakter som denne, idet der til den retstridige Ikke-Opfyldelse af Embedspligt slutter sig en anden Retskrænkelse<sup>2)</sup>. »Bestikkelse indbefatter — udvikles det — ethvert Tilfælde, hvor en Embedsmand ved utilladelige Fordele, som derfor ydes eller loves ham, lader sig bestemme til at foretage eller efterlade noget i sit Embede. Ikke blot, naar en Embedsmand lader sig paa denne Maade bevæge til at foretage en pligtstridig Handling eller efterlade, hvad der er hans

1) J. T. IV, 1, S. 245—46, jfr. ovfr. S. 358—59, 362—64. 2) S. i Almindelighed herom J. T. IV, 1, S. 234 o. ff.

erkendte Pligt, finder Bestikkelse Sted, men ogsaa, naar nogen tager Skænk og Gave for at gøre det, som alligevel var hans Pligt«. Da Statens Krav paa Embeds- pligtens Opfyldelse er ubetinget, er det klart, at Plig- ten heller ikke opfyldes i det sidst nævnte Tilfælde, da Embedsmanden ulovlig betinger Opfyldelsen af Vederlag. Men dernæst indeholder Embedsmandens Brøde selv i det sidst nævnte Tilfælde en Retskrænkelse ogsaa mod den, der yder eller lover Vederlaget: »Det er en skammelig Udpresning, naar Embedsmanden gør en eller anden Fordel til en Betingelse for at op- fylde sin Pligt« eller han — ved Tilbud, der ikke skyldes hans Initiativ, — gaar ind paa noget som »Be- tingelse, uden hvilken Ret ej var at faa hos ham«<sup>1)</sup>. I Henhold til det angivne rigtige Begreb om Bestik- kelse paaviser Ø., at Begrebet er uanvendeligt, naar »utilladelige Betalinger gives og tages, uden at det kan oplyses, at samme har virket eller har været bestemt til at virke paa Embedshandlingen«. Dette Forhold (*ulovlig Sportulering*) der forudsættes »ikke bevislig at have haft Indflydelse paa Embedsmandens Embeds- handling«, indeholder, selv om der er øvet Svig eller Tvang mod den private, ikke hele den Retstridighed, som ligger i Bestikkelse. — Til at forebygge saadan Em- bedsmisbrug til ulovlig Fordel<sup>2)</sup>, tjene »*Forbud mod, at Embedsmænd indlade sig i Forhold, hvorved deres Em- bedsstilling kunde give dem Lejlighed til at forfordele den, med hvem de indlade dem*«. Men Ø. udtaler med Rette, at der her, som ved andet præventivt Værn, maa være særlig Hjemmel for at statuere Straf for en Embedsmand, der indlader sig i Forhold, hvori

<sup>1)</sup> J. T. IV, 2, S. 46, N. J. A. XIII, S. 133. Om Tilbudets Be- tydning ved privat Afpresning, s. min Str. R. sp D. II, S. 615. <sup>2)</sup> J. T. IV, 1, S. 219, 233, 2, S. 68, 72 o. ff., N. J. A. XIII, S. 132 — 33.



han muligen kunde misbruge sin Myndighed til egen Fordel. »Ti en i sin Natur retlig Handling kan ikke formedelst mulige Misbrugs Skyld være Forbrydelse, naar ikke en Lov udtrykkelig har erklæret den derfor«<sup>1)</sup>. — En lignende blandet Karakter som Bestikelse, om end paa anden Maade, har en Række af Ø. særlig nævnte Forbrydelser, idet der til Ikke-Opfyldelse af Embedspligt kommer en yderligere Krænkeelse af private eller det offentlige, saaledes i *Dommeres og andre Statsorganers »Uretfærdighed«*<sup>2)</sup>, *Misbrug af den offentlige Tillid ved usande Embedsbevidnelser*<sup>3)</sup>, *usande Erklæringer for at bevirke andet Udfald af en Sag, end denne ellers vilde faa*<sup>4)</sup>, *Utroskab i Bestyrelsen af betroede Midler*<sup>5)</sup>, samt flere mere almindeligt eller lejlighedsvis berørte Handlinger<sup>6)</sup>.

Saadanne rene Embedsforbrydelser, der krænke Pligterne i særlige Embedsstillinger, var det ikke Ø's Hensigt at give en udtømmende Fremstilling af<sup>7)</sup>. Kun om en enkelt saadan taler han mere indgaaende, nemlig om »Vranglære (Kæteri) af Gejstlige, der ere antagne til at lære i Overensstemmelse med Landets Religion«. Om Grundlaget for dette Pligtbrud bemærker han, at Pligten »er uadskillelig fra en Kirkes Natur, der fører med sig, at der maa være et bestemt Grundlag for Lærdommen i samme. Hvis enhver kunde lære efter Behag, saa havde den ingen Enhed, ingen bestemt Karakter«. Men — tilføjer han senere — »det kommer ikke herved an paa de individuelle Forestillingsmaader, hvorunder en eller anden Trossandhed be-

<sup>1)</sup> J. T. IV, 2 S. 1 o. ff. <sup>2)</sup> J. T. V, 2, S. 7 o. ff., N. J. A. XIII, S. 120 o. ff. <sup>3)</sup> J. T. V, 2, S. 21 o. ff., jfr. N. J. A. XVIII, S. 127—28 og ovfr. S. 357—58. <sup>4)</sup> J. T. V, 2, S. 25 o. ff. <sup>5)</sup> J. T. V, 2, S. 39 o. ff. <sup>6)</sup> Smst. S. 33 og J. S. A. XIII, S. 189 o. ff., 171, J. T. XIII, 1, S. 185 o. ff. <sup>7)</sup> J. T. IV, 2, S. 77.

tragtes, men blot paa det væsentlige i samme«. I den senere Afhandling om Kirkeforfatningen (1826) bestemte Ø. nærmere Lærepligtens Omfang lige overfor de symbolske Bøger<sup>1)</sup>. — Af fælles rene Embedsforbrydelser, omhandler Ø. nærmere dels *Insubordination* og *Udeblivelse fra Embede*, dels det Forhold at *forraade Embedshemmeligheder*. De to først nævnte ere Undladelsesforbrydelser med den Ejendommelighed, at Undladelsen forudsættes at skyldes eller at kunne skyldes en positiv forsætlig Beslutning, og at de paa Grund af saadan »Modvilje« hjemfalde til strengere Straf, end der ellers vilde ramme dem<sup>2)</sup>. Ved at omtale Insubordination benytter Ø. Lejligheden til at gøre rede for Udstrækningen af civile Embedsmænds Lydighedspligt, et Spørgsmaal af almen Interesse for Bestemmelse af Strafbarhedens Betingelser<sup>3)</sup>. — Behandlingen af den positive Forbrydelse »at forraade Embedshemmeligheder« har især Interesse ved den omhyggelige Undersøgelse af denne Forbrydelses Forudning, at det, der aabenbares, hører til det, der bør holdes hemmeligt af Embedsmanden, hvorved Præster, Sagførere samt Læger og andre Medicinalpersoner medtages. Denne omhyggelige Undersøgelse har endnu stedse Betydning, da en almindelig og detaljeret Lovregel ligesaa lidt nu, som den Gang, haves<sup>4)</sup>.

De omtalte Undersøgelser om den objektive Side ved Embedsforbrydelserne ligge i alt væsentligt til Grund for den nu gældende Straffelovs Bud om disse Forbrydelser. Ved Siden deraf behandler Ø. ogsaa

<sup>1)</sup> Smst. V, 2, S. 77 o. ff., s. H. 1, S. 323 m. N. <sup>2)</sup> J. T. IV. 2, S. 36 o. ff. samt S. 30—33, s. ogsaa S. 25. »Modvilje« omskrives et Sted med »aldeles forsætlig og modtvillig«. S om Forsæt og Uagtsomhed ved Undladelsesforbrydelser i Almindelighed ovfr. S. 168 og 187—89. <sup>3)</sup> S. ovfr. S. 113. <sup>4)</sup> J. T. IV, 2, S. 56 o. ff., jfr. Trykkefrih. Skr. S. 259 o. ff.

Spørgsmaalet om de subjektive Betingelser for deres Strafbarhed. For en væsentlig Del drejer det sig her om ligefrem Anvendelse af Fællesbegreberne Forsæt og Uagtsomhed, hvorom der ovfr. er gjort rede. I enkelte Retninger tjener, som det heraf vil ses, denne Anvendelse til stærkere Belysning af visse Sider ved Fællesbegreberne<sup>1)</sup>. Et Særspørgsmaal er den Anvendelse, der gøres af Ø.'s almindelige Synspunkter<sup>2)</sup>, ved Afgørelsen af, om og hvorvidt uagtsom Embedsforbrydelse bør straffes. Ved de her hyppig forekommende Undladelsesforbrydelser følger det da af almindelige Betragtninger, at de Straffebud, der ikke særlig kræve en positiv forsættlig Beslutning om ikke at ville opfylde Pligten, ogsaa ramme den uagtsomme Undladelse<sup>3)</sup>. Ved en Række positive Embedsforbrydelser paaviser Ø., at der er god Føje til at straffe ogsaa Embedsmandens Uagtsomhed, under Iagttagelse af de særegne Hensyn, der medføre, at Ansvarsgrænsen her efter Omstændighederne maa drages snart strengere, snart mildere, end for en privat<sup>4)</sup>. De gældende danske Straffelove for Embedsforbrydelser ere væsentlig i Overensstemmelse med disse Ø.'s Resultater.

Naar derimod den gældende almindelige Straffelov uden Undtagelse har udelukket Straf for uagtsom Krænkelser af Statens Interesser, som skyldes andre

---

<sup>1)</sup> J. T. IV, 1, S. 217 o. ff., 222, 229, 241—42, N. J. A. XIII, S. 137 (disse Steder ere af særlig Betydning med Hensyn til Forsætsbegrebet og dets Anvendelse paa Embedsforbrydelser), jfr. ovfr. S. 169 o. ff., A. f. R. XIII, S. 120 o. ff., 134 o. ff., J. T. IV, 2, S. 37 o. ff. (disse Steder vedkomme særlig Uagtsomhedsbegrebet), jfr. ovfr. S. 157 o. ff., 167—67. S. fremdeles forr. S. N. 2 om disse Begreber ved Embedsmænds Undladelsesforbrydelser. <sup>2)</sup> S. om disse ovfr. S. 161—63 og 193—95. <sup>3)</sup> S. ovfr. S. 187—89, J. T. IV, 2, S. 32—40, V, 2, S. 39. <sup>4)</sup> N. J. A. XIII, S. 122 · 23, 124—25, 137—42, J. T. IV, 2, S. 77, V, 2, S. 19—20, 21—22, 26—27, 42—43, 56, 61, 67—68, 72, jfr. ovfr. S. 167—68.

end Embedsmænd, er den ikke i Overensstemmelse med Ø.'s Lære. Ø. krævede med Føje, at vigtige Statsinteresser burde være værnede ogsaa mod privates Uagtsomhed<sup>1)</sup>. Ved Forbigaaelse heraf er den gældende Straffelov heller ikke i Overensstemmelse med de Principer, den selv har fulgt med Hensyn til uagtsomme Retskrænkelser udenfor Statsforbrydernes Kreds. Sikkert bør dog Statens vitale Interesser, ganske særlig udadtil (f. Eks. naar det drejer sig om den i Stl.'s § 80 nævnte Forbrydelse), ikke have mindre Værn end Enkeltmand eller borgerlige Almueinteresser.

Skønt alle *Presseforbrydelser* ikke ere Statsforbrydelser, er dog den særlige Ordning, som i Principet har været gældende hos os siden Fdg. 27. Spt. 1799 om Ansvar for dem, saaledes begrundet i Statshensyn, at Ø.'s Stilling til denne Særordning naturlig omtales i Tilslutning til hans Lære om Statsforbrydelser. Det drejer sig her dog kun om denne Ordnings Princip, ikke om de mange Spørgsmaal, som fra 1799 til 1848 opstod for Administration, Domstole og Lovgivning paa Grundlag af Fdg. 1799 og de senere Tillæg til denne, og i hvis Behandling Ø. i sine forskellige Embedsstillinger havde en fremtrædende Del<sup>2)</sup>. Dette hører til den positive Rets Historie, og Omtalen heraf falder derfor udenfor dette Skrifs Ramme. Her skal kun Forholdet mellem den gældende Ansvarsordnings Ejendommeligheder og de almindelige Strafferetsgrundsætninger samt Ø.'s Stilling til dette Spørgsmaal omtales.

I flere Retninger afviger den Ansvarsordning for

<sup>1)</sup> Den almindelige Regel udtaler Ø. i Kritikken af Gønner's Udkast J. T. VI, 2, S. 19—20. Særlige Anvendelser gøres gældende i Trykkefrih. Skr. S. 258—262 samt i Udk. 1844—46, § 32 m. Mot, Vib. St. Tid. a. St., s. ovfr. S. 384—85 m. Noter. <sup>2)</sup> S. 'Af mit Liv' I, S. 231 o. ff.

Presseforbrydelser, som var gældende paa Ø.'s Tid og efter ham har faaet Udtryk i Presseloven af 3. Jan. 1851, fra det, som almindelige Strafferetsgrundsætninger tilsiige. For det første er Ansvarret holdt indenfor en bestemt Kreds af de ved Pressepublikationen medvirkende Personer. Medvirkende udenfor denne Kreds ere ubetinget fri for Ansvar, selv om de subjektive Betingelser for dette — Forsæt eller, for saa vidt Uagtsomhed ellers straffes, Uagtsomhed, — ikke mangle. Fremdeles ere de medvirkende indenfor Kredsen ordnede i en vis Rækkefølge med den Virkning, at Efterfølgere i Rækken ligeledes blive ansvarsfri, selv om de subjektive Ansvarsbetingelser for deres Vedkommende i og for sig ikke mangle, naar de paa den Maade, Loven kræver, have sikret sig en egnet Forgænger i Rækken til at bære Ansvarret. En tilsvarende Ansvarsfrihed behøver derimod ikke at være indrømmet en Forgænger, fordi Betingelserne for en Efterfølgers Ansvar foreligge <sup>1)</sup>). Medens saaledes paa den ene Side en Ansvarsfrihed, der ligger udenfor Strafferettens Grundsætninger, i visse Tilfælde er hjemlet ved denne Ansvarsordning, medfører den paa den anden Side den væsentlige Afvigelse fra hine Grundsætninger, at Ansvar kan komme til at paahvile, uagtet de subjektive Betingelser, disse kræve, altsaa navnlig Forsæt, mangle. Den Efterfølger, der kommer til at bære Ansvar, fordi han ikke har sikret sig en Forgænger dertil, undgaar ikke dette paa Grund af manglende Forsæt, naar den første i Rækken (Forfatteren) ikke vilde have gjort det. Han stilles i saa Henseende, som om han var Forfatteren <sup>2)</sup>).

1) S. saaledes Udkast 1844—46, § 6 (Vib. St. Tid. a. St.) og forel. L. 13. Aug 1866, § 3, s min Str. R. sp. D. III, S. 119 o. ff.

2) S. mit nævnte Skrift, S. 126 o. ff., Nord. Str. R. sp. D. (i nord. Retsencykl.) S. 545, Hagerup n. Stl., S. 280—81.

Ø. har ikke direkte taget dette Substitutionssystem i Forsvar. Kun den Side af det, der angaar Ansvarsfriheden, søger han at forlige med almindelige Grundsatninger<sup>1</sup>). Men han har i Udkastet 1844—46 bygget paa Systemet i dets Helhed som noget givet, kun at Udkastet ikke, som L. 3. Jan. 1851, § 3, fritog Forfatteren for Medansvar ved Siden af den Efterfølger, der ikke havde sikret sig Ansvarsfrihed<sup>2</sup>). Unaturligt er Systemet nu ganske vist særlig med Hensyn til det Ansvar, det paalægger trods i Virkeligheden manglende Forsæt. Men heller ikke Ansvarsfriheden for medvirkende udenfor Kredsen og betingelsesvis for medvirkende indenfor Kredsen er en naturlig Ordning for det Tilfælde, at vedkommende har haft Kendskab til det forbryderske Indhold og altsaa medvirket med Forsæt. Kun Fritagelse for Uagtsomhedsansvar for fjernere staaende medvirkende har, helt eller betingelsesvis, naturlig Grund i de regelmæssig ved Pressepublikationer stedfindende Forhold. Der er heri ikke noget unaturligt. Den Agtsomhed, som maa fordres i de forskellige Forhold beror altid paa disses forskellige Natur<sup>3</sup>). Ø.'s Forsvar passer i Virkeligheden kun paa dette Tilfælde. Det er ogsaa kun paa dette Omraade, at den nye norske Straffelov har bevaret en Rest af Systemet. Forsætsansvaret er her helt og holdent, baade med Hensyn til den positive og negative Side, henvist til Anvendelse af de almindelige Strafferetsregler<sup>4</sup>). Men Ø.'s Forsvar for Ansvarsfriheden antyder ogsaa, at hvad der gaar ud over hin Grænse, kun skyldes Opportunitets-

<sup>1</sup>) S. A. f. R. III, S. 68—69, jfr. S. 242—43, s. ovfr. S. 113.

<sup>2</sup>) Udk. 1844—46, § 6, m. Mot., Vib. St. Tid. a St. <sup>3</sup>) S Mot. t. Udk. 1844—46, § 6, Vib. St. Tid. a St., s. ovfr. S. 159 o. ff. <sup>4</sup>) Ny n. Stl, Kap. 32 og § 43. s. Hagerup a. Skr. S 280 o. ff. og 367—68.

hensyn, nemlig at undgaa Undersøgelse, om de medvirkende have været vidende om det lovstridige. Men disse Opportunitetshensyn kræve et Offer af Retfærdigheden.

---

Det er et Kæmpearbejde, som Ø. har udført for den dansk-norske Strafferet, baade videnskabeligt og legislativt, særlig naar det ses paa den Baggrund, der forelaa. For Danmark og Norge har dette Arbejde ikke blot haft Betydning som et langt og rigt historisk Afsnit af Strafferettens Udvikling. Det har endnu paa mange Punkter Betydning baade til Forstaaelse af gældende Ret og som Vejviser for en videre, fremtidig Udvikling. Drages videre Omraader ind under Betragtningen, vil det findes — i Strafferetten som i alle andre Forgreninger af Retten, Ø. har behandlet — at faa ere de retskyndige fra alle Lande og fra alle Tider, som staa i Højde med Ø. ved Sikkerhed i Tænkning, Klarhed i Fremstilling og Alsidighed i Aandsdannelse. Endnu færre ere de, hvem det forundtes i en saadan Grad og i et saadant Omfang at gøre et omfattende teoretisk Arbejde frugtbringende for deres Fædrelands Lovgivning og Retsanvendelse. Højest staa Ø. imidlertid derved, at han paany fandt Baandet mellem Retten i dens forskellige Grene og Moralens Maal og Kilde. »Borgersamfundets Tarv«, som Retten opbygges for, er en Del af »det Heles Harmoni«, i hvilken han udtrykte Moralens Maal. Derfor var den Grundtanke, der bærer hans Retslære, — som den var hans Livs Fører --, at Ret er Pligt og Pligt Religion. Allermest fordi

Ø. hævede Retsvidenskaben til denne Højde af sand etisk Videnskab, er der Sandhed i den Hyldest, der fra Norges ypperste retskyndige bragtes ved hans Mindestøttes Afsløring, at han er »den dansk-norske Retsvidenskabs Heros«.

Det har været Formaalet for dette Skrift, for Strafferettens og dens Forudsætningers Vedkommende, at fremstille de Kendsgerninger, der give denne Hyldest Berettigelse.

